

Artículo

Identificando falsos derechos humanos a través del control de razonabilidad

Luis Antonio Sámano Pita*

Aprobado para su publicación
el 25 de abril de 2017.

RESUMEN: A raíz de la reforma constitucional de junio de 2011, en México ha permeado un fuerte impulso por incluir en todas las reformas legales el tema de Derechos Humanos, sin embargo, es necesario distinguir qué son derechos humanos y qué no lo son, para ello existen instrumentos como el control de razonabilidad, que analiza los siguientes parámetros: finalidad, naturaleza, legitimidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Se muestran algunos ejemplos que ilustran un uso incongruente entre el sustento doctrinal y el objeto que se persigue normar, situación que puede derivar en conflicto con verdaderos derechos humanos. Al final del trabajo se explican los elementos que integran el instrumento y se realiza un ejercicio para mostrar la forma de aplicarlo.

ABSTRACT *Following the constitutional reform of June 2011, Mexico has permeated a strong impulse to include in all legal reforms the issue of Human Rights, however, it is necessary to distinguish what are human rights and what are not, for this exist Instruments such as the control of reasonability, which analyzes the following parameters: purpose, nature, legitimacy, adequacy, necessity and proportionality.*

Some examples are shown that illustrate an inconsistent use between doctrinal sustenance and the object that is intended to regulate, a situation that can lead to conflict with real human rights. At the end of the work the elements that make up the instrument are explained and an exercise is performed to show how to apply it.

SUMARIO. Introducción. I. Derechos humanos y derechos fundamentales. II. Identificando falsos derechos humanos. III. El Control de razonabilidad. IV. Aplicación del control en un caso concreto. V. Conclusiones.

Introducción

Atendiendo a las bases del conocimiento jurídico que sustenta la teoría de los derechos humanos es necesario entender que éstos deben contar con un sustento de tipo racional que pueda ser revisable y calificable, mediante instrumentos que legitimen su pertinencia.

* Doctorando en Derecho y maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana, maestro en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo.

Es necesario también advertir que bajo este presupuesto no todos los derechos constitucionales son derechos humanos o derechos fundamentales, ya que sólo lo serán aquellos que tengan un sustento racional.

La creación de normas jurídicas irracionales ocasiona nuevos problemas jurídicos y colisión con otros derechos que son legítimos.

Para auxiliar el trabajo de operadores jurídicos en el proceso de creación de normas jurídicas y la impartición de justicia, existen herramientas como el control de razonabilidad que, por medio de un test de siete preguntas, ayuda a identificar y descartar falsos derechos.

I. Derechos humanos y derechos fundamentales

En su concepción *iusnaturalista* Jack Donnelly señala que los derechos humanos son literalmente los derechos que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano.¹ Esta concepción aparentemente simple en estructura plantea a su vez dos dudas importantes, la primera referente al origen de los derechos humanos, la segunda relacionada con el catálogo de estos derechos, sin pasar por alto los mecanismos para acceder a éstos. La primera de las dudas planteadas obedece a una cuestión de abstracción racional por la que el ser humano conoce sus derechos, mientras que la segunda se refiere a un catálogo amplio de prerrogativas que necesariamente deben encontrarse descritas en un instrumento legal.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales, son identificados con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en tanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar.² Este concepto, aparentemente similar al concepto de Donnelly entraña diferencias sustanciales, tales como la adscripción universal de los derechos, comprendiendo que el significado de dignidad humana dista mucho en la forma que se conciben en oriente y occidente. De igual manera el concepto hace referencia a la titularidad en cuanto ciudadanos, situación que excluye a los que no reúnan esta cualidad, así como capacidad de obrar, elemento que complica más aún el panorama de la titularidad, dejando en indefensión a los que no reúnan esta característica.

De manera esencial, la idea de derechos fundamentales pretende resaltar expresivamente la índole jurídica esencial de los derechos que reconoce en determinado instrumento, y está relacionada con un carácter ideológico neutro, reconocido de forma generalizada en tanto normas a las que se dota de mayor importancia respecto de otras, contemplando el contexto del grupo social al que se pretende aplicar.

