

# Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar

Restricción, igualdad y no discriminación,  
ponderación, contenido esencial de derechos,  
progresividad, prohibición de regresión  
y máximo uso de recursos disponibles

*Segunda reimpresión*

Daniel VÁZQUEZ



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

TEST DE RAZONABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS:  
INSTRUCCIONES PARA ARMAR

Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación,  
contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición  
de regresión y máximo uso de recursos disponibles

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 287

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Elaboración de portada*

DANIEL VÁZQUEZ

TEST DE RAZONABILIDAD  
Y DERECHOS HUMANOS:  
INSTRUCCIONES  
PARA ARMAR

RESTRICCIÓN, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN,  
PONDERACIÓN, CONTENIDO ESENCIAL  
DE DERECHOS, PROGRESIVIDAD,  
PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN  
Y MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
MÉXICO, 2018

Clasificación LC	
HM671	Vázquez, Daniel.
V39	<i>Test de razonabilidad y derechos humanos : instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles -- México :</i> Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018
Clasificación IJ	
D150	208 p. – (Serie Estudios Jurídicos, 287)
V37T	ISBN: 978-607-02-7915-7
	1. Derechos humanos 2. Igualdad 3. Discriminación 4. Derechos civiles 5. Derechos políticos
	I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Vázquez, Daniel, autor.

Primera edición: 24 de mayo de 2016  
Primera reimpresión: 13 de diciembre de 2016  
Segunda reimpresión: 26 de septiembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7915-7

## CONTENIDO

Agradecimientos . . . . .	XI
Introducción . . . . .	1

### Primera parte

#### LA RAZONABILIDAD Y LA CONSTRUCCIÓN DE TEST

##### CAPÍTULO PRIMERO

LA RAZONABILIDAD Y LA CONSTRUCCIÓN DE TEST . . . . .	17
I. Colisión entre reglas y entre principios . . . . .	17
II. La razonabilidad y proporcionalidad en el derecho . .	23
III. Qué es y cómo se genera un test . . . . .	27
IV. ¿Uno o muchos test de razonabilidad? . . . . .	32
V. La relevancia de la estrategia de litigio . . . . .	44
VI. Relevancia política de lo razonable o proporcional . .	46

### Segunda parte

#### DISTINTOS TEST DE RAZONABILIDAD QUE IMPLICAN RESTRICCIÓN DE DERECHOS

##### CAPÍTULO SEGUNDO

TEST DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS . . . . .	53
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	53

II. Criterios que integran al test . . . . .	56
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	72
IV. Otros aspectos del test . . . . .	74
CAPÍTULO TERCERO	
TEST DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN . . . . .	77
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	77
II. Criterios que integran al test . . . . .	78
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	94
IV. Otros aspectos del test . . . . .	96
CAPÍTULO CUARTO	
TEST DE PONDERACIÓN . . . . .	99
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	99
II. Criterios que integran al test . . . . .	102
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	112

### Tercera parte

#### TEST DE PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

#### CAPÍTULO QUINTO

COMENTARIO GENERAL SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO, LA PROGRESIVIDAD, LA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN Y EL MÁXIMO USO DE RECURSOS DIS- PONIBLES. . . . .	117
I. Los derechos civiles y políticos no tienen una natura- leza jurídica distinta a los económicos, sociales y cul- turales. . . . .	117
II. Las resoluciones jurisdiccionales que establecen di- rectrices de política pública o legislativa no violan la libertad configurativa de los poderes electos . . . . .	121

III. La carga de la prueba . . . . .	125
CAPÍTULO SEXTO	
TEST DE IDENTIFICACIÓN DE NÚCLEO DE DERECHOS. . . . .	127
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	127
II. Criterios que integran al test . . . . .	131
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	153
IV. Otros aspectos del test . . . . .	154
CAPÍTULO SÉPTIMO	
TEST DE PROGRESIVIDAD . . . . .	157
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	157
II. Criterios que integran al test . . . . .	160
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	161
CAPÍTULO OCTAVO	
TEST DE PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN. . . . .	165
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	165
II. Criterios que integran al test . . . . .	166
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	172
CAPÍTULO NOVENO	
TEST DE MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES. . . . .	175
I. Aspectos sustantivos y objetivos del test . . . . .	175
II. Criterios que integran al test . . . . .	175
III. Resumen del test y sus criterios . . . . .	180
IV. Otros aspectos del test . . . . .	181
Fuentes de información . . . . .	183
ANEXO. Cuestionario aplicado a los entrevistados . . . . .	193

## AGRADECIMIENTOS

Este libro no hubiera sido posible sin el apoyo de Daniel Pedrero, asistente de investigación, quien acompañó este proyecto entre abril y julio de 2015. También es relevante mencionar el apoyo y entusiasmo que mostraron Oscar Parra y Sandra Serrano, siempre generosos con este tipo de propuestas de investigación. Es relevante mencionar a Mario Santiago y José Antonio Guevara, quienes amablemente aceptaron ser entrevistados y nos apoyaron con la identificación de sentencias que posteriormente fueron analizadas. A todos ellos, gracias por el apoyo. Todos los yerros, errores y malos entendidos son totalmente responsabilidad del autor.

## INTRODUCCIÓN

### ¿POR QUÉ TIENE SENTIDO UN LIBRO SOBRE TEST DE RAZONABILIDAD HOY EN MÉXICO?

La reforma constitucional en materia de derechos humanos que se llevó a cabo en 2011 hizo evidente para México algo que se negaban a aceptar varios juristas, algo que viene sucediendo en otras cortes desde hace un par de décadas: el derecho constitucional ya no es más el derecho de un Estado-nación. Hoy, las principales directrices morales y políticas que se hacen presentes en una Constitución, esas que constituyen la promesa no inocua de bienestar, provienen de fuentes internacionales, de expectativas civilizatorias, de la larga conformación de lo que hoy se denomina Estado constitucional, social y democrático de derecho, eso que en el mundo también hoy parece tan lejano.

Pese a la brecha entre las expectativas jurídicas y la realidad, lo cierto es que la reforma constitucional de 2011 ya no deja ninguna duda sobre el cambio de paradigma en la integración e interpretación del derecho. El derecho constitucional mexicano ya no sólo está conformado por los 136 artículos que integran la Constitución de México, el derecho constitucional es eso, más todos los tratados internacionales sobre derechos humanos que son incorporados a través del artículo primero constitucional. Con esta lógica, hoy nuestra Constitución es un documento bisagra que sirve para articular el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) con el derecho local. Se conforma lo que en otros países se ha denominado bloque de constitucionalidad y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o corte mexicana) denomina red de derechos.

El derecho constitucional no sólo tiene una nueva forma de integración, también tiene una nueva forma de interpretación a partir de herramientas como la interpretación conforme y el principio pro persona establecidos en el artículo primero constitucional. Es aquí donde este texto busca generar una aportación, en la dotación de *herramientas de interpretación y argumentación del derecho en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*. De hecho, con respecto a los test de razonabilidad y proporcionalidad, el uso de estas herramientas ocurría incluso antes de la reforma de 2011 (Sánchez, 2008).

Sobre el contenido más específico de la reforma constitucional en materia de derechos humanos ya se han escrito varios textos, a los cuales es más sencillo remitir directamente al lector a fin de conocer sus alcances (Carbonell y Salazar, 2011; Salazar, Caballero y Vázquez, 2014). La reforma también detonó una serie de ejercicios por generar distintas estrategias tanto de aprendizaje de los nuevos aspectos de la reforma, como el conocimiento y uso de las nuevas herramientas argumentativas. Probablemente uno de los ejercicios más acabados es ReformaDH, trabajo coordinado por la SCJN, el Centro de Investigación Aplicada de Derechos Humanos (CIADH) de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) y la representación en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH-México) que se concretó en el sitio <http://www.reformadh.org.mx>. En siete volúmenes y dos anexos, diversos académicos especializados en derechos humanos generaron documentos ágiles que tienen como principal intención generar conocimiento práctico y aplicado de herramientas argumentativas como el principio pro persona, el bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, los principios y obligaciones en materia de derechos humanos, los deberes específicos de prevención, investigación y sanción y la teoría de las reparaciones.

Bajo este mismo marco, se generaron textos especializados sobre temáticas específicas, como el análisis sobre la interpreta-

## INTRODUCCIÓN

3

ción conforme trabajado por José Luis Caballero (2013). O, con objetivos menos teóricos y mucho más prácticos, textos como *Los derechos en acción* de Serrano y Vázquez (2013), donde los autores nos proponen pensar a las obligaciones (respetar, garantizar, proteger y promover) y principios (universalidad, indivisibilidad e interdependencia) de derechos humanos en términos de herramientas argumentativas no sólo para el litigio, sino incluso para la formulación de políticas públicas, para la armonización de leyes o la creación de categorías analíticas en los estudios de ciencias sociales relacionados con derechos humanos. En este mismo sentido, Alejandra Medina-Mora, Pedro Salazar y Daniel Vázquez (2015) desarrollaron un texto sobre las restricciones en materia de derechos humanos donde identifican todas las que se encuentran en la Constitución mexicana y, posteriormente, proponen un test al que debería someterse cualquier restricción de derechos humanos para determinar si es una restricción legal, es decir, si no genera violaciones a derechos humanos.

El objetivo no es hacer un recuento exhaustivo de la literatura producida después de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, sino ejemplificar la producción que permite mirar cómo dicha reforma constitucional generó nuevas figuras, mecanismos de integración y de interpretación, pero en especial generó una nueva forma de pensar y articular el derecho. En especial, puso a los “principios” de derechos en el centro de la interpretación del derecho, cosa que en México habíamos olvidado o, al menos, desplazado a favor de las reglas. Esto no es nuevo, sucedió también —por ejemplo— en Colombia, en donde el grueso de las sentencias que comienzan a realizar nuevos mecanismos de interpretación y aplicación del derecho están directamente relacionadas con la nueva Constitución emitida en 1991.

Algo que Zagrebelsky (2003) pone de relieve es que, de forma increíble, en el Estado de derecho proveniente del positivismo se pone atención únicamente a las reglas, no así a los prin-

cipios.<sup>1</sup> Las reglas se obedecen, por eso es importante hacer una interpretación que permita establecer con precisión el contenido obligacional, el sujeto obligado y el sujeto que tiene el derecho subjetivo. En cambio, los principios, en esta tradición jurídica, suelen ser dejados de lado debido a que carecen de supuestos de hecho, por lo que no pueden ser utilizados en operaciones lógico-formales. De ser así, el derecho estaría conformado sólo por reglas, lo que supone un proceso de maquinización utilizando sólo una herramienta: el silogismo jurídico.<sup>2</sup>

Hoy en día se pretende la construcción de un derecho distinto, de un derecho sustentado en principios que den forma al Estado constitucional de derecho. En esta corriente de interpretación, el principio funciona como una “toma de posición” previa que determina ciertos valores. Al momento de la interpretación de una regla, “el valor se incorpora al hecho e impone la adopción de una toma de posición jurídica conforme con él... El ser iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio” (Zagrebelsky, 2003: 118). Cabe mencionar que esta operación previa para la aplicación de la regla cabe tanto a los jueces y magistrados como a cualquier otro funcionario en el desempeño de sus funciones.

---

<sup>1</sup> En el capítulo primero se desarrolla la diferencia entre reglas y principios.

<sup>2</sup> Si bien es cierto que en el Estado positivista de derecho los principios juegan un papel secundario, lo cierto es que sí tienen asignado un rol: tienen una función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas (Zagrebelsky, 2003: 117). De esta forma “los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida” (Zagrebelsky, 2003: 117). Los principios servirían sólo para salvar las colisiones de derechos, para superar dudas interpretativas, colmar lagunas o resolver contradicciones. Sin embargo, para Zagrebelsky este rol sigue siendo insuficiente, ya que asigna una función puramente accesorio a las normas con mayor densidad de contenido: los principios. Esto se debe a que para esta corriente del derecho las verdaderas normas son las reglas, estas juegan el principal papel en el derecho y son las que deben ser consideradas.

## INTRODUCCIÓN

5

Tal vez el mejor ejemplo es la interpretación que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) está haciendo de los matrimonios de personas del mismo sexo. Para el IMSS, es necesario realizar una serie de modificaciones a su ley a fin de que los cónyuges del mismo sexo tengan determinadas prestaciones donde expresamente la ley señala un cónyuge de sexo contrario, pese a que la SCJN ya ha establecido que la Constitución no establece que el matrimonio se conforma por parejas heterosexuales. Lejos de ver los principios constitucionales que dan sentido a las reglas contenidas en la ley del IMSS, y lejos de observar la ampliación de los derechos civiles para las personas lésbico-gays-bisexuales-transexuales-transgénero-trasvesti e intersex, el IMSS mantiene una aplicación letrista de una regla sin hacer uso alguno de los principios constitucionales y los establecidos en el DIDH, con el objetivo y resultado de restringir los derechos de las personas lésbico-gays.

En el Estado constitucional, democrático y social de derecho, en la nueva integración e interpretación de las normas a partir de la reforma de 2011, los principios no juegan papeles subsidiarios o accidentales, por el contrario, su interpretación es el paso previo a la aplicación de cualquier regla en cualquier acto jurídico. De aquí que se requiera algo más que la lógica formal para constituir un razonamiento jurídico; se requiere de una lógica distinta, una lógica jurídica donde el silogismo es insuficiente. La argumentación se constituye en un elemento central de la aplicación de los principios donde no sólo se debe integrar el silogismo, sino que se debe argumentar la conformación de cada una de las premisas, de la conclusión, así como la motivación de cada una de las partes que integran al silogismo, siempre con base en los principios. La principal función de la argumentación a partir de principios es conformar la pretensión de justicia y verdad en la resolución del caso.

Este cambio inicial en el uso de los principios como fuente primaria para la interpretación de la norma suele generar cierta incertidumbre, se considera que genera tal discrecionalidad que el principio de seguridad jurídica podría ser vulnerado. No es

así, lo primero que debemos mencionar es que tanto en la aplicación del silogismo jurídico como de los principios jurídicos hay procesos de interpretación que generan ciertos grados de discrecionalidad, en ambos hay discrecionalidad. Lo que tendríamos que preguntarnos es si en alguno la discrecionalidad se puede convertir en arbitrariedad. Diré que al menos en la interpretación del derecho a partir de principios no existe tal grado de discrecionalidad que pueda convertirse en arbitrariedad debido precisamente a herramientas argumentativas que establecen los parámetros y límites de interpretación del derecho, herramientas como el principio pro persona, las obligaciones en materia de derechos humanos o los test de razonabilidad y proporcionalidad, a los que dedicaremos este texto.

De esta forma, si bien con la interpretación de la norma a partir de principios se amplía la discrecionalidad de los tribunales, esto no conlleva abrir la puerta a la arbitrariedad. Los jueces no pueden emitir cualquier sentencia, sólo podrán usar su discrecionalidad para generar interpretaciones con base en principios que sean las más protectoras en materia de derechos humanos. La discrecionalidad tiene una dirección claramente establecida que se hace sustantiva a partir de los principios aplicables en cada caso. Más aún, lo que aquí encontramos es el paso de un Estado positivista de derecho a un Estado constitucional democrático y social de derecho donde el objetivo principal de la acción judicial es concretizar la justicia mediante la interpretación de principios en cada sentencia.

Por ende, justo lo que ahora requerimos es el manejo de estas nuevas herramientas que nos permitan pasar de la aplicación de reglas al análisis y apropiación de principios. Ese es el objetivo de este libro, *pensar al test de razonabilidad como una herramienta argumentativa que permite identificar los principios de derechos humanos y aplicar las reglas correspondientes en la nueva integración e interpretación del derecho*. Básicamente respondemos dos preguntas a lo largo de texto: ¿cuáles son los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que hay? y ¿qué criterios o categorías integran cada test?

## EL TEST ES SÓLO UNA HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA

El test de razonabilidad es sólo una herramienta argumentativa, un método que nos ayuda a aplicar el derecho de los derechos humanos considerando los principios que están detrás del derecho en cuestión y recuperando la razonabilidad como el principal aspecto para decidir un caso en algún sentido. El tipo de test que ha predominado es el que sirve para analizar restricciones a derechos cuando hay principios en conflicto (test de restricción, test de igualdad y no discriminación, test de ponderación y test de prohibición de regresividad). Sin embargo, hay otro tipo de test que nos permite mirar las omisiones del Estado con respecto al cumplimiento de obligaciones relacionadas con derechos, como es el caso del test sobre el núcleo esencial del derecho, la progresividad o el máximo uso de recursos disponibles, como veremos en el texto.

Es importante reiterar que el objetivo de este libro es precisamente servir como manual para que, de forma muy práctica, los litigantes, activistas de derechos humanos y personal jurisdiccional pueda aplicar el test a partir de la clarificación de las categorías que integran cada caso.

También es importante considerar que el test de razonabilidad no es la única herramienta argumentativa. Dependiendo del tipo de caso, serán las herramientas que son útiles para resolverlo. Así, por ejemplo, hay casos que son resueltos a través de otras herramientas o en conjunto con varias herramientas. Por ejemplo, en la sentencia U-225/98 la Corte Constitucional Colombiana (CCC o corte colombiana) decidió un caso utilizando como herramienta argumentativa la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. Esta cláusula supone la obligación a cargo del juez de agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis:

- a) Identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas.
- b) Demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención.

- c) Examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación.
- d) Calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

Con esta herramienta argumentativa integrada por estos cuatro criterios, el juez puede construir un argumento para determinar si el Estado, por acción o por omisión, ha transgredido el mínimo vital de un determinado grupo de personas.

Otro ejemplo. También la corte colombiana, ahora en el caso T-025/04 utilizó otra herramienta argumentativa: el Estado de cosas inconstitucional. Para definir si ese Estado existe, la corte valoró:

- a) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- b) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- c) La adopción de prácticas inconstitucionales.
- d) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- e) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

A partir de la clarificación de cada uno de estos criterios, la corte va construyendo un argumento para determinar si nos encontramos en un Estado de cosas inconstitucional, en cuyo caso,

estamos en el marco de violaciones sistemáticas a derechos humanos por acciones y omisiones, y se vuelve necesario tomar medidas complejas y prestar mucha más atención a la necesidad de transformar estructuralmente el contexto de violaciones que el Estado de cosas inconstitucional refleja.

## ESTRUCTURACIÓN DEL LIBRO

El texto está conformado por tres partes. La primera, “La razonabilidad y la construcción de test”, tiene como objetivo explicar brevemente cómo ha funcionado la idea de razonabilidad en el derecho y establecer algunos conceptos básicos sobre qué se entenderá en el texto por razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, en esta sección analizamos la diferencia entre principios y reglas, las distintas soluciones a las colisiones de principios y reglas, qué es un test, cómo se integra, para qué sirve y cuáles son sus limitaciones. Finalmente, en esta sección reflexionamos sobre los distintos tipos de test que existen, la relevancia política de la razonabilidad y la importancia de la estrategia del litigio en el uso de los test de razonabilidad.

En la segunda sección, “Distintos test de razonabilidad que implican restricción de derechos”, analizamos las categorías y aplicaciones de tres test: el de restricción de derechos; el de igualdad y no discriminación y el de ponderación.

En la tercera y última sección, “Test de principios de aplicación de los derechos”, presentamos las categorías y usos de otros cuatro test: el test para identificar el contenido esencial de los derechos humanos; el test de progresividad; el test de prohibición de regresión, y el test de máximo uso de recursos disponibles.

El libro tiene un objetivo esencialmente práctico: dar instrucciones muy claras para armar los test a aquellas personas que consideren que esta herramienta les puede servir para argumentar el caso concreto, ya sea analizar si una ley, política pública, decisión administrativa es contraria a los derechos humanos, o si las acciones estatales en torno a un derecho no han logrado cu-

brir el núcleo esencial del mismo, no son progresivas o no hacen uso del máximo de sus recursos. Por ende, cada uno de los capítulos en los que se analizan los test se integran por cuatro partes: un primer acápite donde se analizan los aspectos sustantivos y conceptuales de cada test, así como los objetivos del mismo; el análisis de las categorías que integran cada test a partir del estudio de las sentencias y de la literatura; una tercera sección donde se resumen las categorías a fin de que quede claro qué es lo que el lector debe desarrollar para poder argumentar en torno a un test específico, y, en el último acápite de cada capítulo hacemos algún comentario, cuando es necesario, sobre aspectos a considerar en la aplicación del test.

### ¿QUÉ APORTA EL TEXTO?

Varias cosas llamaron mi atención durante el proceso de escritura de este libro. Lo primero que me resultó muy llamativo cuando generamos este proyecto de investigación que arrancó en los primeros meses de 2015, es la poca literatura que hay sobre un tema tan relevante como la razonabilidad en el derecho en general, y los test de razonabilidad en particular.

Lo segundo que atrajo mi atención fue que muchos de los textos existentes tocaban el tema desde la teoría jurídica, discutiendo aspectos precisamente teóricos e incluso histórico-dogmáticos. Sin embargo, en lo que claramente no se concentraban era en generar un texto mucho más práctico que permitiera clarificar lo que el test de razonabilidad efectivamente es: una herramienta argumentativa que permite a los interesados en los derechos en general, y los expertos en derechos humanos en particular, analizar un caso para poder identificar el sentido que debiera tomar una sentencia. Por ende, muchas veces las instrucciones para armar, es decir, la explicitación de la metodología de análisis y las categorías que integran cada test no eran explícitas en los textos.

Lo tercero es que el grueso de literatura analiza sólo uno de los múltiples test que existen. Algún textos se concentran en el

test de restricción; otros en el de igualdad y no discriminación; alguno más en el test de ponderación; pero en ninguno de ellos se da cuenta de la relación que hay entre estos tests y, en especial, del hecho de que no hay uno, sino varios test de razonabilidad o proporcionalidad. Pese a lo anterior, en la revisión de la literatura se observa que los textos parten de la idea de que el análisis de la razonabilidad es relevante en el derecho, que todos los test tienen una metodología común y, de hecho, que comparten varias de las categorías que integran el test.

Conforme me adentraba en el análisis de la literatura y, especialmente, de las sentencias, otro aspecto que llamó mi atención es la falta de claridad que muchas veces se observa en las resoluciones con respecto al uso del test. No queda claro qué test se está utilizando, con qué metodología, a partir de qué categorías y, peor aún, muchas veces el caso claramente presentaba la necesidad de un tipo de test y, por la elección de las categorías empleadas, el juzgador usó otro diferente. El punto es que, a diferencia de lo que esperaba encontrar en las sentencias, no hay tanta claridad en la práctica de los distintos tipos de test que existen, ni de las categorías que cada uno de ellos utiliza. Probablemente uno de los puntos más débiles en las sentencias está en las necesidades probatorias para poder argumentar sólidamente cada una de las categorías o criterios que integran a los distintos test.

También es atrayente, aunque no extraño, que hay test más aplicados y más desarrollados que otros. Si bien fue relativamente sencillo encontrar sentencias en donde se aplicaban test relacionados con restricción, igualdad y no discriminación y ponderación; es bastante más complicado encontrar resoluciones donde se empleen test sobre identificación del contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. De hecho, estos últimos cuatro tipos de test pasan casi completamente desapercibidos en la literatura, cosa que puede entenderse por lo reciente de estos conceptos. Incluso, dentro de cada grupo hay diferencias relevantes. Mientras hay una sistematicidad muy clara en la aplicación de los test de

restricción e igualdad y no discriminación, no pasa lo mismo con el test de ponderación. En el segundo grupo, pese a la escases de sentencias, se encuentran más desarrollados claramente los test de identificación del núcleo esencial y prohibición de regresión, mientras que prácticamente no hay nada en el principio de aplicación del máximo uso de recursos disponibles.

Estas son las cuatro lagunas, vacíos o aspectos mejorables que se intenta solucionar con el libro:

- 1) Contribuir a la literatura sobre test de razonabilidad o proporcionalidad, en particular en relación con los derechos humanos.
- 2) Reconocer que no hay uno, sino múltiples test de razonabilidad, aunque todos ellos tienen puntos en común.
- 3) Hacer un texto especialmente práctico con características de manual donde se identifique con claridad la metodología de aplicación de un test y las categorías que lo integran.
- 4) Dar luz no sólo en aquellos test que ya son muy reconocidos, sino también en aquellos que tienen un especial potencial para ampliar derechos como son el test de progresividad y el de máximo uso de recursos disponibles.

En la medida que el texto tiene como principal objetivo ser un manual, dar al usuario las instrucciones para armar algún test de razonabilidad dependiendo del caso concreto, el objetivo es esencialmente práctico. Por ende, si bien recuperaremos algunos de los principales autores relacionados con la literatura en torno a este tipo de test, la materia primaria del libro son sentencias de las cortes constitucionales de Colombia, México, Estados Unidos, Sudáfrica, España y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ellas extraemos la metodología aplicada por las distintas cortes para aplicar los test, y tratamos de crear una metodología y categorías unificadas para poder utilizar esta herramienta argumentativa en casos semejantes por venir.

Ya que esta es la sección de los asombros y las lagunas, hay una sexta cosa que me resultó muy llamativa pero en la que este texto no podrá ayudar. Si bien hay un mayor número de sentencias en los test de restricción, igualdad y no discriminación y ponderación con respecto a los test de contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles; incluso dentro de estos cuatro últimos se observa una diferencia. Hay más sentencias que directamente aplican al contenido esencial y a la prohibición de regresión. En el primer caso, se trata de sentencias que evalúan si una ley, estado de cosas, o política pública es contrario al contenido esencial de un derecho y, en su caso, qué se tendría que hacer para superar esa situación. En el segundo, se analiza nuevamente si alguna decisión estatal es contraria al avance que ya se había obtenido en algún derecho. Si bien hay cierto desarrollo del concepto “progresividad” en las sentencias, esto se debe a que el análisis de la prohibición de regresión siempre se hace de la mano de la progresividad (pese a tratarse de dos conceptos autónomos que podrían analizarse de forma individualizada o por separado), por lo que ambos principios de aplicación tienen desarrollo conceptual, pero los casos terminan aplicando el test correspondiente a un caso que esencialmente involucra a la prohibición de regresión. En cambio, el máximo uso de recursos disponibles está prácticamente desaparecido de la discusión jurisprudencial, salvo un par de fallos.

¿Qué es lo llamativo de este hallazgo? Que mucho del litigio estratégico que llevó a estas sentencias tiene un carácter especialmente defensivo, estamos en todos los casos frente a restricciones de derechos (todos estos test involucran restricciones de derechos: test de restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, núcleo del derecho —tal como se ha desarrollado—, y prohibición de regresión), mientras que hay pocos, en realidad muy pocos casos ofensivos en donde, por medio de test de progresividad o máximo uso de recursos disponibles, se genere un proceso de ampliación de derechos. Claro, la generación de litigios estratégicos ofensivos con estos fines rebasa este texto.

PRIMERA PARTE

LA RAZONABILIDAD  
Y LA CONSTRUCCIÓN DE TEST

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA RAZONABILIDAD Y LA CONSTRUCCIÓN DE TEST

En este capítulo hacemos una rápida presentación conceptual de la diferencia entre las reglas y los principios; la distinta solución a las colisiones de reglas con respecto a las colisiones de principios; el papel de los test en estas resoluciones; la diferencia entre razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad; qué es la herramienta argumentativa de los test; qué tipo de test de razonabilidad o proporcionalidad existen; cuál es la relevancia política de la idea de razonabilidad y proporcionalidad y, finalmente, cómo juega en este proceso jurídico la estrategia de litigio. Es importante reiterar que el objetivo de este texto es de corte práctico: identificar ¿cuáles son los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que hay? Y ¿qué criterios o categorías integran cada test? Por lo que la discusión conceptual, si bien es necesaria, simplemente sirve como punto de partida para responder las dos preguntas mencionadas.

#### I. COLISIÓN ENTRE REGLAS Y ENTRE PRINCIPIOS

Tanto las reglas como los principios son normas, porque ambas nos dicen lo que debe ser (Alexy, 1993: 83). De acuerdo con Gustavo Zagrebelsky (2003), mientras las leyes están conformadas por reglas, las normas constitucionales suelen ser principios sobre el derecho y sobre la justicia. Así, podemos decir que distinguir entre principios y reglas es diferenciar entre Constituciones y leyes. Por ejemplo, cuando la Constitución establece el derecho a la huelga, estamos frente a un principio. En cambio, cuando la Ley Federal del Trabajo establece la forma en que se debe estallar una huelga, estamos frente a una regla.

¡Cuidado! El actual desarrollo de las Constituciones, como la mexicana, ha tenido como consecuencia que en estos documentos, además de principios, haya también muchas reglas. Por ejemplo, cuando la Constitución establece que la libertad personal es inviolable estamos frente a un principio, pero cuando en la misma se establece que una detención debe ser confirmada por un juez en determinado plazo, ésta claramente es una regla (Zagrebelsky, 2003: 110). De esta forma, concluye Zagrebelsky, “los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico... Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan” (Zagrebelsky, 2003: 110).

Esta diferencia entre principios también se ha recuperado a partir del concepto de “mandatos de optimización”. Así, por ejemplo, se considera que varios derechos humanos no son reglas en sí mismos, sino mandatos de optimización, en términos de Robert Alexy (1994: 75): “Son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas”.

