

**Luis Daniel
Vázquez Valencia***

*La razonabilidad y el
contenido esencial de
los derechos humanos:
propuesta de un test*

Los test de razonabilidad son herramientas argumentativas que sirven para resolver colisiones de principios. Por medio de criterios, se genera una serie de categorías analíticas que se deben revisar en un determinado caso. Hay varios tipos de test de razonabilidad, uno de los menos desarrollados es el de contenido esencial de los derechos para identificar cuando el Estado no está cumpliendo con sus obligaciones mínimas. En el texto se propone la integración de este test a partir de: la identificación de las obligaciones que conforman el contenido esencial del derecho, el análisis fáctico de su cumplimiento, y el establecimiento de una serie de directrices a cargo del Estado para no violentar los derechos.

The test of reasonableness are argumentative tools used to resolve collisions of principles. Through criteria, it generates a serial of analytical categories who must review in a determined case. There are several types of reasonability test, one of the least developed it is the essential content of the rights in order to identify when the state is not meeting its minimum obligations. In the text proposes the integration of this test from: the identification of the obligations that make up the essential content of the Law, the factual analysis of compliance, and establishing a serial of guidelines by the State in charge in order to not violate rights

SUMARIO: Introducción / I. La razonabilidad en el derecho y la construcción de test / II. ¿Uno o muchos test de razonabilidad? / III. El test de contenido esencial del derecho / IV. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Profesor Investigador de la FLACSO-México.

Introducción

Podemos tener colisiones entre principios, por ejemplo, colisiones entre el derecho a la libertad personal y el debido proceso, con respecto a la seguridad nacional; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; con respecto a objetivos constitucionales como la seguridad nacional o el orden público; o entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Este tipo de conflictos normativos se puede solucionar utilizando test de razonabilidad. En el primer caso, estamos frente a un test de restricción de derechos; en el segundo, frente a un test de igualdad y no discriminación; en el tercero, frente a un test de ponderación de derechos.

El grueso de la literatura al respecto se concentra en los test de restricción y de igualdad y no discriminación y, en menor medida, suelen prestar atención al test de ponderación. Pero de lo que prácticamente no se da cuenta es de los tests sobre identificación del contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. De hecho, estos últimos cuatro tipos de tests pasan casi completamente desapercibidos en la literatura, cosa que puede entenderse porque son conceptos de reciente creación.

El objetivo del texto es crear los criterios o categorías que integran al test sobre el contenido esencial de un derecho. Para ello, recuperaremos la discusión sobre cómo se conforma dicho contenido esencial, a partir, tanto de la literatura sobre el tema como a través de las sentencias de diversas cortes, en especial la sudafricana, la colombiana (de aquí en adelante, CCC) y la mexicana (de aquí en adelante, SCJN). Previamente explicaremos qué se entiende por razonabilidad en el derecho, cómo se construye un test y qué test de razonabilidad existen.

I. La razonabilidad en el derecho y la construcción de test

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 agravios¹ 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 manera directa, el concepto de razonabilidad.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad también fueron desarrollados en el derecho europeo continental, esencialmente en el derecho alemán. Provenien-

¹ David Zaring, “Rule by Reasonableness”, *Administrative Law Review*, vol. 63, núm. 3, summer, 2011, pp. 525-560.

te 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.² Esencialmente, parecido a EUA, 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, la Corte española ha entendido lo razonable como lo justificado, lo no arbitrario, para designar proporción, por ejemplo, entre tiempo y proceso (ser juzgado en un tiempo razonable);³ mientras que la Corte inglesa da alguna luz con respecto a la discusión en torno a la negligencia, 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.⁴ 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.⁵

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.

Hasta aquí hemos definido lo razonable o proporcional como aquello que es justificado, que no es arbitrario. Esta idea de razonabilidad o proporcionalidad se puede utilizar para argumentar en una sentencia en que determinada decisión se encuentra justificada, no es arbitraria, como lo hizo la SCJN en la sentencia 2252/2013.⁶ 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 CCC en la sentencia C-926/02,⁷ 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,

² Mariano Sapag, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado", *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008, 170-171.

³ José Bazán y Raúl Madrid, "Racionalidad y razonabilidad en el derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto, 1991, pp. 179-188.

⁴ Zaring, "Rule by Reasonableness", *op. cit.*,... p. 537.

⁵ *Ibidem*, p. 538.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Amparo en revisión 2252/2013.

⁷ Corte Constitucional Colombiana (CCC). C-926/02, 2002.

instituciones, o conductas, se determinaría de manera intuitiva. 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 —si- gue 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 poco razonable⁸ a lo que también se ha denominado el riesgo de la libre creación del derecho.⁹ 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 utilizadas para analizar razonablemente el caso,¹⁰ 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.¹¹ Como observa la CCC en la sentencia C-926/02,¹² 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 pensar e instrumentar la razonabilidad a través de categorías.

Un test es la construcción de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list*.¹³ Se trata de criterios o categorías objetivas que se aplican de forma prudencial a partir de

⁸ Adam Lamparello, “The Unreasonableness of “Reasonableness” Review: Assessing Appellate Sentencing Jurisprudence After Booker”, *Federal Sentencing Reporter*, vol. 18, núm. 3, february, 2006, p. 177.

⁹ Camino Vidal, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI, 2005, pp. 427-447.

