

El núcleo duro de los derechos fundamentales

I. Introducción

Cuando hablamos de núcleo duro de los derechos fundamentales, podemos referirnos a dos cuestiones distintas. La primera de ellas, al contenido esencial de cada derecho en particular, que se refiere al marco infranqueable, a partir del cual el Estado establece las garantías de protección y sus límites, y que tienen como fin armonizar el ejercicio individual y el bien público, y la segunda, al conjunto de derechos cuyas garantías, por su naturaleza, no pueden ser suspendidas por el Estado en ningún supuesto, incluso en casos que pongan en peligro la seguridad nacional.

Como es bien conocido, los derechos humanos derivan de la dignidad del ser humano por lo que le son inherentes. De ahí que sean universales e igualitarios e inalienables¹.

Estas características no implican que los derechos humanos no puedan ser limitados o estar sujetos a condiciones razonables de ejercicio, e incluso, sus garantías puedan suspenderse en supuestos de necesidad pública, salvo en el caso de los derechos que veremos más adelante.

En palabras de Hugo Tórtora Aravena:

“... el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana.

Reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico”².

¹ Para mayor abundamiento de las características de los derechos humanos, véase la *Guía de Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para Jueces, Magistrados y operadores del Derecho*, Centro de Ética Judicial, 2018, México, pp. 21-26.

² Tórtora Aravena, Hugo, “Las limitaciones a los Derechos Fundamentales”, *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 8, No. 2, 2010, Santiago, Chile, pp. 167-200. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007

Sin embargo, “los derechos fundamentales tienen un límite inabordable, es decir, un contenido esencial que no puede ser desconfigurado por los poderes públicos”³. Dicho en otras palabras, contienen una zona o núcleo irreductible para el Estado.

Así, toda limitación que un Estado realice respecto de un derecho humano debe respetar ese marco infranqueable que excluya la posibilidad de restringir de manera excesiva o de plano impedir el ejercicio de un derecho, por lo que la restricción debe ser proporcional a la finalidad buscada.

II. Contenido esencial de los derechos fundamentales.

El término de contenido esencial fue adoptado por Alemania en la Ley Fundamental de 1949, que refería en su artículo 19.2 que “[en] ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”⁴, cuyo antecedente es la Constitución de 1946, que en su artículo 63.1 señalaba que “el derecho humano en cuanto a tal ‘debe permanecer inalterado’ ”⁵.

Esta disposición se concibió “como una garantía que supone que cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna al existir unos ‘elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible’ ”⁶.

³ Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, *Contenido esencial de los derechos fundamentales y juez constitucional*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, No. 41, México, 2016, pp. 235-270, p. 235. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewFile/31571/28559>

⁴ Disponible en <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ca1946.htm>

⁵ Petit, Guerra, Luis Alberto, *La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, Revista de Derecho, Universidad Católica Dámaso Larrañaga, Facultad de Derecho, no. 15, Montevideo, Uruguay, julio de 2017. Disponible en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932017000100215#fn14

⁶ Víctor R. Blanco, citado por Luis Alberto Petit Guerra. *Ídem*.

Esta garantía trascendió a diversos ordenamientos jurídicos, como el español⁷ y el argentino⁸ y, por otra parte, se ha convertido en léxico común cuando se habla de derechos humanos.

No obstante, es un concepto que en el ámbito teórico y práctico ha generado un sinnúmero de problemas, en cuanto a su determinación, naturaleza y alcances, por lo que se han desarrollado diversas teorías.

Por una parte existen las teorías absolutas que postulan, de manera general, que los derechos humanos tienen una naturaleza estática, cuyo contenido esencial se ubica en el centro del derecho fundamental, distinto de la periferia. Dicho núcleo se constituye como “límite absoluto en abstracto, sin importar situaciones históricas y el caso concreto”⁹.

Asimismo, encontramos las teorías relativas, que afirman que el contenido esencial es indisponible por el legislador; sin embargo niegan que dicho núcleo esencial pueda definirse en abstracto, por lo que, es hasta la calificación de constitucionalidad por parte del Poder Judicial, que se define el contenido esencial del derecho humano. Además, estas teorías postulan que dicho

⁷ El artículo 53.1 de la Constitución Española establece que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. Disponible en:

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 11/1981, refiere que “[c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Punto 8 de los Fundamentos Jurídicos, Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 99, de 25 de abril de 1981. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1981-9433

⁸ “**Artículo 28.**- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.” Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

⁹ Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, *Contenido esencial... op. cit.*, p. 247.

contenido “permanece abierto al cambio y se adapta a las coyunturas sociales sobrevinientes”¹⁰.