En términos concretos, Norberto Bobbio señala que los derechos humanos existen porque existe la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; es decir, un acuerdo de carácter facticio por parte de la comunidad internacional que hace que esos derechos existan, sean verdaderos.³ Aunque el origen pue-

¹ Jack Donnelly, *Derechos humanos universales: teoría y práctica*. 2a. ed. Trad. de Ana Isabel Stelli-no. México, Gernika, 1998, p. 23.

² Luigi Ferrajoli, *Derechos fundamentales y democracia*, México, 2014, p. 5.

³ Norberto Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo, e il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia, Il Mulino, 1979, p. 129.

da ser obtenido por la razón, es necesario que exista un instrumento que soporte y refiera tales derechos.

Un punto de vista epistemológico sostiene que el reconocimiento de los derechos naturales implica al mismo tiempo considerar una serie de concesiones inherentes a la persona, lo cual se logra mediante el uso de la razón, proceso indispensable para conocer esta realidad valiosa y derivar de ahí una serie de razones para la acción: obligaciones y deberes.⁴ A partir de la razón es posible abstraer esta realidad perceptible a través de los sentidos, en nuestro caso, materializada por medio de instrumentos y mecanismos jurídicos.

Estos derechos, en cuanto disposiciones conocidas por la razón deberán encontrarse de acuerdo con la dogmática, en la Constitución nacional de un Estado⁵ o en instrumentos internacionales, según el ámbito de competencia correspondiente.

En contraposición a los procesos derivados de la razón para el reconocimiento de los derechos humanos, existen posturas que se refieren a los derechos humanos como un producto cultural emanado de Occidente para justificar las expansiones coloniales por todo el mundo y, para hacer frente a las injusticias y opresiones que el expansionismo producía,⁶ sin embargo es una postura tal como la que refiere el origen de éstos como un proceso histórico, ubicados a partir del año 539 A. C., cuando Ciro el Grande, primer rey de la Persia antigua conquistó Babilonia, libera a los esclavos y les reconoce derechos.⁷

Como tal, la referencia de los derechos fundamentales es más reciente y la encontramos en instrumentos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y de manera más sólida y contundente en el constitucionalismo alemán, en los llamados “*Grundrechte*” como derechos humanos con fuerza de ley constitucional.⁸ Con los elementos antes señalados es posible apreciar una referencia breve de la evolución conceptual e histórica de los derechos fundamentales que impactan en la normativa que regula los derechos y obligaciones de las personas.

El profesor Fernando Toller⁹ destaca algunos elementos a considerar en la estructura de los derechos fundamentales, como son: el ámbito jurídico del ejercicio del derecho, el ejercicio legítimo, el ámbito formal y la esfera de funcionamiento razonable del derecho.

⁴ Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur, *Derechos humanos*. México, Oxford, 2011, p. 26.

⁵ Para el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 se denomina el capítulo I “De los Derechos Humanos y sus Garantías” que comprende 29 artículos, de los cuales el artículo 1o. hace un reconocimiento expreso de los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales, en concordancia con el artículo 133, el cual señala que todos los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

⁶ Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid, Los libros de la Catarata, 2005, p. 36.

⁷ Organización de los Estados Americanos, *Historia de los derechos humanos*, consultado el 7 de noviembre de 2016, disponible en: <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/documentos/CapacidadJuridica/Modulo1/DerechosHumanos/DH2.pdf>

⁸ Para mayor referencia ver: Antonio Osuna Fernández-Largo, *Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar*, Salamanca, España, San Esteban, 2001, pp. 254.

⁹ Fernando Toller, Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.



*Diagrama basado en la cátedra del doctor Fernando Toller, Universidad Panamericana, México, junio de 2016.

Debido a la diversidad de factores que influyen en un contexto específico es necesario realizar una adecuación al caso concreto que se atiende, considerando los elementos antes señalados.

2. Identificando falsos derechos humanos

Una vez realizada la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, resaltando el componente de razonabilidad de éstos, en tanto componente indispensable en su formulación, es prudente destacar que existen falsos derechos humanos que no cumplen con el presupuesto de razonabilidad¹⁰ necesario para poder destacarse como verdaderos.

En este sentido, los verdaderos derechos no sólo son el resultado de un proceso legislativo que los valide, sino que atienden a un estándar de validación más riguroso que supera la exigencia social o el interés de grupos de poder que promueven su creación.

Es necesario advertir que la formulación de falsos derechos humanos, jurídicamente irracionales, acarrea consecuencias jurídicas derivadas de la colisión con otros derechos de naturaleza racional.