¹⁰ Para algunos autores, la razonabilidad o proporcionalidad no logra ser un procedimiento racional para resolver el problema de normas jurídicas, como lo mencionan tanto Cfr. Alexy, Robert, “La fórmula del peso”. En Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de justicia y derechos humanos*, 2008, pp. 13-42, como Cfr. Carlos Bernal. “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto, 2006, pp. 51-75. Quienes hacen esta afirmación, suelen considerar la falta de precisión de la ponderación, la incommensurabilidad a la que se enfrenta su aplicación y la imposibilidad de predecir sus resultados. Por ello, Jaime Araújo, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales”. Crítica, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XII, 2006, p. 877, concluye que la interpretación por medio de principios que no están previamente definidos será siempre una interpretación subjetiva.

¹¹ José Francisco García, “El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, enero-abril, 2011, pp. 101-138.

¹² Corte Constitucional Colombiana (CCC). C-926/02, 2002.

¹³ Cfr. David Zaring, *Rule by Reasonableness... op. cit.* p. 528.

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.

Por ejemplo, el test de restricción de derechos 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) Verificación que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

En las próximas páginas desarrollaremos los criterios o categorías que deben integrar un test para analizar el contenido esencial de un derecho.

II. ¿Uno o muchos test de razonabilidad?

No hay acuerdo sobre cuáles son los test de razonabilidad que existen. Por ejemplo, de nuestros entrevistados, cuando escuchaban la palabra, 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 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, de 1954.¹⁴ Otro lo conceptuó a partir del test de restricción de derechos, y recuperó la tradición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante CoIDH o Corte Interamericana).¹⁵ Uno más recuperó el test de proporcionalidad de Robert Alexy y lo relacionó con los aspectos que han sumado cortes como la europea, la interamericana y la colombiana.¹⁶ Mientras que Sandra Serrano¹⁷ inmediatamente pensó y explicó el test de ponderación

¹⁴ Mario Santiago, "Entrevista", Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 21 de junio, 2015.

¹⁵ José Antonio Guevara, "Entrevista", Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 5 de mayo, 2015.

¹⁶ Oscar Parra, "Entrevista", Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 27 de julio, 2015.

¹⁷ Sandra Serrano, "Entrevista", Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 15 de junio, 2015.

de derechos dando especial énfasis a la identificación del núcleo esencial de los derechos y al máximo uso de recursos disponibles. De entrada, vemos que al menos, entre nuestros expertos entrevistados no hay uno, sino cuatro test.

Ninguno de ellos está equivocado, todos estos 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 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; unos más que sirven para revisar si es válida y legal una restricción a un derecho humano para realizar un objetivo gubernamental; otros diferentes que buscan revisar si una acción gubernamental es acorde a los principios de progresividad y prohibición de regresión; otras categorías serán necesarias para observar si un trato diferenciado a un grupo es discriminatorio; por mencionar varios y distintos casos.

Por ejemplo, en el test de restricción de derechos lo que se pondera son principios que toman la forma de objetivos políticos con derechos humanos: el principio de bien común con el derecho a la propiedad; o el principio de orden público con el derecho a la protesta. En el test de igualdad y no discriminación 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 trabajar en el ejército, o vivir en zonas costeras de los ciudadanos estadounidenses de ascendencia de un país con el que se ha entrado en conflicto bélico. Los principios se pueden 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 se le conoce como de ponderación.

La lógica de estos tres 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 de prohibición de regresión. 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.

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-926/02,¹⁸ 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.¹⁹ En el primer caso estaremos frente a un test que involucra el análisis de restricción de derechos; en el segundo, frente a test que observa si hay un avance o ampliación de derechos.

Los test que nos permiten observar el avance o ampliación del derecho esencialmente son: el del núcleo o contenido esencial de derechos, el de progresividad y el test de máximo uso de recursos disponibles. En el poco desarrollo jurisprudencial que hay en torno a estos test, no encontraremos 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.²⁰ Por otro lado, lo que interesa en estos test es conocer si se ha gestado la ampliación de derechos esperada a partir de esos principios.

III. El test de contenido esencial del derecho

a) Los derechos civiles y políticos no tienen una naturaleza jurídica distinta a los económicos, sociales y culturales.

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

Gracias al trabajo de Abramovich y Courtis,²¹ entre otros, ya ha quedado atrás el viejo debate sobre las supuestas diferencias de naturaleza jurídica entre los derechos

¹⁸ Corte Constitucional Colombiana (CCC). C-926/02, 2002.

¹⁹ Esta idea es desarrollada tanto por Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador: Ministerio de justicia y derechos humanos, 2008, 126; como por Alfonso Santiago, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 289-314.

²⁰ Oscar Parra, “Entrevista”, Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 27 de julio, 2015.

²¹ Estas ideas se han desarrollado en varias obras: Victor Abramovich, y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de apli-

civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. A partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia, no hay jerarquías de derechos, todos los derechos son igualmente importantes, y no tienen una naturaleza jurídica diferenciada, sino que fueron sometidos a procesos legislativos distintos. Por ende, no sólo opera en ellos la identificación de núcleos de derechos, sino también la aplicación de conceptos como la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles. Esto se debe a que siempre habrá una base mínima que deba atenderse pero, sobre ella, los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento.²²

Por ejemplo, en la sentencia C-372/11²³ de la Corte colombiana, el principio de no regresión se aplica al derecho de acceso a la justicia; en particular, al componente de la existencia de una garantía judicial. En este caso, la Corte determina que una vez ampliado el ámbito de cobertura de una garantía jurisdiccional, cualquier retroceso debe someterse a un escrutinio estricto de constitucionalidad en el que el juez debe examinar minuciosamente la justificación en la que se basa la medida. La medida regresiva —sigue la CCC— no debe implicar un sacrificio desproporcionado en términos de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.

A partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia, no hay jerarquías de derechos, todos los derechos son igualmente importantes, y no tienen una naturaleza jurídica diferenciada, sino que fueron sometidos a procesos legislativos distintos.

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

b) Las resoluciones jurisdiccionales que establecen directrices de política pública o legislativa no violan la libertad configurativa de los poderes electos.

Las órdenes o directrices emitidas por el poder Judicial en materia de política económica y armonización legislativa no son una intromisión de ese poder en la competencia de las actividades de los poderes Ejecutivo y Legislativo. El poder Judicial puede y debe dictar resoluciones que establezcan directrices a los poderes Ejecutivo y Legislativo cuando estos no cumplen con los contenidos sustantivos establecidos en la Constitución. Hay, sin lugar a dudas, control constitucional tanto de políticas públicas como de leyes.²⁴

cación ante los tribunales locales”, En *Derechos sociales y derechos de las minorías*, segunda edición, México, Porrúa / UNAM, 2001; Abramovich, Victor y Christian Courtis. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Argentina, Estudios del Puerto, 2006; Abramovich, Victor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

²² Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO-México, 2013.

²³ Corte Constitucional Colombiana (CCC), C-372/11, 2011.

²⁴ Alfonso Santiago, *El alcance del control judicial... op. cit.*

En el marco de la discusión sobre la supuesta tensión contramayoritaria de las Cortes y, en general, de los derechos por la limitación de decisiones provenientes de poderes electos por mayoría de votos,²⁵ los contenidos esenciales de los derechos se establecen como la última frontera en torno a lo que el Ejecutivo y Legislativo pueden restringir; y como la principal directriz sobre las decisiones que esos poderes deben tomar.

Los contenidos mínimos de derechos —en especial por medio de categorías estáticas como lo hacen los Comités de Naciones Unidas— quita de las manos del Estado la facultad de interpretar de manera restrictiva los derechos en situaciones contramayoritarias y, por ende, adopta una posición abiertamente anti-utilitaria de determinar el contenido esencial de los derechos.²⁶ Sobre este punto, la Corte que ha hecho un mayor desarrollo es la colombiana a partir del concepto de libertad configurativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Lo que a la CCC le interesa observar es, estableciendo directrices claras de acción a cargo de los poderes, identificar si esas directrices, siguen la lógica establecida en la Constitución, en el modelo de Estado social y democrático de derecho, en las tendencias actuales identificadas por medio de leyes y políticas públicas; y dejar espacio suficiente de decisión y acción a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Sobre este punto, la Corte colombiana profundiza en la sentencia U-226/98.²⁷ En este caso, lo que se encuentra comprometido es el derecho a la salud que tienen los niños y niñas. Para poder ejecutar la sentencia, la CCC observa que tiene tres opciones. La primera puede ser que el juez constitucional tuviera la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales, no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante —sigue la corte—, esta alternativa plantea serias dificultades respecto a la forma de gobierno democrático, en particular supondría una ingerencia notoria y definitiva

²⁵ El principal problema con esta falsa tensión es suponer que debido a que los poderes ejecutivo y legislativo siempre son electos, automáticamente se pueden considerar mayoritarios; mientras que como el poder judicial no es electo, es siempre minoritario. Los poderes ejecutivo y legislativo pueden actuar de forma abiertamente minoritaria cuando sus decisiones son contrarias a las preferencias de la mayoría de las personas o cuando sólo benefician a una élite político-económica excluyendo a las mayorías. Por el contrario, justo en estos casos, las decisiones judiciales que cambien este tipo de decisiones serán abiertamente mayoritarias. Sobre esta discusión se realiza un mayor desarrollo al respecto, *Cfr.* Vázquez, Daniel. “Los límites de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México: por un poder político desconcentrado”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, núm. 39, octubre, 2013, pp.161-181.

²⁶ Este debate se desarrolla en: Sandra Serrano y Daniel Vázquez. *Los derechos en acción... op. cit.* y Von Bernstorff, Jochen. “Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: protección del contenido esencial de los DH por parte del Comité de DH de la ONU y del Tribunal Europeo de DH”, [Documento en línea] Disponible desde internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/8.pdf> [Consultado el 27 de agosto del 2012].

²⁷ Corte Constitucional Colombiana (CCC). U-226/98, 1998.

en la asignación del gasto público que corresponde a los órganos de representación política. Esto privilegiaría el Estado social, sobre el Estado democrático de derecho.

La segunda opción que observa la Corte colombiana es que el juez tienda a desobedecer el mandato de proteger el derecho a la salud de los niños y niñas, en nombre del principio democrático. En este caso —sigue la CCC—, se estaría actuando al margen del orden jurídico constitucional que establece, de manera clara e indubitable, el derecho fundamental a la salud de los niños y el deber del Estado —y, por lo tanto, del juez— de protegerlo incluso cuando no exista desarrollo legal o administrativo. A diferencia del caso anterior, aquí se estaría priorizando el Estado democrático sobre el Estado social, incluso cuando aquel se materializa en la exclusión social de un grupo considerado en situación de vulnerabilidad, es decir, en medio de una actuación muy poco democrática.