Por ejemplo, Luis Prieto Sanchís considera que determinar el contenido esencial en abstracto presenta un verdadero problema, porque:

“no se trata ya de un concepto indeterminado, sino mas bien de un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientadores para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que solo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá este determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión”¹¹.

Asimismo, refiere que la garantía del contenido esencial, como noción jurídica, tiene dos funciones importantes tratándose de límites normativos; por una parte “obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre la misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental; y ese pronunciamiento ya no miraría hacia el otro bien constitucional en pugna, que es lo que suele suceder cuando se pondera, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, preguntándose qué es lo que queda de él tras la regulación legislativa”¹², y por la otra, genera una exigencia de “mayor justificación” de la limitación, en el ejercicio de ponderación¹³.

Por otra parte, también existen teorías que pretenden superar la dicotomía entre las absolutas y las relativas. La más conocida es la de Peter Häberle, quien desarrolló la teoría institucional.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990, pp. 153 y ss., pp 72. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3275/3116>

¹² *Ibidem*, p. 73.

¹³ *Ídem*.

Dicha postura analiza los derechos fundamentales desde un sistema unitario, “como derechos subjetivos de las personas y como fundamento valorativo del orden constitucional... “¹⁴ De manera que,

“para concretar el significado de los derechos fundamentales es indispensable una triple función de éstos: la función social (en la medida en que necesitan ser configurados y desarrollados para su ejercicio), como relaciones de condicionabilidad mutua (relacionados entre sí); y, finalmente, como base funcional para la democracia constitucional. Conforme a lo anterior, la garantía y ejercicio de los derechos se caracteriza a través de la unión o conexión entre los intereses individuales y públicos.”¹⁵

Como se advierte, estas teorías no solo discrepan en cuanto al contenido esencial como concepto abstracto, sino respecto a qué órgano del Estado es el facultado para delimitar dicho núcleo, es decir, el legislativo¹⁶ o el judicial. Incluso, discrepan en cuanto a la libertad configurativa del legislativo, es decir, para una y otra parte, dicha actividad podría ser más o menos vigorosa, siempre verificable por el Poder Judicial, aunque se coincide que no puede ser ilimitada.

Sentado lo anterior, partiendo de la premisa que todo derecho debe tener un límite inabordable por el legislador para garantizar su efectivo ejercicio, analizaremos dos temas que, en nuestro concepto, en la práctica resultan primordiales para la determinación de dicho contenido esencial debido a que permiten deducirlo, en un determinado momento, con independencia de las consideraciones doctrinales que puedan adoptarse respecto a la naturaleza de dicho contenido.

¹⁴ Cita de Juan Ulises Salazar Laynes “El Contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos”, Revista Foro Jurídico, vol. 8, pp. 142 y ss, p. 146. *Disponible* en: www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18503/18743

¹⁵ Citado por López Sánchez, Rogelio, *Indeterminación y Contenido Esencial de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana*, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 37, julio-diciembre 2017, pp. 229 y ss., p. 250. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11458/13363>

¹⁶ En este caso, cuando nos referimos a que diversas teorías postulan que es el Poder Judicial quien determina el contenido esencial de un derecho, no implica que desconozca que los límites son competencia del legislador, sino que el primero, en su facultad de revisión y calificación de constitucionalidad va estableciendo el marco infranqueable que sirve de parámetro para la proporcionalidad de un límite establecido por ley.

El primero de ellos, es el contenido normativo de los derechos humanos, o en palabras de Prieto Sanchís, contenido prescriptivo de la norma constitucional¹⁷. Y el segundo, el relativo a los requisitos de validez de las restricciones y limitaciones previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

a) Contenido normativo de los derechos humanos

En relación al contenido normativo podemos decir que tiene como base “[el] reconocimiento de una exigencia de la dignidad de la persona, como a la definición de un acto acorde a esa exigencia”¹⁸.

A partir de su contenido normativo, de acuerdo con Ramírez y Pallares, podemos distinguir dos tipos de derechos, **(i)** los que siempre se garantizan y **(ii)** los que se garantizan sólo en algún aspecto y en gran medida sólo si se reconocen¹⁹.