Como tal, los derechos económicos, sociales y culturales cuentan con reconocimiento internacional, a través del Pacto Internacional aprobado, mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, así como por la Conferencia

¹⁰ Al respecto es necesario no confundir la razonabilidad con la expresión racionalidad, ya que esta última tiende a ser empleada en contextos en los que se dota a la razón de un contenido ideológico es decir, se la vincula a una concepción, visión o ideología determinada del mundo, de un área del conocimiento o un aspecto de ella. Así tenemos: racionalidad económica utilitaria, racionalidad histórica marxista, racionalidad jurídica con arreglo a valores, racionalidad jurídica instrumental. Para más información se puede consultar: Humberto Luis Cuno Cruz, "Razón, racionalidad y razonabilidad: ¿qué los identifica y diferencia?". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, vol. 51, núm. 81, enero-junio de 2010, pp. 205-218.

Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, en la que se reconoció su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación.

A pesar del reconocimiento internacional que de manera representativa realizan los países del mundo que participan del sistema internacional de protección de derechos humanos, persisten algunas dudas acerca de su compatibilidad entre naciones, ya que no serán interpretados y aplicados en países europeos y asiáticos. De igual manera es difícil determinar su progreso y desarrollo al momento de promoverlos, a fin de evaluar y monitorear los avances obtenidos.

Existen posturas como la que promueve Isabel Trujillo al identificar los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos o “derechos de papel” con los derechos sociales y los distingue de los verdaderos derechos, identificados con las normas que regulan las libertades, las cuales son autoejecutables. Para el caso de los derechos sociales, tal como los derechos morales, que no son justiciables en la mayoría de los casos, será incierta su ejecución y dependerá de factores externos, relacionados con la actividad del órgano estatal para su cumplimiento, mientras que las normas que regulan libertades que aparentemente no requieren “nada” para su ejecución.¹¹

Al caso concreto, la Constitución establece el derecho a la vivienda en los siguientes términos: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. *La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo*”.¹²

Si bien la Constitución no establece de manera textual el otorgamiento de vivienda a todo aquel que lo solicita, reenvía a la legislación derivada o reglamentaria para “alcanzar tal objetivo”, sin embargo, en la práctica resulta complejo, ya que su acceso depende del cumplimiento de otros requisitos.

Para el caso de garantizar las libertades de tránsito e informativas, no habrá mayor actividad que reconocerlas y garantizarlas a través de su respeto y protección. Esta situación libera al Estado de actuaciones interminables, respecto de la actividad que podría derivar de un derecho irracional.

Es necesario apuntar que no se puede tener un derecho y no tenerlo al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias.¹³ Atendiendo al principio de no contradicción, el entramado jurídico debe ser armónico y funcional, respetando los límites y excepciones planteados por cada libertad o derecho.

Existen más ejemplos de falsos derechos que llevan nombres poco precisos o inadecuados como es el caso del *derecho a decidir*, el cual de acuerdo con Martín Ortega Carcelén esconde una maniobra retórica inteligente que pretende trasladar el debate desde el concepto resbaladizo de nación hacia el terreno más seguro de la democracia.¹⁴

¹¹ Isabel Trujillo, “Derechos y falsos derechos: derechos razonables y no razonables”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas de Derechos Humanos*. Pamplona, núm. 52, pp. 226-227.

¹² Artículo 40. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de agosto de 2016.

¹³ F. Toller, Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.

¹⁴ Martín Ortega Carcelén, “El derecho a decidir no existe”, *El País*, 16 de octubre de 2014, disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/10/10/opinion/1412946101_991126.html

Este *derecho a decidir*, coloca en un plano superior el derecho de la madre a “decidir” si le practican “aborto”, aunque legalmente no se establezca dicho concepto en la ley para calificar el acto.

Concretamente, en la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se menciona que: “[...] no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.¹⁵

En este sentido y atendiendo a la regulación que se hace por parte de las entidades a la protección a la vida, la Ciudad de México por ejemplo, regula en la Ley de Salud del Distrito Federal la *interrupción legal del embarazo* de forma “gratuita y en condiciones de calidad, en los supuestos permitidos en el Código Penal para el Distrito Federal, cuando la mujer interesada así lo solicite”.¹⁶ Al respecto el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal establece que el aborto es la interrupción del embarazo después de la duodécima semana de gestación,¹⁷ estableciendo el plazo a partir del cual será punible la norma, antes del cumplimiento del plazo la norma permite acudir a las instituciones públicas de salud del gobierno para proceder al aborto, o en su caso podrán optar por algún otro servicio de salud privado.