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

Esta intervención no es contraria ni al Estado social ni al Estado democrático de derecho ya que mantiene la prioridad sobre el ejercicio de los contenidos esenciales de derecho y respeta la libertad de configuración de los órganos políticos.²⁸

La Corte colombiana no pasa por alto el problema de la libertad configurativa de los poderes electos y el dilema contramayoritario, de hecho dedica secciones completas en su sentencia a la necesidad de resguardar la capacidad configurativa del poder Ejecutivo. Sin embargo;

²⁸ La generación de remedios estructurales a problemas sociales por medio de las cortes no es ni nuevo, ni nació en Colombia. De acuerdo con *Cfr. Santiago, Alfonso*, “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, *op. cit.* p. 291, uno de los primeros antecedentes en este sentido es, sin duda, el conocido caso *Brown vs Board Education* sobre la integración racial en las escuelas emitido por la corte estadounidense en 1954. Siguiendo a Santiago, “la demanda estructural, que solicita un remedio estructural, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública para eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo”.

[...] cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será *no la de remplazar a los órganos del poder público incurso en la abstención, sino la de ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado*.²⁹

Estas deliberaciones también están en la sentencia 2237/2009 de la SCJN³⁰ sobre el mínimo vital. Si bien la Corte mexicana construye un núcleo general, no logra especificar una metodología para aplicar o adecuar ese núcleo general al caso concreto. En cambio, decide que esa es una potestad política del legislador y sólo analiza que existan en la ley mecanismos de protección a ese mínimo vital. Grave error de autorrestricción de la Corte cuando su función es proteger y garantizar los derechos humanos.³¹

c) Aspectos sustantivos y objetivos del test

Puede parecer un contrasentido hablar de un test para identificar el núcleo o contenido esencial de un derecho ya que, normalmente, la forma en que los Comités de Naciones Unidas han identificado estos núcleos es a través de la especificación de obligaciones a cargo del Estado, generando estándares fijos, sin que haya ningún test de por medio.³² Esto es lo que llevó a varios autores a afirmar que no es posible armonizar los núcleos o contenidos esenciales de los derechos por medio de juicios de proporcionalidad. Lo cierto es que esta es una forma de identificar el núcleo del derecho, pero no es la única y, por supuesto, no es la que desarrollaremos en esta sección porque, efectivamente, ese desarrollo de estándares no supone la elaboración de un test.

En cambio, Cortes como la inglesa y la sudafricana han generado otras metodologías para poder determinar, no necesariamente si una obligación del Estado es parte del núcleo del derecho en cuestión, sino, más bien, cuál sería la consecuencia de ordenar al Estado a cumplir con la obligación que es demandada como violación a un derecho por alguna persona. No es tanto que la obligación sea o no parte del núcleo esencial del derecho y, por ende, de cumplimiento inmediato, sino cuál es la posibilidad fáctica de que dicha obligación sea cumplida. Aquí tenemos elementos para ir pensando en algunas categorías para un test.³³

²⁹ Corte Constitucional Colombiana (CCC). T-025/04, 2004.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Amparo en revisión 2237/2009.

³¹ Aunque esta fue la posición mayoritaria, no fue unánime. En el voto particular emitido por Olga Sánchez Cordero y Arturo Zaldívar, argumentan que el mínimo vital es ese núcleo esencial de los derechos sociales, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles. En esta medida, cuando se encuentra comprometida de manera radical la vida en condiciones dignas — siguen los ministros—, el juez está obligado a impulsar la actuación positiva del Estado.

³² Oscar Parra, “Entrevista”, Luis Daniel Vázquez, Ciudad de México, 27 de julio, 2015.

³³ Más que dos tipos distintos de aproximación, lo que tenemos es diferentes énfasis en la aproximación. En efecto, incluso los Comités de Naciones Unidas aceptan que ahí donde se haya utilizado el máximo uso de los recursos disponibles y no se consiga el ejercicio del contenido esencial de los derechos, el

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

El problema que enfrentamos si nos quedamos sólo con el aspecto anterior, es que, con una lógica esencialmente pragmática hacemos de lado aspectos normativos y morales propios de los derechos humanos. Por ello, desde hace tiempo Cortes como la colombiana y muy recientemente —al menos en la sentencia sobre la construcción de un pabellón para personas que viven con VIH— también la Corte mexicana analizan si determinadas obligaciones pertenecen al núcleo de un derecho y, haciendo un estudio de facticidad semejante al realizado por las Cortes inglesa y sudafricana, más que determinar

por mero pragmatismo si el Estado está obligado o no a cumplir con el estándar correspondiente, establecen algunos criterios, tiempos y directrices para cumplir con la obligación del derecho humano que se esté debatiendo. También aquí hay elementos que nos permiten pensar en categorías para integrar un estándar.

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

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

La identificación del contenido esencial de un derecho supone el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes. Un punto relevante a iluminar es que la identificación de contenidos esenciales de los derechos no sólo establece rutas de acción a cargo de los Estados, sino también los límites de las restricciones posibles.³⁴

Estado en cuestión queda libre de responsabilidad internacional. Es decir, también los Comités permiten el análisis del contexto y, en él, la revisión de las restricciones materiales, del diseño y efectividad de políticas públicas y de análisis presupuestales. La diferencia es que mientras pareciera que el acento de la corte sudafricana está puesto en esta última parte para denegar derechos, el acento de los Comités de Naciones Unidas está puesto en la primera parte, en los elementos que integran el contenido esencial de los derechos. Cfr. Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos en acción...* op. cit., pp. 103-104.