Entre los primeros se encuentran los derechos civiles y políticos, reconocidos, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²¹,

¹⁷ El autor sí reconoce que todo derecho fundamental tiene un contenido indisponible por el legislador, es decir, el contenido prescriptivo de la norma constitucional. Sin embargo, refiere que si bien es cierto que algunos enunciados constitucionales permiten discernir los contornos del derecho, lo más común es que “contenga referencias normativas y valorativas cuyo significado no puede precisarse con certeza”, desde un juicio abstracto. Ello, desde luego, remite a la necesidad de realizar el ejercicio de ponderación respecto de la ley que impone límites y verificar si la misma respeta el contenido esencial, que en palabras del autor significa, si el derecho es reconocible. Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos...*, op. cit. pp. 64-65.

¹⁸ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 2011, p. 135.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 135-136.

²⁰ AG Res. 2200 A (XXI), expedido por la Organización de las Naciones Unidas (1966), vinculación de México 23 de marzo de 1981, publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981. F. de E. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 1981. Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.pdf>

²¹ Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, vinculación de México 24 de marzo de 1981, publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981. Disponible en:

tales como, la vida, la integridad física, la libertad, el debido proceso, la personalidad jurídica, la protección de la ley en contra de injerencias arbitrarias a la vida privada, entre otros. Su garantía no está sujeta a condiciones de progresividad, porque “su enunciación incluye el contenido completo de los mismos, así como su medida: son derechos de ‘todo o nada’ ”²², es decir, se respetan o no.

Entre los segundos, se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales (PIDESC) ²³, tales como la libertad de trabajo, de asociación sindical, la seguridad social, el nivel de vida adecuado, el acceso a los servicios de salud y educación, la participación en la vida cultural, entre otros. En este caso, “su realización depende de los esfuerzos sociales, los avances de la técnica y la viabilidad y variabilidad económica y cultural, estas exigencias de dignidad necesitan ser complementadas y en cierto sentido determinadas”²⁴, es decir, el Estado, además del deber de no obstaculizar su ejercicio, tiene la obligación de realizar acciones positivas de goce de manera progresiva.

Este contenido normativo, permite determinar, en un primer momento, qué medidas debe adoptar el Estado para garantizar su ejercicio e incluso medidas positivas, son acordes al derecho de acuerdo con dicho contenido, incluso, en determinados casos, constituir el contenido esencial del derecho.

En el caso de los derechos de “todo o nada”, su contenido esencial es claro: el Estado tiene el deber de respetar el ejercicio de los mismos, sin que pueda

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>

²² Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos...*, *op. cit.* p. 136.

²³ Suscrito en Nueva York, Estados Unidos de Norte América el 16 de diciembre de 1966. Vinculación de México el 23 de marzo de 1981. Promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981. Consultable en <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20ECONOMICOS,%20SOCIALES%20Y%20CULTURALES.pdf>

²⁴ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos...*, *op. cit.* p. 137.

restringir o condicionar su ejercicio; por ejemplo, los derechos a la vida, a la personalidad jurídica, al nombre o a la integridad física, entendida como la prohibición de tortura.

Incluso, tratándose de los derechos de libertad en su dimensión pública, en todas sus vertientes, de asociación y los derechos políticos, que sí admiten restricciones, en aras de armonizar su ejercicio con el bien público, su contenido esencial sigue siendo claro, es decir, la obligación primordial del Estado es respetar el ejercicio de estos derechos. De manera que, las normas que pretendan regular su ejercicio deberán ser razonables y permitir que el derecho en particular sea reconocible. Así,

“...el contenido esencial del derecho no puede ser otro que el derecho mismo en sus caracteres propios que lo describen e identifican como tal; o, dicho en otras palabras, el contenido esencial de un derecho es el derecho en sí mismo, sin añadidos ni mermas. La protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta ni relativa: está expuesta a los límites que el propio precepto informa”²⁵.

Por otra parte, si bien algunos derechos tienen un contenido normativo que permite discernir de manera más clara sus fronteras, por lo general contienen “referencias normativas y valorativas cuyo significado no puede precisarse con certeza”²⁶.

