

## 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.