³⁴ *Ibidem*, p. 100.

En la Observación General No. 3, el Comité DESC³⁵ estableció que todos los Estados tienen la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los Derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Esta obligación es recuperada por los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht³⁶ en las que se establece que dado que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben demostrar que han realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.³⁷

En el mismo sentido, pero referido especialmente al derecho a la salud, el Comité DESC en su Observación General No. 14³⁸ señala que, a pesar de la limitación de los recursos, el gobierno sigue obligado al menos en los siguientes aspectos que involucran al núcleo de derechos: *a)* garantizar el derecho a la no discriminación en sus decisiones, el cual es de cumplimiento inmediato; y *b)* existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud, y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

Estos puntos señalados por el Comité DESC llevaron a la Corte colombiana, en su sentencia T-025/04,³⁹ a determinar que todos los derechos que tengan una marcada dimensión prestacional se pueden resumir en los siguientes parámetros, recuperamos sólo aquellos relacionados con el núcleo de derechos: la prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); el estudio cuidadoso de medidas alternativas al incumplimiento de obligaciones que son parte del núcleo; y la prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población.

Por lo anterior, cobra sentido que parte de la discusión sobre la integración del núcleo de un derecho esté estrechamente relacionado con circunstancias como las

³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, Observación General 3, Naciones Unidas, 1990.

³⁶ Comisión Internacional de Juristas (CIJ), “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. [Documento en línea] Disponible desde internet en: http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines_.html [consultada en diciembre de 2015].

³⁷ Abramovich, *Los derechos sociales...* *op. cit.*, p. 90.

³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), “Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (E/C.12/2000/4)”, Naciones Unidas, 2000.

³⁹ Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004.

capacidades presupuestales, técnicas, de política pública, legislativas y demás de un Estado, porque en la medida que haya una declaración judicial al respecto, el Estado tendría que hacerse cargo de inmediato.

d) Criterios que integran al test

Iniciemos con las sentencias que utilizan una metodología de razonabilidad para determinar, no tanto si una determinada obligación a cargo del Estado es parte del núcleo esencial de derecho, más bien, cuáles son las consecuencias de que una obligación de derechos humanos sea cumplida de manera inmediata. El caso clásico es la sentencia 32/97⁴⁰ dictada por la Corte sudafricana por medio de la cual se negó a una persona con fallas renales la realización de diálisis para alargar su esperanza de vida.

La Corte sudafricana⁴¹ inicia el análisis (párrafo 8) identificando que la sociedad sufre graves desigualdades, donde millones de personas viven en condiciones deplorables de pobreza. El punto a subrayar es que, sigue la Corte, estas condiciones ya existían desde antes que el país adoptara la Constitución y la serie de derechos y expectativas que se encuentran en la misma.

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

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

La CCS concluye que, en el contexto de restricciones materiales en el que se encuentra Sudáfrica, utilizar las instalaciones de la unidad renal del hospital Add-

⁴⁰ Corte Constitucional de Sudáfrica (CCS), CCT 32/97, 1997.

⁴¹ Corte Constitucional de Sudáfrica (CCS), CCT 32/97, 1997.

ington siguiendo los criterios que se han establecido permite que más pacientes con posibilidad de curarse reciban el servicio:

[25] By using the available dialysis machines in accordance with the guidelines more patients are benefited than would be the case if they were used to keep alive persons with chronic renal failure, and the outcome of the treatment is also likely to be more beneficial because it is directed to curing patients, and not simply to maintaining them in a chronically ill condition. It has not been suggested that these guidelines are unreasonable or that they were not applied fairly and rationally when the decision was taken by the Addington Hospital that the appellant did not qualify for dialysis.⁴²

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

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

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

El test de razonabilidad aplicado por la Corte sudafricana es relevante, en especial porque aterriza al derecho en un aspecto que a veces escapa al mundo jurídico: la factibilidad. Una sentencia que no sea fácticamente cumplible, es —diría la Corte— una mala sentencia. Pese a lo anterior, en la medida que sólo se queda en el análisis de las razones por las cuales las promesas de bienestar general no pueden ser cumplidas, esta es una metodología que —si no se complementa— permite mantener el *status quo* de exclusión de grandes grupos y privación de derechos. En buena medida, esto se debe a que la forma de analizar las posibilidades de los recursos y las consecuencias de la ampliación de las personas que pueden acceder a un determinado derecho comete dos errores: da por hecho que el recurso presupuestario es estático e inamovible; y, por ende, no hace un análisis sobre si la distribución pre-

⁴² *Ibidem.*

supuestaria es adecuada o si, por el contrario, se está dando prioridad en el uso del presupuesto a aspectos que no están directamente relacionados con cumplimientos de derechos, ni se analiza la estructura fiscal para observar si hay recursos económicos que no están llegando a las arcas estatales y que benefician a una minoría en perjuicio del ejercicio de los derechos de una mayoría. En consecuencia, si bien la factibilidad es relevante, esta se debe analizar siempre de la mano del máximo uso de recursos disponibles que necesariamente nos lleva a esos dos puntos: cómo distribuimos el dinero que tenemos; y si dichos recursos económicos son todos los que podemos tener o podría haber más.

