

## CAPÍTULO SEXTO

### TEST DE IDENTIFICACIÓN DE NÚCLEO DE DERECHOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo que vemos en esta sentencia son tres cosas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

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

### Cuadro 11

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

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

#### IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

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

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

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

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

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