Al respecto, tal como lo tutela la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ en su artículo 4, “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y este derecho es comprendido desde de la concepción. En este mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica,¹⁹ tomando como referencia instrumentos internacionales y dictámenes médicos.

¹⁵ Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firmada el 16 de diciembre de 1998.

¹⁶ Artículo 58 de la Ley de Salud del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de septiembre de 2009.

¹⁷ Código Penal para el Distrito Federal, última reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de junio de 2016.

¹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, No. 257.

Además de las modificaciones legales que establecen “excepciones” y por tanto vulneraciones a verdaderos derechos humanos, existen también iniciativas que promueven la creación de “nuevos derechos”, es el caso de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal que a lo largo de 14 años²⁰ mantiene un evento denominado “Feria de los Derechos Humanos”, cuyo slogan “tu ciudad... vívela! es tu derecho” es ambiguo y confunde al público que convoca. El enunciado alude a un nuevo derecho, el derecho a “vivir la ciudad”, sin origen, ni fundamento, ni objetivos concretos.



Si bien en el caso anterior, se hace referencia a la promoción de un evento por parte de un órgano público de defensa de derechos humanos, es evidente el problema estructural del slogan, relacionado con su planteamiento. Existe referencia a un derecho a la ciudad, teorizado por Henri Lefebvre²¹ en la segunda mitad del siglo XX, es principalmente una crítica a la urbanización como una cuestión social y política puesta en manos de una ciudad que se deteriora, al mismo tiempo que se re-crea.²² A simple vista el título del cartel es parecido, sin embargo en estructuras, fondo y objetivo no existe relación.

De igual manera, existen proposiciones desde la sociedad civil que confunden obligaciones con derechos, sujetos obligados con sujetos titulares, es el caso del *derecho a defender los derechos humanos*. Este supuesto derecho, es estrictamente una obligación del Estado, establecida inclusive en la Constitución en los siguientes términos: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, *proteger* y garantizar los derechos humanos.” En este caso, el sujeto obligado para proteger²³ el derecho es el Estado y el titular del derecho es la persona.

²⁰ Celebrada, año con año, a excepción del año 2015, como acto de solidaridad y empatía con las víctimas de graves violaciones a derechos humanos.

²¹ Para mayor referencia se puede ubicar la obra de Henri Lefebvre en sus versiones originales en francés: *Le droit à la ville*, número 1. 2a. ed. París, Economica, 1968 y *Le droit à la ville, Espace et politique*, número 2. París, Economica, 1972.

²² Laurence Costes, “Del ‘derecho a la ciudad’ de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna, *Urban*, septiembre de 2011-febrero de 2012, p. 2.

²³ De acuerdo con el concepto “defender” que ofrece la Real Academia Española se proporciona el siguiente resultado: 1. Amparar, librar, *proteger*. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Edición del Tricentenario, 2016.



En el supuesto anterior, se habla de un derecho que no existe en ningún ordenamiento legal, sin embargo, logra persuadir el ánimo de las personas en promover el cumplimiento de un derecho que originariamente es una obligación reconocida al sujeto estatal.

La importancia de hacer un uso adecuado de la terminología contribuye a mantener la esencia del derecho, que en palabras de Rodolfo Luis Vigo:

El derecho, si pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamo por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defender incansable, inexcusable y eficazmente aquello que resulta indisponible dado que aceptar lo contrario significa sacrificar el sentido legitimador del derecho.²⁴

III. El control de razonabilidad

Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para analizar un fin propuesto, es decir, la adecuación medida de los medios al fin. Lo razonable es derivado de la razón, en cuanto proceso mental indispensable para conocer la realidad.

Para utilizar de manera eficiente un patrón de razonabilidad hay que conjugar en dosis proporcionadas los valores jurídicos de libertad, orden, paz, seguridad, solidaridad y bienestar general. Así lo “razonable se opone a lo arbitrario”. Cuando se viola la razonabilidad se trastorna una cuestión sustancial o de fondo: el ajuste de toda norma y de todo acto en el sentido de justicia que la constitución alberga.²⁵

El control de razonabilidad que se muestra a continuación es una herramienta que sirve a legisladores, juzgadores y demás operadores jurídicos para determinar qué derecho en concreto está siendo ejercido de manera razonable y

²⁴ Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*. México, Porrúa, 2003, p. 23.