Tal es el caso de los derechos sociales y culturales, “cuyo contenido suele ser indeterminado y circunstancial que no permite determinar los alcances de su protección”²⁷. De manera que “para determinar los elementos mínimos necesarios para exigir un derecho fundamental, es necesario identificar [...] aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para

²⁵ Durán Rivera, Willman Ruperto, *Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho*, Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Biblioteca Jurídica Virtual, 2003, pp. 283-290, p. 289. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3589/3350>

²⁶ Prieto Sanchís, Luis, *La limitación de los derechos..op. cit.*

²⁷ Criterio contenido en la tesis de rubro: DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO ESENCIAL, 2a. XCII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Décima Época, Tomo I, Segunda Sala, Constitucional, p. 842.

que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos.”²⁸

En este sentido, el análisis de los límites y restricciones como elemento para la determinación del contenido esencial del derecho que se pretende garantizar, adquiere mayor importancia.

b) Requisitos de validez de las restricciones y limitaciones a los derechos humanos

Un requisito esencial de validez de las restricciones y límites, es que deben estar previstos en una ley formal²⁹. De manera que ningún poder u organismo de un Estado podrá limitar o restringir un derecho si dicha restricción no consta en una norma debidamente promulgada por el legislador³⁰.

Para analizar los requisitos de validez de las limitaciones a los derechos humanos, resulta oportuno hacer referencia a lo que la Corte IDH clasificó como restricciones o limitaciones en estado de normalidad.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Artículos 9, 12, 18, 19, 21, 22, 25, del PIDCP, 8 inciso a) del PIDESC, y 30 de la CADH.

³⁰ Cabe mencionar que la Corte IDH, en la opinión consultiva formulada por la República Oriental de Uruguay, relativa al alcance del término leyes, previsto en el artículo 30 (restricciones) de la CADH, determinó que, el vocablo leyes debe considerarse en el sentido de “ley formal”, es decir, como “norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, párrafo 27, p. 7. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Asimismo, nuestra Suprema Corte de Justicia, en diversos criterios ha establecido que el principio de “reserva de ley” colige que sea en una ley formal y material la que regule el ejercicio de los derechos, porque lo que no debe existir una indebida delegación de facultades a la autoridad administrativa, quien en todo caso, tiene la capacidad de “desarrollar o detallar aquellos aspectos adjetivos necesarios para llevar a la práctica las disposiciones contenidas en la ley”, que “pueden ser reguladas a través del reglamento respectivo, a efecto de proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de la ley formal y material”. Criterio contenido en la tesis de rubro: PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES. EL ARTÍCULO 60, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Tesis 2a. CXLI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, Septiembre de 2017, Décima Época, Tomo I, Segunda Sala, Constitucional, p. 777.

El estado de normalidad no está expresamente establecido en la CADH, ni en el PIDCP, ni en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), pero se deduce a partir del concepto de estado de anormalidad, que es el que regula las situaciones de emergencia que atentan contra la seguridad de un Estado y las medidas que deben tomarse para garantizar los derechos humanos en tales situaciones. De manera que el estado de normalidad es la situación ordinaria de los Estados. En este estado de normalidad, sólo caben restricciones al goce y ejercicio de los derechos³¹, nunca una supresión.

Estas restricciones deben cumplir ciertos requisitos indispensables: **(i)** que se establezcan mediante una ley formal; **(ii)** que tengan por objeto proteger la seguridad nacional, el orden público o derechos y libertades públicas; **(iii)** que cumplan con el principio de proporcionalidad³².

Además, conforme al artículo 29 de la CADH, ésta no podrá ser interpretada para:

“a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Por su parte, el artículo 30 de dicho instrumento, establece que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con [la CADH], al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Es decir, que además de estar previstas en ley, deben cumplir con el principio de proporcionalidad.

³¹ Opinión consultiva OC-6/86, *op. cit.*, párrafo 14, p. 4.

³² Por ejemplo, en los artículos 9, 12, 18, 19, 21, 22, 25, del PIDCP, relativos a los derechos de libertad, libertad de tránsito, libertad religiosa, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación y derechos políticos, la norma establece como requisitos de legitimidad de las limitaciones o restricciones, los antes señalados.

El principio de proporcionalidad como requisito cualitativo de validez de una limitación o restricción, nos remite al ejercicio de escrutinio y ponderación que se realiza para analizar la legitimidad de dicha restricción.

De manera general, este ejercicio de escrutinio, ya sea abstracto o estricto, permite determinar, tomando en consideración el contenido normativo de un derecho humano (el derecho en particular y sus garantías), si una limitación o restricción es excesiva o inadecuada³³.