La diferencia entre reglas y principios y la identificación de normas como mandatos de optimización también ha sido recuperada por la SCJN. Por ejemplo, en el expediente 1/2007 relacionado con su facultad de investigación de violaciones graves a derechos humanos aplicada a la movilización social en Oaxaca conocida como Asociación Popular de los Pueblos de Oaxaca (APPO), la SCJN establece que la Constitución está integrada por normas que pueden constituir principios o reglas. Se considera que ambos son normas porque establecen lo que es debido y pueden ser expresadas en un mandato, un permiso o una prohibición. Lo que distingue a los principios de las reglas —sigue la corte— es que los primeros son disposiciones que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; mientras que las reglas son mandatos que únicamente pueden o no ser cumplidos.

En este mismo sentido, en el amparo en revisión 307/2007, José Ramón Cossío explica en su voto concurrente que los principios se definen como normas jurídicas cuyas condiciones de aplicación están configuradas de modo abierto y pueden verse cumplidas en diferentes grados según las circunstancias fácticas o jurídicas que concurren en cada caso. Se trata de normas —sigue el ministro— que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, se trata de “mandatos de optimización”, cuya medida de cumplimiento vendrá dada por su peso y por el que deba ser concedido, en casos concretos a reglas y principios opuestos. En cambio, las reglas son normas de “todo o nada”, que son cumplidas o incumplidas cuando se dan las condiciones establecidas en el supuesto de hecho.

Derechos como el mayor nivel posible de salud, el derecho a la vivienda digna, o el derecho al trabajo hacen evidente esta idea de “mandatos de optimización”. Pero esto sucede también con derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, la integridad personal o el derecho de participar en los asuntos públicos. Aquí, en lo que se debe ser cuidadoso es en no asimilar la idea de la optimización con la de responsabilidad internacional. El Estado está obligado a garantizar la integridad personal y a generar mecanismos de protección, garantía y promoción para hacer efectivo este derecho. Sucede exactamente lo mismo con cualquier derecho social. Por ejemplo, el Estado está obligado a no impedir que una persona tenga acceso a servicios de salud, y también tiene obligación de generar mecanismos de protección, garantía y promoción, lo que incluye un plan de política pública general con metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo a partir de los principios de identificación del núcleo esencial del derecho, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles.

En ambos casos —derecho a la integridad personal o a la salud—, existe la expectativa de mejora sistemática con respecto al ejercicio de derechos y existe también la obligación estatal de realizar varias acciones y actividades. En este marco, ambos

derechos son mandatos de optimización. Pero, si en la aplicación de algunas de estas decisiones, el Estado falla, por más que los derechos sean mandatos de optimización, se puede generar responsabilidad internacional. Por ende, el tejido más fino y más interesante está relacionado con la identificación de en qué momento es razonable decir que estamos frente a un proceso de optimización que aún no se concreta, y cuándo en realidad ya estamos frente a una inacción estatal que se convierte en violaciones a derechos humanos que pueden generar responsabilidad internacional. Este es precisamente el objetivo, por ejemplo, de test como los de contenido esencial del derecho, progresividad, y máximo uso de recursos disponibles, como veremos en las siguientes páginas.

El punto que interesa subrayar es que todo sistema jurídico se conforma por normas que son principios y por normas que son reglas. En la medida que tenemos distintas reglas y principios conviviendo en el sistema jurídico, podemos tener colisiones entre reglas y colisiones entre principios. Las formas en que se resolverán cada una de estas colisiones son diferentes.

Cuando dos reglas entran en conflicto, se pueden usar herramientas como la declaración de invalidez de alguna de las reglas; mecanismos jerárquicos como la regla superior predomina sobre la inferior; criterios de especialidad para establecer excepciones, como la regla especial predomina sobre la general; criterios de temporalidad, como ley posterior deroga a la anterior. El uso de este tipo de herramientas para solventar un conflicto entre reglas genera un estándar estático, que puede ser utilizado en el resto de los casos y donde claramente una regla desplaza a la otra (Alexy, 1993 y 1994; Conesa, 2010; Prieto, 2008; Sánchez, 2008).

En cambio, cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para las reglas no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy: “Las posi-

bilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios” (Alexy, 1994: 75).

En este mismo sentido, la corte mexicana —en la resolución 1/2007 sobre las violaciones sistemáticas y graves de derechos humanos en Oaxaca— especifica que del hecho de que la Constitución disponga las bases jurídicas que hacen posible la convivencia en común necesariamente se sigue que cada uno de los valores y principios que establece deben asumirse con carácter no absoluto (salvo aquellos que son irreductibles, como la prohibición de la tortura) para que sean compatibles con aquellos otros con los que deben relacionarse. Bajo ciertas circunstancias jurídicas y fácticas, un principio puede preceder a otro. En cambio, cuando se da un conflicto entre reglas, éste puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto.

Es relevante ejemplificar a qué nos referimos cuando decimos “principio”. Líneas arriba desarrollamos la diferencia entre principio y regla. Pareciera que los principios siempre están relacionados con la idea de derechos humanos en abstracto (sin especificar sus contenidos obligacionales), no es así. Los principios también pueden ser decisiones políticas como mantener el orden público, el bienestar general, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bien común o la salud pública, por mencionar algunos. Estos conceptos también son principios, es decir, son mandatos de optimización, y, en la medida que se encuentren en la Constitución, serán principios constitucionales.

Por ende, podemos tener colisiones entre principios que sean este tipo de decisiones políticas *versus* derechos humanos, y podemos tener también colisiones entre derechos humanos. Ejemplificando estas colisiones con Prieto Sanchís (2008: 94), cobra sentido el test de razonabilidad como una herramienta argumentativa frente a la convivencia de la libertad personal y la tutela de la

seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la material, el derecho de propiedad y el de medio ambiente, el derecho a la protesta y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y el principio de celeridad.

La razonabilidad y, en específico, los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que existen, nos permiten analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto, un principio predomina sobre otro, se ponderan dos principios para que ambos sobrevivan, o se establecen directrices de acción para los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de que un determinado principio efectivamente exista. Un punto central es que esta predominancia, ponderación o generación de directrices puede cambiar en un caso donde, pese a que se encuentren presentes los mismos principios, las circunstancias sean diferentes. En términos de Roca y Ahumada (2013: 3), el test de razonabilidad o proporcionalidad nos permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por ende, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas.

Si bien hay una aceptación generalizada de que una de las particularidades del test de razonabilidad o proporcionalidad es que no establece soluciones estáticas, soluciones que se aplicarán de una vez y para siempre de forma estandarizada, lo cierto es que las resoluciones en las que se aplica el test pueden, con el paso del tiempo, ir construyendo un estándar, o una aplicación a una situación que puede ser estandarizada; al menos esto es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la aplicación de la regla de razonabilidad en materia administrativa en Estados Unidos (Zaring, 2011: 534). A esto es a lo que se refiere Prieto Sanchís (2008) cuando afirma que si bien el test de proporcionalidad es una forma distinta de resolver una antinomia a la declaración de invalidez o a la generación de una excepción por especialidad (en el mismo sentido Sánchez, 2008), en algún punto generan algunas coincidencias. Se suele dar por hecho que esas dos formas de resolución de antinomias entre reglas se caracterizan porque

dan una certeza a lo largo del tiempo, las antinomias siempre se resuelven así. Mientras que en el test de proporcionalidad, en algunas ocasiones —dependiendo del caso— habrá un tipo de resolución, que podrá diferir en otro caso que tiene circunstancias diferentes. Para Prieto Sanchís (2008: 104-105) en realidad se genera cierta regla, pero con una estructura distinta: en las condiciones X, Y y Z el principio 1 (por ejemplo, el derecho al honor) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la libertad de expresión). La estandarización, la regla será que de ahora en adelante, toda persona que esté en la situación X, Y y Z sabe que su derecho al honor triunfará sobre la libertad de expresión. Incluso, sigue el autor, en casos futuros ni siquiera sería necesario formular nuevamente el test. A esto, Clérico (2008: 158) lo denomina “regla-resultado de la ponderación”. De hecho —sigue Clérico—, antes de aplicar un test de proporcionalidad se debe verificar que no existan reglas-resultado previas.

## II. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad aparecieron tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental. En Estados Unidos se generó un mayor desarrollo sobre “lo razonable” debido a la interpretación y aplicación del derecho anglosajón. Se han desarrollado sentencias sobre qué es lo razonable en materia penal, administrativa, de regulación financiera y de análisis de agravios (Zaring, 2011), pero este análisis sobre lo razonable no se da en el marco de un test específico con categorías predeterminadas, sino como parte del proceso de integración y aplicación del derecho que utiliza, de forma directa, el concepto de razonabilidad para pensar el derecho. Esto supone un mayor nivel de discrecionalidad a favor del juez de lo que supone un test.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad también fueron desarrollados en el derecho europeo continental, esencialmente en el derecho alemán. Proveniente del derecho penal (de la exigencia de proporcionalidad de la pena con el delito y con la importancia social del hecho y del bien jurídicamente protegido),

el principio de proporcionalidad comenzó a desarrollarse en Alemania tanto en esta área como en la administrativa durante el siglo XIX con el fin de controlar los poderes discrecionales de la administración y de la policía (Sapag, 2008: 170-171). Esencialmente, parecido a Estados Unidos, este principio tuvo como principal objetivo establecer los términos en que los derechos de las personas podían ser restringidos por una intervención estatal.

En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español (TCE o corte española) ha entendido a lo razonable como lo justificado, lo no arbitrario, para designar proporción, por ejemplo, entre tiempo y proceso (ser juzgado en un tiempo razonable) (Bazan, 1991); mientras que la corte inglesa da alguna luz con respecto a la discusión en torno a la negligencia, es decir, la omisión de hacer algo que un hombre razonable, guiado por las consideraciones que normalmente regulan la conducta de las personas, debía hacer, o no hacer algo que un hombre razonable y prudente no hubiera hecho (Zaring, 2011: 537). Bajo este criterio, para que la negligencia no exista uno debe actuar como un hombre razonable bajo ciertas circunstancias. La persona razonable es aquella que actúa con prudencia ordinaria, prudencia razonable o alguna otra mezcla de razón y precaución (Zaring, 2011: 538).

Estas ideas generales de razonabilidad y proporcionalidad también aparecen en el derecho mexicano. De entrada, explica Rubén Sánchez (2008: 246), el concepto resultaba vago e indeterminado y equivalía a una cierta correspondencia entre intereses jurídicamente protegidos mediante parámetros equívocos. En estos términos, la idea de proporcionalidad aparece en sentencias relacionadas con la materia fiscal (proporcionalidad tributaria); con la relación entre las posibilidades del acreedor y las necesidades del deudor en las pensiones alimenticias; la lesión contractual en obligaciones recíprocas que lleva a la nulidad, y la legítima defensa penal como excluyente de responsabilidad.

Hasta aquí hemos utilizado la idea de razonabilidad y proporcionalidad como sinónimos, pero ¿realmente lo son? Además, Oscar Parra (27/07/15) señala la necesidad de sumar otro concepto más a estos dos: la racionalidad. Comencemos por los dos

primeros. Normalmente se utiliza a la razonabilidad y la proporcionalidad como sinónimos. Por ejemplo, en su voto particular de la sentencia 2655/2010, José Ramón Cossío explica que aun cuando la resolución hace referencia a los principios de “razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, él estima más correcto utilizar la conjunción “o” que la conjunción “y”, puesto que en el constitucionalismo comparado contemporáneo las dos expresiones se usan indistintamente para denominar una matriz analítica funcionalmente equivalente. En el mismo sentido, en sus textos, tanto Sapag (2008) como Vivas (2012) los utilizan como sinónimos. Escribe el primero:

El control sobre el contenido o la sustancia de una norma se hace teniendo en consideración la finalidad o finalidades de ésta y los medios empleados, y analizando la relación entre unos y otros, y su conformidad con la Constitución. Este control se conoce como la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de las leyes (Sapag, 2008: 162).

En cambio, para Oscar Parra hay una línea tenue de diferencia: “Lo que para mí es razonable es lo que pasa por un test de proporcionalidad...” (Parra, 27/07/15). Pero al final, la línea es tan tenue que se borra: “Lo razonable es lo proporcional” (Parra, 27/07/15).

A veces se distingue la proporcionalidad de la razonabilidad a partir de la corriente jurídica que los vio nacer, llamando principio de proporcionalidad al proveniente del derecho alemán y de razonabilidad al anglosajón (Sapag, 2008: 180).

En la medida que este texto tiene como principal objetivo funcionar como un manual práctico en el uso de los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad, usaremos estos dos conceptos como sinónimos sin meternos a honduras más filosóficas sobre las diferencias que hay entre ellos.<sup>3</sup> Incluso los mantendremos

---

<sup>3</sup> Sabemos que no todos los autores estarían de acuerdo en considerar estos conceptos como sinónimos (Bernal, 2002). Sin embargo, el objetivo del texto nos permite simplificar las discusiones más conceptuales.

mos en este nivel de abstracción, en este nivel etéreo en donde lo razonable o lo proporcional nos sirven para identificar aquello que es justificado, que no es arbitrario como se especificó líneas arriba, o, en términos de Sánchez: “La idea de proporcionalidad evoca una relación adecuada entre cosas diversas, que la hace razonable por ser armónica y materialmente justa” (2008: 225). En cambio, el aterrizaje en la mirada de lo razonable no se hará a partir de la conceptualización-distinción entre lo razonable y lo proporcional, sino a partir de las categorías específicas que construyen cada uno de los distintos test como herramientas argumentativas. A esto dedicaremos los siguientes acápite.

Antes de ir a ello, quedó pendiente otra distinción relativamente más sencilla de solventar: la diferencia entre lo razonable y lo racional. La diferencia entre estos dos conceptos es que el segundo se sustenta en una lógica instrumental, en la adecuación de los medios con respecto a los fines buscados, siempre con los límites de información correspondientes mientras que el primero hace referencia a la construcción de lo justo. Sé que zanjando así el debate quedo en deuda con una serie de discusiones densas que se han dado tanto en la teoría política, como en la teoría de la justicia y en la ciencia política más cercana a la elección racional. Reitero que el objetivo del texto no es salvar esas discusiones de carácter más teórico-filosófico,<sup>4</sup> sino construir un texto mucho más pragmático.

Hasta aquí hemos dedicado espacio a especificar, en términos generales, la idea que denota la razonabilidad y la proporcionalidad, y su diferencia con la racionalidad. Sin embargo, su uso no puede ser tan abstracto, tan general, ya que abriría las puertas a la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales, especialmente complicada cuando lo que se anula son decisiones políticas provenientes de poderes electos. Por ende, para intentar “objetivar” estas decisiones es que se ha propuesto un método: el uso de test de razonabilidad o proporcionalidad. En el siguiente

---

<sup>4</sup> Para profundizar en este punto se puede recurrir a Manuel Aienza (1987) y a Carlos Bernal (2005).

acápites analizaremos qué es un test y, posteriormente, qué tipos de test de razonabilidad o proporcionalidad existen.

### III. QUÉ ES Y CÓMO SE GENERA UN TEST

Hasta aquí hemos definido a lo razonable o proporcional como aquello que es justificado, que no es arbitrario. Ya esta sola idea de razonabilidad o proporcionalidad, se puede utilizar para argumentar en una sentencia que determinada decisión se encuentra justificada, no es arbitraria, como lo hizo la SCJN en la sentencia 2252/2013. Sin embargo, una capacidad así de general para que una corte pueda decidir que una determinada ley o acto administrativo no es justificado sería tan amplia que podría generar un desplazamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo por el Judicial. Como observó la corte colombiana en la sentencia C-926/02, un uso general del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad supone prescindir de un método para su aplicación. De ser así, la relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, se determinaría en forma intuitiva y en forma de grado. La inexistencia de método para establecer ese grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible —sigue la corte colombiana— en un Estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas.

La razonabilidad sin método puede derivar en un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable (Lamparello, 2006: 177) a lo que también se ha denominado el riesgo de la libre creación del derecho (Vidal, 2005). Para evitar esa posibilidad de abuso discrecional, es que cobra sentido la especificación de herramientas argumentativas como el test, que nos allega de directrices, de categorías claras que serán uti-

lizadas para analizar razonablemente el caso,<sup>5</sup> y que potencia mucho más las decisiones basadas en razonamientos jurídicos en comparación con el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, como suele suceder en las sentencias de la región (García, 2011). Como observa la CCC en la sentencia C-926/02, el uso coloquial de la proporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. Este es el trabajo del test como herramienta argumentativa, como método que permita operacionalizar a la razonabilidad a través de categorías.

No paso por alto que para algunos autores, con el objetivo de “desaparecer la subjetividad” en la construcción argumentativa del test, no bastaría con la generación de categorías previas y claras que lo integren para que el análisis de razonabilidad sea algo más que simple retórica argumentativa. Es necesario realizar un proceso de matematización de dichas categorías o criterios a fin de dotarlos de objetividad (a este proceso lo han llamado “la fórmula del peso”). Más allá de todo el ya viejo debate que existe en las ciencias sociales entre objetividad y subjetividad, lo cierto es que prácticamente en ninguna de las sentencias analizadas se realiza este proceso de matematización, por lo que resulta mucho más prudente mantener como principal objetivo la identificación clara de las categorías que integrarán los test para obligar a las cortes a emitir argumentos más que números. Para quien se inte-

---

<sup>5</sup> Para algunos autores, la razonabilidad o proporcionalidad no logra ser un procedimiento racional para resolver el problema de normas jurídicas, como lo mencionan tanto Alexy (2008), como Bernal (2006). Quienes hacen esta afirmación, suelen considerar la falta de precisión de la ponderación, la inconmensurabilidad a la que se enfrenta su aplicación y la imposibilidad de predecir sus resultados. Por ello, Araujo (2006: 877) concluye que la interpretación por medio de principios que no están previamente definidos será siempre una interpretación subjetiva.

rese por el análisis más matemático de la ponderación, son útiles: Alexy, 2008; Bernal, 2003 y 2006, y Moreso, 2008.

Un test no es otra cosa que la construcción de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list* (Zaring, 2011: 528). Se trata de criterios o categorías objetivas que se aplican de forma prudencial a partir de las circunstancias del caso. Las categorías o criterios son objetivos porque anteceden al caso y son siempre las mismas. La identificación del tipo de categorías o criterios en cada test es uno de los elementos centrales en la aplicación de esta herramienta argumentativa, se refiere a las preguntas, cuestiones o aspectos que, quien aplique el test, debe verificar antes de estipular si una decisión u omisión es razonable. Además, la determinación es prudencial porque apela a lo justo en el caso concreto. En este sentido, la justicia lo es siempre a la luz y a partir del caso, y es también un proceso de construcción en la medida que se van resolviendo las categorías que integran el test.

Finalmente, otro aspecto central de los test de razonabilidad o proporcionalidad es que se trata de herramientas argumentativas que, a través de criterios como la idoneidad o adecuación, o el estudio de la necesidad, permiten analizar cuestiones de derecho, cuestiones de facto, y la combinación de ambas.

Por ejemplo, uno de los test que analizaremos líneas abajo es el de restricción de derechos (capítulo 2). Ese test está integrado por los siguientes criterios o categorías:

- 1) Análisis del principio de legalidad.
- 2) Análisis del principio de legitimidad (constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
- 3) Análisis del principio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
- 4) Análisis de la racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
- 5) Análisis del principio de necesidad.

- 6) Análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- 7) Y verificación que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

Otro ejemplo, ahora con categorías en forma de preguntas. Otro test que desarrollaremos líneas abajo es el de identificación del núcleo esencial de un derecho (capítulo 6). Ese test está integrado por las siguientes categorías o criterios:

- 1) ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
- 2) ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?
- 3) ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
- 4) ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera el contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
- 5) ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?
- 6) ¿Cuáles serían las consecuencias de cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no sólo al demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?
- 7) ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?
- 8) ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

En la medida que tenemos un test con categorías o criterios que lo integran, se mantiene la posibilidad de hacer un análisis de la razonabilidad o proporcionalidad del caso excluyendo una resolución *a priori* y arbitraria del mismo (Zaring, 2011: 527). Lo que se obtiene es una resolución que, con el tiempo, se puede estandarizar, pero siempre a la luz de las circunstancias concretas del caso, se obtiene una regla-resultado de la ponderación.

Un dato interesante es que el test de razonabilidad o proporcionalidad, igual que el neoinstitucionalismo en la ciencia política, tiene una entrada distinta en Estados Unidos con respecto a México. En el primer caso, su principal objetivo fue generar algunas reglas de certidumbre con respecto a la discrecionalidad interpretativa que tienen los jueces en el ámbito anglosajón. En México, por el contrario, nos será útil para dar mayor discrecionalidad al estudio de los principios frente al positivismo del siglo XIX que se sostiene sobre la mera aplicación de reglas.

Resolvamos dos cuestiones más antes de cerrar esta sección: cuándo estamos frente a un test y cuándo no, y medios probatorios del test. ¿Siempre que se genera una serie de categorías o criterios tipo *check list*, estamos frente a un test de razonabilidad? Oscar Parra (27/07/15) y Sandra Serrano (15/06/15) nos dirán que no. Un test de razonabilidad, de proporcionalidad, supone que siempre estamos frente a un caso concreto en donde podemos mirar su contexto. La razonabilidad es tal y existe, sólo ahí donde podemos sopesar la situación específica de personas o grupos en contextos concretos con balanceos de derechos, o finalidades en conflicto, incluyendo casos abstractos de control de constitucionalidad (Parra, 27/07/15). Así, lo razonable siempre dependerá de cada caso concreto. Por eso también lo razonable y lo justo es un proceso que se construye en la medida que se solventa el test (Bazán, 1991: 180).

Ahí donde no tenemos este tipo de balanceos de derechos en conflicto, o de un derecho humano en conflicto con un objetivo político, la idea de razonabilidad o proporcionalidad desaparece. Por ejemplo, el caso de la identificación de un feminicidio. Parte

del debate en torno a la identificación de un feminicidio ha sido poder saber cuándo estamos frente a uno, y cuándo, pese a que la víctima es una mujer, no se observan aspectos relacionados con la violencia de género, es decir, el móvil del homicidio no tiene que ver con que la víctima sea precisamente una mujer. El instrumento para poder distinguir un feminicidio de uno que no lo es puede ser una especie de *check list* con varios aspectos que nos permitan mirar si la violencia de género es el marco del asesinato. Pero en este *check list* no habrá un ejercicio de razonabilidad, ni de proporcionalidad en ningún sentido.

Vayamos al segundo punto: la carga probatoria en los test de razonabilidad o proporcionalidad. ¿Basta con el argumento de razonabilidad para que la corte pueda arribar a su decisión? No, no basta con ese argumento, es necesario contar con mecanismos probatorios, en particular con las pruebas periciales necesarias. Este punto se torna complejo debido a que muchos de los casos requerirán pruebas de racionalidad o adecuación (relación causal entre los medios y los fines), de necesidad (que la medida es imprescindible para el fin buscado y no hay alternativas) y de estricta proporcionalidad (que no hay forma de que la medida sea menos gravosa). En casos como estos, así como en el grueso de los test relacionados con núcleos de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles, es relevante que las cortes se alleguen de todos los informes de las distintas oficinas gubernamentales y peritajes que sean necesarios. También es relevante que se apoyen en la *expertise* de instituciones académicas especializadas para que pueda sostener la aplicación de las distintas categorías que integran el test.

#### IV. ¿UNO O MUCHOS TEST DE RAZONABILIDAD?

Pareciera que no hay acuerdo sobre cuáles son los test de razonabilidad que existen. Por ejemplo, de nuestros entrevistados, cuando escuchaban la palabra de test de razonabilidad, uno inmediatamente pensó en el test de igualdad y no discriminación,

en particular en la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América (SCEUA o corte estadounidense) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 de 1954 (Santiago, 21/06/15). De hecho, presentó al test de igualdad y no discriminación como el principal test de razonabilidad o proporcionalidad. Otro lo conceptualizó a partir del test de restricción de derechos y recuperó la tradición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Guevara, 28/05/15). Uno más recuperó esencialmente el test de proporcionalidad de Robert Alexy y partió de éste para complejizar los aspectos que han venido sumando cortes como la europea e interamericana de derechos humanos y la colombiana (Parra, 27/07/15). Mientras que Sandra Serrano (15/06/15) inmediatamente pensó y explicó esencialmente el test de ponderación de derechos dando especial énfasis a la identificación del núcleo esencial de los derechos y al máximo uso de recursos disponibles. Vemos, de entrada, que al menos, entre nuestros expertos entrevistados, no hay uno, sino cuatro test que cada uno refiere como el principal.

Ninguno de ellos está equivocado, todos son test de razonabilidad, no hay uno sino varios test. Todos los test son un conjunto de categorías para determinar una cosa que es común a todos ellos: qué es lo razonable en el caso concreto. Todos ellos tienen un parecido de familia: son herramientas argumentativas para generar control constitucional en la interpretación del derecho. La idea de razonabilidad es lo que unifica a esta herramienta. La finalidad del test y, por ende, los distintos criterios para determinar qué es lo razonable, es lo que los hace diferentes. Lo que varía son los criterios, las directrices a utilizar dependiendo del objetivo del test: unos serán los criterios cuando lo que se busca es identificar el núcleo de un derecho humano; otros los que realizan una ponderación entre dos derechos ejercidos por dos particulares; otros diferentes los que sirven para revisar si es válida y legal una restricción a un derecho humano para realizar un objetivo gubernamental; otros diferentes los que buscarán revisar si una acción gubernamental es acorde a los principios de

progresividad y prohibición de regresión; otras categorías serán necesarias para mirar si un trato diferenciado a un grupo es discriminatorio; por mencionar varios y distintos casos.

Como vimos líneas arriba, tenemos dos puntos de partida: los test elaborados por la corte estadounidense y por la alemana. En Estados Unidos, el concepto de razonabilidad se desarrolló a la luz del análisis y control de las leyes federales y estatales por parte de los jueces por medio de criterios considerados razonables en el mundo anglosajón. No es sino hasta la enmienda XIV (1868) que cobró forma lo que desde entonces se conoce como el “debido proceso legal sustantivo”, es decir, no basta sólo con que se sigan determinados procedimientos para afectar un derecho a las personas (debido proceso legal), se requiere también el análisis de criterios de razonabilidad y justicia que suponen el aspecto sustantivo (Sapag, 2008).

Esta idea de debido proceso legal sustantivo fue usada entre 1870 y 1937 con el especial fin de echar abajo todas las leyes que interfirieran con la propiedad, la libertad de contratación, la regulación de las relaciones laborales y medidas de política económica diseñadas para generar algún tipo de “bien común”, motivo por el cual cayó en desuso a partir del *New Deal*. De hecho, expone Araújo (2006), aquí se encuentra la explicación del nacimiento del test leve de proporcionalidad o razonabilidad. Roosevelt logró construir una mayoría en la corte estadounidense que previamente había declarado inconstitucionales sus leyes de contenido económico, impidiendo echar a andar su programa político. La nueva conformación de la corte cambió la tendencia jurisprudencial para decir que el control constitucional sobre temas económicos sería más flexible. Lamentablemente, bajo un criterio de reformas neoliberales en América Latina en la década de los ochenta, un test de intensidad leve (en lugar de uno estricto), lejos de otorgar una mayor protección a los derechos de las personas, la disminuye, como se puede observar en la tendencia de la jurisprudencia chilena (Soto, 2009; Covarrubias, 2012, y Carrasco, 2013). Esta idea de dotar de mayor capacidad confi-

gurativa a los poderes electos cuando la materia es económica es expresamente recuperada en la jurisprudencia de la corte mexicana, como veremos más abajo.

A partir de la corte-Roosevelt, el análisis jurídico se realizó a través de dos mecanismos: el debido proceso y la protección de la igualdad. En palabras de Sapag:

Quando una ley regula un derecho o una libertad que afecta a todos los hombres por igual, se la somete al test del debido proceso sustantivo; pero cuando una norma establece clasificaciones mediante las cuales se regula el ejercicio de un determinado derecho o libertad de un modo distinto a diversos grupos o personas, la Corte analiza el caso a la luz de la protección de la igualdad (Sapag, 2008: 167).

El primero juzga la justicia general de la norma, el segundo juzga la clasificación establecida; el primero es un test de intensidad de escrutinio leve o débil, el segundo es un test de intensidad de escrutinio más estricto.

Así, con el paso del tiempo, la corte estadounidense ha elaborado distintos test a partir de tres niveles de intensidad en el escrutinio. Se parte del respeto de la libertad de configuración política de los poderes Legislativo y Ejecutivo, pero se decide que dependiendo de la materia, habrá casos en los que el escrutinio debe ser más cuidadoso, más estricto, y casos en donde se debe respetar la decisión política de los otros poderes y aplicar escrutinios más débiles. Bajo esta lógica, tenemos tres tipos de escrutinio: leve o débil, intermedio y estricto.<sup>6</sup> Un aspecto central es que este test sirve para analizar cualquier tipo de restricción de derechos. Sólo cuando se está frente a una restricción de un derecho fundamental, se utiliza el nivel de intensidad estricto. Sin embargo, este test se ha desarrollado siempre relacionado con el derecho a la igualdad y la no discriminación. De hecho, precisamente

---

<sup>6</sup> Las especificaciones de estos tres niveles de intensidad en el test se desarrollan en el acápite dedicado al test de igualdad y no discriminación.

la existencia de categorías sospechosas, de grupos en situación de discriminación, es lo que determina el uso de la intensidad más estricta. Por ende, pese a que la propuesta estadounidense no necesariamente se circunscribe al derecho a la igualdad y la no discriminación, usaremos sus premisas para conformar este tipo de test (capítulo tercero).

