

Creemos que hay una salida,  
pero no sabemos dónde está.  
No habiendo nadie del lado  
de afuera que nos pueda  
indicar, debemos buscarla  
por nosotros mismos. Lo que  
el laberinto enseña no es  
dónde está la salida, sino  
cuáles son los caminos que  
no llevan a ningún lugar

NORBERTO BOBBIO

# Derechos Fundamentales a Debate

**CEDHJ**  
Comisión Estatal  
de Derechos Humanos  
Jalisco



**IICADH**  
INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y  
CAPACITACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Derechos Fundamentales a Debate, año 2019, núm. 9, enero-abril, es una publicación cuatrimestral editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos a través del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos, sita en, Francisco I. Madero 836, Col. Americana, Guadalajara, Jalisco, CP 44160, Tels. (33) 3615-3892 y 3615-3893, [luiscorona@cedhj.org.mx](mailto:luiscorona@cedhj.org.mx). Editor titular: Comisión Estatal de Derechos Humanos; editor responsable: Luis Antonio Corona Nakamura. Reserva de derechos al uso exclusivo: 04-2016-072712264400-102 (impresa) y 04-2016-112411095900-203 (electrónica) otorgado por el Instituto Nacional Derecho de Autor.

Las opiniones vertidas en su contenido son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan la postura de los editores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

Presentación	5
Alfonso Hernández Barrón	
El derecho a voto de las personas con discapacidad. Un ejemplo de Poder Judicial	8
Irene Vicente Echevarría	
El juez, ¿un protector de los derechos sociales? Algunas notas para México	21
Selene Villanueva Sossa	
La Corte Constitucional y el derecho a la salud: el paso de un derecho social no justiciable a uno fundamen- tal autónomo	38
Inés Dayana Méndez Aristizábal	
Desafíos de la justicia constitucional frente a la aper- tura constitucional al derecho internacional de los de- rechos humanos: la función del principio pro persona	59
Constanza Núñez D.	
Activismo judicial del Tribunal Constitucional Perua- no. Una introducción a su estudio: aspectos generales y algunos casos	96
Oswaldo Zavala Blas	
Control de convencionalidad y modelos de justicia transicional en Colombia	118
Maura Constanza Hernández Santisteban Jorge Andrés Mora Méndez	



## Presentación

Una de las tres grandes dimensiones de trabajo en las que se enmarca la hoja de ruta que se ha trazado la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco es precisamente la dimensión de cultura. Desde esta coordenada se construye un conocimiento profundo de los derechos humanos para generar conciencia social de la importancia de la defensa y promoción tanto con el funcionariado como en la sociedad en general.

Lo anterior, atendiendo a lo que organismos internacionales como la ONU han determinado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, aludiendo a que la educación y formación en derechos humanos tiene por objeto el desarrollo de la personalidad humana que permite el fortalecimiento de las libertades fundamentales que favorecen la comprensión, tolerancia y la amistad entre todas las naciones, promoviendo uno de los grandes objetivos de las Naciones Unidas: la paz.

En este sentido, la difusión científica por parte de especialistas en materia de derechos humanos se convierte en un insumo vital como parte de la cultura de los derechos, de tal forma que la revista Derechos Fundamentales a Debate es una herramienta toral en el quehacer de la defensoría jalisciense.

Ahora bien, esta novena edición gira en torno a un contenido por demás complejo, pero a la vez apasionante para quienes buscan escudriñar en el derecho aquellos temas que han sido fuente de calurosos debates, como es el caso de la actual posición que guardan los jueces en el llamado Estado constitucional de derecho. En efecto, recordemos que una de las características del Estado constitucional de derecho es precisamente el tipo de Constitución que demanda; es decir, una plenitud de principios y valores de carácter moral que son especialmente controvertidos y que, a la vez, suscitan un amplio margen de interpretación por parte de quienes ostentan la última palabra en las actuales democracias modernas, o sea, los jueces. Por lo anterior, existe todo un debate respecto al papel que desempeñan especialmente los jueces constitucionales, del que se han criticado fuertemente al menos dos cosas:

La primera objeción no tendría sentido si la brecha interpretativa no fuese tan amplia. Si los límites interpretativos no fuesen tan extensivos, el trabajo del juez radicaría en hacer valer la Constitución sin un amplio margen de interpretación. Empero, una de las características de las constituciones modernas es la textura abierta y altamente imprecisa, lo que hace inevitable, en términos de Dworkin, una lectura moral de la Constitución.