A partir de lo antes expuesto, advertimos que la deducción o determinación del contenido esencial de un derecho humano, cuando su contenido normativo no es preciso, radica precisamente en el test de proporcionalidad. Pues dicho escrutinio, ya sea efectuado por el legislador, al momento de establecer los límites normativos, o bien, por el juez, al momento de analizar la constitucionalidad o convencionalidad de una norma que establece restricciones o límites, permite advertir cuáles son los bordes infranqueables de determinado derecho humano.

Expuesto lo anterior, a manera de ejemplo, analizaremos la forma en que se ha desarrollado el contenido esencial del derecho a la salud, como parte de los derechos económicos, sociales y culturales.

³³ Véase la tesis de rubro: TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, Noviembre de 2016, Décima Época, Tomo II, Primera Sala, Constitucional, p. 915.

Un ejemplo de este ejercicio, lo encontramos en la jurisprudencia de rubro: AMPARO DIRECTO CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS QUE IMPONEN PENA DE PRISIÓN DICTADAS ANTES DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE OCHO AÑOS PARA PROMOVERLO A PARTIR DE ESA FECHA NO VIOLA EL DERECHO HUMANO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE), P./J. 41/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Décima Época, Tomo I, Pleno, Constitucional, p. 7.

Para mayor abundamiento del principio de proporcionalidad, se sugiere la lectura de “La aplicación del Principio de Proporcionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, publicado por esta Redacción en marzo de 2017. Disponible en: https://www.centroeticajudicial.org/uploads/8/0/7/5/80750632/principio_de_proporcionalidad-docx.pdf

El derecho a la salud está reconocido en el artículo 12 del PIDESC, que establece que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Para garantizar la plena efectividad de este derecho, los Estados deben tomar las medidas necesarias para **(i)** reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, el sano desarrollo de los niños; **(ii)** el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente; **(iii)** prevenir y tratar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; **(iv)** crear de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Asimismo, el artículo 10 establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños, entre las cuales se encuentra protegerlos de trabajar en lugares nocivos para su moral o salud, en los cuales peligran su vida o se corre el riesgo de perjudicar su desarrollo normal.

Como principio general, este instrumento en su artículo 2º establece que los Estados parte se comprometen a adoptar, tanto por separado, como mediante la asistencia y cooperación internacionales, medidas económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, en especial legislativos, la plena efectividad de los derechos, sin que pueda discriminar a persona alguna.

Por su parte, la CPEUM, reconoce el derecho a la salud y establece los parámetros que deben cumplirse para su ejercicio:

(i) El artículo 2º establece que debe asegurarse el efectivo acceso a la salud de las comunidades indígenas, de manera especial a las mujeres indígenas y la población infantil, mejorando las condiciones de salud, mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando la medicina tradicional y apoyando la nutrición mediante programas de alimentación.

(ii) El artículo 4º reconoce a favor de toda persona el derecho de protección de la salud. El acceso a los servicios de salud deberá ser regulado por ley.

El Estado debe garantizar, con base en el principio del interés superior de la niñez, garantizar la satisfacción de sus necesidades de alimentación y salud.

(iii) El artículo 123, relativo a los principios del trabajo y la previsión social, establece que las mujeres, durante su embarazo, no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable que signifique un peligro para su salud en relación con la gestación, gozarán de un período de descanso total de doce semanas, y deberán contar con periodos de descanso extraordinario por día para alimentar a sus hijos.

Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en el ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten.

Asimismo, el patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negocio, los preceptos legales sobre higiene y seguridad de las instalaciones de su establecimiento y a prevenir accidentes por uso de herramientas de trabajo, así como organizar de tal manera el establecimiento, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción cuando se trate de mujeres embarazadas.

Incluso, en el transitorio quinto fracción III, de la reforma al artículo 3º constitucional publicada en el DOF el 26 de febrero de 2013, se establece que el Congreso de la Unión deberá adecuar el marco jurídico para prohibir en todas las escuelas los alimentos que no favorezcan la salud de los educando.

Como se advierte, el contenido normativo reconoce un derecho de todas las personas y de manera reforzada a las comunidades indígenas, mujeres indígenas, niños, mujeres trabajadoras, además establece las condiciones de salud e higiene que deben garantizar los centros de trabajo. Asimismo, establece a cargo del Estado el establecimiento de medidas que garanticen el disfrute del nivel más alto de salud física y mental, en la medida que las condiciones lo permitan y de manera progresiva.