²⁵ Roberto Tovar Faja et al., *Consultas de la Asamblea Legislativa a la Sala Constitucional. El control pleno de constitucionalidad 1989-1993*, t. II, “Análisis constitucional”. San José, Costa Rica, EUNED, 1994, p. 732.

cuál derecho es invocado, pero no está avalado por un título legítimo y exigible en las circunstancias específicas a resolver.²⁶

Para apoyar tal ejercicio se pretende efectuar el control de razonabilidad en siete pasos para determinar si la decisión es adecuada. Para ello, habremos de tomar en cuenta el principio de no contradicción, el cual establece que “no es posible que una misma cosa, acción u omisión sea y no sea jurídicamente debida a un sujeto al mismo tiempo y a la luz de las mismas consideraciones”.²⁷

Al conocer de un caso particular, la función del juez no consistirá en dejar fuera algunos derechos por destacar otros, sino en tratar de operar un sistema armónico de derechos fundamentales que le permitan elegir entre lo mejor y más adecuado al asunto que conoce. De acuerdo con lo anterior, menciona Fernando Toller que: La función del juez no es la de sacrificar derechos sino, en realidad, la de determinar qué derecho, de quién y en qué “proporción” se presenta en el caso.²⁸

Para descartar paso a paso la posibilidad de no distinguir la idoneidad de la norma, se han dispuesto los siete pasos del test antes mencionado, del cual es necesario señalar que si una respuesta no está dentro del proceso de razonabilidad, la norma puede ser considerada irrazonable e inconstitucional.²⁹

1. Existencia o finalidad. En este inciso es necesario cuestionarse si la norma tiene o se propone un fin, ya que de si no hay un fin, la norma es irrazonable.
2. Naturaleza de la finalidad. Una vez que se conozca el fin que persigue la norma, es indispensable dimensionarlo, identificarlo y diferenciarlo de otros fines, para saber cuál es el fin exactamente o si son varios, mediatos o inmediatos.
3. Legitimidad del fin. En este orden de ideas, ya que se ha delimitado la naturaleza del fin, habremos de ubicar la base legal que sustenta la norma, sea esta del ámbito doméstico o internacional.
4. Adecuación de los medios. Ya identificada la base legal, se debe evaluar si los medios empleados son idóneos o eficaces para lograr el fin, ya que existe la posibilidad de utilizar medios contrarios al presupuesto de eficacia racional requerido para acreditar este punto.
5. Necesidad de los medios. La importancia de este inciso radica en identificar si son eficientes los medios empleados y en su caso determinar si no hay alternativas más convenientes a la finalidad buscada y al derecho regulado.
6. Proporcionalidad de los medios. No menos importante que los demás, este inciso intenta depurar aún más el ejercicio de razonabilidad al cuestionar si existe una adecuada relación entre los costos de las medidas y los beneficios que reporta.

²⁶ F. Toller, “Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria”, *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*. Pamplona, núms. 66-67, 2012, p. 110.

²⁷ *Ibidem*, p. 115.

²⁸ F. Toller, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Eduarddo Ferrer MacGregor, coord., *Interpretación constitucional*. México, Porrúa / UNAM, 2005, t. II, pp. 1248-1249.

²⁹ Toller, F. Universidad Panamericana, cátedra universitaria, apuntes de Carla Roel de Hoffman, Doctorado en Derecho, México, junio de 2015.

Si existe una violación al contenido esencial, hay un NO en las respuestas 1 a 6.

A mayor importancia del fin, mayor posibilidad de impacto en la medida, atendiendo al contenido esencial de la norma a evaluar, bajo un principio absolutamente moral.

7. No afectación del contenido esencial del derecho regulado. Tal como se ha mencionado con antelación, la mayor aportación del control de razonabilidad es proporcionar elementos para operar un sistema armónico de derechos fundamentales, por lo que este último inciso del test se enfoca en identificar si los medios respetan la esfera de funcionamiento razonable del derecho regulado, o si éstos han sido alterados, restringidos, limitados o afectan su objeto o finalidad.³⁰

Este método de control de razonabilidad se puede aplicar a pretensiones particulares y no sólo a las leyes generales, en caso de pretender aplicar un ejercicio de leyes es necesario crear dos normas hipotéticas generales a partir del contenido específico de las pretensiones procesales.