Por otro lado, tenemos la propuesta de la corte alemana recuperada y sistematizada por Robert Alexy. Esta propuesta está integrada por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad (Alexy, 2008; 1993).<sup>7</sup> Estos mismos criterios son los que se observan en el test desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA o corte alemana) para aplicar la proporcionalidad: el de adecuación, el de indispensabilidad y el de proporcionalidad en estricto sentido (Vidal, 2005). Un dato relevante es que este tipo de test fue pensado para realizar la ponderación entre dos principios que pueden tomar distintas formas: los principios pueden ser objetivos políticos (bien común, orden público, bienestar social, etcétera), derechos humanos o, específicamente, puede tratarse del derecho a la igualdad y no discriminación. Por ende, con este test podemos ponderar dos objetivos políticos, dos derechos humanos (test de ponderación, capítulo cuarto), un objetivo político y un derecho humano (test de restricción, capítulo segundo), o un objetivo político y específicamente el derecho a la igualdad y no discriminación (test de igualdad y no discriminación, capítulo tercero).

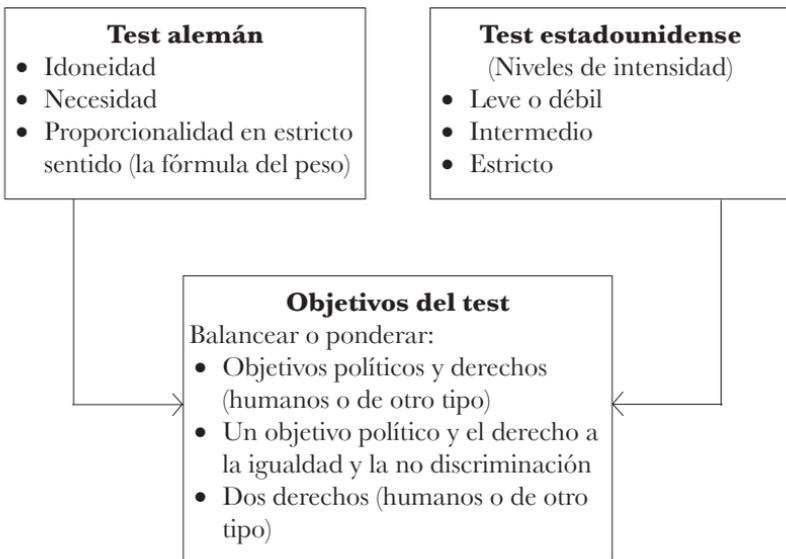
En resumen, tenemos como punto de partida dos test desarrollados históricamente por dos cortes distintas, en ambos casos con un objetivo principal: resolver problemas de restricción de derechos por colisión de principios. En ninguno de los dos casos el test se limita al análisis de derechos humanos, y en ambos casos se pretende que el test sirva para resolver lo mismo conflictos entre derechos humanos, entre objetivos políticos y derechos hu-

---

<sup>7</sup> Estos criterios son desarrollados en el capítulo dedicado al test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción.

manos, y entre objetivos políticos y el derecho a la igualdad y no discriminación. Pese a esto, en la medida en que a nosotros nos interesa pensar esta herramienta argumentativa para la aplicación de derechos humanos, daremos prioridad a los tipos de test y categorías directamente relacionados con estos derechos.

Cuadro 1  
*Las tendencias alemana y estadounidense de la razonabilidad*



Estos desarrollos jurisprudenciales son los que han influido en otros sistemas jurídicos, por ejemplo, el anglosajón al argentino; el alemán al español, y a los tribunales europeo e interamericano de derechos humanos, y, tanto el anglosajón como el alemán, al colombiano.

El test alemán fue recuperado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, a través de él, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer un análisis específico sobre la restricción de derechos para conseguir objetivos políticos. En esta apropiación, estas cortes sumaron otros criterios o categorías al

test como que el objetivo fuera necesario para una sociedad democrática. Esto surge porque el Convenio Europeo establece en varias de sus normas como referente de restricción la necesidad para una sociedad democrática (Parra, 27/07/15). También añadieron otras tres categorías: 1) la legalidad, que la restricción esté consagrada en una ley; 2) la previsibilidad, que la restricción sea previsible porque su consagración era clara en las normas o porque la persona que iba a ser objeto de la restricción era consciente de los alcances de esa restricción (Parra, 27/07/15), y 3) la no anulación de derecho, por medio de la transgresión al contenido esencial del mismo. A este test lo hemos denominado de restricción de derechos (capítulo segundo). Este test no recupera los distintos niveles de intensidad propuestos por la tendencia estadounidense.

Por su parte, la corte colombiana —en sus resoluciones C-093/01 y C-372/11— recuperó el test estadounidense para dar prioridad a la libertad configurativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo y, con ello, matizar los casos en que una decisión tomada por un poder electo era anulada por una corte. Sin embargo, fortaleció en especial el test débil e intermedio de la corte estadounidense por medio del uso de las categorías del test alemán, adecuando su rigidez a los distintos niveles de escrutinio del test anglosajón. Si bien la CCC ha intentado que este “test integrado” se utilice en todos los casos en donde hay un balanceo o ponderación de objetivos políticos y derechos (humanos o no), lo cierto es que su desarrollo se ha verificado esencialmente en relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación. De hecho, se suele aceptar que el test de igualdad y no discriminación nace esencialmente en Colombia, en donde se usa como sinónimo de proporcionalidad:

La Corte [colombiana] fue llamada a pronunciarse sobre criterios que fundaban tratos diferentes de manera sobresaliente en el ámbito laboral, adoptando, desde entonces, los criterios de adecuación, necesidad y de estricta proporcionalidad como exigencias a los criterios base de la diferenciación, dentro del llamado test de

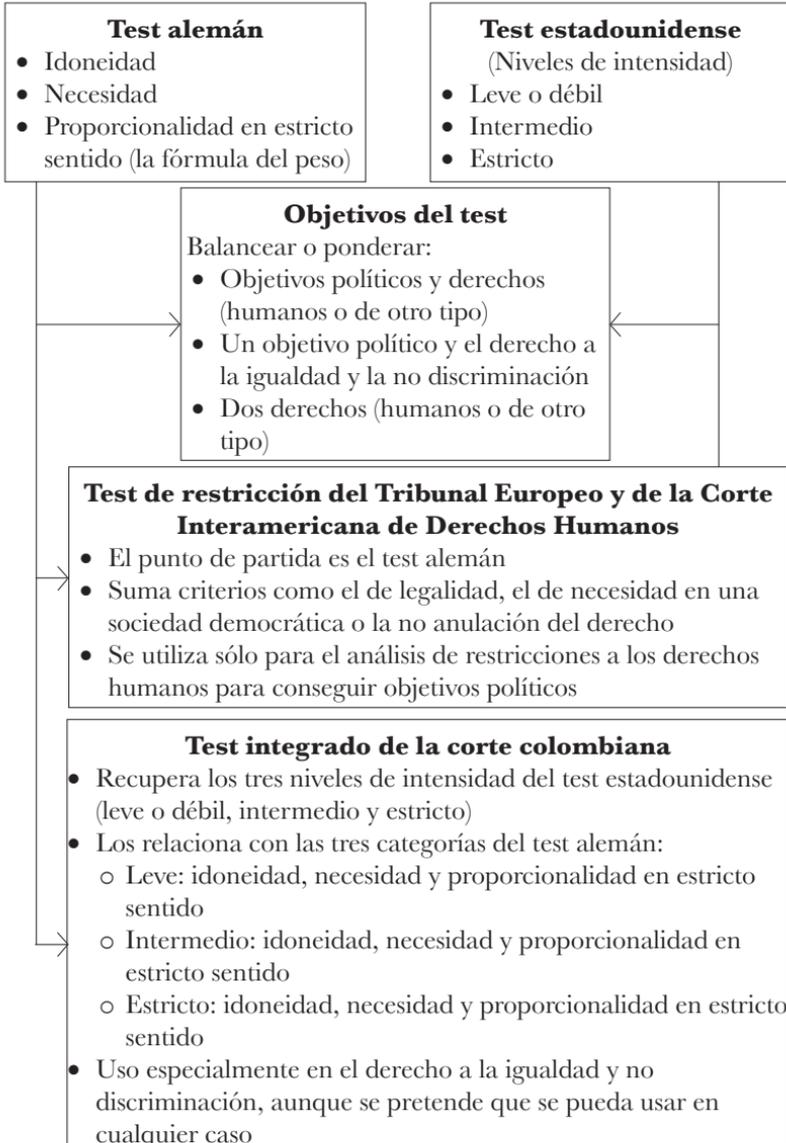
razonabilidad o de igualdad (Vivas, 2012: 35; en el mismo sentido véase Bernal, s.f.; Balbuena, 2006; Insignares, 2012).

Lo que hace este test es añadir categorías específicas para solventar una finalidad propia: ¿cómo resolver una premisa fáctica en donde probablemente hay una diferencia de trato que puede ser discriminatoria? (Parra, 27/07/15).

Así, las primeras derivaciones del test de razonabilidad o proporcionalidad tomaron estas rutas:

Cuadro 2

*Primeras derivaciones de las tendencias alemana y estadounidense*



Hasta aquí tenemos claridad sobre las tendencias que serán desarrolladas en el análisis de dos test en los siguientes capítulos: el test de restricción de derechos (capítulo segundo) y el test de igualdad y no discriminación (capítulo tercero). En el primero lo que se pondera son principios que toman la forma de objetivos políticos con derechos humanos, por ejemplo, podemos ponderar el principio de bien común con el derecho a la propiedad, o ponderar el principio de orden público con el derecho a la protesta. En el segundo, lo que se pondera es una finalidad política con el derecho a la igualdad y no discriminación de un grupo en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, el principio de la seguridad nacional y el derecho de los ciudadanos estadounidenses de ascendencia de un país con el que se ha entrado en conflicto bélico para servir en el ejército. En este caso, si bien el test se parece mucho al de restricción, el test que involucra al derecho a la igualdad y no discriminación ha tenido su propio desarrollo por lo que le dedicaremos un capítulo aparte.

No obstante, los principios se pueden también presentar ambos en forma de derechos, por ejemplo los principios de libertad de expresión y el de derecho al honor, o los principios del derecho a la vida y el de libre desarrollo de la personalidad e integridad personal en relación con el aborto. En estos casos, ya no estamos frente a una restricción de derechos que tiene como objetivo la realización de un objetivo político, sino frente al ejercicio de dos derechos por dos personas. A este test lo llamaremos de ponderación (capítulo cuarto).

Hasta aquí, podemos observar que la lógica de todos los test está relacionada con la restricción de derechos, ya sea de cualquier derecho humano, o del derecho a la igualdad y la no discriminación en particular; algunas veces para conseguir un objetivo político, en cuyo caso la restricción será general; algunas otras, para lograr la sobrevivencia de dos derechos de dos personas, los cuales se encuentran en colisión. Esta misma lógica de restricción de derechos se observa en un test más: el test de prohibición de regresión (capítulo octavo). En este test, lo que se analiza es si una

decisión política (del Poder Ejecutivo o Legislativo) tiene como consecuencia la pérdida en el avance de un determinado derecho.

Tanto en el test de ponderación como en el de prohibición de regresión, se han utilizado esencialmente los criterios del test alemán (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), aunque sin llegar a obtener el nivel de sistematicidad que se ha logrado tanto en el test de restricción de derechos como en el de igualdad y no discriminación. Además, estos test no han recuperado los distintos niveles de intensidad de la corte estadounidense.

Hasta aquí, pareciera que el análisis de la restricción de derechos es la única finalidad del test, no es así. También podemos observar si se han generado procesos de ampliación de derechos. En su sentencia C-926/02, la corte colombiana estableció que la proporcionalidad puede adoptar dos formas: la de prohibición de excesos, que busca limitar el uso del poder público; y la de prohibición de defecto, cuyo objetivo es someter a análisis los deberes positivos del Estado en la protección y garantía de los derechos. Así, la validez de los derechos impone tanto límites frente a un exceso de restricción como frente a omisiones o acciones insuficientes que imposibiliten injustificadamente el ejercicio del derecho (Clérico, 2008: 126; Santiago, 2014). En el primer caso estaremos frente a test que involucran el análisis de restricción de derechos; en el segundo frente a test que miran si hay un avance o ampliación de derechos.

Los test que nos permiten mirar el avance o ampliación del derecho esencialmente son: el test del núcleo o contenido esencial de derechos (capítulo sexto), el test de progresividad (capítulo séptimo) y el test de máximo uso de recursos disponibles (capítulo noveno). En el poco desarrollo jurisprudencial que hay en torno a estos test, no nos vamos a encontrar con palabras como las de razonabilidad o proporcionalidad, pero sin duda estamos frente al uso de la misma herramienta argumentativa, de la construcción de una serie de categorías con una finalidad básica, que sirve para realizar un juicio de razonabilidad tácito. Si bien no es la razonabilidad clásica para la proporcionalidad de una restricción, sin

duda es un análisis de razonabilidad tácita de una política pública, de una situación, de una decisión o de una ley (Parra, 27/07/15). Por otro lado, lo que interesa en estos test es mirar si se ha gestado la ampliación de derechos esperada a partir de esos principios.

Así, en las siguientes dos secciones haremos el análisis de siete test específicos, identificaremos sus finalidades y categorías o criterios que los integran:

#### TEST DE RESTRICCIÓN

- 1) Test de restricción de derechos (capítulo segundo).
- 2) Test de igualdad y no discriminación (capítulo tercero).
- 3) Test de ponderación de derechos (capítulo cuarto).

#### TEST DE PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

- 4) Test de identificación del contenido esencial o núcleo del derecho (capítulo sexto).
- 5) Test de progresividad (capítulo séptimo).
- 6) Test de prohibición de regresión (capítulo octavo).<sup>8</sup>
- 7) Test de máximo uso de recursos disponibles (capítulo noveno).

Elegimos estos siete test porque consideramos que serán los de más utilidad en las sentencias por venir, pero es importante dejar claro que estos no son los únicos test que existen. Por ejemplo, tenemos también el test de plazo razonable para resolver un caso, cuyas pautas se pueden encontrar en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o corte interamericana) en el *caso Suárez vs. Ecuador*, donde la Corte IDH considera que se deben tomar en cuenta tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad procesal del interesado, y *c)* la conducta de las autoridades judiciales.

---

<sup>8</sup> Si bien el test de prohibición de regresión sirve para analizar restricciones de derechos, decidimos dejarlo en esta tercera sección ya que este test no se puede comprender sin antes conocer los de contenido esencial del derecho y progresividad. De hecho, estos tres conceptos, junto con el máximo uso de recursos disponibles, están claramente relacionados (Serrano y Vázquez, 2013).

Otro test de razonabilidad es el de proporcionalidad de las penas. Una aplicación la encontramos en la sentencia de amparo directo en revisión 181/2011 de la SCJN. En esta sentencia la corte mexicana analiza la concepción estricta del principio de proporcionalidad en materia penal. Establece como criterios del test: 1) la adecuación entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; 2) la proporcionalidad en abstracto de la pena, que se determina a partir de factores como: la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del ataque a ese bien, y el ámbito de responsabilidad subjetiva, y 3) la proporcionalidad en concreto de la pena a partir de aspectos como la lesión o puesta en peligro del bien, la intervención del agente para causar la lesión o crear el riesgo, así como otros factores sociales o individuales que sirvan para establecer la menor exigibilidad de la conducta. Para quienes estén interesados en el uso de la proporcionalidad en materia penal pueden ser útiles: Ávila, 2008; Lopera, 2008; Castiñeira y Ragues, 2008, y la sentencia del tribunal español 55/1996 sobre el régimen penal del incumplimiento de la prestación sustitutoria del servicio militar para objetores de conciencia (proporcionalidad de la pena).

Otros ejemplos de distintos test que de alguna forma involucran a la razonabilidad o a la proporcionalidad son: el test que se aplica para mirar la expropiación por regulación y que García (2011) desarrolla a partir de las líneas jurisprudenciales de las cortes estadounidense y chilena. El test para analizar las condiciones inconstitucionales, es decir, aquellas condiciones establecidas por el Estado a un particular que es receptor de un beneficio público a fin de que, para percibirlo, renuncie a un derecho fundamental, que Soto (2009) desarrolla a partir de la jurisprudencia de estas dos mismas cortes.

## V. LA RELEVANCIA DE LA ESTRATEGIA DE LITIGIO

En la medida que hay más de una forma de analizar y dirigir la sentencia en un mismo caso, es decir, que hay diversas herramien-

tas y estrategias argumentativas, la propuesta que el litigante haga del caso es relevante para determinar el tipo de herramienta que puede utilizarse. Por ejemplo, en un caso sobre penalización del aborto, si los litigantes plantean el caso en términos de colisión de derechos entre el derecho a la integridad personal, a la familia, a la salud sexual y reproductiva, y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer versus el derecho a la vida, la herramienta argumentativa apropiada para el caso será un test de ponderación de los dos derechos en conflicto. Si lo que se busca en el litigio es la total despenalización del aborto, probablemente esta no es la mejor estrategia, ya que la ponderación obliga al juez a realizar un análisis de la colisión ponderando ambos derechos pero sin anular ninguno de ellos.

En cambio, si el objetivo es la total despenalización del aborto, sería mejor proponer un caso a partir de un test de restricción de derechos, en este caso de los tres mencionados (integridad personal, a la familia y a la libre configuración de la personalidad), a fin de determinar si la restricción de esos tres derechos por la vía penal es la más adecuada para garantizar el derecho a la vida o, en cambio, si existen otras vías para garantizar ese derecho como la salud sexual y reproductiva, y la educación sexual, por mencionar dos, por lo que la restricción si bien puede ser adecuada, no cumpliría los principios de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto. Esta es justo la diferencia que se observa en la sentencia C-355/06 de la corte colombiana. En la medida que la litis se propuso con respecto a una ponderación de derechos como la mencionada en el párrafo anterior, la corte resolvió en qué casos no procede la penalización del aborto, y en cuáles sí. En cambio, si se hubiese propuesto la litis en términos de un test de restricción, probablemente la resolución se hubiera parecido más al voto particular de Jaime Araújo, quien defendió que imponerle a la mujer un rol exclusivamente reproductivo constituye una discriminación. Penalizar el aborto consentido por la mujer, afirma el magistrado, es considerarla sólo como máquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas

para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas. Además, sigue el magistrado, la penalización del aborto discrimina a unas mujeres frente a otras: a las más pobres frente a las más ricas. Pues estas últimas pueden viajar a donde el aborto no está prohibido y abortar en condiciones de atención médica óptimas.

El punto que me interesa destacar es que de la propuesta del litigio dependerá el tipo de test que se utilice, y esto tendrá consecuencias con respecto al tipo de sentencia que se emita. Por eso, para los litigantes y activistas en materia de derechos humanos, es relevante considerar esta herramienta argumentativa no sólo como una que nos permite construir la resolución de un caso, sino incluso como una herramienta que nos permite plantear la litis misma.

## VI. RELEVANCIA POLÍTICA DE LO RAZONABLE O PROPORCIONAL

Se suele aceptar sin demasiado problema que los derechos humanos no son absolutos,<sup>9</sup> ya que pueden ser regulados y restringidos e incluso, algunos de ellos, suspendidos bajo ciertos procedimientos y causas. En buena medida esto se debe a que muchos de esos derechos son indeterminados (generales y abstractos), pese a que su aterrizaje se puede realizar a partir del contenido obligacional que incluye a cada derecho (Serrano y Vázquez, 2013). Bajo esta lógica, ¿cuáles son los límites de esa reglamentación y restricción? ¿La legitimidad estaría en el propio derecho o en algún aspecto externo?

Para Vidal (2005: 428), por ejemplo, a la hora de interpretar la Constitución el juez cuenta, como único aval, con un método jurídico de interpretación, su legitimidad estaría en el propio derecho. Explica Vidal (2005) que, por ejemplo, el principio de proporcionalidad es “un procedimiento jurídico, una regla me-

---

<sup>9</sup> En el desarrollo del test de ponderación se problematiza este concepto.

todológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación...” (Vidal, 2005: 439). En este mismo sentido, para Bazán (1991: 180) la razonabilidad es el instrumento legal que apela a la prudencia judicial en la discrecionalidad interpretativa para la correcta solución de un caso. Independientemente del acuerdo o desacuerdo con el concepto —que permite mirar el “aire” de familia de dicho principio, pero no la especificidad del mismo—, lo relevante es que Vidal supone que la aplicación del procedimiento jurídico es lo que dota de legitimación al juez. No es así, es la publicidad del razonamiento y no la aplicación de la herramienta.

Si bien la autorización de actuar, a través de una idea mínima de Estado de derecho, es básica; en la construcción de un Estado democrático parece que ésta sería insuficiente (Risso, 2009). La construcción de la legitimidad supone otros aspectos además de la legalidad, lo que incluye —precisamente— una segunda etapa de escrutinio sobre la acción gubernamental. Es ahí donde la elaboración de justificaciones sustantivas razonables presentadas en términos de razones públicas se vuelve relevante (Gardbaum, 2014: 5), no es casualidad que el nombre otorgado por la corte estadounidense precisamente haya sido de debido proceso legal sustantivo. Estamos frente a la interacción de los principios de proporcionalidad y legalidad como mecanismos de control constitucional a la acción estatal. Por eso, tampoco es casualidad que en su nacimiento, en Prusia, este principio haya nacido evitando los desalojos de inmuebles y limitando las expropiaciones forzosas (Vivas, 2012: 34).

Bajo esta lógica, la proporcionalidad pensada como obligación de justificar públicamente las razones de la acción funciona como un principio que limita la acción estatal (Gardbaum, 2014; Vidal, 2005). Esta es la principal función política de la razonabilidad. De hecho, estas funciones políticas del derecho son tan borrosas que muchas veces pasan desapercibidas, como sucede a la construcción del concepto de “derecho subjetivo”, en especial cuando se define de esta forma a un derecho humano. Decir que

un derecho humano es un derecho subjetivo, es la principal fuente del constitucionalismo liberal que permite construir al sujeto de derechos y desligarlo del soberano todo poderoso. Cuando se proclama la existencia de un derecho subjetivo que es, también, un derecho humano, lo que se está haciendo es establecer los límites del poder político sobre las personas. Esa es también la finalidad de la razonabilidad en el derecho.

Lo que se construye es una cultura de la justificación pública (Gardbaum, 2007 y 2014), lo que también nos permite entender que estamos yendo hacia una construcción deliberativa en el Poder Judicial. Una lógica deliberativa que supone un análisis de razonabilidad y proporcionalidad por medio de argumentos que deben ser públicos es, al mismo tiempo, la mejor manera de intentar compatibilizar al Poder Judicial con una idea democrática (Gardbaum, 2014: 3). En este sentido, la sentencia C-720/07 de la corte colombiana establece que “(l)a proporcionalidad... es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales” (CCC, 2007: s.p.). Esta misma corte, en su sentencia C-926/02, establece que la proporcionalidad como principio de interpretación constitucional puede adoptar dos tipos de mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero se refiere a la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos de las personas. Estas dos lógicas serán también las que veremos en cada una de las dos secciones dedicadas a los test.

Otro aspecto relevante relacionado con la relevancia política de la razonabilidad y la proporcionalidad se ha desarrollado a la luz de la idea contramayoritaria del Poder Judicial. La disputa se plantea en los siguientes términos: los poderes Ejecutivo y Legislativo son electos a través del voto, el Poder Judicial no; entonces, ¿por qué el Poder Judicial puede anular decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo que fueron elegidos popularmente? ¿Esto no supondría un conflicto con la democracia? El principal error

en los presupuestos de esta disputa está en hacer inmediatamente simétricos aspectos como: elección y democracia, elección y mayoría, elección y representatividad. Desde la ciencia política, y desde hace mucho tiempo, se han analizado las diversas intermeditaciones que se tejen entre cada uno de esos conceptos que esta discusión presenta como simétricos, y se tiene claridad que no necesariamente lo son. Es decir, habrá gobiernos electos que efectivamente sean mayoritarios, pero habrá quienes, por lo intereses que representan, por el programa político que enarbolan, por los grupos a los que efectivamente benefician o por alejarse de las preferencias de quienes los votaron, claramente serán minoritarios, pese a que hayan sido electos. Es aquí, cuando las decisiones políticas de los poderes electos se presentan como abiertamente minoritarias, cuando cobra más sentido el control jurisdiccional y la obligación de presentar razones públicas respecto a la decisión tomada.

Si bien la anulación de decisiones políticas que restringen derechos es parte del dilema contramayoritario mencionado líneas arriba; las principales resistencias por parte de las cortes constitucionales hoy en día no se encuentran en la restricción de derechos, sino en la ampliación de los mismos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales, por medio de sentencias que, identificando el núcleo esencial de un derecho y aplicando los principios de progresividad y de máximo uso de recursos disponibles, dicten directrices claras que obliguen al Poder Legislativo a emitir leyes, al Poder Ejecutivo a realizar políticas públicas, y a ambos a establecer presupuestos para realizar derechos (Santiago, 2014; Serrano y Vázquez, 2013). Es por esta razón que haremos un comentario más general sobre los dilemas contramayoritarios con respecto a la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad en el capítulo quinto, en donde se establecen algunos aspectos conceptuales para comprender los test relacionados con estos principios de aplicación (el contenido esencial del derecho, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles).

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.

## CAPÍTULO TERCERO

### TEST DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

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

El test de restricción de derechos nos permite analizar una restricción general a un derecho humano. En el test de igualdad y no discriminación podemos analizar lo mismo una restricción general que una particular. Lo que se pone en juego es la igualdad por medio de una ley o acto administrativo que puede violentar el derecho a la no discriminación, esta es la especificidad de este test. En la medida que el test de igualdad y no discriminación tiene finalidades más específicas o acotadas, también tiene ciertas particularidades.

Sabemos que en el orden jurídico se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos. En sí mismos, los tratos diferenciados no son contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero cuando estos tienen como objetivo o consecuencia vulnerar los derechos de ese grupo diferenciado, es aquí donde se violenta el derecho a la no discriminación. Así, toda discriminación es un acto de distinción o de diferenciación; pero no todas las diferenciaciones o distinciones son discriminatorias. Por ejemplo, las acciones afirmativas (como los cupos o cuotas) y transformativas (como las modificaciones estructurales de opresión contra ciertos grupos) son precisamente actos de distinción o diferenciación, pero no son actos discriminatorios, más bien todo lo contrario.

Así, lo relevante en el establecimiento de tratos diferenciados, es que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de

acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad. Analizar este fundamento objetivo y razonable es la tarea del test de igualdad por medio de, por ejemplo, la relación de proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido.

Otro punto a considerar es que no es necesario que la totalidad de la decisión esté sostenida en la diferenciación. En *Atala vs. Chile*, la Corte IDH especificó que no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona (en este caso concreto), basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado de la orientación sexual para adoptar una determinada decisión. Así, por ejemplo, en este caso lo que la señora Atala demandó fue que la decisión del Estado de quitarle la guarda y custodia de sus hijas estuvo fundada en su orientación sexual. En el análisis, la Corte se percató de que la jurisdicción local había esgrimido falta de capacidad para velar y cuidar de sus tres hijas, pero también había argumentado que la nueva opción de la vida sexual sumada a la convivencia lésbica resultaban dañinas a las niñas. Por ende, si bien la orientación sexual no fue la única causa señalada, sí fue una de las causas que sustentan la decisión, por lo que cabe la aplicación del test de igualdad para determinar si esta diferenciación es razonable.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Existen tres tendencias de análisis respecto al test de igualdad y no discriminación: las provenientes de la tradición alemana y española; la técnica aplicada por la corte de Estados Unidos, y el intento de integración realizado por la CCC.

Es importante aclarar que estas tres tendencias (alemana, estadounidense y colombiana) han sido aplicadas no sólo a casos que están relacionados con el derecho a la igualdad y la no discriminación. Como vimos en el acápite anterior, el test de corte alemán está pensado para cualquier tipo de restricción. Lo mismo sucede con el test estadounidense, en especial en lo que se refiere

a los test débil e intermedio, pero la principal razón de generar un test de intensidad estricta fue precisamente proteger el derecho a la igualdad y la no discriminación. Es por esa razón que los distintos niveles de intensidad generados por la corte estadounidense han sido especialmente recuperados tanto en la discusión jurisprudencial como en la académica a partir del test de igualdad y no discriminación. Lo mismo sucede con el test integrado propuesto por la corte colombiana. Si bien la propia corte ha aplicado ya esta propuesta integrada a otras restricciones de derechos que no están relacionadas con la igualdad y no discriminación, la integración nació aplicada a este tipo de casos.