Ahora bien, es claro que el contenido normativo de este derecho reconoce un derecho de salud a favor de todas las personas, y un deber general a cargo del

Estado de garantizarlo y promover su acceso de forma efectiva progresivamente.

Sin embargo, a partir del mismo, no es posible determinar cuál es el marco infranqueable que sirve de parámetro para considerar que, aunque sujeto a la progresividad, el derecho a la salud está garantizado de manera inmediata en un país.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que el derecho a la salud, en su dimensión individual, se traduce en la “obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica”³⁴, que el Estado tiene interés constitucional en proveer a la persona en lo individual. Y en su dimensión pública, consiste en “atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud”.

Asimismo, ha interpretado que este derecho implica obligaciones inmediatas y mediatas a cargo del Estado mexicano.

La obligación inmediata consiste en asegurar a las personas, por lo menos un nivel esencial de derecho a la salud. Y la mediata, de cumplimiento progresivo, consiste en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, haciendo uso del máximo de recursos con los que cuente. Así, de no adoptar dichas medidas, tanto en los ámbitos legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de cualquier índole procedente, debe considerarse que se incumple con las obligaciones previstas en el PIDESC³⁵.

³⁴ Criterio contenido en la jurisprudencia de rubro: DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL, 1a./J. 8/2019 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Constitucional.

³⁵ Criterio contenido en la tesis aislada de rubro: SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO, 2a. CVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 12, Décima Época, Tomo I, Segunda Sala, Constitucional, p. 1192.

De lo antes señalado se advierte que la Suprema Corte da forma al contenido esencial del derecho a la salud, estableciendo qué aspectos lo comprenden y cuáles son las garantías mínimas para considerar que este derecho está debidamente garantizado, siendo ese marco infranqueable, la adopción de medidas inmediatas que garanticen, por lo menos, un nivel esencial del derecho a la salud, para todas las personas.

III. Núcleo duro de los derechos humanos.

Como se anunció, existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyas garantías, por su naturaleza, no pueden ser suspendidas por el Estado en ningún supuesto, incluso en casos que pongan en peligro la seguridad nacional.

En los ámbitos, universal, regional y nacional, este grupo de derechos que no pueden ser suspendidos por los Estados ni aún en caso de emergencia, forman el núcleo duro o “núcleo inderogable” de los derechos³⁶, “que se constituyen como límites infranqueables a la suspensión de garantías”³⁷.

En este sentido, los derechos que no se encuentren en este núcleo duro, pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia.

A estas situaciones de emergencia se les conocen como estado de anormalidad, que de acuerdo a la Corte IDH, consiste “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”³⁸. Por lo que, la “suspensión de garantías constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno, aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades

³⁶ Esquivel, Gerardo (coord.), *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2, Estudios Jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. 115. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/32.pdf>

³⁷ *Ibidem*, p. 116

³⁸ Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 19, p. 7. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”³⁹.

Sin embargo, para que sea procedente dicha suspensión de derechos⁴⁰, ésta debe cumplir diversos requisitos previstos en los instrumentos internacionales y las constituciones de los Estados y no obedecer a razones arbitrarias.

Por ejemplo, el artículo 4º del PIDCP⁴¹, establece que los Estados parte podrán suspender las obligaciones contraídas en el Pacto, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que la situación ponga en peligro la vida de la nación; (ii) que haya sido proclamada oficialmente⁴²; (iii) que la suspensión no sea incompatible con las demás obligaciones que le impone el derecho internacional; (iv) que no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

En este tópico la Corte IDH ha establecido que la suspensión de garantías no implica la suspensión del Estado de Derecho, es decir, que si bien, en estado de anormalidad, estando suspendidas las garantías, los límites legales de actuación del Estado pueden ser distintos a los de condiciones normales, “no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada”⁴³.

Otro requisito esencial de validez de las medidas de suspensión de derechos y garantías, es el de proporcionalidad. Al respecto, la Corte IDH ha establecido

³⁹ *Ibidem*, párrafo 20, p. 7.

⁴⁰ En la opinión consultiva OC-8/87, la Corte IDH, en cuanto a la impresión terminológica del artículo 27 de la CADH, relativa al término “garantías”, determinó que “[d]el análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio”, *Ibidem*, párrafo 18, p. 7.

⁴¹ También contenidos en los artículos 27 de la CADH y 29 de la CPEUM.