La segunda objeción es que en un diseño institucional en el que los jueces esgrimen la última palabra e interpretación del contenido constitucional, también presentan débiles credenciales democráticas. Efectivamente, los jueces constitucionales no

tienen un origen especialmente democrático y la justificación democrática que se ha querido proporcionar sobre ello data del famoso precedente que fue dictado en 1803. Me refiero al caso *Marbury vs Madison*, que ha sido, como bien lo ha calificado Nino, una suerte de azar misterioso.

En definitiva, el anterior debate, si es que fuera posible sintetizarse, constituye entonces lo que en su momento Norberto Bobbio se cuestionó: ¿cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres? Sin duda alguna, las distintas respuestas han propiciado el más caluroso y enriquecedor debate de la filosofía política y de los derechos humanos.

Prueba de lo anterior, las aportaciones que aglutina en este número que presenta la revista *Derechos Fundamentales a Debate*, que en esta ocasión se dan cita autoras y autores de distintas naciones: España, Colombia, Chile, Perú y México. Con respecto al trabajo de Irene Vicente Echeverría, a través de un pequeño análisis de doctrina jurisprudencial, revela cómo la discrecionalidad judicial ha permitido en unos casos a personas con discapacidad sometidas a juicios de incapacidad mantener este derecho político y cómo en otros ha servido para suprimirlo.

Por su parte, Selene Villanueva Sossa destaca cómo a pesar de que el papel de juez debería ser el de un aliado defensor de los derechos sociales, este se ve inmiscuido en diversos obstáculos para lograr la máxima efectividad de los derechos.

Dayana Méndez Aristizábal aborda uno de los casos más emblemáticos que en materia de garantía y justiciabilidad de derechos sociales ha hecho el alto tribunal colombiano; esto es, la evolución que jurisprudencialmente tuvo el derecho a la salud como derecho social hasta convertirse en un derecho fundamental autónomo garantizado incluso mediante ley estatutaria, elaborada en cumplimiento de una sentencia constitucional.

Por otro lado, Constanza Núñez pone en relieve los desafíos interpretativos a los que se enfrenta la justicia constitucional frente a la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, y argumenta sobre cómo el principio *pro persona* tiene una función primordial en este contexto.

Oswaldo Zavala Blas lleva a cabo un esbozo introductorio del activismo judicial del Tribunal Constitucional Peruano. Para ello, en principio asumirá una posición en relación con la definición de activismo judicial. Asimismo, explica algunas cuestiones importantes sobre la posición y facultades del Tribunal constitucional, que servirán para comprender de mejor manera el siguiente punto y, por último, desarrolla de manera sucinta algunos de los casos emblemáticos del contexto peruano.

Finalmente, Maura Constanza Hernández Santisteban y Jorge Andrés Mora reflexionan sobre la importancia que ha venido teniendo la figura del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos para, de esta forma, evaluar la eficacia de los dos modelos de justicia transicional existentes en Colombia.

En definitiva, considero que los trabajos presentados en este nuevo número de la revista Derechos Fundamentales a Debate, de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, abonan a la reflexión en torno al papel que desempeña el juez en un Estado constitucional de derecho que, sin duda, es y seguirá siendo un tema con bastantes aristas y matices que, tal como Bobbio sugiere, ha propiciado los más apasionantes y calurosos debates de la historia de la filosofía política y de los derechos humanos.

Felicito finalmente al director de la revista, el doctor Luis Antonio Corona Nakamura, por su invaluable esfuerzo, así como a quienes integran el comité científico y editorial de esta su revista Derechos Fundamentales a Debate.

**Doctor Alfonso Hernández Barrón**

Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco



# El derecho a voto de las personas con discapacidad. Un ejemplo de Poder Judicial

Irene Vicente Echevarría

*Sumario: I. Introducción. II. Intranscendencia de los tratados internacionales, modelo médico y concepción de autonomía moral como elementos clave de la inaplicación del artículo 10.2 CE. IV. Corrientes jurisprudenciales: el poder del juez. V. Aplicando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. VI. Conclusiones. VI. Fuentes.*

## I. Introducción

El 6 de diciembre de 2018 se publicaba en el *Boletín Oficial del Estado* español (BOE) la Ley Orgánica 2/2018 para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 del junio, del Régimen Electoral General y así garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Tras esta modificación, una simple decisión judicial no podrá despojar del derecho a voto a uno de los pocos colectivos —las personas con discapacidad— que continuaban privados del mal llamado derecho al sufragio universal. La lucha por el derecho al sufragio resultaba en las democracias contemporáneas un tema ya zanjado; sin embargo, nada más lejos de la realidad. En España, como en la mayoría de los países, la decisión de un juez estaba privando a un colectivo entero de ejercer el derecho político más genuino de toda democracia; en concreto, unas cien mil personas con discapacidad en todo el país no pudieron escoger a sus gobernantes en los últimos comicios.