### 1. *Test de igualdad con tendencia alemana*

Alemania y España utilizan un test integrado por las categorías analizadas en el test anterior, específicamente (CCC, T-789/00; y C-093/01; Vivas, 2012: 36; Bernal, s.f.: 57-61; Conesa, 2010: 361-362; Insignares y Molinares, 2012):

- 1) La legitimidad del objetivo del trato diferenciado.
- 2) La racionalidad causal (medios fines), es decir, si la medida es adecuada o idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido.
- 3) El criterio de necesidad, es decir, si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, si no existe otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto.
- 4) Un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si la distinción puede ser menos gravosa de lo que se ha determinado para obtener el fin buscado a partir de los tres elementos que lo integran: peso abstracto, intensidad de la restricción en concreto (peso concreto) y seguridad empírica de las premisas.

Como vemos, en este test se ha dado menos importancia a cosas como: que el trato diferenciado esté establecido en ley (por esta razón es que es aplicable tanto a restricciones generales como individuales); a que el objetivo sea necesario para una sociedad democrática y a que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

Sobre los elementos del test de igualdad y no discriminación que son directamente recuperados del test de restricción, no hay diferencia de fondo con respecto a las explicaciones generales expuestas en el acápite anterior. La única salvedad o diferencia es que en este caso los criterios se aplican a un derecho en particular: la igualdad y no discriminación, en específico a verificar si una distinción es razonable o debe ser considerada contraria a derecho.

Así, el trato diferenciado no constituye una discriminación si: *a)* la decisión de la diferenciación está fundada en un fin aceptado constitucionalmente y *b)* la consecución de dicho fin por medio de la diferenciación es adecuada, necesaria y proporcional en estricto sentido (Conesa, 2010: 362).

Por ejemplo, en el amparo en revisión 307/2007 la SCJN analizó si la baja al personal militar que vive con VIH de las fuerzas armadas es una distinción que puede ser considerada razonable. Identificó como objetivo del trato diferenciado garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la integridad de sus miembros y de terceras personas.

Posteriormente realizó el análisis de adecuación o idoneidad, es decir, examinó si existía una relación causal entre la baja del ejército de las personas que viven con VIH y la garantía de la eficacia de las fuerzas armadas. La medida no pasó el test porque la ciencia médica ha demostrado la imposibilidad de decretar, en automático y desde la ley, que una persona que vive con VIH deba ser considerada incapaz o inútil para el Ejército.

Finalmente, la medida tampoco pasó los criterios de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se debe —determina la SCJN— a que existen otras medidas previas a

la baja que pueden garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, como la reubicación dentro del Ejército. Así, concluye la SCJN, la distorsionada equiparación de “seropositividad”, “enfermedad” e “inutilidad”, con independencia del amplísimo espacio de gradación relevante, resulta contrario a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud.

Otro ejemplo de la SCJN es el amparo en revisión 172/2008 que fue presentado en el acápite dedicado al test de restricción.<sup>26</sup> En esta sentencia la SCJN especifica que cuando los órganos del Estado realicen distinciones normativas entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, la corte debe evaluarlas con el propósito de determinar si tales distinciones descansan sobre una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituyen una discriminación constitucionalmente vedada. En este caso, el posible tratamiento distinto se da entre los médicos que realizan cirugías estéticas y los que no.

Para realizar este análisis, la SCJN establece los siguientes pasos que provienen de la siguiente tesis jurisprudencial IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL:<sup>27</sup> 1) determinar si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida; 2) analizar la racionalidad o adecuación de la distinción; 3) el cumplimiento del requisito de proporcionalidad en sentido estricto: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse

---

<sup>26</sup> En el caso 172/2008 la SCJN aplica dos test distintos: uno de igualdad para analizar si los requisitos que se ponían a los doctores que realizaban cirugías estéticas eran diferentes y mayores que los que se ponían a los médicos que no realizan este tipo de intervenciones y, por ende, había una distinción discriminante. Y un test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción para analizar si la regulación al derecho al trabajo en su forma de médicos que realizan cirugías estéticas era contrario a dicho derecho.

<sup>27</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75 .

proporcionales, tomando en consideración la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionalmente afectados. En esta sentencia no se mencionó el criterio de necesidad, pero es relevante siempre contemplarlo como uno más de los criterios del test de igualdad.

Por su parte, la corte colombiana desarrolló esta primera estrategia argumentativa en las sentencias T-422/92, T-23/94 y la versión más acabada de este test se dio en la sentencia C-022/96.

## 2. *Escrutinios de distinta intensidad de corte anglosajón*

Si bien, como observa Bernal (s.f.: 60-61), también la corte alemana ha usado los distintos niveles de intensidad en el escrutinio del test (control de evidencia, intermedio y material intensivo) a partir del nivel de seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas, además de la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental que se esté analizando. Lo cierto es que cuando se piensa en niveles de intensidad en el escrutinio, la remisión inmediata es a la Corte de los Estados Unidos.

En general, hay acuerdo en la literatura en torno a que la corte estadounidense estableció tres niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad: estrictos, intermedios y débiles o de relación razonable; aunque para Kelso (2002), se pueden contar hasta siete distintos niveles de escrutinio. Uno que es el punto de partida de mínima razonabilidad, dos distintos tipos de alta racionalidad, dos intermedios, y dos estrictos. En las siguientes páginas, a fin de mantener un mayor nivel de generalidad, trabajaremos sobre los tres primeros niveles de intensidad mencionados.

El *escrutinio leve, débil o de relación razonable* nació en Estados Unidos desde 1920 para analizar si las medidas legislativas vulneraban el principio de igualdad de trato. Específicamente en el caso *F.S. Royster Guano Co. V Virginia*, 253 U.S. 412 (1920), la corte

estadounidense señaló que una clasificación “debe ser razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante” (CCC, C-673/01: s.p.). De esta forma, el punto de partida en este tipo de análisis es precisamente el test débil, que se usa cuando no estamos frente a las hipótesis establecidas en los test intermedio y estricto, y sólo se debe probar la legitimidad de la finalidad perseguida por el Estado y la adecuación de la relación medios-fines (Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molinares, 2012). En este escrutinio hay, por ende, dos exigencias (Bernal, s.f.: 62; Kelso, 2002: 227): *a*) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y *b*) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

Para la corte colombiana, en sus sentencias 673/01 y C-372/11, el test de intensidad leve o débil se realiza cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre seis tipos de materias: 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en la sentencia C-372/11 la corte colombiana determinó que si bien el constituyente reconoció al legislador un amplio margen de libertad de configuración en materia de establecimiento de procedimientos y cuantías, por lo que el tipo de test debería ser leve, en el caso concreto, considerando que se alega una posible afectación de los derechos a la igualdad de acceso a la administración de justicia, la corte decidió aplicar un escrutinio intermedio.

También la SCJN determinó que en los casos de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada

del Estado.<sup>28</sup> Esto parece una renuncia a velar por los intereses económicos y distributivos de las minorías o de las mayorías marginadas económicamente. Sin embargo, por un lado, si bien se podría pensar que se debe realizar un test menos estricto, esto no es sinónimo de una renuncia a conocer de este tipo de casos, como la propia SCJN lo especificó en la tesis IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS): “La Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control”. Además debe considerarse que un aspecto central de la igualdad es la material, y que las resoluciones relacionadas con regulaciones económicas y tributarias son las que más pueden generar desigualdades en este rubro.

La 4) materia en donde el test es débil o leve es cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión.

La lógica de la identificación de distintos niveles de intensidad fue utilizada por la SCJN en los amparos en revisión 172/2008 y 7/2009. En este último, la empresa Costco demandó la declaración de discriminación de una norma que obligaba a los comercios a no permitir que los compradores de cigarrillos los tomaran directamente, pero no ponía las mismas restricciones a los comercios que vendían cigarrillos y puros, pese a que los tres productos

---

<sup>28</sup> Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CXXXIII/2004, de rubro: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

(cigarrillos, cigarros y puros) son producidos por medio de tabaco. Así, de acuerdo con Costco, se establecía un trato diferenciado en la libertad de comercio entre los vendedores de cigarrillos y los vendedores de cigarros y puros, que resultaba en detrimento de su libertad comercial y, por ende, era discriminatorio.

En su análisis, el primer paso que siguió la SCJN fue analizar si estamos frente a una restricción que afecta a algún grupo en situación de vulnerabilidad o a un derecho considerado humano para determinar el nivel de intensidad del test. Determinó que no es el caso: “Se trata, por el contrario, de una disposición sobre la comercialización y venta de productos que se aplica a todas las personas, físicas y jurídicas que desarrollen dicha actividad empresarial, como tantas otras que se proyectan sobre el desempeño de las actividades profesionales de las personas”.

Pese a que la estrategia de litigio y la forma como inició la sentencia la SCJN parecía llevarnos a un test de igualdad. En los hechos, el argumento derivó en torno a la aplicación de un test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción de derechos, por los criterios que finalmente integraron el test.<sup>29</sup> Esta extraña derivación fue enfatizada en el voto de Margarita Luna, quien explicó que no debía analizarse si la restricción era válida para

---

<sup>29</sup> En la sentencia de amparo en revisión 7/2009, la SCJN estableció los siguientes pasos que son más cercanos a un test de restricción que de igualdad: “En primer lugar, es necesario identificar la finalidad de la medida legislativa examinada y su compatibilidad con la Constitución; en segundo lugar, hay que examinar si la distinción puede considerarse una medida *racionalmente adecuada* para la consecución de dicha finalidad, esto es, si existe una objetiva relación medios-fines entre la clasificatoria y el objetivo que la misma persigue; y en tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la *proporcionalidad*: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, lo cual obliga a este tribunal a evaluar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella, pues la persecución de un objetivo constitucionalmente admisible no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”.

los fines propuestos (test de restricción), sino si había desigualdad porque a los vendedores de cigarrillos se les había establecido esta restricción, y no a los vendedores de cigarrillos y puros (derivados del tabaco).

Finalmente, de acuerdo con la corte colombiana (673/01), la intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. En estos casos, el test se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, y la idoneidad o adecuación para alcanzar el fin buscado. Por ende, basta con que el fin buscado y el medio empleado no estén constitucionalmente prohibidos, y que el medio escogido es adecuado, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

Para 1937, la corte estadounidense comenzó a aplicar un test estricto de constitucionalidad a las medidas que clasifican a las personas según sus habilidades para ejercer derechos o sobre una base sospechosa. Por ejemplo, en el *caso Korematsu vs. United States*, la corte analiza una ley en la cual se excluye de las zonas costeras a todas las personas con ancestros japoneses para evitar actos de espionaje y sabotaje. Sobre este punto la corte señala:

It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.

El objetivo de enjuiciar las distinciones que afectaban a grupos que tradicionalmente habían sido discriminados, por lo que merecían recibir una protección especial. Además de la existencia de un criterio sospechoso, este escrutinio también se aplica

cuando la norma regula un derecho fundamental y se presume que dicha norma es inconstitucional. Aquí lo que se analiza es si existe una finalidad de promover un interés estatal imperioso y si la relación medios-fines es correcta; es decir, la medida perseguida debe ser un objetivo imperioso para la sociedad o para el Estado; la distinción debe ser indispensable para alcanzar dicho fin (Bernal, s.f.; Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molinares, 2012) y, de acuerdo con Kelso (2002), en algunas sentencias se analizó que las cargas impuestas no fueran más de las necesarias o que la decisión fuera la alternativa menos restrictiva.

En las sentencias C-673/01 y C-372/11, la corte colombiana desarrolla un test a partir de distintos niveles de intensidad, que son muy parecidas a las esgrimidas en México por la jurisprudencia 37/2008 bajo el rubro IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), así como la sentencia de amparo en revisión 172/2008. En relación con la intensidad estricta, la corte colombiana especifica que si bien el punto de partida es la amplia potestad de configuración del legislador, hay limitaciones constitucionales que justifican la aplicación de un test de mayor intensidad en el escrutinio. En particular, este tipo de test se ha utilizado por la corte colombiana cuando:

- a) Se utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso. Para el caso de México, las categorías sospechosas están enunciadas en el artículo primero constitucional y son: origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, y el estado civil.
- b) La medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discrimi-

minados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas.<sup>30</sup>

- c) La medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental.
- d) Cuando se examina una medida que crea un privilegio.
- e) La Constitución señala mandatos específicos de igualdad, como la equiparación entre todas las confesiones religiosas en el caso de Colombia, o las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, a partir de la protección que especifica la parte final del párrafo correspondiente al derecho a la igualdad y la no discriminación del artículo primero constitucional.<sup>31</sup> En estos casos, los mandatos de igualdad establecidos en la Constitución menguan la libertad de configuración del legislador.

En estos casos —sigue la CCC—: 1) el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso; 2) el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo; 3) el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Finalmente, el test intermedio nació en 1972, en un caso que derogó una ley de Massachusetts que prohibía la distribución de contraceptivos a los menores solteros, o a las parejas casadas a

---

<sup>30</sup> Este criterio es específicamente recuperado por la CCC.

<sup>31</sup> Tesis de jurisprudencia 37/2008, emitida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

no ser que fuera a través de un farmacéutico o un médico (Araújo, 2006: 861). Este test se aplica frente a regulaciones estatales sobre derechos que no son imperiosos pero sí son importantes (Sapag, 2008); también se ha utilizado para someter a análisis a medidas que inicialmente se consideran afirmativas (Bernal, s.f.: 64), y para el análisis de las distinciones que tienen como base al género, u otras categorías que no son consideradas “sospechosas” por la jurisprudencia norteamericana (discapacidad o edad), pero que sí son consideradas sensibles por lo que requieren una protección especial (Conesa, 2010; Araújo, 2006). En este caso se debe probar la importancia de la finalidad gubernamental en la restricción de derechos; que la medida esté sustancialmente relacionada —que tenga efectividad— con la consecución del fin (Sapag, 2008; Conesa, 2010; Insignares y Molineras, 2012), y que no se establezcan más cargas de las necesarias (Kelso, 2008).

Sobre la intensidad intermedia, en su sentencia 673/01 la corte colombiana estableció que dicho test ha sido empleado cuando:

- a) La medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental.
- b) Cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Para la CCC, el test intermedio requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Constitución o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Además exige que el medio no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

En el siguiente cuadro se hace un resumen de los elementos que integran a cada uno de los distintos tres test analizados:

Cuadro 8  
*Niveles de intensidad*

<i>Test</i>	<i>Casos</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Causalidad</i>	<i>Cargas</i>
Leve, débil o de relación razonable	Cuándo no se está frente a los otros casos Materias: 1) Económicas 2) Tributarias 3) Política internacional 4) Distribución de competencias 5) Análisis de una normatividad preconstitucional derogada 6) Ausencia de amenaza para el derecho en cuestión	Interés estatal legítimo	Potencialmente adecuado	Que no sean claramente irracionales
Intermedio	Derechos no imperiosos pero importantes Categorías como el género, la discapacidad o la edad Análisis de medidas afirmativas Afectación de un derecho-no fundamental Indicios de arbitrariedad que afectan la libre competencia	Interés estatal importante	Substantivamente adecuado	Que no establezca más cargas de las necesarias

<i>Test</i>	<i>Casos</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Causalidad</i>	<i>Cargas</i>
Estricto	Habilidad de las personas para ejercer derechos. Criterio sospechoso. Regulaciones de derechos fundamentales. Grupos en situación de marginación. Medidas que crean privilegios	Interés estatal imperioso	La distinción debe ser indispensable para alcanzar el fin	La decisión es la alternativa menos restrictiva (proporcionalidad en sentido estricto)

Los distintos niveles de intensidad en el escrutinio operan con respecto a la restricción de cualquier derecho, humano o de otro tipo. En la medida que a nosotros nos interesa analizar los test relacionados con derechos humanos, y en este acápite en específico, el derecho a la igualdad y no discriminación, el test que operaría en todos los casos es el de intensidad estricta. Pese a lo anterior, es relevante que conozca los tres distintos niveles de intensidad desarrollados por la corte estadounidense y recuperados —como veremos adelante— por la corte colombiana.

¿Tiene sentido que haya distinta intensidad en el test? Al menos la CCC (C-093/01) ha determinado que sí, ya que la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte del legislador. Ahí donde haya ámbitos en donde el congreso goza de una amplia discrecionalidad de regulación, se esperaría que el control judicial sea menos intenso. En cambio, en aquellos campos en donde la Constitución limita la discrecionalidad del congreso, la injerencia del juez constitucional es mayor y el control constitucional debe ser más estricto.

En el mismo sentido, la SCJN en la sentencia del amparo en revisión 172/2008 estableció que es de gran importancia deter-

minar respecto de qué se está predicando la igualdad, en especial porque la Constitución permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.<sup>32</sup> A esto lo ha denominado como grados de libertad de configuración. De esta forma, los principios democrático y de división de poderes informan la estructura estatal y señalan estos distintos grados de libertad de configuración.<sup>33</sup> Mientras que en algunas cuestiones habrá un margen muy acotado para desplegar sus facultades legislativas, en otras tendrán facultades que podrá llevar a cabo con gran amplitud. De esta forma, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.

Lo que está detrás de la intensidad es el respeto a la libertad de configuración de los órganos políticos en la ya muy vieja discusión en torno a las posibilidades y límites contramayoritarias del Poder Judicial.

### 3. *Propuesta de integración de la CCC*

En sus resoluciones C-093/01 y C-372/11, la corte colombiana propuso utilizar los tres criterios analíticos del test alemán (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido), pero cada uno de estos criterios se integrará por distintos niveles de intensidad dependiendo del caso concreto.

---

<sup>32</sup> En la sentencia se utiliza la tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

<sup>33</sup> Tesis de jurisprudencia 1a./J. 84/2006, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 29

Bajo esta propuesta integrada, el primer paso en la aplicación del test es determinar con qué nivel de intensidad se debe aplicar el test para determinar los criterios y proceder al análisis. Los criterios ya fueron desarrollados en el acápite anterior y pueden ser rápidamente recordados regresando al cuadro 8. Posteriormente, dependiendo del nivel de escrutinio, habría que aplicar los tres criterios del test en los siguientes términos:

- Intensidad estricta:
  - En el criterio de “adecuación” no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura.
  - En el criterio de necesidad, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable.
  - En el criterio de proporcionalidad en estricto sentido, la presencia de restricciones menos gravosas dejan sin sustento constitucional al trato diferenciado.
- Intensidad intermedia:
  - No ejemplifica el criterio de adecuación.
  - En el criterio de necesidad basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria.
  - No ejemplifica el criterio de proporcionalidad en estricto sentido.
- Intensidad baja:
  - No ejemplifica el criterio de adecuación.
  - No ejemplifica el criterio de necesidad.
  - No ejemplifica el criterio de proporcionalidad en estricto sentido.

Lamentablemente en esta propuesta de integración de los test alemán y estadounidense, la CCC no hace una sistematización más acabada sobre cuáles son los contenidos más específicos de cada una de las categorías que integran el test, dependiendo el nivel de intensidad.

Pese a lo anterior, en el voto particular de María Victoria Calle en la sentencia C-372/11 de la corte colombiana, la magistrada da algunos elementos que nos ayudan a llenar los huecos. Explica que, pese a que en el caso concreto se aplicaría un nivel de intensidad intermedio, la corte termina aplicando uno estricto. El caso se refiere al aumento de salarios mínimos como criterio para acceder al recurso de casación en materia laboral. El principal argumento del legislador para este aumento fue descongestionar la justicia laboral. Respecto a la idoneidad, la corte decidió que la medida determinada para descongestionar la justicia laboral no cumplía con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, ya que existían medidas alternativas para ello. La magistrada argumenta que la inexistencia de medidas alternativas es propia del test a un nivel estricto. En cambio, en su nivel intermedio —y suponemos que también leve— basta con que haya una relación de idoneidad (causalidad), pese a la existencia de alternativas menos gravosas, debido a que esto es parte de la libertad configurativa que tienen los poderes representativos.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

En el test de igualdad tenemos abiertamente tres metodologías o estrategias de análisis: el test de igualdad propuesto por la corte alemana, los escrutinios de distinta intensidad propuestos por la corte estadounidense, y la propuesta de integración de la corte colombiana. Partiré de esta última para proponer las categorías o criterios que deben integrar un test de igualdad. No paso por alto que hay autores que no estarían de acuerdo con utilizar en ningún sentido un test leve o intermedio cuando lo que está en juego son derechos (Araújo, 2006). Para salvar este punto, se deja claro que cuando la distinción afecta derechos humanos, el tipo de test que se debe realizar será siempre uno de intensidad estricta.

## Cuadro 9

### *Criterios del test de igualdad*

- 1) Determinación del tipo de escrutinio: estricto, intermedio o débil.
  - a) Estricto: cuando está de por medio una clasificación sospechosa relacionada con las prohibiciones de discriminación; cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías aisladas; cuando la medida *prima facie* afecta el goce de un derecho humano, y cuando se examina una medida que crea un privilegio (CCC, C-673/01).
  - b) Intermedio: cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia (CCC, C-673/01).
  - c) Débil: cuando se enjuician medidas que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión (CCC, C-673/01).
- 2) Legitimidad del objetivo de la diferenciación.
  - a) Estricto: el objetivo debe ser imperioso.
  - b) Intermedio: el objetivo no es imperioso, pero sí es relevante.
  - c) Débil: el objetivo es acorde a la libertad configurativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

- 3) Adecuación o idoneidad causal.
  - a) Estricto: el trato diferenciado debe ser la medida más idónea.
  - b) Intermedio: el trato diferenciado debe ser sustancialmente idóneo.
  - c) Débil: la medida debe tener algún grado de idoneidad.
- 4) Necesidad (en cualquier intensidad, no deben existir alternativas menos gravosas).
- 5) Proporcionalidad en estricto sentido
  - a) Estricto: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo imperioso.
  - b) Intermedio: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo relevante.
  - c) Débil: en el balanceo se debe generar una equivalencia entre la diferenciación y el objetivo que buscan los poderes ejecutivo y/o legislativo en el ejercicio de su libertad configurativa.

#### IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

Un aspecto sobresaliente que recupera la CCC en su sentencia T-789/00 es que no basta con recuperar la idea de igualdad y no discriminación en abstracto, la igualdad en términos de derechos, de situación jurídica, la igualdad política (una persona un voto), o la igualdad moral (igualdad intrínseca y principio categórico de la igualdad). Se necesita prestar atención a lo que la CCC en ese caso denominó la igualdad real y efectiva.

En el caso T-789/00 no se había permitido que una niña de 14 años se inscribiera en el colegio debido a que su edad no era acorde con el año que quería cursar porque perdió un año escolar por un embarazo. En cambio, el colegio ofreció a la niña (y a su madre) que se inscribieran en el turno nocturno que era cursado por personas mayores. Más allá del argumento desarrollado en el caso concreto por la CCC, aquí interesa resaltar

la parte específica donde la corte señala que la estudiante cuya matrícula rechazaron los colegios oficiales demandados, es una madre soltera menor de edad, que se encuentra por ese hecho en circunstancia de debilidad manifiesta, y pertenece a un grupo tradicionalmente discriminado. En lugar de negarle el acceso a la prestación del servicio público de la educación, se le debió garantizar de manera especial su acceso y permanencia en el sistema educativo, como mecanismo idóneo para lograr en este caso la igualdad real y efectiva, propiciando la igualdad de oportunidades en beneficio de la madre menor y de su hijo.

Finalmente, de acuerdo con Vivas (2012: 43), el test integrado elaborado por la corte colombiana ya no sólo se aplica al análisis de probables violaciones al derecho a la igualdad y la no discriminación, sino a todos los casos en los que esta herramienta sea útil, independientemente del derecho que se pretenda regular. Si bien las presunciones, carga de la prueba y elementos que integran el test permitirían esto, los criterios a partir de los cuales se determina un test estricto siguen guiando a la identificación del derecho a la igualdad y no discriminación como el que tendría mayor protección, en detrimento de otros derechos que, siendo humanos, podrían caer en los test leve o intermedio. Además, si bien este test recupera varios aspectos de los que integran el test de restricción, hay otros que no son analizados, como la necesidad de que el objetivo de la restricción sea propio para una sociedad democrática, o que la restricción no lleve a la anulación del derecho. Por ende, hay una mayor protección en el test de restricción desarrollado en el acápite anterior, por lo cual es relevante mantenerlo para cualquier intento de restricción a un derecho humano distinto al de la igualdad y la no discriminación (en este mismo sentido, véase Araújo, 2006).

## CAPÍTULO CUARTO

### TEST DE PONDERACIÓN

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

Mientras que el test de restricción de derechos opera bajo restricciones generales, y el de igualdad aplica tanto a restricciones generales como particulares; la ponderación es un tercer tipo de test también sobre restricción de derechos pero siempre sobre restricciones particulares, es decir, sobre derechos específicos en casos concretos (Nash, 2009: 40) independientemente de que la sentencia emitida pueda fungir como directriz más general para casos subsiguientes.

Los casos más conocidos son los conflictos o choques entre derechos: las tensiones entre la libertad de expresión y el derecho al honor; el conflicto entre el derecho a la educación y la libertad religiosa; el choque entre el derecho a la salud y la libertad religiosa, o el derecho de integridad y libertad personal, así como a la familia y el derecho a la vida, por mencionar algunos.

En estos casos, más que reglas generales que puedan establecerse en leyes de forma permanente, operan análisis específicos a partir de las situaciones concretas que generan la tensión o choque de derechos y se resuelven a la luz de esas características específicas normalmente por los poderes judiciales por medio de mecanismos de ponderación. En términos de Alexy, nos encontramos frente a una contradicción entre principios en donde cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. ¿Cómo resolvemos este tipo de casos?

Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (Alexy, 1993: 91-92).

Probablemente este es el principal desafío para este texto: ¿podemos identificar reglas generales, criterios generales para crear un test a partir de casos que resuelven restricciones particulares? Precisamente eso es lo que vamos a intentar, derivar una herramienta de la forma en que se resolvieron varios casos concretos. Previo a ello, vayamos tejiendo algunos aspectos relevantes para enfrentarnos a la resolución de una ponderación.

Un aspecto central está relacionado con la forma en que se ha entendido el carácter de absoluto de los derechos humanos. En general, se suele afirmar que los derechos humanos no son absolutos porque todos pueden ser regulados y restringidos y, bajo ciertas circunstancias, incluso suspendidos —aunque no todos los derechos son susceptibles de suspensión— (Moncayo, 2007; Nash, 2009). De ahí que los tests de restricción e igualdad y no discriminación cobren sentido. Sin embargo, entender el carácter de absoluto de un derecho como un imperio en su ejercicio y aplicación es una forma equivocada de entrar a este concepto. Al respecto, la propuesta de Francisco Laporta (1987) es mucho más razonable:

Cuando decimos que los derechos humanos son derechos “absolutos” lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando

ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer. Y queremos decir que los desplazan y anulan *en todo caso...* (Laporta, 1987: 39)

Bajo este concepto de absoluto, lo que Laporta quiere enfatizar es su carácter de importante, de moral fuerte, que no proviene de las obligaciones jurídicas inherentes al derecho, sino de la fuerza constitutiva de los derechos mismos a partir de los objetivos que protegen. De esta forma, el carácter absoluto de los derechos humanos supone que éstos pueden desplazar cualquier otra pretensión moral o jurídica, colectiva o individual, que no tenga el carácter de derecho humano.

Entender de esta forma el carácter de absoluto de los derechos humanos cobra relevancia cuando estamos frente a la ponderación de derechos, ya que supone que frente a una colisión entre dos derechos, si uno de ellos se considera un derecho humano y el otro no (es un derecho que no tiene este carácter, una obligación o deber constitucionales, un deber moral, etcétera), la solución de la colisión no se da por medio de la ponderación, ya que el derecho humano desplaza al otro derecho o pretensión. Por ejemplo, en el amparo en revisión 2676/2003 del conocido caso Witz, lo que entra en colisión es el derecho a la libertad de expresión con el deber de guardar respeto a los símbolos patrios. En la medida en que el primero es un derecho humano y el segundo no, en la resolución el derecho humano debió desplazar al deber constitucional. Tristemente la resolución se emitió precisamente en el sentido contrario. En cambio, cuando la colisión se da entre dos derechos considerados humanos, el carácter de absoluto se desvanece y la solución proviene de otras estrategias jurídicas como el test de ponderación.

Una vez que ya estamos frente a la colisión de dos derechos humanos, en la medida que estamos precisamente frente a una colisión de dos derechos provenientes de dos personas distintas, este tipo de ponderación supone no sólo la restricción de derechos, sino también el cumplimiento de la obligación de protección a cargo del Estado (Serrano y Vázquez, 2013). Esto se debe

a que la restricción de un derecho posibilita el ejercicio de otro derecho por otra persona y viceversa. De aquí un primer aspecto central de este test: el objetivo no es anular un derecho frente a otro, sino hacer compatible el ejercicio de dos derechos que entran en colisión. Así, el foco —siguen Serrano y Vázquez— debe estar en la protección que se debe dar a cada uno de los derechos en tensión.