Para mantener la factibilidad, pero sin cerrar la puerta a la promesa de bienestar, la Corte colombiana ha desarrollado una metodología que puede ser útil en la identificación de los criterios que integran el test. Sin embargo, antes de entrar por completo al análisis de las sentencias de la corte colombiana, vale la pena recuperar un aspecto que es puesto sobre la mesa por la corte mexicana y que, probablemente, es el paso previo a la identificación de las obligaciones que integran el contenido esencial de un derecho: cuál es el objetivo específico del derecho.

En su sentencia 989/2014,⁴³ en un análisis sobre los derechos de las personas con discapacidad, la SCJN explica que las normas no pueden deslindarse de su propósito jurídico, en el caso específico de las normas referidas a los derechos de este grupo, el propósito es buscar la eliminación de cualquier tipo de discriminación por tal circunstancia, en aras de la consecución de la igualdad entre personas. En este mismo sentido, Sapag identifica que los derechos humanos no tienen límites externos, “el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple”.⁴⁴ Este punto parece menor, pero no lo es, precisamente porque es la identificación del principio que nos interesa recuperar del ordenamiento jurídico, el mismo que queremos ejercitar de manera efectiva, y sólo cuando tenemos claro cuál es dicho principio, podemos emitir una serie de reglas que sirvan para concretarlo. Esas reglas serán las obligaciones que configuran el contenido esencial del derecho que estamos desarrollando.

Este aspecto se torna relevante en la sentencia 989/2014.⁴⁵ El caso se centra en una persona con discapacidad motriz que vive en un departamento en un primer piso. Debido al no pago de sus contribuciones, la asamblea de condóminos decidió —como medida de presión— que el elevador no se detuviera en el primer piso. Un primer aspecto es que la SCJN determina que un completo control de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial, recuperando siempre el principio de máxima eficacia de esos derechos.

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo en revisión 989/2014.

⁴⁴ Mariano Sapag, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008, p. 184.

⁴⁵ *Ibidem*.

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

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

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

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

Von Bernstorff aporta un poco de luz sobre la metodología para determinar las obligaciones que integran el contenido esencial de un derecho.⁴⁶ En la identificación del núcleo esencial de los derechos civiles, observa que el paso inicial para entender esta metodología proviene de la aplicación del artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷ en el que se determina que ninguna disposición puede ser interpretada de tal forma que genere una destrucción o limitación superior a la establecida en los propios documentos institucionales de cualquier otro derecho humano. En particular, sustentándose en la segunda variante (limitación superior a la establecida en los documentos convencionales) es que el Comité de DH comenzó a reflexionar sobre los contenidos esenciales de los derechos, en particular como elemento constitutivo del último límite a la restricción de todos los derechos del pacto.⁴⁸

⁴⁶ Jochen Von Bernstorff, *Las formas argumentativas... op. cit.*

⁴⁷ “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 158.

Considerando esta idea de último límite a la restricción, podemos generar otra categoría: *¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho pierde sentido definitivamente?* Apliquemos esta pregunta a una de las sentencias dictadas por la Corte colombiana sobre los derechos de las personas desplazadas, la T-025/04.⁴⁹

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

En su estudio, la CCC da cuenta que la escasez de recursos ha sido señalada consistentemente como la causa central de las fallas en la implementación de las políticas de atención a la población desplazada.

Una vez identificadas las obligaciones que conforman el núcleo, podemos mirar la facticidad de su cumplimiento. Semejante a la metodología empleada por la Corte sudafricana, la Corte colombiana comienza haciendo un análisis sobre qué se ha hecho en torno a la garantía de los derechos de las personas desplazadas, qué políticas públicas, qué leyes, qué presupuestos. Reconoce que hay acciones estatales desde 1997, pero también observa que los esfuerzos estatales no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales, ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos.

En su estudio, la CCC da cuenta que la escasez de recursos ha sido señalada consistentemente como la causa central de las fallas en la implementación de las políticas de atención a la población desplazada. Un aspecto central que destaca la CCC es que la insuficiencia de recursos no sólo proviene del gobierno central, sino también de

⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004.

las entidades territoriales. La insuficiencia de recursos ha afectado la mayoría de los componentes de la política y entorpecido la actividad del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada. En su análisis, semejante a lo realizado por la Corte sudafricana, la Corte colombiana no pierde de vista que la falta de recursos es un indicativo de la realidad económica de Colombia. No obstante, la realización plena de los derechos de las personas desplazadas no puede quedar indefinidamente aplazada por restricciones presupuestales. Es aquí donde la Corte colombiana comienza a cobrar distancia con respecto a la sudafricana.

Justo este es el quiebre y punto central de la expectativa de actuación que se conforma en torno a un poder Judicial. En palabras de Alfonso Santiago,⁵⁰ si el poder Judicial identifica una omisión o insuficiencia de la política pública en relación con la garantía o protección de algún derecho, debe declararlo y buscar que los poderes electos sanen ese vicio.

Para la Corte colombiana, por ejemplo, es relevante que la asignación de recursos para atender derechos se convierta en una prelación en su asignación, en especial de grupos en situación de vulnerabilidad como lo son las personas desplazadas. Esto supondría un cambio radical en la forma de concebir los propios presupuestos, pasando de una construcción inercial (re-etiquetar partidas a partir del presupuesto anterior), en una lógica a partir de derechos y con base en resultados. Para ello, se debe efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias.