IV. Aplicación del control de razonabilidad a un caso concreto

Para aplicar el control de razonabilidad con apoyo en los puntos del test antes mencionado, analizaremos el llamado *derecho a decidir*,³¹ que tiene la mujer sobre su cuerpo y que es la base de la *interrupción legal del embarazo* establecida en la Ley de Salud del Distrito Federal acorde con el Código Penal para el Distrito Federal,³² en oposición a instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4 señala que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y este derecho es comprendido desde la concepción.

Considerando además que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1o. reconoce los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, razón por la cual el Estado mexicano presentó la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la siguiente declaración interpretativa: “[...]no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Es necesario apuntar que la declaración interpretativa antes citada, exime el Estado mexicano de comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por abortos cometidos hasta antes de las doce semanas mencionadas

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Existen posturas que sugieren el análisis del *derecho a decidir* a la luz de principios filosóficos como la *autonomía de la voluntad*, citado principalmente en contratos en los que se respeta la decisión de las partes, sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, no existe un contrato y no existe siquiera proporción de facultades entre las partes para decidir si se respeta o se vulnera el derecho a la vida.

³² Este instrumento legal despenaliza el aborto hasta antes de la duodécima semana de gestación.

en la Ley de Salud del Distrito Federal y de cualquier otra normativa del ámbito local a nivel nacional que la regule.

1. Las finalidades del derecho a decidir y su relación con la *interrupción legal del embarazo: perspectiva en doble vertiente*.

La posibilidad de legislar en cualquier materia para modificar la aplicación de la norma, permite utilizar el derecho como instrumento a favor de un grupo dominante, entre otros aspectos se aprecia una visión adultocentrista que deja en indefensión al no nacido.

- a) Por un lado, la interrupción legal del embarazo tiene como objeto despenalizar la muerte de un ser humano a manos de personal médico, bajo el amparo que otorga la normativa nacional en materia penal y de salud, sin considerar instrumentos internacionales de derechos humanos, argumentando la reserva interpretativa hecha a la Convención Americana.
- b) En un segundo momento, la autonomía de la voluntad, en cuanto sustento filosófico del llamado derecho a decidir tiene límites claros, con ello nos referimos al derecho de la madre, pero también al derecho del no nacido a que se defienda su vida. Entendamos este presupuesto no solo como el derecho del más fuerte sobre el más débil, sino como el derecho de la madre y el derecho del ser humano no nacido, alojado en el cuerpo de su madre.

2. Análisis de la naturaleza de la finalidad:

La finalidad inmediata que pretende la medida es brindar a la madre la posibilidad de abortar sin consecuencias legales y este servicio lo proporciona el Estado de manera gratuita.

Sin embargo, esta finalidad carece de sustento, ya que se considera solo el derecho de la madre y se ignora el derecho del no nacido. El Derecho debe permanecer para ambos con independencia a lo establecido por la norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha referido a la importancia de defender la vida, señalando que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.³³

3. Objetivo legitimidad del fin: Como tal no se distingue una legitimidad natural, porque la decisión como tal justifica la interrupción de la vida, sin embargo, la norma local sustenta la legalidad de su cumplimiento, en contravención a instrumentos internacionales que tutelan el derecho a la vida desde la concepción. A pesar del reconocimiento a la vida en instrumentos internacionales, el Estado mexicano realiza una declaración interpretativa dentro de la declaración de competencia contenciosa de la Corte Interamericana para no ser juzgado en el ámbito internacional. Se enfatiza la falta de armonización de la norma³⁴ ju-

³³ *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

³⁴ Al respecto Anna Pintore señala: "la identificación entre normas y derechos supone, en definitiva, una suerte de ontologización de los derechos. Nos conduce a una vía sustancialista muy similar a la ya

rídica local con el derecho internacional de los derechos humanos, al que en un primer momento y de manera general reconoce, pero que en un segundo momento y de manera específica exime de aplicación.