La no anulación de ninguno de los dos derechos, sino la ponderación de ambos para hacerlos coexistir también se sustenta en otro principio básico de los derechos humanos: la indivisibilidad y la interdependencia (Serrano y Vázquez, 2013). El principal mensaje de estas dos características es que no hay jerarquía entre los derechos humanos. No hay derechos que sean más importantes que otros. Los derechos civiles y políticos no son más importantes que los económicos, sociales y culturales ni viceversa.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Esta es la parte más complicada para este tipo de test: identificar un procedimiento y criterios generales del test, provenientes de casos particulares. Aquí parece que los posibles criterios que integran el test dependen de los derechos que colisionan. Por ejemplo, hay criterios que se repiten cuando lo que entra en conflicto es el derecho al honor *vs.* la libertad de expresión. El problema es que si bien estos criterios no son tan concretos como para solucionar únicamente el caso específico, tampoco son tan generales como para poderlos llevar a otros casos de ponderación en donde entren en conflicto otros derechos. Por su parte, tenemos otros criterios que provienen de sentencias que analizan la colisión de derechos al libre desarrollo y a la familia *vs.* el derecho a la vida. Veamos, de entrada, estos dos distintos tipos de colisiones.

Tomemos distintos casos resueltos sobre la colisión entre el derecho a la dignidad y el honor *vs.* el derecho a la libertad de expresión: *Tristán vs. Panamá* ante la Corte IDH; el caso 104/1986

resuelto por el Tribunal Constitucional Español (TCE); el caso 214/1991 resuelto ante la misma instancia y conocido como *Violeta Friedman*, y el célebre caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan*. Aquí algunos de los aspectos que consideraron las distintas cortes como criterios para resolver los casos:

- 1) La individualización de la lesión respecto al derecho al honor. Sobre este punto, de forma interesante, hay dos posturas. Por un lado tenemos la sentencia 214/1991 del tribunal español para quien los ataques al derecho al honor no requieren individualización, basta que se refiriera en términos generales a un colectivo (en este caso a los judíos) para que cualquier persona que perteneciera a él pudiera sentir su honor lesionado. De lo contrario, afirma el tribunal español, se daría paso a la generación de discursos de odio que, siendo generales, no impactarían en el honor de persona alguna. Por el contrario, en el caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan* la corte estadounidense determinó que no había violaciones al derecho al honor, entre otras cosas, porque no se individualizó el desplegado del periódico contra Sullivan (jefe de la policía de Montgomery, Alabama) en particular, sino que en todo momento se habló de los excesos de los cuerpos policíacos de esa entidad federativa contra las movilizaciones por los derechos de las personas afroamericanas.
- 2) Si la persona cuyo derecho a la dignidad y al honor fue violentado es un servidor público, ya que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones.

Esta protección al honor de manera diferenciada se explica, siguiendo a la Corte IDH en el caso *Tristán vs. Panamá*, porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como

también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren. En particular, en *New York vs. Sullivan* la corte estadounidense determinó que el interés general (la libertad de expresión como base del resto de las libertades) debe predominar sobre el interés particular de un personaje cuando éste es un servidor público, de tal forma que sólo se considerará violentado su derecho al honor por la libertad de expresión si hay dolo o culpa grave. De hecho, este fue el principal criterio que determinó la tendencia de la sentencia.

- 3) La identificación sobre si el mensaje emitido por la persona que ejerce la libertad de expresión es una opinión o la afirmación de un hecho. De acuerdo con la corte española en su sentencia 214/1991, la emisión de juicios y opiniones se ampara en la libertad de expresión mientras que la emisión de hechos se ampara en el derecho a la información. La diferencia cobra relevancia ya que la libertad de expresión sólo puede ser delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resultan innecesarias para la exposición de las ideas. Mientras que la comunicación informativa de hechos conlleva el requisito de veracidad según los cánones de la profesionalidad informativa.

Una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público resulta una expresión protegida por la Convención Americana, afirma la Corte IDH. Sin embargo, la situación es distinta cuando se está ante un supuesto de inexactitud fáctica de la afirmación que se alega es lesiva al honor.

Pese a que parece que la inexactitud en la presentación de hechos es un aspecto que cobra relevancia en la restricción del derecho a la información y a favor del derecho al honor, lo cierto es que no siempre funciona así.

Por ejemplo, en el caso 376 US 254 (1964) *New York Times Co. vs. Sullivan*, la corte estadounidense se percata de que el desplegado en contra de la acción policiaca en Alabama tiene algunas imprecisiones como el número de veces que había sido detenido Martín Luther King, o el número de manifestantes en las protestas. De hecho, estas imprecisiones fueron una de las razones por las que, en instancias previas, se condenó al periódico *New York Times* a pagar 500,000 USD al jefe de policía Sullivan. Pese a ello, la corte estadounidense revocó la sentencia y dio más peso al hecho de que el jefe de policía fuera, precisamente, un servidor público, por lo que se debía dar prioridad a la libertad de expresión —incluso con estas imprecisiones— a fin de controlar las acciones gubernamentales: “Los errores en la expresión de informaciones y opiniones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar” (SCEUA, 1964: 305).

- 4) El contenido del documento, declaración, video o cualquier otro medio a través del cual se ejerce la libertad de expresión. En particular el TCE, en la sentencia 104/1986, propone los siguientes aspectos: la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono (humorístico o de otro tipo), el hecho de afectar al honor del denunciante no en su faceta íntima o privada, sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública.
- 5) Un aspecto especialmente interesante que rescata el TCE, en su sentencia 104/1986, es lo que denomina *animus injuriandi* y la corte estadounidense desarrolla como intención difamatoria. Para poder identificar este *animus*, la corte menciona algunos aspectos que se pueden recuperar: relevancia de la función crítico-política del artículo; ejercicio de la libertad de expresión en función de la formación de

la opinión pública, y si hay fines exclusivamente vejatorios o irrespetuosos.

- 6) En particular habría que analizar si nos encontramos frente a un discurso de odio, en cuyo caso la restricción a la libertad de expresión es mucho más evidente no sólo por la posible violación al derecho al honor, sino incluso —de acuerdo con la corte española en su sentencia 214/1991— a la dignidad humana. Este es el principal argumento que lleva a defender el derecho al honor de la sobreviviente del holocausto Violeta Freidman.

Un aspecto central es que en este test de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, hay un análisis no sólo al interior de los criterios que integran el test, sino también una ponderación entre criterios. Por ejemplo, mientras que en el *caso New York Times vs. Sullivan* se da prioridad a que la persona ofendida es un servidor público y es relevante controlar al gobierno por medio de la libertad de expresión, en el caso Violeta Friedman se prioriza la existencia de un discurso de odio, y en el caso 104/86 la corte española pasa de una ponderación razonable entre los derechos en conflicto a una revisión del razonamiento y la valoración de los intereses en juego.

Un último punto a mencionar en este test de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor es a quién corresponde la carga de la prueba de dos aspectos específicos: la veracidad de lo dicho y la intención difamatoria. En ambos casos, la carga de la prueba se ha establecido a cargo de quien afirma que su honor ha sido vulnerado.

Hasta aquí el tipo de test de ponderación que se ha generado cuando entran en colisión el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, uno de los debates clásicos en torno a colisiones de derechos durante el siglo XX. Vayamos al siglo XXI, donde la discusión entre los derechos a la integridad y libertad personales junto con los de la vida privada y el derecho a la familia *vs.* el derecho a la vida se han puesto en el centro del debate

frente al derecho de la mujer sobre su propio cuerpo, la despenalización del aborto y la cada vez más desarrollada asistencia científica para generar embarazos. Sobre estos puntos, analizaremos la ponderación que desarrollaron dos cortes: *Artavia vs. Costa Rica*, resuelto por la Corte IDH, y el caso C-355/06 desarrollado por la CCC.

En *Artavia vs. Costa Rica*, la colisión se da entre los derechos de la madre y padre que quieren tener un hijo por medio de fertilización *in vitro* (derecho a la familia, libertad e integridad personales, y a la vida privada) *versus* el derecho a la vida, en este caso presentado como la defensa de los embriones que, en el proceso, son desechados (considerando que la vida comienza en el momento de la gestación).

Lo primero que hace la Corte IDH, aunque aún no forma parte del test de ponderación, es analizar tres cosas: 1) las consecuencias de una prohibición absoluta de fecundación *in vitro* (las personas ya no pudieron seguir los procedimientos o tuvieron que hacerlo en el extranjero); 2) la poca previsibilidad de la prohibición, debido a que el mandato por medio del cual se restringe la fertilización *in vitro* no fue formulado con la suficiente precisión que permita a una persona regular su conducta sobre la base de la misma, y 3) la proporcionalidad de la restricción siguiendo las categorías que la propia Corte IDH ya ha desarrollado y que se tocan en el acápite de los test de restricción.<sup>34</sup>

Ya entrando a la ponderación, en el párrafo 274 la Corte IDH establece que la restricción de la fertilización *in vitro* tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorios los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar:

---

<sup>34</sup> La Corte IDH ha establecido que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- 1) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada. En el caso concreto, la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la vida.
- 2) La importancia de la satisfacción del bien contrario.
- 3) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

A partir de los puntos anteriores, la Corte IDH concluyó que las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

La severidad de la restricción de los derechos también se analizó a la luz de impactos desproporcionados a partir de aspectos como: la discapacidad (por la infertilidad); el género (estereotipos de las mujeres infértiles/el tratamiento es sobre el cuerpo de la mujer), y la situación socioeconómica (hay quien pudo seguir fuera de Costa Rica sus tratamientos).

Finalmente la corte también evaluó la intensidad de la afectación del derecho a la vida, en especial a partir de la pérdida embrionaria que se da en el proceso de fertilización *in vitro*. Sobre este punto, la Corte IDH observa que el decreto declarado inconstitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en dicho decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si éstos no se implan-

taban en el útero de la mujer una vez que se realizara la transferencia embrionaria. Asimismo, la Corte IDH analizó que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la fertilización *in vitro*.

Por todo lo anterior, la Corte IDH encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la fertilización *in vitro*.

Por su parte, la CCC en su sentencia C-355/06 ponderó la colisión de los derechos a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de las mujeres *vs.* el derecho a la vida del no nacido. Dos puntos de partida de la CCC: 1) la vida del *nasciturus* se encuentra protegida por la Constitución, por lo que deja de ser un asunto privado de la mujer embarazada e inherente por completo a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y 2) la CCC decide que si bien no resulta desproporcionada la protección mediante medidas penales del *nasciturus*, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada.<sup>35</sup>

A partir de estos dos puntos de partida, la ponderación sirve para decidir en qué casos se deben restringir los derechos de la mujer embarazada y cuándo los derechos del *nasciturus*.

En su sentencia, la CCC no especificó el método a seguir, y básicamente sólo hizo un *análisis de proporcionalidad de la restricción de los derechos de las mujeres* para poder determinar en qué casos la penalización del aborto es desproporcionada y, por ende, insostenible. El principal argumento es que el Estado no puede obligar a

---

<sup>35</sup> Especifica la CCC: “Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección” (CCC, C-355/06).

un particular a asumir sacrificios heroicos, por lo que no se puede intentar obligar a las mujeres embarazadas a concluir su embarazo cuando éste sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; cuando haya una amenaza a la salud de la mujer gestante, o cuando haya inviabilidad del feto.

Sin ser parte ya del test de ponderación aplicado, un aspecto relevante en esta sentencia es que la CCC deja libertad política al legislador para prever otros casos en los cuales el aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

La última sentencia de ponderación que analizaremos antes de intentar abstraer una metodología de ponderación es la emitida por la SCJN en el expediente ADR 2655/2010 en donde la corte ponderó el secreto fiscal *vs.* el derecho de presentar pruebas. En esta sentencia la SCJN propuso el siguiente método:

- 1) Identificación de los derechos en colisión.
- 2) Clarificar las razones normativas que hay detrás de cada posible restricción. Por ejemplo, en lo que se refiere al secreto fiscal, si bien hace un seguimiento histórico para mirar cómo nace y ha ido cambiando, no encuentra el argumento específico que llevó a su formación. En cambio, en el derecho a la prueba es bastante más sencillo, se trata de una de las formalidades esenciales del procedimiento.
- 3) Fines que se promueven con la restricción. En particular la SCJN identifica dos tipos de fines:
  - a) Los *finés inmediatos*, que son aquellos estados de cosas cuya satisfacción debe alcanzarse por virtud de algún principio constitucional (la entrega de la información por parte de la autoridad fiscal a las autoridades jurisdiccionales).
  - b) Los *finés mediatos*, que son los principios constitucionales que justifican la medida examinada (protección

del interés público: “Sólo cuando estén en juego en un proceso bienes o principios de extrema relevancia, las autoridades hacendarias pueden entregar a los jueces información fiscal de los contribuyentes”).

- 4) La aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio, a partir de tres criterios:
  - a) Verificar idoneidad (causalidad) de la medida (los bienes protegidos por el derecho penal y el derecho a recibir alimentos tienen una gran relevancia social).
  - b) Verificar la necesidad de la restricción en los términos vistos en el primer acápite de esta sección.
  - c) Verificar la proporcionalidad en estricto sentido.
- 5) Finalmente, la SCJN analizó el peso abstracto y concreto de los derechos en colisión a partir de los siguientes criterios:
  - a) Peso en abstracto: es o no un derecho fundamental.
  - b) Peso en concreto: alta intensidad de la intervención (se elimina la posibilidad de romper el secreto bancario en todos los casos, salvo el penal y la pensión alimenticia).

A partir del análisis de todos los aspectos mencionados, la SCJN concluyó que las ventajas que se obtienen con la consecución del fin de la medida legislativa no superan en importancia a los sacrificios que ésta impone a los titulares del derecho a la prueba. Por ende, se declaró que el secreto bancario es *desproporcionado* y debe prevalecer sobre él el derecho a la prueba que tienen todas las personas que participan como partes en un proceso.

Finalmente, en su sentencia C-926 de 2002, la corte colombiana, luego de un largo análisis sobre qué es la proporcionalidad, identificó una metodología de cuatro pasos para mirar la proporcionalidad que puede ser aplicado en una ponderación:

- 1) Identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados.
- 2) Sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses.

- 3) Comparar dichas afectaciones.
- 4) Apreciar si la medida grave de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Hasta aquí hemos analizado tres distintos tipos de ponderación donde están en juego diferentes derechos. Toca el turno a intentar crear, por medio de la abstracción de los casos concretos, una metodología que nos permita pensar en un test general de ponderación. Recuperemos los pasos más generales que debieran estar presentes en cualquier test de ponderación, y dejemos espacio para el análisis de cosas específicas cuando el caso lo requiere. Bajo este criterio, todo test de ponderación debería tener al menos los siguientes puntos:

- 1) *Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.*
- 2) *Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar: ¿ambos son derechos humanos? En caso contrario, es relevante aplicar la característica de absolutos que tienen los derechos humanos, es decir, la capacidad que los derechos humanos tienen para desplazar otro tipo de obligaciones y deberes constitucionales, morales o políticos.*
- 3) *Idoneidad, adecuación o causalidad y necesidad de la restricción de ambos derechos.* La pregunta que puede guiar este criterio es: si restrinjo X derecho, ¿qué se gana en el ejercicio del derecho Y? En los casos de colisión de la libertad de expresión *vs.* el derecho al honor, algo que se analiza con mucho cuidado es el objetivo de control ciudadano que tiene la libertad de expresión, por lo que el hecho de que la persona cuyo honor fue lesionado sea un servidor público, cobra mucha relevancia. Bajo esta lógica, si se restringe el derecho al honor (X) se gana el ejercicio del control ciudadano del gobierno por medio de la libertad de expresión

(Y). En el *caso Artavia vs. Costa Rica* la Corte IDH lo analiza a partir de dos criterios: la importancia de la satisfacción del bien contrario y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

Aquí los criterios de causalidad y necesidad desarrollados en el primer test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción cobran sentido. El de idoneidad/causalidad para analizar si la satisfacción de uno de los derechos supone la restricción del otro. Y la necesidad para identificar si no hay otro medio para obtener dicha satisfacción.

- 4) *Intensidad de la restricción de ambos derechos* (criterio de proporcionalidad en estricto sentido). En las sentencias donde se pondera la libertad de expresión *vs.* el derecho al honor, la intensidad de la restricción se analiza, por ejemplo, por medio de la individualización de la lesión al derecho al honor y el ánimo difamatorio. Sin embargo, creo que la mejor expresión de este concepto del test está en la sentencia de la Corte IDH *Artavia vs. Costa Rica*. Ahí, la corte analiza si el grado de afectación es grave, intermedio o moderado, aunque no da muchas luces para determinar cuándo estamos frente a estos distintos grados de afectación. Por su parte, este es el único criterio que utiliza la CCC en su sentencia C-355/06 cuando determina que la penalización del aborto en todas las circunstancias es desproporcional porque supone exigirle un sacrificio heroico.
- 5) *La no anulación de ninguno de los derechos*. En este criterio se deben analizar dos cosas: que las restricciones producto de la ponderación no transgredan los núcleos esenciales de los derechos en colisión, y que, pese a la restricción proveniente de la colisión, existan mecanismos generales de protección y formas para atenuar los impactos. Por ejemplo, en el *caso Artavia vs. Costa Rica*, la Corte IDH analiza las medidas de protección para el embrión que sí existían en el caso de la fertilización *in vitro*, por lo que no se puede hablar de la anulación del derecho a la vida en el caso de la fertilización.

En términos generales, los criterios que integran cualquier test de ponderación son:

### Cuadro 10

#### *Criterios que integran el test de ponderación*

- 1) *Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.*
- 2) *Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar.*
- 3) *Objetivos de la restricción de ambos derechos.*
  - a) Criterio de idoneidad/adecuación/causalidad.
  - b) Criterio de necesidad.
- 4) *Intensidad de la restricción de ambos derechos (criterio de proporcionalidad en estricto sentido).*
- 5) *La no anulación de ninguno de los derechos.*
  - a) No transgresión del núcleo esencial de los derechos en colisión.
  - b) Mecanismos generales de protección.
  - c) Mecanismos generales para atenuar los impactos.

TERCERA PARTE

TEST DE PRINCIPIOS  
DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

## CAPÍTULO QUINTO

### COMENTARIO GENERAL SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO, LA PROGRESIVIDAD, LA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN Y EL MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

En esta sección analizaremos cuatro test: contenido esencial del derecho, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. En cada una de esas secciones, en el primer acápite, se hace el desarrollo conceptual de cada uno de estos distintos test. En esta sección quiero recuperar algunos puntos relevantes para pensar este tipo de test, que son transversales a estos cuatro principios de aplicación.

#### I. LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS NO TIENEN UNA NATURALEZA JURÍDICA DISTINTA A LOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Lo primero: no hay diferencia en la naturaleza jurídica de los derechos civiles y políticos con respecto a los económicos, sociales y culturales. Este punto es relevante porque se suele considerar que el contenido esencial, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles son conceptos que sólo aplican a los DESC, no es así.

Gracias al trabajo de Abramovich y Courtis (2001, 2006 y 2004), entre otros, ya ha quedado atrás el viejo debate sobre las supuestas diferencias de naturaleza jurídica entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los económicos, sociales y culturales, por el otro. A partir de los principios de indivisibilidad e inter-

dependencia, no hay jerarquías de derechos, todos los derechos son igualmente importantes, y no tienen una naturaleza jurídica diferenciada, sino que fueron sometidos a procesos legislativos distintos. Por ende, no sólo opera en ellos la identificación de núcleos de derechos, sino también la aplicación de conceptos como la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles. Esto se debe a que siempre habrá una base mínima que deba atenderse pero, sobre ella, los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento (Serrano y Vázquez, 2013: 110).

Por ejemplo, en la sentencia C-372/11 de la corte colombiana, el principio de no regresión se aplica al derecho de acceso a la justicia, en particular al componente de la existencia de una garantía judicial. En este caso, la corte determina que una vez ampliado el ámbito de cobertura de una garantía jurisdiccional, cualquier retroceso debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad en el que el juez debe examinar minuciosamente la justificación en que se basa la medida. La medida regresiva —sigue la CCC— no debe implicar un sacrificio desproporcionado en términos de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.

En este mismo sentido, en el caso 378/2014 la corte mexicana reconoció estos principios para los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en específico para el derecho a la salud. La corte identifica que, derivado del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se impone a México una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho al nivel más alto a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga.

Es relevante hacer esta aclaración porque, pese a que la tendencia de no diferenciar la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales con los civiles y políticos permea en el mundo de los derechos humanos y de las cortes constitucionales, aún hay algunas resistencias. Por ejemplo, en el

mismo caso C-372/11 seguido ante la corte colombiana, en los votos particulares de María Victoria Calle y Humberto Antonio Sierra, se observa que para estos dos magistrados, el principio de progresividad y no regresión no debe aplicarse a los derechos civiles.

Para María Victoria Calle, la progresividad y avance de un derecho es materia específicamente política, del avance que el legislador le haya dado en las leyes, por lo que también está en su potestad determinar las regresiones en estos derechos. En palabras de la magistrada:

Si bien la Corte ha desarrollado la idea de que todos los derechos, independientemente de su clasificación como derechos fundamentales, sociales, o colectivos, tienen un carácter prestacional mínimo que es exigible de manera inmediata por la vía judicial, cuando se habla de progresividad, criterio que se ha desarrollado respecto de derechos sociales, lo hace para señalar que su exigibilidad depende del alcance que le haya dado el legislador, pues una vez que se ha logrado un nivel de protección determinado, el legislador no puede establecer condiciones regresivas o menos garantistas, salvo de manera excepcional y temporal.

... Sin embargo, en este punto, considero que el margen de configuración del legislador es muy amplio y puede establecer criterios para racionalizar el uso de este mecanismo extraordinario.

Otorgar al legislativo la capacidad de decidir los procesos de progresividad y no regresión de los derechos no es más que mantener la lógica que suponía que los DESC eran derechos netamente programáticos, por lo que no eran exigibles jurisdiccionalmente sino simples directrices políticas sin capacidad vinculante.

La oposición más clara a aplicar este tipo de principios a los derechos civiles proviene del voto particular de Humberto Antonio Sierra. Para el magistrado, y este es el principal error en el que se suele caer, si bien tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales requieren prestaciones y presu-

puestos, los primeros se caracterizan por su mandato de abstención mientras que los segundos requieren un mandato de acción. Pese a iniciar reconociendo la necesidad de prestaciones y presupuestos en los derechos civiles y políticos, se mantiene la vieja y falsa idea de que estos derechos se garantizan por medio de omisiones mientras que los DESC requieren acciones. Lo cierto es que todos los derechos requieren acciones y omisiones. Por ejemplo, los derechos civiles como el derecho a la integridad personal requiere: la emisión de leyes, cursos de capacitación, la realización de investigación, sanción y reparación a las víctimas cuando hay violaciones a este derecho para evitar la impunidad, mecanismos de verificación de la forma en que se desarrollan policías, militares o marinos, en fin, una serie de acciones relacionadas con la protección, garantía y promoción del derecho a la integridad personal que claramente son necesarias y van más allá de la simple omisión.

Intentando negar esta realidad, el magistrado argumenta que el carácter prestacional de los derechos económicos y sociales es lo que da sentido a la aplicación de principios como la progresividad y prohibición de regresión a fin de hacer justiciables estos derechos. Pero, sigue el magistrado, los derechos civiles y políticos no tienen esta característica prestacional sino simplemente un mandato de abstención, por lo que no se deben aplicar estos principios. En palabras del magistrado:

Si afirmáramos que a todos los derechos les resulta aplicable el mandato de progresividad, so pretexto de que tienen un *componente presupuestal*, tendríamos que aceptar que los derechos y libertades civiles pueden garantizarse en mayor o menor medida, según los recursos disponibles. Los derechos al debido proceso, a la vida y seguridad personal y a la igualdad entre otros, sólo serían garantizados en sede judicial bajo la consideración de lo que cuestan. Lo anterior no es la característica de la exigencia de estos derechos, y su exigibilidad judicial incondicional representa el momento histórico actual, como punto de no retorno, en el cual los ciudadanos tenemos libertad, igualdad y procesos judiciales

con garantías racionales, entre otros, a pesar de los diseños presupuestales de los Estados.

De nuevo, aquí lo que se hace es pasar por alto la serie de actividades y presupuestos que el Estado debe desarrollar para hacer efectivos los derechos civiles y políticos y que van más allá de la simple abstención.

## II. LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE ESTABLECEN DIRECTRICES DE POLÍTICA PÚBLICA O LEGISLATIVA NO VIOLAN LA LIBERTAD CONFIGURATIVA DE LOS PODERES ELECTOS

¿El tipo de órdenes como las que emite la corte colombiana se pueden considerar una intromisión del Poder Judicial en la competencia de las actividades del Poder Ejecutivo y Legislativo? Definitivamente no. El Poder Judicial puede y debe dictar resoluciones que establezcan directrices a los poderes Ejecutivo y Legislativo cuando estos no cumplen con los contenidos sustantivos establecidos en la Constitución. Hay, sin lugar a dudas, control constitucional tanto de políticas públicas como de leyes (Santiago, 2014).

De hecho, esta misma pregunta se la hizo, de alguna forma, la SCJN en la sentencia sobre el mínimo vital. Si bien la corte mexicana construye un núcleo general, no logra especificar una metodología para aplicar o adecuar ese núcleo general al caso concreto. En cambio, decide que esa es una potestad política del legislador y sólo analiza que existan en la ley mecanismos de protección a ese mínimo vital. Grave error en la lógica de autorrestricción de la corte cuando su función es proteger y garantizar los derechos humanos.

En este mismo sentido, todo el debate en torno a los distintos niveles de intensidad en el escrutinio desarrollado en el acápite dedicado al test de igualdad tiene justo este mismo punto de partida: dependiendo de la libertad configurativa de los poderes

electos, es el tipo de intensidad-intervención que debería tener el Poder Judicial.

La CCC no pasa por alto este problema, de hecho dedica secciones completas en su sentencia a la necesidad de resguardar la capacidad configurativa del Poder Ejecutivo. Sin embargo, y en esto la corte es clara:

Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será *no la de reemplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la de ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado* (CCC, 2004: s/p).

Sobre este punto, la corte colombiana profundiza en la sentencia U-226/98. En este caso, lo que se encuentra comprometido es el derecho a la salud que tienen los niños y niñas. Para poder ejecutar su sentencia, la CCC observa que tiene tres opciones. La primera puede ser que el juez constitucional tuviera la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales, no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante —sigue la corte—, esta alternativa plantea serias dificultades respecto a la forma de gobierno democrática, en particular supondría una injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público que corresponde a los órganos de representación política. Esto supondría privilegiar el Estado social, sobre el Estado democrático de derecho.

La segunda opción que observa la corte colombiana es que el juez tienda a desobedecer el mandato de proteger el derecho a la salud de los niños y niñas, es decir, seguir la ruta de la Corte Cons-

titucional Sudafricana (de aquí en adelante CCS o corte sudafricana) en materia de contenido esencial del derecho,<sup>36</sup> en nombre del principio democrático. En este caso —sigue la CCC—, se estaría actuando al margen del orden jurídico constitucional que establece, de manera clara e indubitable, el derecho fundamental a la salud de los niños y el deber del Estado —y, por lo tanto, del juez— de protegerlo incluso cuando no exista desarrollo legal o administrativo. A diferencia del caso anterior, aquí se estaría priorizando el Estado democrático sobre el Estado social, incluso cuando dicho Estado democrático se materializa en la exclusión social de un grupo considerado en situación de vulnerabilidad, es decir, en medio de una actuación muy poco democrática.

Finalmente, la tercera opción es la que toma la corte colombiana. Se trata de la posibilidad de realizar una interpretación armónica de las obligaciones del juez en torno a la protección de derechos con las restantes normas relacionadas con la distribución de funciones y competencias, en especial con las dadas a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Aquí, los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar —explica todavía la CCC— se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles. En segundo término, se integran en un contexto definido por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. Es en este marco que el juez constitucional se inserta para poner a dialogar estos tres aspectos: la identificación de las obligaciones que configuran el contenido esencial del derecho, el contexto de restricciones materiales y de otro tipo en el que se encuentra este contenido esencial y, lo más importante, las medidas que podrían tomarse para superar ese contexto de restricciones que es contrario al ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho.

---

<sup>36</sup> Analizaremos esta sentencia en el siguiente acápite.

Esta intervención no es contraria ni al Estado social ni al Estado democrático de derecho, ya que mantiene la prioridad sobre el ejercicio de los contenidos esenciales de derecho, y respeta la libertad de configuración de los órganos políticos. Como la propia corte colombiana explica en la sentencia T-025/04, no se ordena un gasto no presupuestado ni se modifica la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco se están definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el ejecutivo. Por el contrario, la corte considera los instrumentos legales que desarrollan la política específica (en la sentencia, los relacionados con la población desplazada), así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades. Incluso, en sus órdenes complejas se apela al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos, aspecto que directamente se vincula con la coordinación interinstitucional que requiere toda política pública, y que permite poner en práctica los principios de indivisibilidad e interdependencia.

Lo cierto es que la generación de remedios estructurales a problemas sociales por medio de las cortes no es ni nuevo, ni nació en Colombia. De acuerdo con Santiago (2014: 291), uno de los primeros antecedentes en este sentido es, sin duda, el conocido *caso Brown vs. Board Education* sobre la integración racial en las escuelas emitido por la corte estadounidense en 1954. Siguiendo a Santiago:

La demanda estructural, que solicita un remedio estructural, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública para eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo (2014: 291).

