

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 (Zagrebelky, 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” (Zagrebelky, 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.³ Incluso los mantendremos

³ 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,⁴ 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

⁴ Para profundizar en este punto se puede recurrir a Manuel Atienza (1987) y a Carlos Bernal (2005).

acápite 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,⁵ 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-

⁵ 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.⁶ 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

⁶ 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).

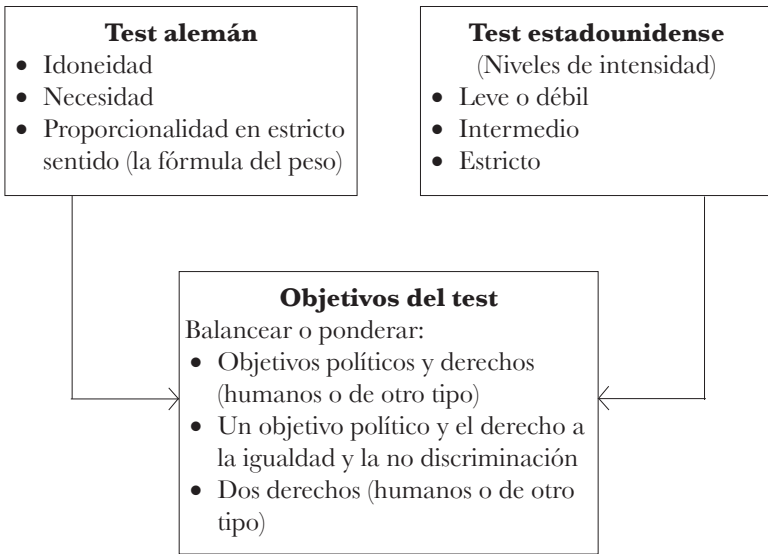
Por otro lado, tenemos la propuesta de la corte alemana recuperada y sistematizada por Robert Alexy. Esta propuesta está integrada por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad (Alexy, 2008; 1993).⁷ Estos mismos criterios son los que se observan en el test desarrollado por 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-

⁷ 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

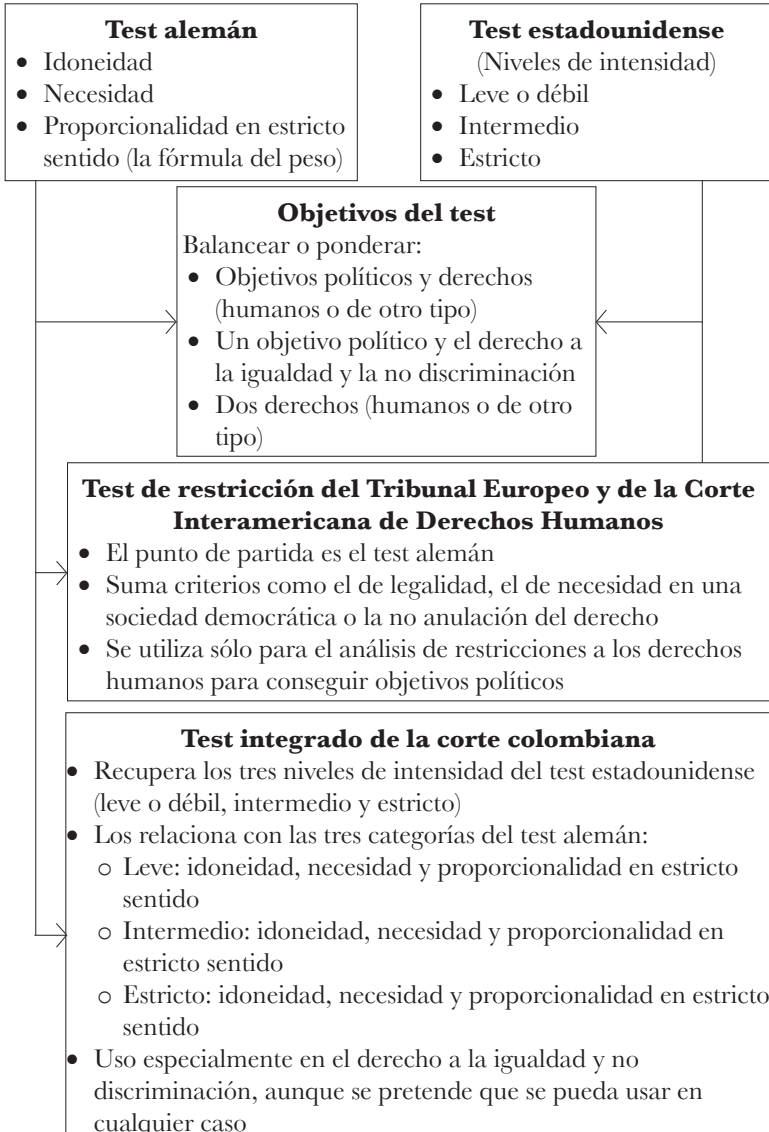
razonabilidad o de igualdad (Vivas, 2012: 35; en el mismo sentido véase Bernal, s.f.; Balbuena, 2006; Insignares, 2012).

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).⁸
- 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.

⁸ 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,⁹ 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-

⁹ 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 intermediaciones 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).