⁴² En este caso el artículo 29 constitucional establece que el Presidente de la República debe contar con la aprobación del Congreso de la Unión o la Comisión Permanente.

⁴³ Opinión Consultiva OC-8/87, *op. cit.* párrafo 24, p. 8.

que tales medidas no deben exceder de lo estrictamente necesario para atender la emergencia⁴⁴, ni violar la legalidad excepcional de la emergencia, deben ser temporales, racionales, necesarias, proporcionales y nunca derivar de una desviación o abuso de poder⁴⁵.

Ahora bien, los derechos que conforman el núcleo duro de los derechos están señalados en los artículos 4º del PIDC, 27 de la CADH y 29 de nuestra Carta Magna, que establecen que se prohíbe la suspensión, en cualquier caso, del derecho a la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud, prohibición de privación de la libertad por deudas de carácter contractual, principio de legalidad e irretroactividad, derecho a la nacionalidad, personalidad jurídica, derechos de la niñez, protección de la familia, derechos políticos, y libertad de conciencia y religión, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de dichos derechos.

La Corte IDH ha hecho especial énfasis en la importancia de preservar las garantías judiciales en los estados de anormalidad.

Al respecto, refiere que las medidas judiciales insuspendibles consisten, por una parte, en “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo [27 de la CADH] y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud”⁴⁶. Y por otra parte, en el caso de los derechos suspendibles “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”⁴⁷, es decir, que verifique la adecuación de la medida⁴⁸.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 38, p. 11.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 39, p. 11.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 29, p. 9.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 30, p. 9.

⁴⁸ *Ibidem*, Párrafo 40, p. 12.

En este sentido, el habeas corpus⁴⁹ y el amparo, en el contexto de un estado de emergencia, adquieren especial relevancia, pues son indispensables para la protección de derechos cuya suspensión está vedada por la CADH.

Incluso, la Corte IDH ha interpretado que los derechos insuspondibles no pueden ser sujetos de reserva por los Estados parte, esto es que “toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta”⁵⁰, salvo que dicha reserva tenga como fin “simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico”⁵¹.

Es decir, la CADH no autoriza ninguna reserva por parte de los Estados que tenga como fin permitirles suspender en casos de anormalidad, derechos que se encuentran en el núcleo duro, por ser incompatible con su objeto y fin, a menos que la reserva que se formule tenga como fin restringir o regular algún aspecto de esos derechos sin desconfigurarlo.

Como se advierte, en los ámbitos universal, regional y nacional existe una protección reforzada de los derechos fundamentales en situaciones de anormalidad, en tanto que, por una parte, prohíben la suspensión de aquellos

⁴⁹ Tal como refiere la opinión consultiva OC-8/87, “En su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad”. *Ibidem*, párrafo 33, p. 10. Dicha garantía está regulada en el artículo 7.6 de la CADH, que refiere textualmente que “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

⁵⁰ Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 61, p. 18. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf

⁵¹ *Ídem*.

derechos que conforman el núcleo duro, y por la otra, refieren cuáles son las obligaciones de los Estados respecto de aquellos derechos que pueden ser suspendidos y qué parámetros deben cumplir para considerar que las medidas adoptadas son proporcionales y adecuadas.

IV. Reflexión final

Como se advierte de lo antes expuesto, determinar el contenido esencial de un derecho humano en abstracto es sumamente complicado. No obstante, a lo largo del presente hemos mostrado diversos criterios que pueden ser de utilidad para que en la práctica, se pueda determinar.

Lo cierto es que tratándose de los derechos humanos, se debe respetar su núcleo irreductible, es decir, que al momento de delimitar su contenido esencial, éstos puedan ser identificados como tales y dilucidar si un límite impuesto por disposición legal, es proporcional a los fines buscados para regularlo.

En México, la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales, aun y cuando no existe una referencia expresa en la CPEUM, no es ajena a nuestro sistema jurídico, debido a que está siendo impulsada tanto por la doctrina, como por la labor jurisdiccional, cuyo desarrollo es esencial para delimitar el núcleo irreductible de cada derecho y proteger el ejercicio de los derechos a favor de todas las personas.

Finalmente, podemos concluir que en el caso del núcleo duro de los derechos humanos, el contenido esencial de los derechos que los conforman está determinado en su propia naturaleza, e implican un deber a cargo del Estado de respeto absoluto que impide, incluso, que sean suspendidos en caso de emergencia.