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

Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté

⁵⁰ Alfonso Santiago, *El alcance del control judicial... op. cit.* p. 303.

en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos.⁵¹

Con el contenido esencial del derecho definido, y el análisis de facticidad realizado, lo más interesante es lo que la Corte colombiana ordena para hacer efectivos los derechos de las personas desplazadas. La Corte comenzó explicando que en sus sentencias ha emitido dos tipos de órdenes: las simples y las complejas. Las primeras se refieren a órdenes de abstención o acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. Las complejas exigen procesos de ejecución que involucren a varias autoridades y requieren acciones coordinadas. En este caso, estamos frente a órdenes complejas.

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

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

Una segunda orden involucra directamente al ministerio de Hacienda. Como se mencionó líneas arriba, buena parte del análisis del CCC en el caso, estuvo referido al desempeño de las políticas públicas y la falta de presupuesto, por ende —explica la Corte—, es fundamental que al logro de este objetivo concurren el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director de Planeación Nacional para que contribuyan a que se alcancen las metas presupuestales que requiere la política de atención a la población desplazada. La convocatoria a estos funcionarios se hace notificándoles la sentencia emitida para que dentro de la órbita de sus competencias adopten decisiones conducentes a la superación del estado de cosas inconstitucional. Sin embargo, no se trata sólo de un llamado, se otorga el plazo de un año para obtener el presupuesto necesario.

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

⁵¹ Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-025/04, 2004.

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

Lo que vemos en esta sentencia son tres aspectos:

- 1) La identificación de las obligaciones que integran el contenido esencial del derecho que se analiza. En este punto se aleja de la Corte sudafricana y se acerca a los Comités de las Naciones Unidas.
- 2) La consideración de las limitaciones fácticas para hacer efectivo el ejercicio del núcleo esencial de un derecho, esto por medio de un análisis de presupuesto y política pública. Aquí hay cercanía con la Corte sudafricana y lejanía con la metodología empleada por los comités.
- 3) Finalmente, la generación de órdenes para que, si bien el contenido esencial del derecho no se cumpla de forma inmediata, se establezca un plan o programa por parte del gobierno para hacer efectivo el derecho. Probablemente este es el aspecto creativo y superador de las dos opciones anteriores.

Por la relevancia del tipo de órdenes que gira la Corte colombiana, y por ser éstas uno de los elementos que se tornan centrales en el test del contenido esencial de los derechos, vale la pena revisar otra decisión. Casi 10 años después de la emisión de la sentencia sobre personas desplazadas la CCC conoció del caso T-077/13⁵² sobre derecho de acceso al agua de las personas privadas de la libertad. En el caso, un recluso demandó el acceso al agua en el bloque del penal donde se encuentra, en donde tiene sólo 1 hora de agua espaciada en tres fragmentos de 20 minutos a lo largo de 24 horas, lo que ha ocasionado condiciones poco higiénicas y enfermedades al interior del penal.

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

⁵² Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-077/13, 2013.

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

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

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

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades.
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados.
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- d) Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua.
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles.
- f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados con base en un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua.
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados.
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

Finalmente, el último punto para determinar el núcleo esencial del derecho al agua fue la discusión sobre la cantidad mínima de agua que debe ser suministrada a cada persona por día. La Corte colombiana recuperó el estándar que ya había establecido en la sentencia T-740/11⁵³ donde, siguiendo a la Organización Mundial para la Salud, determinó que la cantidad mínima de agua por persona son 50 litros al día. Sin embargo, considerando las circunstancias de reclusión del demandante, la CCC optó por recuperar el estándar establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que es de 13 a 15 litros de agua por persona siempre que las instalaciones sanitarias estén funcionando adecuadamente. En este caso, considerando las múltiples fallas de duchas, inodoros y tanques de almacenamiento, la CCC decidió que se debía suministrar a los reclusos un mínimo de 25 litros por persona al día, de los cuales deberá permitírseles almacenar hasta 5 litros de agua por persona al día dentro de sus celdas, en razón a que el clima caluroso de la región y las múltiples enfermedades que los internos puedan estar padeciendo demandan un mayor consumo.

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

La segunda orden que emite es al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña para que, con el apoyo de CAPRECOM EPSS y de la USI Ibagué, determi-

⁵³ Este caso es interesante porque en él la CCC obliga a una empresa pública de suministro de agua a suministrar el líquido a una persona que no había pagado sus cuentas y que padecía de múltiples enfermedades que le exigían contar con unas determinadas cantidades de agua potable. En específico, ordenó que, en caso que la accionante pruebe no contar con los recursos económicos para sufragar la deuda con la empresa, proceda a instalar un reductor de flujo que garantice por lo menos cincuenta 50 litros de agua por persona al día, en el inmueble que habita con su familia. *Cfr.* Corte Constitucional Colombiana (CCC), T-740/11, 2011.

ne cuáles son los internos que demandan servicios médicos a fin de que, dentro los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia, elabore una lista de internos con la relación de enfermedades que padecen cada uno y garanticen los servicios de salud que estos requieran de manera inmediata.