### III. LA CARGA DE LA PRUEBA

¿A quién corresponde la carga de la prueba en este tipo de sentencias? No hay dudas, corresponde a la autoridad pública demostrar que ha actuado hasta el máximo de sus recursos disponibles para poner en práctica el contenido esencial de los derechos, así como probar la progresividad y la no regresión en sus acciones (CCC, 1998).

Siguiendo la sentencia de la corte colombiana SU-225/98, es entendible la inversión de la carga de la prueba a partir de un principio de equidad básico, quien tiene más elementos y la capacidad para sistematizar la información sobre sus propias actividades es, sin lugar a dudas, el Estado mismo. De hecho, en la resolución 378/2014 de la corte mexicana, la inversión de la carga de la prueba, y la ausencia de pruebas suficientes para demostrar el máximo uso de recursos disponibles, fue lo que determinó el sentido de la resolución.

## CAPÍTULO SEXTO

### TEST DE IDENTIFICACIÓN DE NÚCLEO DE DERECHOS

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

Como bien menciona Oscar Parra (27/07/15) podría parecer un contrasentido hablar de un test para identificar el núcleo o contenido esencial de un derecho, ya que normalmente, la forma en que los comités de Naciones Unidas han identificado estos núcleos es a través de la identificación de obligaciones específicas a cargo del Estado, generando estándares fijos, sin que haya ningún test de por medio. Esto es lo que llevó a autores —como Carlos Bernal— a afirmar que no es posible armonizar los núcleos o contenidos esenciales de los derechos por medio de juicios de proporcionalidad. Lo cierto es que esta es una forma de identificar el núcleo del derecho, pero no es la única y, por supuesto, no es la que desarrollaremos en esta sección ya que, efectivamente, ese desarrollo de estándares no supone la elaboración de un test.

En cambio, cortes como la inglesa y la sudafricana han generado otras metodologías para poder determinar, no necesariamente si una determinada obligación del Estado es parte del núcleo del derecho en cuestión, sino más bien cuál sería el impacto de ordenar al Estado a cumplir con la obligación que es demandada como violación a un derecho por alguna persona. No es tanto que la obligación sea o no parte del núcleo esencial del derecho y, por ende, de cumplimiento inmediato, sino cuál es la posibilidad fáctica de que dicha obligación sea cumplida. Aquí tenemos elementos para ir pensando en algunas categorías para un test.

El problema que tenemos si nos quedamos sólo con el aspecto anterior es que, con una lógica esencialmente pragmática, hacemos de lado aspectos normativos y morales propios de los derechos humanos. Por ello, desde hace tiempo cortes como la colombiana y muy recientemente —en al menos una sentencia sobre la construcción de un pabellón para personas que viven con VIH— también la corte mexicana analizan si determinadas obligaciones pertenecen al núcleo de un derecho y, haciendo un estudio de facticidad semejante al realizado por las cortes inglesa y sudafricana, más que determinar por mero pragmatismo si el Estado está obligado o no a cumplir con el estándar correspondiente, establecen algunos criterios, tiempos, y directrices para cumplir con la obligación del derecho humano que se esté debatiendo. También aquí hay elementos que nos permiten pensar en categorías para integrar un estándar.

Antes de entrar al análisis de las sentencias correspondientes para pensar la generación de las categorías que integran el test del contenido esencial de derechos, recuperemos brevemente algunos aspectos relevantes para poder hablar de núcleos o contenidos esenciales de derechos.

La determinación de que una obligación específica es parte del contenido esencial de un derecho no tiene consecuencias meramente declarativas, tiene efectos jurídicos relevantes: esa obligación es de cumplimiento inmediato por parte del Estado. En términos de Serrano y Vázquez:

La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles (2013: 100).

En la Observación General núm. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) estableció que todos los Estados tienen la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Esta obligación es recuperada por los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht donde se establece que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben demostrar que han realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Abramovich y Courtis, 2004: 90).

En el mismo sentido, pero referido especialmente al derecho a la salud, el Comité DESC en su Observación General núm. 14 señala que a pesar de la limitación de los recursos, el gobierno sigue obligado al menos en los siguientes aspectos que involucran al núcleo de derechos: *a)* garantizar el derecho a la no discriminación en sus decisiones, el cual es de cumplimiento inmediato, y *b)* existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud, y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

Estos puntos señalados por el Comité DESC llevaron a la corte colombiana, en su sentencia T-025/04, a determinar que todos los derechos que tengan una marcada dimensión prestacional se pueden resumir en los siguientes parámetros, recuperamos sólo aquellos relacionados con el núcleo de derechos: la prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); el estudio cuidadoso de medidas alternativas al incumplimiento de obliga-

ciones que son parte del núcleo, y la prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población.

Por lo anterior, cobra sentido que parte de la discusión sobre la integración del núcleo de un derecho esté estrechamente relacionado con cosas como las capacidades presupuestales, técnicas, de política pública, legislativas y demás de un Estado, porque en la medida que haya una declaración judicial al respecto, el Estado tendría que hacerse cargo de forma inmediata.

Un segundo aspecto: ¿dónde quedó la política? En el marco de la discusión sobre la supuesta tensión contramayoritaria de las cortes y, en general, de los derechos por la limitación de decisiones provenientes de poderes electos por mayoría de votos,<sup>37</sup> los contenidos esenciales de los derechos se establecen como la última frontera en torno a lo que el Ejecutivo y Legislativo puede intentar restringir, y como la principal directriz sobre las decisiones que esos poderes deben tomar.

Así, los contenidos mínimos de derechos —en especial por medio de categorías estáticas como lo hacen los comités de Naciones Unidas— quita de las manos del Estado la facultad de interpretar de forma restrictiva los derechos en situaciones contramayoritarias y, por ende, adopta una posición abiertamente anti-utilitaria de determinar el contenido esencial de los derechos (Serrano y Vázquez, 2013: 103; Von Bernstorff, 2012). So-

---

<sup>37</sup> El principal problema con esta falsa tensión es suponer que debido a que los poderes Ejecutivo y Legislativo siempre son electos, automáticamente se pueden considerar mayoritarios; mientras que como el Poder Judicial no es electo, es siempre minoritario. Los poderes Ejecutivo y Legislativo pueden actuar de forma abiertamente minoritaria cuando sus decisiones son contrarias a las preferencias de la mayoría de las personas o cuando sólo benefician a una élite político-económica excluyendo a las mayorías. Por el contrario, justo en estos casos, las decisiones judiciales que cambien este tipo de decisiones serán abiertamente mayoritarias. Sobre esta discusión se realiza un mayor desarrollo en Vázquez, 2013.

bre este punto, la corte que ha hecho un mayor desarrollo es la colombiana a partir del concepto de libertad configurativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Lo que a la CCC le interesa mirar es, estableciendo directrices claras de acción a cargo de los poderes, identificar si esas directrices, de alguna forma, siguen la lógica establecida en la Constitución, en el modelo de Estado social y democrático de derecho, en las tendencias actuales identificadas por medio de leyes y políticas públicas, y dejar espacio suficiente de decisión y acción a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En la medida que la libertad configurativa no es relevante para la construcción del test, no será recuperada líneas abajo.

Finalmente un tercer aspecto, la determinación del núcleo básico de un derecho está directamente relacionado con los conceptos de progresividad, y prohibición de regresión. De hecho, es el paso previo para poder hablar de progresividad (ya que las obligaciones que estén dentro del núcleo del derecho son de cumplimiento inmediato, por lo que no son susceptibles a una lógica de progresividad). Y es también la última frontera a cualquier intento de restricción y regresión.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Arranquemos con las sentencias que utilizan una metodología de razonabilidad para determinar, no tanto si una determinada obligación a cargo del Estado es parte del núcleo esencial de derecho, más bien cuáles son las consecuencias de que una obligación de derechos humanos sea cumplida de forma inmediata o, en términos de Serrano y Vázquez: “Si es razonable suponer que las medidas elegidas son capaces de permitir la satisfacción de los derechos en cuestión” (2013: 103). El caso clásico es la sentencia 32/97 dictada por la corte sudafricana por medio de la cual se negó a una persona con fallas renales la realización de diálisis para alargar su esperanza de vida.

La CCS inicia el análisis (párrafo 8) identificando que la sociedad sudafricana tiene graves desigualdades, donde millones de

personas viven en condiciones deplorables de pobreza. El punto a subrayar es que, sigue la corte, estas condiciones ya existían desde antes que el país adoptara la Constitución y la serie de derechos y expectativas que se encuentran en la misma.

Posteriormente, en el párrafo 11, observa que la serie de derechos y obligaciones a cargo del Estado establecidos en los artículos 26 y 27 como son los de vivienda, salud, alimentación, agua y seguridad social, se encuentran limitados por los recursos efectivos que el Estado tiene, por lo que muchos de esos derechos difícilmente serán satisfechos.

Con este contexto entra al análisis específico de la insuficiencia de fondos, por un lado, y de instalaciones, instrumental y médicos, por el otro, en la ciudad de la persona que denuncia la violación a su derecho a la salud. Ahí considera: 1) el presupuesto de salud que tuvo esa entidad en 1996 y 1997 (año en que se dictó la sentencia); 2) la capacidad que tiene el hospital Addington, el único que tiene una unidad renal por lo que no sólo da servicio a esa entidad, sino incluso a toda la región este; 3) la cantidad de pacientes que sufren de daños renales, por lo que la capacidad instalada es superada; 4) los criterios establecidos para determinar las prioridades de los pacientes a los que se presta atención y a quienes no. Probablemente este es el punto más difícil de la resolución, ya que uno de los criterios era que el paciente tuviera posibilidades de curarse, y fuera capaz de someterse a una operación de trasplante de riñón. El demandante no cumplía ninguno de estos dos requisitos, la diálisis únicamente alargaba su esperanza de vida, pero ya había sido diagnosticado de una enfermedad incurable, a la par que otros males lo inhabilitaban para ser candidato a un trasplante de riñón.

La CCS concluye que, en el contexto de restricciones materiales en el que se encuentra Sudáfrica, utilizar las instalaciones de la unidad renal del hospital Addington siguiendo los criterios que se han establecido permite que más pacientes con posibilidad de curarse reciban el servicio:

[25] By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. It has not been suggested that these guidelines are unreasonable or that they were not applied fairly and rationally when the decision was taken by the Addington Hospital that the appellant did not qualify for dialysis.

Para determinar si el Estado está obligado a dotar del servicio al demandante, además la CCS consideró otros aspectos: 5) las consecuencias de aceptar a todos los pacientes que tienen daños renales sin considerar los criterios establecidos por el hospital, que básicamente los analiza como la imposibilidad de prestar ese servicio a todo aquel que lo requiera; 6) analiza también el costo que tendría intentar dotar a todas las personas que lo requieran de ese servicio, y 7) el costo que tendría que otros pacientes que no tienen acceso a medicinas o tratamientos muy caros, siguieran la misma ruta jurisdiccional para poder acceder a ellos.

A partir de todos estos elementos, la CCS determina que el Estado se encuentra impedido para cumplir con la obligación de realizar diálisis a toda aquella persona que lo requiera.

Lo que vemos en esta sentencia es un test de razonabilidad a partir de diversas categorías: 1) análisis del contexto de restricciones materiales; 2) categorías establecidas para determinar prioridades en el marco de dichas restricciones; 3) consecuencias de cumplir con la obligación a cargo del Estado no sólo para la persona que demanda, sino para todas aquellas que pudieran requerir el cumplimiento de dicha obligación.

En otras sentencias la CCS ha establecido su desacuerdo con respecto a la generación de un núcleo esencial del derecho construido de forma estática por medio de categorías específicas y no a través de la razonabilidad. Entre otras señala que: la situación de cada grupo es diferente, como también lo son sus necesidades

sociales; un mínimo básico de este tipo establece obligaciones poco realistas al Estado; además es incompatible con las competencias institucionales y el papel de los tribunales en los términos de la lógica contramayoritaria que señalamos líneas arriba (Serrano y Vázquez, 2013: 103).

El test de razonabilidad aplicado por la CCS es relevante, en especial porque aterriza al derecho en un aspecto que a veces se escapa de este mundo: la factibilidad. Una sentencia que no sea fácticamente cumplible, es —diría la CCS— una mala sentencia. Pese a lo anterior, en la medida que sólo se queda en el análisis de las razones por las cuales las promesas de bienestar general no pueden ser cumplidas, esta es una metodología que —si no se complementa— permite mantener el *status quo* de exclusión de grandes grupos y privación de derechos. En buena medida, esto se debe a que la forma de analizar las posibilidades de los recursos y las consecuencias de la ampliación de las personas que puede acceder a un determinado derecho comete dos errores: da por hecho que el recurso presupuestario es estático e inamovible, y, por ende, no hace un análisis sobre si la distribución presupuestaria es adecuada o si, por el contrario, se está dando prioridad en el uso del presupuesto a aspectos que no están directamente relacionados con cumplimientos de derechos, ni se analiza la estructura fiscal para observar si hay recursos económicos que no están llegando a las arcas estatales y que benefician a una minoría en perjuicio del ejercicio de los derechos de una mayoría. En consecuencia, si bien la factibilidad es relevante, ésta se debe analizar siempre de la mano del máximo uso de recursos disponibles que necesariamente nos lleva a esos dos puntos: cómo distribuimos el dinero que tenemos, y si dichos recursos económicos son todos los que podemos tener o podría haber más. Dedicaremos unas líneas a estos puntos en el acápite correspondiente al test de máximo uso de recursos disponibles.

Para mantener la factibilidad, pero sin cerrar la puerta a la promesa de bienestar, la corte colombiana ha desarrollado una metodología que puede ser útil en la identificación de los criterios

que integran el test. Sin embargo, antes de entrar por completo al análisis de las sentencias de la corte colombiana, vale la pena recuperar un aspecto que es puesto sobre la mesa por la corte mexicana y que, probablemente, es el paso previo a la identificación de las obligaciones que integran el contenido esencial de un derecho: cuál es el objetivo específico del derecho.

En su sentencia 989/2014, en un análisis sobre los derechos de las personas con discapacidad, la SCJN explica que las normas no pueden deslindarse de su propósito jurídico, en el caso específico de las normas referidas a los derechos de este grupo, el propósito es buscar la eliminación de cualquier tipo de discriminación por tal circunstancia, en aras de la consecución de la igualdad entre personas. En este mismo sentido Sapag identifica que los derechos humanos no tienen límites externos, “el contenido esencial de los derechos se determinan internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple” (Sapag, 2008: 184). Este punto parece menor, pero no lo es, es precisamente la identificación del principio que nos interesa recuperar del ordenamiento jurídico, el principio que queremos efectivamente ejercitar, y sólo cuando tenemos claro cuál es dicho principio, podemos emitir una serie de reglas que sirvan para concretarlo. Esas reglas serán las obligaciones que configuran el contenido esencial del derecho que estemos desarrollando.

Este aspecto se torna muy relevante en la sentencia 989/2014. Ahí, la SCJN establece una serie de categorías que se deben considerar cuando se analiza una resolución que restringe derechos, en general las que ya hemos recuperado en el acápite correspondiente al test de restricción. Más allá de estas categorías, lo interesante es la aplicación de la finalidad del derecho para determinar el sentido de la sentencia. Veamos con un poco más de detenimiento.

El caso se centra en una persona con discapacidad motriz que vive en un departamento en un primer piso. Debido al no pago de sus contribuciones, la asamblea de condóminos decidió —como medida de presión— que el elevador no se detuviera en

el primer piso. Es frente a esta decisión que la persona presenta su recurso de amparo. Un primer aspecto es que la SCJN determina que un completo control de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial recuperando siempre el principio de máxima eficacia de esos derechos.

Luego, la SCJN observa (en el párrafo 102) que la principal finalidad de los derechos de las personas con discapacidad es asegurar que puedan integrarse y vivir en la comunidad sin discriminación y ejerciendo sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población, todo ello por el respeto a la dignidad inherente a las personas. Esto supone también, sigue la corte en el párrafo 105, que las personas con discapacidad deben tener capacidad de vivir de forma independiente, es decir, de contar con la capacidad de decisión y el control sobre la asistencia y los medios requeridos, así como tener asegurado el acceso a los servicios necesarios para garantizar la efectividad de ese derecho fundamental. Así, concluye, el derecho a la movilidad es inherente y necesario al derecho a la vida independiente y a la integración en comunidad, que son fines de los derechos de las personas con discapacidad.

A partir de este razonamiento, en los párrafos 127 y 128 la SCJN concluye:

De esa norma se desprende, por tanto, un deber de comportamiento diligente de la asamblea para ponderar los efectos que una medida puede producir en la vida de otro condómino o poseedor, es decir, las consecuencias derivadas de la iniciativa de suspender los servicios que se cubren con las cuotas ordinarias, todo ello a través de un proceso normal de análisis intelectual de un hombre medio o de una persona razonable.

Por ello, en el contexto descrito, cabe concluir que si bien el acuerdo adoptado por la asamblea de condóminos al suspender los servicios de elevador y energía eléctrica no configura daño moral, sí restringió el derecho fundamental a la movilidad personal de la quejosa.

Esta es la primera categoría que integra el test de núcleo esencial de derecho. Con el objetivo de tener un efecto útil, siguiendo la lógica de la máxima eficacia de los derechos, lo primero que debemos preguntarnos es: *¿cuál es la finalidad última de ese derecho?*

Una vez que tenemos claro cuál es la finalidad última del derecho cuyo contenido esencial queremos desglosar, entonces podemos entrar a analizar las reglas que lo conforman. Sobre esto, aunque sin hacer evidente la finalidad propia del derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas tiene un largo trecho andado a través de sus observaciones generales, que suelen ser utilizadas como insumo por parte de las propias cortes.

Más allá del largo listado que podríamos hacer de las obligaciones que el Comité DESC ha determinado como contenido esencial de cada uno de los distintos derechos, lo que nos interesa responder es: *¿cómo decidió que eran esas obligaciones y no otras?* No hay demasiadas explicaciones por parte del Comité para poder identificar la metodología que lo llevó a obtener esos resultados.

Un poco de luz sobre la metodología para determinar las obligaciones que integran el contenido esencial de un derecho nos la arroja Jochen Von Bernstorff (2012). En la identificación del núcleo esencial de los derechos civiles, observa que el paso inicial para entender esta metodología proviene de la aplicación del artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>38</sup> donde se determina que ninguna disposición puede ser interpretada de tal forma que genera una destrucción o limitación superior a la establecida en los propios documentos institucionales de cualquier otro derecho humano. En particular, sustentándose en la segunda variante (limitación superior a la es-

---

<sup>38</sup> “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

tablecida en los documentos convencionales) es que el Comité de Derechos Humanos comenzó a reflexionar sobre los contenidos esenciales de los derechos, en particular como elemento constitutivo del último límite a la restricción de todos los derechos del pacto (Von, 2012: 158).

Tomando en consideración esta idea de último límite a la restricción, podemos generar otra categoría: *¿sin qué obligaciones, la finalidad del derecho definitivamente pierde sentido?* Veamos, por ejemplo, cómo dio respuesta a esta pregunta la corte colombiana en el caso C-033/93 (aunque la corte no estableció directamente dicho cuestionamiento).

En su sentencia C-033/93, la CCC analizó una restricción al derecho a la información proveniente de un decreto (el 1812) que limitaba el dar a conocer los hechos y entrevistas que los noticieros podían reportar, aduciendo que generaban apología de la violencia. Para poder determinar si la restricción al derecho a la información era legítima, la corte analizó si se vulneraba el contenido esencial de derecho a la información. Para la CCC: “El núcleo esencial del derecho a la información protege el derecho de las personas a informar y ser informadas aún en estados de excepción, con algunas limitaciones razonables que moldean el derecho o lo restringen parcialmente pero no lo niegan ni lo desnaturalizan” (CCC, 1993: s/p). Dentro de las posibles limitaciones que no son contrarias al núcleo esencial del derecho a la información, identifica dos casos que están en el decreto que se analiza:

- a) La prohibición de identificar testigos para proteger sus vidas pero manteniendo el derecho de informar sobre los actos presenciados por el testigo.
- b) La prohibición de transmitir “en directo” hechos que vulneran el orden público pero conservando el derecho de transmitirlo inmediatamente cese el hecho desestabilizador.

Tratando de contestar a la pregunta *¿sin qué obligaciones, la finalidad del derecho definitivamente pierde sentido?*, en el caso

C-033/93 de la CCC se puede decir que sin las obligaciones de informar y ser informado (por algún medio efectivo), el derecho a la información pierde total sentido. Así, el núcleo básico de este derecho estará en adecuar la restricción de forma tal que, pese a su existencia, la posibilidad de informar y ser informado se mantenga. Así, por ejemplo, la censura previa sería abiertamente contraria al núcleo del derecho. Esta es la lógica que siguió la corte para resolver el fondo del asunto.

El artículo 3o. del decreto impugnado es el que estaba en el centro de la discusión. Señala: “Por la radio y la televisión no se podrá divulgar entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico”. La CCC se da cuenta que esta restricción puede ser considerada de dos formas distintas, la primera violatoria al núcleo del derecho, la segunda no. En la primera lectura, si lo que hay es una prohibición tal que no permite de ninguna manera y por ningún medio alternativo dar a conocer el contenido de la entrevista realizada, esta restricción viola el contenido esencial del derecho a la información, ya que no da margen para informar y ser informado que es el núcleo de ese derecho. En cambio, si esta restricción se interpreta permitiendo informar acerca del hecho noticioso como tal, despojado de toda apología del delito, y sin divulgar directamente las entrevistas, entonces no se transgrede el contenido esencial del derecho a la información. Esta segunda es la interpretación que la corte hace del artículo 3o. del decreto en cuestión, y por ende lo declara constitucional. Más allá de esto último, lo relevante es destacar la forma en que la CCC construyó y utilizó el contenido esencial de derecho a la información.

Un ejercicio semejante fue realizado por la SCJN en la sentencia 2237/2009 donde se discutió qué es el mínimo vital. Si bien la discusión se derivó de un caso que buscaba limitar la capacidad impositiva del Estado en torno al impuesto a la renta, los ministros tenían claro que el concepto de mínimo vital rebasa la discusión tributaria, y se dirige a todas las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar a sus ciudadanos las condiciones

mínimas de subsistencia. En este sentido, el derecho al mínimo vital funcionaría como presupuesto o precondition sin la cual no pueden ejercerse los demás derechos. En su voto particular, Olga Sánchez Cordero y Arturo Zaldívar explican que el derecho al mínimo vital constituye aquel núcleo esencial de los derechos sociales, el cual puede ser objeto de escrutinio judicial. En el mismo sentido, la corte colombiana, en el caso U-225/98, estableció que:

La doctrina del mínimo vital se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado.

Por su parte, la propia SCJN conceptualizó al mínimo vital como las:

Condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vi-

tal abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.

Hagamos el mismo ejercicio que en el caso C-033/93 de la corte colombiana, preguntémos: de acuerdo con la sentencia 2237/2009 de la SCJN ¿sin qué obligaciones, la finalidad del mínimo vital definitivamente pierde sentido?

De entrada, la supervivencia económica es, sin duda, relevante. Esto queda ejemplificado por la SCJN a partir de la excepción de embargo, compensación o descuento que recae al salario mínimo de acuerdo con la fracción VIII del apartado A del artículo 123 constitucional. Si bien la garantía de la supervivencia biológica de los individuos es relevante, esto es insuficiente. Dentro del mínimo vital también es necesario considerar la cobertura satisfactoria de las necesidades básicas, en aras de asegurar tanto la existencia libre y digna, como el goce efectivo de los derechos fundamentales. Por ende, dentro de este mínimo vital la SCJN en su sentencia incluye la protección a la alimentación, vestido, vivienda, trabajo, servicios de salud y de educación, transporte, cultura, así como a un medio ambiente sano y sustentable que no necesariamente deben ser otorgados de forma directa por el Estado.

Tomando en consideración que el objetivo del mínimo vital es garantizar la existencia libre y digna, la SCJN incluye la participación efectiva de todos los ciudadanos en la organización política, económica, cultural y social del país.

En lo que hace a la identificación de prioridades en el mínimo vital, la SCJN recuperó la atención a personas con discapacidad, procurando su incorporación a la vida activa. Asimismo, resalta la necesidad de procurar que los estratos inferiores consigan una mínima satisfacción de las condiciones de existencia, así como una esperanza de que tales condiciones mejorarán constantemente.

Sin embargo, donde la sentencia pierde fuerza es en la aplicación de la identificación del núcleo del derecho (en este caso, del mínimo vital) al caso concreto. En parte, esto se debe a que es un caso fiscal, en parte a la falta de consenso sobre si existe un mínimo vital homogéneo o éste varía. Al final, el sentido de la sentencia se define por medio del análisis de mecanismos que permiten pensar que hay exenciones tributarias suficientes que dejan libre de cargos impositivos al mínimo vital de las personas.

Otro punto relevante para la discusión sobre el test de núcleo esencial del derecho proveniente de la sentencia 2237/2009 de la SCJN proviene del voto particular emitido por Olga Sánchez Cordero y Arturo Zaldívar. Como vimos en la sentencia de la corte sudafricana, hay un proceso de autorrestricción por parte de algunas cortes para establecer directrices de política pública o de legislación aduciendo que ello violenta la división de poderes y la facultad de autoconfiguración que esos órganos tienen. Precisamente en su voto particular, los ministros argumentan que el mínimo vital es ese núcleo esencial de los derechos sociales, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles. En esta medida, cuando se encuentra comprometida de manera radical la vida en condiciones dignas —siguen los ministros—, el juez está obligado a impulsar la actuación positiva del Estado. Esto es precisamente el aspecto que ha desarrollado la Corte Constitucional Colombiana.

Son varias las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana donde emite directrices claras y tiempos específicos para que los poderes Ejecutivo y Legislativo cumplan con sus sentencias. Probablemente una de las más significativas por la serie de sentencias que supuso y por su contenido, sea la T-025/04 sobre las medidas mínimas que se debían tomar para garantizar los derechos de las personas desplazadas.

Semejante a la metodología empleada por la corte sudafricana, la corte colombiana comienza haciendo un análisis sobre qué se ha hecho en torno a la garantía de los derechos de las personas desplazadas, qué políticas públicas, qué leyes, qué presupuestos.

Reconoce que hay acciones estatales desde 1997, pero también observa que los esfuerzos estatales no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales, ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos.

En su estudio, la CCC da cuenta que la escasez de recursos ha sido señalada consistentemente como la causa central de las fallas en la implementación de las políticas de atención a la población desplazada. Un aspecto central que destaca la CCC es que la insuficiencia de recursos no sólo proviene del gobierno central, sino también de las entidades territoriales. La insuficiencia de recursos ha afectado la mayoría de los componentes de la política y entorpecido la actividad del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD). En su análisis, la CCC —semejante a lo realizado por la corte sudafricana— no pierde de vista que la falta de recursos es un indicativo de la realidad económica de Colombia. No obstante, la realización plena de los derechos de las personas desplazadas no puede quedar indefinidamente aplazada por restricciones presupuestales. Es aquí donde la corte colombiana comienza a cobrar distancia con respecto a la sudafricana.

Justo este es el quiebre y punto central de la expectativa de actuación que se conforma en torno a un Poder Judicial. En palabras de Santiago (2014: 303), si el Poder Judicial identifica una omisión o insuficiencia de la política pública en relación con la garantía o protección de algún derecho, debe declararlo y buscar que los poderes electos sanen ese vicio.

Para la corte colombiana, por ejemplo, es relevante que la asignación de recursos para atender derechos se convierta en una prelación en la asignación de recursos, en especial de grupos en situación de vulnerabilidad como lo son las personas desplazadas. Esto supondría un cambio radical en la forma de concebir los propios presupuestos, pasando de una construcción inercial (re-etiquetar partidas a partir del presupuesto anterior), a una

lógica de presupuestar a partir de derechos y con base en resultados. Para ello —sigue la CCC—, se debe efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias.

Contrario a lo esperado, en su sentencia la corte colombiana tiene claro que las restricciones materiales tendrán como consecuencia que no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada. Sin embargo, lo que no se puede dejar de tener es al menos un plan que establezca el proceso que el Estado realizará para cumplir con esta meta. Y aquí la principal diferencia en cuanto a los resultados de una sentencia como la dictada por la corte sudafricana y una dictada por la corte colombiana. Mientras que en la primera corte, el resultado de la sentencia es la pérdida de alguna obligación relevante de un derecho; en la colombiana si bien no se logra el cumplimiento inmediato que supone la pertenencia de una obligación al contenido esencial del derecho, al menos se obtiene una posible respuesta de bienestar futuro a partir de un proceso claro de planificación. En palabras de la propia CCC:

Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio Estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos (CCC, 2004: S/P).

Para poder determinar las órdenes y directrices a los distintos órganos encargados de la garantía de los derechos de las personas desplazadas, lo primero realizado por la CCC fue la identificación del contenido esencial de los derechos de las personas desplazadas. Igual que en los dos casos analizados anteriormente

(033/93 de la CCC y 2237/2009 de la SCJN), no se explicita una metodología para la derivación de las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho, pero se puede aplicar la misma pregunta: ¿sin qué obligaciones, la finalidad de los derechos de las personas desplazadas definitivamente pierde sentido? Explicaré rápidamente cuáles fueron las obligaciones que la CCC identificó en este núcleo, pero el aspecto que me interesa enfatizar es el tipo de órdenes y directrices que emitió.