4. Adecuación de los medios: Se hace notar que existen otros medios antes de agotar la interrupción legal del embarazo. De igual manera y considerando el derecho a la salud de la madre, los métodos abortivos son peligrosos, más cuando éstos se practican por médicos no aptos en clínicas que no cuentan con estándares mínimos de calidad.
5. Necesidad de los medios: Antes de recurrir a medios abortivos, existen alternativas como la orientación sexual con énfasis en la planificación familiar, el uso de métodos anticonceptivos para evitar embarazos y enfermedades de transmisión sexual.
6. Proporcionalidad de los medios: Una vez agotados los incisos anteriores, es necesario valorar la proporcionalidad de la medida empleada, considerando otras medidas y ponderando respecto de éstas su nivel de proporción.

Para el caso que analizamos resulta desproporcionada la medida, dado que es más costoso y peligroso practicar un aborto que prive de la vida a un ser humano que utilizar métodos anticonceptivos.

El uso de métodos anticonceptivos asume que una persona consiente, libre y en uso de sus facultades y derechos, prevé tomar una serie de precauciones para sí o para otra, con la finalidad de evitar embarazos o enfermedades de transmisión sexual.

7. No afectación del contenido esencial del derecho regulado: El derecho a decidir abortar, respecto del derecho a la vida.

El derecho a decidir abortar, altera esferas de protección relacionadas con el derecho a la vida del ser humano alojado en el cuerpo de la persona que supuestamente tiene la facultad de solicitar que se le practique el aborto.

Para explicar de mejor manera los aspectos que se alteran, trataremos de identificar que: a) el derecho a la vida implica para su goce y ejercicio obligaciones negativas para el Estado para evitar que un ser humano prive de la vida a otro ser humano, y más aún impone obligaciones de tipo positivas para promover y proteger este derecho; b) la titularidad del derecho a la vida no corresponde a un ser humano, sino a todos los seres humanos y este derecho ampara a la madre, pero también ampara al ser que aloja en su cuerpo, por lo que no tendría que existir diferencia entre uno y otro derechos.

Existen casos, como el que nos ocupa, en otras partes del mundo por los que se han emitido sentencias contrarias a la normativa local que ampara el aborto, tal como el Caso Paton vs. Reino Unido de 1980,³⁵ por el que la Comisión Europea de Derechos Humanos conoce de una violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre de conformidad con normas nacionales, sostuvo que “[l]a vida del

recorrida por el derecho natural”, “Derechos insaciables”, en Luigi Ferrajoli *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4a. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 254.

³⁵ *Caso Paton vs. Reino Unido*, Solicitud No. 8416/79, Comisión Europea de Derechos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), párr. 9. (*Thus both the general usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn*).

feto se encuentra íntimamente ligada a la de la embarazada y no puede ser considerada al margen de ella. En términos concretos los tribunales internacionales de protección de derechos humanos coinciden en la postura de defender la vida del ser humano alojado en el cuerpo de su madre.

V. Conclusiones

La idea de derechos fundamentales se relaciona directamente con el reconocimiento de derechos en ordenamientos jurídicos esenciales, con un carácter ideológico neutro, contenido en normas a las que se dota de mayor importancia respecto de otras.

Además de las características propias de los derechos fundamentales, éstos deben contar con un presupuesto de razonabilidad para validar su veracidad que se encuentra por encima de la exigencia social que le otorga el consenso a cualquier norma.

El control de razonabilidad constituye una herramienta para evaluar la pertinencia de la norma, la cual puede ser utilizada por operadores jurídicos que crean normas o imparten justicia.

La importancia de aplicar un control de razonabilidad a la norma jurídica, permite identificar falsos derechos humanos o normas jurídicamente irracionales, y con ello evitar consecuencias jurídicas derivadas de la colisión con otras normas de naturaleza racional.

En la aplicación del control de razonabilidad al *derecho a decidir* que tiene la mujer sobre su cuerpo y que es la base de la *interrupción legal del embarazo* se muestra la perspectiva irracional de tal 'derecho', en su relación con el derecho a la vida que corresponde al ser humano alojado en el cuerpo de su madre.

Existen en México disposiciones legales en el ámbito local, que despenalizan el aborto hasta las doce semanas y regulan la interrupción legal del embarazo. Sin embargo, se han presentado casos similares en los que tribunales internacionales de protección de derechos humanos, independientemente de la 'legalidad local', se han pronunciado a favor de la vida desde el momento de la concepción, en concordancia con los instrumentos internacionales en la materia.