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

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

Por su parte, ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picañela COIBA que, en el término de los cinco días siguientes a la notificación del informe, inicien de manera conjunta el diseño de un Plan de Mejoramiento Integral del bloque 1 del Complejo dirigido a superar de forma estructural varios de los problemas que presentan las instalaciones.⁵⁴

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

⁵⁴ En específico: el problema de suministro continuo y suficiente de agua; el problema de los daños en el sistema hidrosanitario (Inodoros, duchas, albercas y tanques de almacenamiento dañados o deteriorados); el problema de filtración de aguas negras; el problema de basura; la falta de saneamiento en el área de lavado de los recipientes en los que se alimentan los internos; los demás problemas que presente el bloque 1 relacionados con la falta de salubridad.

IV. Conclusiones

A partir de los casos analizados, el test para identificar el núcleo esencial de un derecho tiene una finalidad muy particular: determinar cuándo el Estado no asume una obligación tan relevante en materia de derechos humanos que puede ser parte del contenido esencial de un derecho, y cómo subsanará esta deficiencia. Bajo esta lógica, el test que hemos elaborado en esta sección está integrado por las siguientes categorías:

Sección I: Identificación de obligaciones que conforman el núcleo.

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

Sección II: Análisis de la facticidad de su cumplimiento.

- 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 consecuencias tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?

Sección III: Medidas para subsanar el incumplimiento.

- 8) ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

Si integramos el test con las tres secciones que se mencionan, encontramos tanto las obligaciones específicas que conforman el contenido esencial de los derechos como los contextos de restricciones materiales (sin utilizarlos como argumento para incumplir obligaciones propias de los contenidos esenciales de los derechos, sino para pensar cómo optimizar los recursos), y los mecanismos para transformar esos contextos en pro del ejercicio de derechos.

Explicamos que la principal consecuencia jurídica de identificar una obligación como parte del contenido esencial de un derecho es que ésta es de cumplimiento inmediato. Sin embargo, cuando las condiciones materiales son adversas, también

observamos que las sentencias de la Corte colombiana obligan a generar un plan o programa para que en algún momento se cumpla con la obligación, estableciendo algunas salvaguardas dependiendo del caso concreto. ¿Las obligaciones propias del contenido esencial dejan de ser de cumplimiento inmediato y se tornan progresivas? Parece que sí, pero también parece que no hay otra manera de hacerlo. Ahí donde es fácticamente difícil cumplir con una obligación en un momento determinado, la forma razonable de entrar al caso es la identificación de las causas de las restricciones fácticas al derecho y la generación de un plan para modificarlas: este es el eje central del test del contenido esencial del derecho.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Abramovich, Victor y Christian Courtis. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. En *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Segunda edición, México, Porrúa / UNAM, 2001.
- . *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Argentina, Estudios del Puerto, 2006.
- . *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Alexy, Robert. “La fórmula del peso”. En Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador, Ministerio de justicia y derechos humanos, 2008.
- Araújo, Jaime. “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales”. *Crítica, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XII, 2006.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador: Ministerio de justicia y derechos humanos, 2008.
- Serrano, Sandra y Daniel Vázquez. *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México, FLACSO-México, 2013.

Electrónicas

Documentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) Comisión Internacional de Juristas (CIJ). “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Maastricht, 22-26 de enero de 1997. [Documento en línea] Disponible desde internet en: http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines_.html [consultada en diciembre de 2015].

Von Bernstorff, Jochen. “Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: protección del contenido esencial de los DH por parte del Comité de DH de la ONU y del Tribunal Europeo de DH”. [Documento en línea] Disponible desde internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/8.pdf> [Consultado el 27 de agosto del 2012].

Hemerográficas

- Bazán, José y Raúl Madrid. “Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, mayo-agosto, 1991.
- Bernal, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto, 2006.
- García, José Francisco. “El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 1, enero-abril, 2011.
- Lamparello, Adam. “The Unreasonableness of “Reasonableness” Review: Assessing Appellate Sentencing Jurisprudencia After Booker”. *Federal Sentencing Reporter*, vol. 18, núm. 3, february, 2006.
- Santiago, Alfonso. “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014.
- Sapag, Mariano. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”. *Dikaion*, año 22, núm. 17, 2008.
- Vidal, Camino. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XI, 2005.
- Vázquez, Daniel. “Los límites de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México: por un poder político desconcentrado”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*, núm. 39, octubre, 2013.
- Zaring, David. “Rule by Reasonableness”. *Administrative Law Review*, vol. 63, núm. 3, summer, 2011.

Sentencias

- Corte Constitucional de Sudáfrica (CCS). CCT 32/97, 1997.
- _____. U-226/98, 1998.
- _____. C-926/02, 2002.
- _____. T-025/04, 2004.
- _____. C-372/11, 2011.
- _____. T-740/11, 2011.
- _____. T-077/13, 2013.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Amparo en revisión 2237/2009.
- _____. Amparo en revisión 2252/2013.

Sección Doctrina

_____. Amparo en revisión 989/2014.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”. Observación General 3, Naciones Unidas, 1990.

_____. “Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (E/C.12/2000/4)”. Naciones Unidas, 2000.

Entrevistas

Guevara, José Antonio. “Entrevista”. Vázquez, Luis Daniel. Ciudad de México, 5 de mayo, 2015.

Santiago, Mario. “Entrevista”. Vázquez, Luis Daniel. Ciudad de México, 21 de junio, 2015.

Serrano, Sandra. “Entrevista”. Vázquez, Luis Daniel. Ciudad de México, 15 de junio, 2015.

Parra, Oscar. “Entrevista”. Vázquez, Luis Daniel. Ciudad de México, 27 de julio, 2015.