La CCC identificó como el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado en torno a las personas desplazadas: 1) el derecho a la vida; 2) los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral; 3) el derecho a la familia y a la unidad familiar en el sentido de que las personas desplazadas puedan reencontrarse con sus familiares; 4) el derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital (alimentos esenciales y agua potable, alojamiento y vivienda básicos, vestidos apropiados, y servicios médicos y sanitarios esenciales; así como garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas); 5) el derecho a la salud; 6) el derecho a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento; 7) para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años; 8) definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados, y 9) garantizar su derecho al retorno y restablecimiento.

Ahora sí, ¿qué ordenó la CCC para que se cumpla este contenido esencial de los derechos de las personas desplazadas? La corte comenzó explicando que en sus sentencias ha emitido dos distintos tipos de órdenes: las simples y las complejas. Las prime-

ras se refieren a órdenes de abstención o acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. Las complejas exigen procesos de ejecución que involucran a varias autoridades y requieren acciones coordinadas. En este caso, estamos frente a órdenes complejas (aspecto relevante porque también permite pensar la necesidad de la coordinación interinstitucional en el diseño de las políticas públicas atendiendo a los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos).

No haré un recuento detallado de todas las órdenes que emitió en esta sentencia, para ello es más sencillo remitir al lector directamente a la resolución. Sólo pondré cuatro ejemplos. En un caso, la corte emitió un plazo de dos meses al Consejo Nacional de Atención Integral de la Población Desplazada para definir el nivel de recursos que efectivamente se destinarán a cumplir las obligaciones asumidas por el Estado, sin que los derechos mínimos anteriormente mencionados puedan dejar de ser protegidos de manera oportuna y eficaz.

Uno de los aspectos más interesantes de esta primera orden es que la CCC comprendió que puede ser necesario redefinir prioridades. Más aún, es relevante que el Poder Ejecutivo pueda mantener la facultad política configurativa. Por ello, concedió al mismo Consejo un plazo de un año para hacer este rediseño y redefinición.

Una segunda orden involucra directamente al Ministerio de Hacienda. Como se mencionó líneas arriba, buena parte del análisis del CCC en el caso estuvo referido al desempeño de las políticas públicas y la falta de presupuesto, por ende —explica la corte—, es fundamental que al logro de este objetivo concurren el ministro de Hacienda y crédito público y el director de planeación nacional para que contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a la población desplazada se alcancen. La convocatoria a estos funcionarios se hace notificándoles la sentencia emitida para que dentro de la órbita de sus competencias adopten decisiones conducentes a la superación del estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, no se trata sólo de

un llamado, se otorga el plazo de un año para obtener el presupuesto necesario.

Un tercer ejemplo de orden es la que se emite a las entidades territoriales a fin de que adopten decisiones que garanticen un mayor compromiso con los derechos de las personas desplazadas. A fin de realizar un trabajo coordinado en este aspecto, la CCC encomienda al gobierno nacional, por intermedio del Ministerio del Interior, la promoción de la creación de un órgano que le dé seguimiento. Además, en aras aún de la coordinación interinstitucional, se ordena que las decisiones tomadas por las entidades territoriales sean informadas al Consejo Nacional en una fecha cierta, en este caso el 31 de marzo de 2004.

La CCC tiene claro que la falta de garantía de los derechos de los desplazados no proviene sólo de la falta de recursos económicos, sino también de la falta de capacidad institucional de algunos órganos. A fin de mejorar este aspecto, la CCC ordena al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que en tres meses adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes que sirvieron de base para la sentencia.

Lo que vemos en esta sentencia son tres cosas:

- 1) La consideración de las limitaciones fácticas para hacer efectivo el ejercicio del núcleo esencial de un derecho, esto por medio de un análisis de presupuesto y política pública. Aquí hay cercanía con la corte sudafricana y lejanía con la metodología empleada por los comités de Naciones Unidas.
- 2) La identificación de las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho que se está analizando. En este punto se aleja de la corte sudafricana y se acerca a los comités.
- 3) Finalmente, la generación de órdenes para que, si bien el contenido esencial del derecho no se cumpla de forma

inmediata, se establezca un plan o programa por parte del gobierno para hacer efectivo el derecho. Probablemente este es el aspecto creativo y superador de las dos opciones anteriores.

Por la relevancia del tipo de órdenes que gira la corte colombiana, y por ser éstas uno de los elementos que se tornan centrales en el test del contenido esencial de los derechos, vale la pena revisar otra decisión. Casi 10 años después de la emisión de la sentencia sobre personas desplazadas la CCC conoció del caso T-077/13 sobre derecho de acceso al agua de las personas privadas de la libertad. En el caso, un recluso demandó el acceso al agua en el bloque del penal donde se encuentra, pues sólo tiene una hora de agua espaciada en tres fragmentos de 20 minutos a lo largo de 24 horas, lo que ha ocasionado condiciones poco higiénicas y enfermedades al interior del penal.

La autoridad del penal acepta que esto sucede sólo en el bloque 1 del penal (hay cinco bloques en el centro de reclusión) debido a que la estructura hidráulica cuenta con casi 30 años de existencia (a diferencia de los otros bloques, donde la estructura es más reciente). Por ello, en el bloque 1 no es técnicamente posible proporcionar agua continuamente a los reclusos porque *a)* funciona por un sistema de cuatro tanques aéreos que para ser cargados se requiere que primero se encuentren llenos dos tanques subterráneos, proceso que tarda algunas horas; *b)* porque una vez que se instalan accesorios del sistema de suministro de agua, como las llaves de paso, los reclusos los hurtan, y *c)* porque los reclusos no cuentan con una cultura de ahorro de agua.

Una vez más, la corte colombiana hace un listado de obligaciones que pueden considerarse a la luz de la respuesta a la pregunta ¿sin qué obligaciones, la finalidad del derecho de acceso al agua definitivamente pierde sentido? La CCC comienza especificando la satisfacción de tres criterios por parte del Estado, los cuales deberán ser verificados en cualquier circunstancia: la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad del agua.

Sobre la disponibilidad, la corte establece que el abastecimiento de agua a cada persona deberá ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, atendiendo a las circunstancias externas que impliquen la necesidad de recursos adicionales, como el clima y/o las enfermedades que padezcan los usuarios. En relación con la calidad, la corte menciona que el agua suministrada deberá ser salubre, es decir, estar libre de microorganismos o sustancias químicas que puedan constituir una amenaza para la salud. Finalmente, sobre la accesibilidad, las instalaciones de agua y la infraestructura de suministro deberán contar con accesibilidad física; no podrá discriminarse en su suministro; que los costos asociados con el abastecimiento deberán ser asequibles, incluso para las personas vulnerables económicamente, y deberá garantizarse el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Dentro de este contenido de derecho al agua, la corte colombiana identifica obligaciones donde el Estado debe prestar especial cuidado:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades.
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados.
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos, y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua.
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles.

- f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados con base en un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua.
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

Finalmente, el último punto para determinar el núcleo esencial del derecho al agua fue la discusión sobre la cantidad mínima de agua que debe ser suministrada a cada persona por día. La corte colombiana recuperó el estándar que ya había establecido en la sentencia T-740/11<sup>39</sup> donde, siguiendo a la Organización Mundial para la Salud, determinó que la cantidad mínima de agua por persona son 50 litros al día. Sin embargo, considerando las circunstancias de reclusión del demandante, la CCC optó por recuperar el estándar establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que es de 13 a 15 litros de agua por

---

<sup>39</sup> Este caso es interesante porque en él la CCC obliga a una empresa pública de suministro de agua a suministrar el líquido a una persona que no había pagado sus cuentas y que padecía de múltiples enfermedades que le exigían contar con unas determinadas cantidades de agua potable. En específico, ordenó que, en caso que la accionante pruebe no contar con los recursos económicos para sufragar la deuda con la empresa, proceda a instalar un reductor de flujo que garantice por lo menos cincuenta 50 litros de agua por persona al día, en el inmueble que habita con su familia.

persona siempre que las instalaciones sanitarias estén funcionando adecuadamente. En este caso, considerando las múltiples fallas de duchas, inodoros y tanques de almacenamiento, la CCC decidió que se debía suministrar a los reclusos un mínimo de 25 litros por persona al día, de los cuales deberá permitírseles almacenar hasta 5 litros de agua por persona al día dentro de sus celdas, en razón a que el clima caluroso de la región y las múltiples enfermedades que los internos puedan estar padeciendo demandan un mayor consumo.

La parte más interesante de la sentencia es el tipo de órdenes que emitió la CCC para que se aplique su resolución. Ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña COIBA que, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la presente sentencia, y mientras se empieza a suministrar el servicio de agua de forma continua y permanente tras la ejecución de un Plan de Mejoramiento Integral, implementen de forma conjunta medidas idóneas que permitan garantizar un suministro diario total de veinticinco litros de agua a cada uno de los reclusos del bloque 1. En esta orden, la corte sabe que hay más de un modo de cumplir con su sentencia y reconoce las restricciones materiales de los centros, por lo que dejó abierta la decisión sobre cómo será el suministro y simplemente da varios ejemplos, como la instalación de tanques adicionales de agua, del traslado de los reclusos a otros bloques con suministro permanente de agua o del traslado de reclusos a otros centros de reclusión con condiciones adecuadas de salubridad.

La segunda orden que emite es al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña para que, con el apoyo de CA-PRECOM EPSS y de la USI Ibagué, determine cuáles son los internos que demandan servicios médicos a fin de que, dentro los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia, elaboren una lista de internos con la relación de enfermedades que padece cada uno y garanticen los servicios de salud que estos requieran de forma inmediata.

Por otro lado, también ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y al Complejo Penitenciario y Carcelario Picañela de Ibagué que, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia, adopte todas las medidas que sean necesarias para garantizar unas condiciones de salubridad adecuadas, hasta en tanto no se ejecute el Plan de Mejoramiento Integral del Complejo Picañela. Sobre esto, nuevamente da libertad de decisión al órgano.

Finalmente, las medidas más transformativas sobre este punto se especifican en las dos últimas órdenes. En una de ellas, con el objeto de que se puedan adoptar medidas que solucionen las fallas al interior del establecimiento de forma definitiva, ordenó a la Secretaría de Salud Municipal de Ibagué que, dentro de cuarenta y ocho horas, realice una visita al bloque 1 del centro de reclusión con el fin de que elabore un informe técnico detallado en el que precise las medidas que deberán adoptarse para dar solución definitiva a las fallas del sistema de suministro continuo y suficiente de agua, del sistema hidrosanitario, de la filtración de aguas negras y de los restantes problemas sanitarios que verifique. Dicho informe debía ser remitido al Ministerio de Justicia y del Derecho dentro de los quince días siguientes a la realización de la visita, con el fin de que sea tenido en cuenta para el diseño del Plan de Mejoramiento Integral del bloque 1.

Por su parte, ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, y al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picañela COIBA que, en el término de los cinco días siguientes a la notificación del informe, inicien de forma conjunta el diseño de un Plan de Mejoramiento Integral del bloque 1 del Complejo dirigido a superar de forma estructural:

- a) El problema de suministro continuo y suficiente de agua.
- b) El problema de los daños en el sistema hidrosanitario (inodoros, duchas, albercas y tanques de almacenamiento dañados o deteriorados).

- c) El problema de filtración de aguas negras.
- d) El problema de basura.
- e) La falta de saneamiento en el área de lavado de los recipientes en los que se alimentan los internos.
- f) Los demás problemas que presente el bloque 1 relacionados con la falta de salubridad.

El plan debía ser presentado máximo dos meses después de notificada la sentencia y tenía que ser ejecutado dentro de los seis meses posteriores a su presentación. Dentro del informe se debía establecer un listado de actividades y un cronograma con estas características.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

A partir de los casos analizados, el test para identificar el núcleo de un derecho parece tener en realidad una finalidad muy particular: determinar cuándo el Estado pretende establecer una restricción sobre o no se está haciendo cargo de una obligación tan relevante en materia de derechos humanos que puede ser parte del contenido esencial de un derecho. Bajo esta lógica, el test que hemos elaborado en esta sección está integrado por las siguientes categorías:

### Cuadro 11

#### *Categorías que integran el test de contenido esencial del derecho*

- 1) ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
- 2) ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido? (identificación de las obligaciones que conforman el núcleo).
- 3) ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
- 4) ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera en contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
- 5) ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?
- 6) ¿Cuáles serían las consecuencias de cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no sólo a demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?
- 7) ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?
- 8) ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

#### IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

Iniciamos este acápite observando que hay dos formas de aproximarse al contenido esencial de los derechos, una más estática a partir de la identificación de determinadas obligaciones propias a cada derecho, como lo han hecho los comités de Naciones Unidas, y otra más dinámica por medio del análisis de los contextos aplicando un test de razonabilidad. Lo cierto es que, más que dos tipos distintos de aproximación, lo que tenemos es diferentes énfasis en la aproximación. En efecto, incluso los comités de Naciones

Unidas aceptan que ahí donde se haya utilizado el máximo uso de los recursos disponibles y no se consiga el ejercicio del contenido esencial de los derechos, el Estado en cuestión queda libre de responsabilidad internacional. Es decir, también los comités permiten el análisis del contexto y, en él, la revisión de las restricciones materiales, del diseño y efectividad de políticas públicas y de análisis presupuestales. La diferencia es que mientras pareciera que el acento de la corte sudafricana está puesto en esta última parte para denegar derechos, el acento de los comités de Naciones Unidas está puesto en la primera parte, en los elementos que integran el contenido esencial de los derechos (Serrano y Vázquez, 2013: 103-104).

Es por ello que la combinación que logra la corte colombiana es una opción ganadora. Ahí encontramos tanto las obligaciones específicas que conforman el contenido esencial de los derechos, esto que hasta cierto punto podría parecer estático; pero aparecen también los contextos de restricciones materiales, analiza estos contextos, pero no los utiliza como argumento para incumplir obligaciones propias de los contenidos esenciales de los derechos, sino para pensar cómo optimizar los recursos y transformar esos contextos en pro del ejercicio de derechos.

Por otro lado, siguiendo la lógica de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana, podría parecer que el contenido esencial deja de ser de cumplimiento inmediato. Al inicio de este acápite explicamos que la principal consecuencia jurídica de identificar una obligación como parte del contenido esencial de un derecho es que ésta es de cumplimiento inmediato por parte del Estado. Sin embargo, cuando las condiciones materiales son profundamente adversas, también observamos que las sentencias de la corte colombiana obligan a generar un plan o programa para que en algún momento se cumpla con la obligación, estableciendo algunas salvaguardas dependiendo del caso concreto. ¿Las obligaciones propias del contenido esencial dejan de ser de cumplimiento inmediato y obtienen una lógica progresiva? Más bien parece que ahí donde es fácticamente imposi-

ble cumplir con una obligación en un momento determinado, la forma razonable de entrar al caso es la identificación de dónde están las causas de las restricciones fácticas al derecho, y la generación de un plan para modificarlas, y esto es justamente lo que la CCC propone.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### TEST DE PROGRESIVIDAD

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

Una vez que tenemos claro cuáles son las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho y que son de cumplimiento inmediato, el resto de las obligaciones en torno al derecho pueden pensarse con una lógica de progresividad. Este principio de progresividad se torna políticamente relevante, porque constituye esa promesa de bienestar, de mejora constante que viene de la mano de la idea de soberanía popular en cualquier configuración democrática.

Por otro lado, el principio de progresividad suele ser siempre pensado de la mano de la prohibición de regresión. Sin embargo, a efecto de poder formular un test específico, desvincularemos estos dos principios de aplicación a fin de identificar las categorías que integran el test de la progresividad en este acápite, y las que integran el test de la prohibición de regresión en el siguiente. No está de más comentar que la finalidad de cada uno de estos test es distinta. En el test de progresividad lo que se intenta mirar es si se ha cumplido con esta característica por parte de las decisiones, políticas públicas, programas presupuestales, legislación y demás actividades que se encuentran a cargo del Estado. En cambio, el test de prohibición de regresión nos regresa a la temática analizada en la sección anterior: restricción de derechos. En particular, lo que se observa es si una determinada restricción es contraria al principio de prohibición de regresión.

¿De dónde viene el principio de progresividad? Aparece en los principales documentos del derecho internacional de los dere-

chos humanos. Por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1996) establece que los Estados parte se comprometen a “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En este sentido, en su Observación General núm. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas consideró que el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en el corto plazo.

Esto no quiere decir que los Estados no se encuentren obligados a adoptar medidas de manera inmediata. De la misma Observación General núm. 3 del Comité DESC se desprende que el Estado debe adoptar medidas de forma inmediata, que tendrán impacto en el corto, mediano y largo plazo. Lo que no es inmediato es el ejercicio de derechos, mas no la actividad estatal. Por lo que no es admisible la ausencia de respuesta estatal ante la no realización de los derechos. Es decir, hay que tomar decisiones, formular políticas públicas, ejercer presupuestos, armonizar leyes, etcétera.

Estas medidas, además, deben comprender todos los medios apropiados. En este punto se da libertad al Estado de determinar cuáles son los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales, etcétera, apropiados en cada caso y de justificar que éstos son los apropiados en vista de las circunstancias. Por ello, el Comité, lo mismo que todo el sistema universal de protección a los derechos humanos, se mantiene neutral sobre la elección del sistema político y económico electo por el Estado para cumplir con sus obligaciones, en lo que no es neutral es en el cumplimiento de dichas obligaciones.

Finalmente, y es probable que sea lo más importante, el objetivo de todas estas actividades estatales es lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. En la medida que es fácil perderse en el mundo de las decisiones, las políticas públicas, los indicadores, los presupuestos, en fin, los vericuetos democráticos; no hay que perder de vista que todo un largo recuento de todas estas cosas pierde sentido si no logra el objetivo principal: lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos. Por ende, las medidas deben estar encaminadas a avanzar en el ejercicio de derechos empleando siempre hasta el máximo de los recursos de que disponga.

Así pues, hay que tomar decisiones, formular políticas públicas, ejercer presupuestos, armonizar leyes. El punto es que probablemente todas estas acciones no tendrán un efecto inmediato, sino que tendrán metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo, por lo que la progresividad impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible, así como la adopción de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en los documentos que integran el DIDH.

En el mismo sentido, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Finalmente, en su sentencia C-372/11, la corte colombiana define la progresividad como:

La obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y

crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esa progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute (CCC, 2011: s/p).

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Como mencionamos líneas arriba, el objetivo del test de progresividad es mirar si el Estado ha cumplido con este principio de aplicación de los derechos humanos. Por ende, las categorías que lo integren tienen como principal objetivo mirar este aspecto. Para ello, lo que debemos preguntarnos es ¿qué supone el principio de progresividad para la actividad estatal? Afortunadamente tenemos varios “nortes” sobre este punto.

Tomemos las medidas que se mencionan en la Observación General núm. 1 del Comité DESC, las sentencias T-595/02 T-025/04, C-372/11 y C-503/14 de la corte colombiana, así como las que recuperan Serrano y Vázquez (2013). De acuerdo con estos documentos, el mandato de progresividad implica varios tipos de obligaciones:

- 1) La elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población.
- 2) La generación de planes de acción o políticas públicas para ampliar los contenidos prestacionales de los derechos, los cuales deben incluir metas específicas y establecer plazos.
- 3) Mejorar las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos.
- 4) Introducir normas que extiendan la satisfacción de los derechos.
- 5) Crear indicadores para poder verificar efectivamente el avance progresivo del ejercicio de los derechos.
- 6) Divulgar periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que

los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas.

De esta forma, como señala la CCC en su resolución T-025/04, el goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. En estas actividades, el Estado dispone de un margen amplio de decisión. Sin embargo, estas decisiones y acciones estatales no suponen cualquier tipo de acción, habría que tener especial cuidado de que a veces la inmensa red burocrática y de procedimientos administrativos no se convierta en un proceso de simulación donde el ejercicio efectivo de derechos desaparece. Sobre este punto, en su sentencia T-595/02 la corte colombiana explica que si bien el Estado tiene un margen para definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a cumplir con el ejercicio de derechos; a la par que puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos; las decisiones adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas.

De esta forma, en su sentencia T-025/04 la corte colombiana observa que el principio de progresividad supone que con el paso del tiempo debe encontrarse un mayor ejercicio de derechos, por lo que no es aceptable que en 2002 una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de este tipo.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Si bien en distintas sentencias y documentos del DIDH se especifican los criterios que integran el principio de progresividad,

posteriormente el análisis específico del caso se refiere siempre a restricciones a derechos, por lo que se suele aplicar el principio de no regresión, mas no el de progresividad. Hecho asombrosamente llamativo: hay más casos relacionados con restricciones que con ampliación de derechos. O, en otras palabras, el litigio estratégico ha tomado una forma más defensiva, para evitar que se restrinjan los derechos, que ofensiva, para generar ampliaciones de derechos vía la aplicación del principio de progresividad.

Litigios interesantes por venir serían aquellos que demandaran, por ejemplo, la omisión de la existencia de una política pública para acceder a la vivienda por parte de las personas que se encuentran desempleadas o que no cuentan con un ingreso regular; la inexistencia de indicadores que midan el ejercicio efectivo de los derechos y que permitan mirar las tendencias longitudinales sobre esto, o la falta de progresividad en la disminución de la pobreza a lo largo de los últimos años, como indicador de violaciones sistemáticas al mínimo vital.

En litigios como estos, se podría aplicar el siguiente test del principio de progresividad:

### Cuadro 12

#### *Categorías que integran el test de progresividad*

- 1) Identificación del contenido esencial del derecho:
  - a) ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
  - b) ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?
- 2) ¿Hay un sistema de indicadores que permiten verificar el ejercicio de derechos?
- 3) ¿Se han elaborado diagnósticos periódicos sobre la situación de los derechos?

- a) ¿En el diagnóstico se analiza cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
- b) ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades se considera el contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
- 4) ¿Hay políticas públicas, planes de acción y/o programas en torno al ejercicio progresivo del derecho en cuestión?
  - a) ¿Esos documentos recuperan los diagnósticos elaborados?
  - b) ¿Esos documentos establecen metas claras en tiempos ciertos?
  - c) ¿Se establecen mecanismos de mejora de las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos?
- 5) ¿Se divulgan periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas?
- 6) ¿Han existido modificaciones legislativas que conllevan la ampliación progresiva del derecho?
- 7) Lo más importante, ¿todas estas actividades han generado de forma progresiva un avance en el goce del derecho?
- 8) ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para generar un avance progresivo en el goce del derecho?

Como el lector se habrá dado cuenta, en este test hay una relación muy relevante con las categorías que integran el test del contenido esencial del derecho. Esto se debe a dos razones: la identificación del núcleo del derecho es el punto de partida para

determinar qué obligaciones son de cumplimiento progresivo. Pero, más importante aún, si algo aprendimos en el test anterior fue que es un error no considerar las restricciones materiales propias del contexto que limitan el ejercicio de derechos, pero sería un error usar estas restricciones como argumento para violentar el ejercicio de derechos. Por eso, igual que en el contenido esencial, en la aplicación del principio de progresividad es relevante recuperar dichas restricciones propias del contexto pero usarlas para pensar a partir de qué medidas podemos regresar a la senda del avance en el goce de los mismos.

## CAPÍTULO OCTAVO

### TEST DE PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN

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

Si en el test de progresividad se sometieron a prueba una serie de decisiones para mirar si efectivamente se cumple con el avance progresivo del goce de derechos, lo que se mira en el test de no regresión es que una determinada actividad del Estado no sea contraria a los avances previamente logrados o al contenido esencial del derecho: volvemos, de alguna manera, al ámbito de las restricciones.

Mientras que por el principio de progresividad el Estado se obliga a tomar acciones para garantizar, proteger y promover los derechos; bajo el principio de no regresión el Estado se obliga a ser omiso en relación con medidas contrarias al avance logrado en los derechos, a ser omiso en medidas regresivas. La expectativa en la progresividad es de acción, la expectativa en la no regresión es de omisión. Por ende, cuando se rompe esta omisión y se realizan actividades que pueden ser regresivas, el objetivo del test es mirar si efectivamente estamos frente a una regresión y, en todo caso, si se encuentra justificada.

De acuerdo con Serrano y Vázquez (2013), el principio de no regresión debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Como observa la corte colombiana en su sentencia C-503/14, podemos estar frente a actos regresivos cuando se disminuyen o desvían sensiblemente los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho; cuando se aumenta significati-

vamente el costo para acceder a un servicio necesario para garantizar un derecho, especialmente para las personas de escasos recursos, o cuando se incrementan los requisitos para la satisfacción del respectivo derecho.<sup>40</sup>

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Para determinar las categorías que integran el test, miraremos tres casos —dos de la CCC y uno de la SCJN— y recuperaremos algunos aspectos generales elaborados por el Comité DESC y por estudiosos de los derechos humanos.

El primer caso es la sentencia C-503/14 emitida por la corte colombiana. En ella, el demandante considera que la Ley 1276 supone una regresión a los DESC de las personas adultas mayores. En específico, en su artículo 3o. la ley modifica la distribución del valor recaudado por un impuesto, asignando un 30% para los Centros de Bienestar del Anciano y un 70% para los Centros de Vida. El demandante afirma que esta medida es regresiva, porque en los primeros pernoctan: *a*) quienes carecen de un núcleo familiar; *b*) no tienen vivienda propia o capacidad de pago para pagar un arriendo y tener una alimentación; *c*) tienen sus capacidades físicas y mentales disminuidas; *d*) habitan en situación de calle, o *e*) reciben discriminación y maltrato por parte de sus familiares. En cambio, en los Centros de Vida asisten adultos mayores que: *a*) gozan de un núcleo familiar; *b*) poseen una vivienda o habitan en la de sus familiares y estos les proporcionan una alimentación diaria; *c*) gozan de ciertos niveles de salud mental y física, y *d*) no habitan en situación de calle.

Por ende, afirma el demandante, el otorgamiento de una mayor proporción del impuesto recaudado a los Centros de Vida y

---

<sup>40</sup> En realidad la CCC presenta estos ejemplos como parte de la progresividad, pero su contenido claramente está vinculado con la prohibición de la regresión. La distinción de ejemplos de este tipo hace evidente la necesidad de construir de forma más fina y diferenciada estos dos principios.

menor a los Centros de Bienestar del Anciano supone una regresión presupuestaria para hacer efectivos los derechos de las personas adultas mayores.

Para resolver el caso, la corte colombiana genera una metodología de test de prohibición de regresión. Antes del test, la corte observa que las medidas que podrían ser regresivas deben sujetarse a un escrutinio más estricto —hecho que también ha determinado el Comité DESC en la observación general núm. 3— que otras decisiones.

El test de prohibición de regresión utilizado por la CCC se integra por tres componentes: el estudio de la posible regresión, el examen de la afectación de los contenidos esenciales del derecho y el análisis de la justificación.

Así, el test inicia mirando si estamos efectivamente frente a una regresión. La regresividad, explica la CCC, implica que la disposición demandada modifica las condiciones normativas que le preexisten por alguna de las siguientes razones:

- Reduce el radio de protección de un derecho social.
- Disminuye los recursos públicos invertidos en su satisfacción.
- Aumenta el costo para acceder al derecho.
- Retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho.

Para poder saber si estamos frente a una regresión, se debe realizar una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir —sigue la corte—, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de la evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente. Sólo si la medida es efectivamente regresiva, tiene sentido continuar con el resto de los pasos del test.

El segundo paso supone analizar si la regresión vulnera los contenidos esenciales del derecho en cuestión. Si bien la propia corte colombiana da cuenta que no existen reglas generales para

determinar el contenido esencial de un derecho y mirar su vulneración, por lo que este análisis se debe hacer caso por caso, aquí se puede utilizar el test que hemos diseñado en el acápite correspondiente al núcleo del derecho, en particular a las dos preguntas para identificar el núcleo del derecho:

- ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
- ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?

Finalmente, toca ceder la palabra a las autoridades correspondientes para que demuestren que existen razones suficientes que hacen necesario ese paso regresivo. Y además que las medidas son idóneas, necesarias y proporcionales. Como puede inmediatamente observarse, todas las referencias y categorías elaboradas en el test de razonabilidad, proporcionalidad o restricción aplicarán en este tercer paso del test.

Dentro de las particularidades en el análisis de la justificación cuando se trata de una regresión, además de todos los elementos propios de la restricción de derechos, la corte colombiana mencionó estos puntos en su sentencia:

- a) Que las razones dadas como objetivo legítimo para la restricción hayan sido expresamente discutidas durante la toma de decisión.
- b) Que la medida regresiva haya sido adoptada luego de un análisis serio de las distintas alternativas posibles dentro de las cuales la escogida resulta ser la menos costosa para el conjunto de derechos que se encuentren involucrados. En realidad esta es la categoría de “necesidad” que se analiza en el test de restricción, el punto extra es que en la discusión inherente a la adopción de la medida, este análisis sea expreso.
- c) Que la medida regresiva promueva la realización de otros derechos fundamentales. Esta categoría proviene de la la

Observación General núm. 3 adoptada por el Comité del PIDESC donde se establece que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos nacionales (apartado 9) e internacionales (apartado 13) de que se disponga y protegiendo a los miembros vulnerables de la sociedad (apartado 12).

Esta categoría también es recuperada por Abramovich y Courtis (2004: 109-110), quienes —recuperando las observaciones generales 3, punto 9; 13, punto 45, y 14, punto 32, del Comité DESC— consideran que para determinar que una medida regresiva es justificada, el Estado debe probar que: *a*) la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de DESC, y *b*) que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto.

Detengámonos por un momento en la justificación de una regresión, porque aquí estará mucho del análisis que debemos hacer frente a medidas que podrían considerarse regresivas. Ya dijimos que para analizar la justificación de la regresión hay que recuperar muchas de las categorías del test de restricción. Recién señalamos tres categorías específicas para analizar la regresión que utiliza la CCC que, pese a que se acercan mucho a las categorías de restricción, tienen una lógica propia.

En relación con las justificaciones a las restricciones que se basen en la falta de recursos, el Comité DESC emitió una evaluación de la obligación de tomar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles en 2007, y dedicó el punto precisamente a aquellas medidas regresivas que se justifican por limitación de recursos. Así, si la justificación del Estado en cuestión para adop-

tar una medida regresiva es la falta o disminución de recursos, se debe considerar:

- El nivel de desarrollo del Estado en cuestión.
- La severidad de la supuesta violación, en particular, la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el Pacto.
- La situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si está experimentado un periodo de recesión económica.
- La existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone.
- Si el Estado trató de encontrar opciones de menor costo.
- Si el Estado recabó cooperación y asistencia internacional o rechazó ofertas de recursos de la comunidad internacional sin que haya una razón suficiente.

Regresemos a la sentencia C-503/14. En el caso concreto no se aplicó el test en su totalidad ya que la corte decidió que no se encontraban frente a una medida regresiva. De acuerdo con la CCC, lo que el legislador buscó con la expedición de la Ley 1276 de 2009 fue adoptar un nuevo esquema de atención al adulto mayor no circunscrito a la satisfacción de sus necesidades básicas, sino bajo un concepto de cuidado integral de la vejez, a través de los denominados Centros Vida. Por ende —sigue la corte—, lejos de estar frente a una regresión, se adopta un nuevo paradigma de atención integral a los adultos mayores.

El segundo caso es el C-372/11 también de la corte colombiana. Este caso es interesante porque analiza la prohibición de regresión en un derecho civil: el derecho de acceso a la justicia. La litis es el aumento de la cuantía para poder recurrir al juicio de casación en la jurisdicción laboral. A diferencia del caso C-503/14, la corte no recuperó explícitamente este test (porque de hecho, la primer sentencia donde condensó el test data de

2012 —C-536/12—, es decir, un año antes de este caso, a la par que es hasta 2014 con la sentencia que revisamos que el test se consolida), pero sí siguió dos de los pasos: la verificación sobre si se estaba frente a una regresión y si la regresión se justificaba.

Para mirar si se encontraban frente a una regresión, la corte observó que previo a la demanda habían existido otros dos incrementos sustanciales a la cuantía de la casación de jurisdicción laboral: el primero en 1989 cuando la cuantía pasó de 50 a 100 salarios mínimos, y el segundo en 2001, en el que la cuantía se elevó de 100 a 120 salarios mínimos. Finalmente, el último incremento frente al que se interpuso la demanda fue del 83%. Así, la propia CCC estima que entre 1989 y el 2011 se tuvo un incremento del 340% de salarios mínimos en la cuantía para acceder al recurso de casación en materia laboral.

Además, la corte dio cuenta de que una cantidad relevante de trabajadores devengaban menos de dos salarios mínimos. Las cifras que la propia corte da —a partir de informes solicitados— son: en 2010 el 53.9% de la población ocupada gana menos de un salario mínimo; el 6.6% llegan a un salario mínimo, y el ingreso promedio de la población es de menos de dos salarios mínimos.

La consecuencia es que un importante número de fallos de instancia ya no pueden ser objeto de control por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es decir —sigue la corte—, nos encontramos frente a una restricción paulatina de la posibilidad de que los trabajadores puedan cuestionar las decisiones de instancia por medio de un recurso de casación.

Luego de observar que efectivamente se estaba frente a una regresión, tocó el turno a mirar si ésta era justificada. Para ello observó que el objetivo buscado podría ser legítimo (disminuir la carga de casos laborales en la sede de casación y agilizar los procesos) e incluso adecuado, pero no era proporcional. Además, la CCC promovió desde este caso el uso de los criterios específicos de la regresión (que no se observan en la restricción) y que se consolidaron en la sentencia de 2014:

- No se vislumbra que la medida promueva la realización de otros derechos fundamentales.
- La medida no fue acompañada de ninguna justificación de porqué una medida menos lesiva no podía emplearse para el propósito de descongestión judicial.

Finalmente, el tercer caso que vale la pena recuperar en la elaboración de las categorías de este test es el 501/2014 ante la SCJN. Al igual que en el caso anterior de la CCC, lo que se analiza aquí es un derecho civil: el derecho de acceso a la justicia. El demandante argumenta que la disposición reclamada vulnera el principio de progresividad en materia del medio ambiente, ya que obstaculiza el ejercicio de las acciones por daño ambiental. Mientras que el Código Federal de Procedimientos Civiles establece que las organizaciones civiles que ejerzan una acción deben haber estado constituidas un año antes de la presentación de la demanda; la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental aumenta el plazo a tres años y además exige que las organizaciones civiles deban estar representadas por alguno de los habitantes de las comunidades adyacentes, hecho que no es señalado por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

La SCJN centra su análisis para determinar el sentido de la norma en si existe una justificación en la regresión. Así, para esta corte, el legislador no demostró la razonabilidad de la restricción impuesta a una acción creada para la protección al medio ambiente.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Recordemos que este test tiene dos funciones: observar si estamos frente a una regresión, y —en caso positivo— verificar si ésta es justificada. Estas son las categorías que integran el test:

### Cuadro 13

#### *Categorías que integran el test de prohibición de regresión*

- 1) ¿Estamos frente a una regresión?
  - a) ¿Cuál era el estándar previo a la decisión (legislativa o administrativa) que se analiza?
  - b) ¿Se observa una reducción del radio de protección, disminución de los recursos públicos, aumento del costo para acceder al derecho, o retroceso, por cualquier vía, del nivel de satisfacción del derecho?

En caso positivo del punto 1, podemos avanzar en el siguiente punto:

- 2) ¿Las razones de la regresión se encuentran debidamente justificadas?
  - a) Principio de legalidad.
  - b) Legitimidad (constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
  - c) Necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
  - d) Racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
  - e) Necesidad.
  - f) Proporcionalidad en sentido estricto:
    - i) Valor en abstracto.
    - ii) Intensidad de la restricción (valor en concreto).
    - iii) Seguridad de las premisas empíricas.
  - g) Que la restricción no lleve a la anulación del derecho (conservar el contenido esencial del derecho).
  - h) Que las razones dadas como objetivo legítimo para la restricción hayan sido expresamente discutidas durante la toma de decisión.
    - i) Que en la discusión inherente a la adopción de la medida, el análisis de necesidad haya sido expreso
- 3) ¿Que la medida regresiva promueva la realización de otros derechos fundamentales?
  - a) ¿A quién se perjudica con la medida?
  - b) ¿A quién se beneficia con la medida?

- 4) Si en específico la justificación se sustenta en limitaciones de recursos:
  - a) ¿Cuál es el nivel de desarrollo del Estado?
  - b) ¿Cuál es la severidad de la regresión, en particular, la situación del disfrute del contenido esencial de los derechos considerados en el Pacto?
  - c) ¿Cuál es la situación económica en la que se encuentra el Estado parte, en especial si está experimentado un periodo de recesión económica?
  - d) ¿Existen otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone?
  - e) ¿El Estado trató de encontrar opciones de menor costo?
  - f) ¿El Estado recabó cooperación y asistencia internacional o rechazó ofertas de recursos de la comunidad internacional?

## CAPÍTULO NOVENO

### TEST DE MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

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

El test de máximo uso de recursos disponibles tiene como principal objetivo poder verificar si efectivamente el Estado está haciendo uso de sus recursos con las características y extremos que esta obligación establece.

Dentro de la revisión del máximo uso de recursos disponibles, parecido a lo que vimos en el análisis de los núcleos del derecho, los contextos son relevantes. De esta forma, explican Serrano y Vázquez (2013) que este uso máximo deberá atender a las necesidades concretas del lugar y de la población y comprende no sólo a los recursos económicos sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos.

#### II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

A diferencia de los casos anteriores, en el máximo uso de recursos disponibles prácticamente no hay sentencias que hayan aplicado con claridad este principio. Encontramos la 378/2014 emitida por la SCJN y no muchas más. Por esta razón, daremos prioridad en la identificación de las categorías que integran el test a la Declaración emitida por el Comité DESC en 2007 intitulada *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto*.

En dicho documento, el Comité señala los siguientes puntos que pueden servir como categorías del test:

- Tanto el PIDESC, como la Observación General núm. 3 especifican que los recursos para hacer efectivos los derechos se refieren a todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas. En la Declaración, el Comité DESC especifica que dentro de los medios apropiados se incluyen recursos judiciales y de otro tipo, cuando corresponda, y adoptar medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social.
- Se deben priorizar las obligaciones que integran el contenido esencial de los derechos.
- Se deben priorizar las necesidades de grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.
- El Comité analizará hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Analizará también si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria.
- Estudiará si la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos.
- En caso de que existan varias opciones en materia de normas, el Comité revisará si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto (principio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).
- Se analizará el marco cronológico en que se adoptaron las medidas.
- Se revisará si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.
- Además, el Comité atribuye suma importancia a que en el Estado se cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos.

Vayamos ahora al análisis de la sentencia 378/2014 emitida por la SCJN. El caso se refiere a la necesidad de construir un pabellón especializado para personas que viven con VIH en un hospital especializado en enfermedades respiratorias. Esto porque, en la medida que conviven enfermos que no viven con VIH y enfermos que sí, los segundos son mucho más proclives a contagiarse de enfermedades respiratorias que no tenían antes de llegar al hospital.

En la construcción de su sentencia, el primer paso que realiza la SCJN es la identificación de las obligaciones que integran el derecho a la salud. Concluye que el derecho al nivel más alto posible a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

En específico, el derecho a los niveles más altos de salud genera cuatro distintos tipos de obligaciones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Ello implica —sigue la corte—: *a)* contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, cuya naturaleza dependerá particularmente de su nivel de desarrollo; *b)* que los establecimientos estén al alcance de la población, en especial los grupos en situación de vulnerabilidad, y *c)* que además de resultar aceptables desde el punto de vista cultural, sean apropiados desde el punto de vista científico y médico.

Una vez identificadas las obligaciones inherentes al derecho al más alto nivel de salud, la corte mexicana aplica estas obligaciones al derecho específico de las personas que viven con VIH. Aquí la corte realiza un análisis mucho más detallado de los re-

querimientos necesarios y si el hospital los cumple. Hecho esto, la SCJN concluye que se encuentra acreditada la necesidad de realizar modificaciones estructurales al hospital especializado en enfermedades respiratorias, a efecto de que minimice en la medida posible los riesgos de contagios y coinfecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que viven con VIH. Posteriormente, tocó el turno a analizar si esta omisión se debe a que, pese a haber utilizado el máximo uso de sus recursos, estos fueron insuficientes para cumplir con estas obligaciones.

Luego de hacer un análisis de las distintas solicitudes de financiamiento del hospital a fin de remodelar sus instalaciones o crear un nuevo pabellón para personas que viven con VIH, la construcción del argumento que determinó el sentido de la sentencia que realizó la SCJN se dirigió a determinar ¿quién tiene la obligación de probar que se ha hecho el máximo uso de los recursos disponibles?

En la medida que estamos hablando de distintos tipos de recursos, en estos casos no bastará la simple afirmación de limitación presupuestaria emitida por parte del Estado como razón suficiente para decir que se cumple con el máximo uso de recursos disponibles. Como especifica la SCJN en la sentencia 378/2014, no basta la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado mexicano para que se tenga por demostrado que ha adoptado todas las medidas hasta el *máximo de los recursos que disponga* para lograr la plena realización del derecho humano. Es necesario que los entes aporten el material probatorio en que sustente su dicho. Más aún, son las autoridades quienes —sigue la corte— tienen la mayor capacidad para probar su situación financiera.

Estos medios de prueba son los que permiten a los juzgadores distinguir entre la incapacidad real del Estado de cumplir con sus obligaciones en torno a los derechos humanos, respecto de la simple renuencia del Estado a cumplir con dichas obligaciones. En el primer caso se estará ante incumplimientos justificados, en el segundo ante violaciones a derechos humanos. Así, el argumento de la SCJN se declina a especificar que el Estado no probó que

efectivamente había hecho el máximo uso de sus recursos y que, pese a ello, no había logrado remodelar o construir un pabellón especializado para personas que viven con VIH, por lo que estamos frente a una violación a derechos por el incumplimiento de este principio.

Como vemos, a partir de la tendencia que sigue la sentencia, no se logra un análisis específico y aterrizado en un caso concreto de la aplicación del máximo uso de recursos disponibles. Vaya, no hay un análisis presupuestario —por ejemplo— sobre el papel que tiene el derecho a la salud en el presupuesto nacional y local, si este es un papel adecuado, si se están empleando los recursos necesarios y suficientes, por mencionar algunos puntos. La SCJN pudo haber solicitado una serie de informes a las distintas autoridades para mirar la forma en que se construyen y usan los recursos para satisfacer el derecho a la salud. Por ejemplo, Serrano y Vázquez (2013) observan que uno de los puntos más complicados respecto al máximo uso de los recursos disponibles está relacionado con la elección del derecho al que se asignará el recurso y la proporción que la realización de cada derecho debe ocupar del gasto público. En la medida en que el Estado tiene obligaciones de inmediato cumplimiento, como los contenidos mínimos de cada derecho, el presupuesto debería garantizar estos deberes como aspecto prioritario. Respecto del restante, los recursos deben asignarse de conformidad con los planes desarrollados para atender el aseguramiento progresivo de todos los derechos. Pese a ello, el inicio de la operacionalización en las sentencias de este tipo de conceptos es, sin lugar a dudas, un avance.

Más interesante que el argumento que determina el sentido de la sentencia, son las órdenes que la SCJN emite para hacer efectiva su sentencia, que la acercan al tipo de directrices que suele emitir la corte colombiana, conforme vimos en el análisis del contenido esencial de derechos. La corte mexicana ordenó:

- El hospital, en coordinación con el comisionado nacional de Protección en Salud y el Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las

medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos, el derecho humano al nivel más alto posible a la salud de los quejosos, dentro de un plazo razonablemente breve, en el entendido de que dichas medidas deberán ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones contempladas en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Deberán considerar qué medida resulta la más adecuada y plausible para poder brindar el servicio y tratamiento médico apropiado y de calidad para los pacientes que viven con VIH, en aras de evitar que se encuentren indebidamente expuestos a contagio de enfermedades oportunistas que repercutan en la atención médica que reciben.
- La mejoría en las instalaciones y servicios del hospital podrá llevarse a cabo mediante remodelación del Servicio Clínico 4, o mediante la construcción de un nuevo pabellón, siempre y cuando se empeñen en asegurar el disfrute más amplio posible del derecho en referencia, dadas las circunstancias económicas existentes, y que la inversión respectiva se encuentre orientada a que los establecimientos, bienes y servicios de salud, resulten apropiados desde el punto de vista científico y médico, así como de buena calidad.

Como la corte colombiana, en sus órdenes la corte mexicana deja libertad configurativa al Poder Ejecutivo para que determine cuál es la medida más adecuada para cumplir con el derecho en cuestión. Sin embargo, no especifica plazos ciertos, dejando espacio a la vaguedad con la mención de “un plazo razonablemente breve”.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

A partir de los aspectos anteriores, podemos realizar el siguiente test:

## Cuadro 14

### *Categorías que integran el test de máximo uso de recursos disponibles*

- 1) ¿Cuál es el contexto económico en el que se analiza el máximo uso de recursos disponibles: estabilidad, crecimiento, crisis?
- 2) ¿Qué tipo de recursos son relevantes para el ejercicio efectivo del derecho que se está analizando: presupuestarios, tecnológicos, institucionales, administrativos, legislativos, humanos, educacional, etcétera?
- 3) ¿El Estado cuenta con recursos de la cooperación y asistencia internacional?
- 4) En términos generales, ¿cómo se emplean los recursos? ¿Se observan medidas deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos?
- 5) ¿Hay discriminación en el uso de los recursos en el derecho que se está analizando?
- 6) En el uso de los recursos, ¿se priorizaron las obligaciones propias del contenido esencial del derecho que se está analizando?
- 7) En el uso de los recursos, ¿se priorizaron las necesidades de grupos en situación de vulnerabilidad?
- 8) ¿Hay obligaciones incumplidas debido a falta de recursos?
- 9) ¿Se pudieron haber usado de mejor manera los recursos disponibles para evitar ese incumplimiento?
- 10) ¿Qué órdenes se pueden girar para generar el cumplimiento del máximo uso de recursos disponibles?

## IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

Dentro del test no se establece un análisis más general del presupuesto que incluya cosas como: ¿en qué se gastan las partidas? ¿A qué tipo de gastos se da prioridad? O, más aún, sobre la política fiscal para revisar si la lógica recaudatoria es acorde a derechos o si se está beneficiando a algún grupo minoritario y generando concentraciones económicas que conduzcan a un empeoramiento de las condiciones de ejercicio de los derechos humanos. Si bien

este tipo de análisis es relevante para analizar el máximo uso de los recursos en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, hay dos aspectos por los cuales no fueron sometidos al test: 1) pedir al juzgador un análisis de este tipo en cada sentencia se antoja bastante complicado, y 2) no hay elementos ni en la sentencia analizada ni en los documentos del DIDH que nos lleven en esta dirección. Pese a lo anterior, un ejercicio de este tipo sería, sin duda, elemental en ejercicios como diagnósticos en materia de derechos humanos que recuperen este principio, así como en el análisis de políticas públicas.

En la sentencia analizada, se observa un cambio relevante en la corte mexicana. La SCJN acepta que los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si la falta de recursos estatales tiene como consecuencia la violación a derechos humanos. No sólo eso, también admite que las cortes, cuando la naturaleza del caso se los permita, deben vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal. Esto la acerca de forma conveniente a la tendencia marcada por la corte colombiana, y la aleja de la postura de la corte sudafricana, para quien la determinación de estas temáticas es una intromisión en la esfera de los poderes representativos.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### I. BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Argentina, Estudios del Puerto.
- y COURTIS, Christian (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- y COURTIS, Christian (2001), “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM.
- ALEXY, Robert (2008), “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARAÚJO, Jaime (2006), “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XII.
- ATIENZA, Manuel (1987), “Para una razonable definición de razonable”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4.
- ÁVILA, Ramiro (2008), “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- BAZÁN, José y MADRID, Raúl (1991), “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto.
- BERNAL, Carlos (s.f.), *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Universidad Externado de Colombia, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf> (fecha de consulta: diciembre de 2015).
- (2002), “Racionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi”, en Spadaro, Antonino (coord.), *La Ragionevolezza del Diritto*, Torino, Giappichelli.
- (2003), “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, núm. 26.
- (2005), *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- (2006), “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto.
- (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CABALLERO, José Luis (2013), *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa.
- CARRASCO, Edesio (2013), “Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio núm. 169 de la OIT”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 1, enero-abril.
- CASTIÑEIRA, Ma. Teresa y RAGUÉS, Ramón (2008), “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- CLÉRICO, Laura (2008), “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CONESA, Luisa (2010), “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 77, enero-abril.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2012), “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2, mayo-agosto.
- DULITZKY, Ariel (2004), “Alcance de las obligaciones internacionales de los DH”, en MARTÍN, Claudia *et al.* (comps.), *DIDH, Academia de DH y derecho internacional humanitario*, México, Washington Collage of Law, American University-Fontamara-Universidad Iberoamericana.
- FARBER, Daniel y NOWAK, John (1990), “Beyond the Roe Debate: Judicial Experience with the 1980’s «Reasonableness» Test”, *Virginia Law Review*, vol. 76, núm. 3, abril.
- GARCÍA, José Francisco (2011), “El Tribunal Constitucional y el uso de «tests»: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, enero-abril.
- GARDBAUM, Stephen (2014), “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press.
- GARDBAUM, Stephen (2007), “Limiting Constitutional Rights”, *UCLA Law Review*, núm. 54.
- INSIGNARES, Silvana y MOLINARES, Viridiana (2012), “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional Colombiana”, *Universitas*, núm. 124.
- KELSO, Randall (2002), “Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protec-

- ting Individual Rights: The “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4.
- LAMPARELLO, Adam (2006), “The Unreasonableness of «Reasonableness» Review: Assessing Appellate Sentencing Jurisprudence After *Booker*”, *Federal Sentencing Reporter*, vol. 18, núm. 3, febrero.
- LAPORTA, Francisco (1987), “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4.
- LOPERA, Gloria (2008), “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MEDINA-MORA, Alejandra *et al.* (2015), *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MONCAYO, Guillermo (2007), “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al derecho público argentino”, en ABRAMOVICH, Víctor *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Argentina, Editores del Puerto.
- MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- NASH Rojas, Claudio (2009), *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México, Porrúa.
- PINTO, Mónica (2004), “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto y CELS.

- PRIETO, Luis (2008), “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- RISSO, Martín (2009), “Desafíos del Estado de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV.
- ROCA, Encarnación y AHUMADA, Ángeles (2013), “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, octubre.
- ROSA, Verónica de la (2008), “Tesis de jurisprudencia núm. 130/2007. Límites al legislador: principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 3, núm. 9.
- SALAZAR, Pedro *et al.* (2014), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.
- SÁNCHEZ Gil, Rubén (2008), “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- SANTIAGO, Alfonso (2014), “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX.
- SAPAG, Mariano (2008), “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, *Dikaion*, año 22, núm. 17.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel (2013), *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso-México.
- SOTO, Sebastián (2009), “Subsidios, permisos y condiciones: la doctrina de las condiciones inconstitucionales en los Estados

- Unidos y su aplicación en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 1, enero-abril.
- VALBUENA, Iván (2006), “El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de la distribución de competencias judiciales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 9.
- VALIÑA, Liliana (2004), “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto y CELS.
- VÁZQUEZ, Daniel (2010), “El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales locales”, en QUIROGA, Ángela y CASTILLO, Ma. Elena, *Aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno*, México, TSJDF.
- (2013) “Los límites de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México: por un poder político desconcentrado”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, núm. 39, octubre.
- VIDAL, Camino (2005), “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI.
- VIVAS, Tania (2012), “Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana”, *Novum Jus*, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre.
- VON BERNSTORFF, Jochen (2012), “Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: protección del contenido esencial de los DH por parte del Comité de DH de la ONU y del Tribunal Europeo de DH”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/8.pdf> (fecha de consulta: 27 de agosto de 2012).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2003), *El derecho dúctil*, trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trotta.

ZARING, David (2011), “Rule by Reasonableness”, *Administrative Law Review*, vol. 63, núm. 3, verano.

## II. SENTENCIAS

Corte Constitucional Colombiana (1992), T-422/92.

——— (1993), C-033/93.

——— (1994), T-023/94.

——— (1996), C-022/96.

——— (1998), U-225/98.

——— (1998), U-226/98.

——— (2000), T-789/00.

——— (2001), C-093/01.

——— (2001), C-673/01.

——— (2002), C-096/02.

——— (2004), T-025/04.

——— (2006), C-355/06.

——— (2007), C-720/07.

——— (2011), C-372/11.

——— (2011), T-740/11.

——— (2013), T-077/13.

——— (2014), C-503/14.

Corte Constitucional de Sudáfrica (1997), CCT 32/97.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), *Caso Artavia vs. Costa Rica*.

——— (2012), *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

——— (2009), *Caso Tristán vs. Panamá*.

——— (1997), *Caso Suárez vs. Ecuador*.

Suprema Corte de Estados Unidos de América (1964), “New York Times Co. vs Sullivan. 376 US 254”, en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

——— (1944), *Korematsu vs. United States*.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2007), Amparo en revisión 307/2007.

——— (2007), Facultad de Investigación 1/2007.

——— (2008), Amparo en revisión 173/2008.

——— (2009), Amparo en revisión 7/2009.

——— (2009), Amparo en revisión 2237/2009.

——— (2010), Amparo en revisión 2655/2010.

——— (2011), Amparo en revisión 181/2011.

——— (2013), Amparo en revisión 2252/2013.

——— (2014), Amparo en revisión 378/2014.

——— (2014), Amparo en revisión 501/2014.

——— (2014), Amparo en revisión 989/2014.

Tribunal Constitucional Español (1986). 104/86

——— (1991), 214/1991.

——— (1995), 66/1995.

——— (1996), 55/1996.

——— (1996a), 207/1996.

——— (1997), 161/1997.

——— (1999), 136/1999.

### III. TRATADOS, OPINIONES CONSULTIVAS, OBSERVACIONES GENERALES Y DOCUMENTOS DEL DIDH

Comisión Internacional de Juristas (1997), *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, disponible en: [http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines\\_.html](http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines_.html) (fecha de consulta: diciembre de 2015).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1989), *Presentación de informes por los Estados Partes*. Observación General 1, Naciones Unidas.

——— (1990), *Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados partes*, Naciones Unidas.

- (2000), *Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, (E/C.12/2000/4), Naciones Unidas.
- (2007), *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con el protocolo facultativo del pacto*, Naciones Unidas.
- Comité de Derechos Humanos (2004), *Observación General 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José Costa Rica, disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) (fecha de consulta: diciembre de 2015).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985), *Opinión Consultiva 5/85: La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf).
- (1986), *Opinión Consultiva 6/86: La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf).
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (fecha de consulta: diciembre de 2015).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (fecha de consulta: diciembre de 2015).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (fecha de consulta: diciembre de 2015).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (fecha de consulta: diciembre de 2015).

#### IV. ENTREVISTAS

Guevara, José Antonio (28 de mayo de 2015).  
Santiago, Mario (21 de junio de 2015).  
Serrano, Sandra (15 de junio de 2015).  
Parra, Oscar (27 de julio de 2015).

## ANEXO

### CUESTIONARIO APLICADO A LOS ENTREVISTADOS

- 1) ¿Qué es un test de razonabilidad?
- 2) ¿Cómo poder mirar desde el derecho a “lo razonable”?
- 3) ¿Qué distintos test de razonabilidad existen?
- 4) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de proporcionalidad en la restricción de derechos?
- 5) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de ponderación de derechos?
- 6) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de identificación de los elementos que integran el núcleo de un derecho?
- 7) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de progresividad y prohibición de regresión?
- 8) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de máximo uso de recursos disponibles?
- 9) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de identificación de feminicidios?
- 10) ¿Conoce alguna sentencia clave, de cualquier corte nacional o internacional, para mirar la aplicación de un test de razonabilidad en materia de no discriminación?

# CUESTIONES Constitucionales

Revista  
Mexicana  
de Derecho  
Constitucional



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SIGUENOS EN

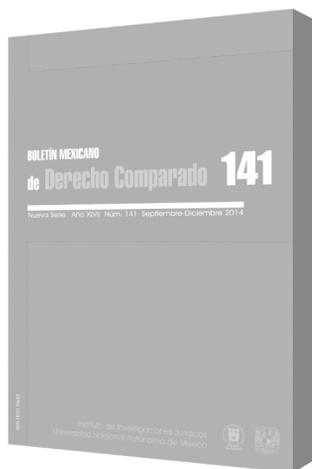


<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/>



[www.juridicas.unam.mx/](http://www.juridicas.unam.mx/)  
[www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx)  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial  
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación  
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,  
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193  
Correo: [distij@unam.mx](mailto:distij@unam.mx)

# BOLETÍN MEXICANO de **Derecho Comparado**



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/>



[www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx)

**Instituto de Investigaciones Jurídicas**  
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial  
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación  
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,  
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193  
Correo: [distij@unam.mx](mailto:distij@unam.mx)

*Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 26 de septiembre de 2018 en los talleres de Cromo Editores, S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 57 x 87 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

Los derechos humanos llegaron para quedarse; con ellos, una serie de conceptos que cada vez encontramos más en el mundo jurídico. Restricción de derechos, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión o máximo uso de recursos disponibles, son criterios obligatorios en todas las acciones del gobierno, lo mismo en la elaboración de sentencias que de políticas públicas y leyes.

Una herramienta de interpretación, argumentación y aplicación de estos conceptos es el test de razonabilidad. Se trata de un método que nos ayuda a aplicar el derecho de los derechos humanos considerando los principios y recuperando la razonabilidad como el principal aspecto para decidir lo mismo un caso que el contenido de una política pública o una ley.

El test de razonabilidad es útil no sólo para jueces, legisladores o diseñadores de políticas. En la medida en que nos permite identificar si una sentencia, una ley o un programa es acorde a los derechos humanos, el test es útil para todas las personas interesadas en derechos humanos.

En el libro se desarrollan —de forma muy práctica— ocho test para poder aplicar estos conceptos.