En este trabajo pretendo, a través de un pequeño análisis de doctrina jurisprudencial, revelar cómo la discrecionalidad judicial ha permitido en unos casos a personas con discapacidad sometidas a juicios de incapacidad mantener este derecho político y cómo en otros ha servido para suprimirlo. Se mostrará además la falta de acomodo de la interpretación judicial hecha hasta el momento en España con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), firmada y ratificada por España y que entró en vigor hace ya casi diez años, en concreto el 3 de mayo de 2008.

En resumen, presentaré lo importante de las decisiones judiciales a la hora de interpretar nuestra anterior legislación del modo menos lesivo con los derechos fundamentales de las personas con discapacidad y de la forma menos contraria al tratado internacional que arriba se mencionó, aunque no sea de forma acorde

a lo estipulado en la CDPD. De forma indirecta, defenderé la necesidad de modificación legal ya realizada por falta de concordancia de nuestro ordenamiento jurídico con la CDPD y la inconstitucionalidad de algunos preceptos, como el ya derogado artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, del 19 de junio, del régimen electoral general (en adelante LOREG).

## II. Intranscendencia de los tratados internacionales, modelo médico y concepción de autonomía moral como elementos clave de la inaplicación del artículo 10.2 CE.

Según el artículo 96 de la Constitución española (en adelante CE), la CDPD, tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*,<sup>1</sup> forma parte a todos los efectos del ordenamiento jurídico español. De modo que lo contenido en el artículo 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, le es directamente aplicable.

Es importante entender el doble papel que, de acuerdo con la CE, se está estableciendo para los tratados internacionales como normas de derecho interno, en primer lugar y, secundariamente, como canon de interpretación de los derechos fundamentales (Cuenca, 2012).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la interpretación de las normas relativas al ejercicio del derecho del voto de las personas con discapacidad en España no se ha estado interpretando de modo coherente con la CDPD a pesar de que esta “afecta de un modo esencial a la comprensión y delimitación de los derechos reconocidos en nuestra norma básica que deberán ser interpretados de conformidad con sus exigencias” (Cuenca, 2012).

La CDPD supone la plasmación práctica y jurídica de toda una filosofía desarrollada en numerosas disciplinas sociales acerca del tratamiento y la consideración de la discapacidad, el modelo social de la discapacidad. Este modelo de tratamiento constituye un cambio de paradigma en lo que a la discapacidad se refiere. En primer lugar, la persona con discapacidad deja de ser objeto de estudio individualizado que debe rehabilitarse para incluirse dentro de los parámetros sociales de lo aceptado, como lo era en el modelo médico-rehabilitador. El modelo social, por tanto, viene a enfrentarse a las características del modelo médico, para presentar a la persona con discapacidad como sujeto de derechos cuya discapacidad no es ya más el resultado de sus características individuales —impedimentos—, sino de la interacción de las mismas con las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.<sup>2</sup> La obligación de cambio recae ahora en la sociedad y no en la persona.

1. Puede verse en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf> publicado el 21 de abril de 2008, INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

2. En esta línea está la definición de discapacidad que da la CDPD. <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

A pesar de este cambio de paradigma y de la evolución jurídica que supone interpretar los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva social, “los operadores jurídicos, salvo contadas excepciones, siguen interpretando las normas desde estos referentes que, por otro lado, se acomodan perfectamente a tradiciones jurídicas consolidadas” (De Asís, 2013: 41), haciendo referencia al modelo médico-rehabilitador.

Desde el modelo médico-rehabilitador se “genera un cierto menosprecio con relación a las aptitudes generales de las personas con discapacidad” (Palacios, 2008: 91) derivada de la asociación entre la falta de independencia con la ausencia de autonomía moral (Barranco, 2011). El sujeto moral es el portador de la idea de dignidad humana. Con este concepto —sujeto moral— se pretende identificar a los seres dotados de libertad de elección y con posibilidad de elaborar sus propios planes de vida. La dignidad humana por tanto, conecta de forma directa con la idea de autonomía en dos perspectivas como capacidad de razonar e independencia (De Asís, 2013) ambas negadas en el discurso ético y jurídico a las personas con discapacidad. Como veremos al analizar la doctrina jurisprudencial es una constante considerar a las personas con discapacidad incapaces de llevar a cabo juicios morales válidos debido a su supuesta dependencia e incapacidad moral y por tanto excluidos del disfrute de los derechos, pues “los derechos solo sirven en la medida en que el ser humano real se aproxime a la imagen del titular abstracto” (Barranco, 2011: 95).

Por todas las razones arriba expuestas, la utilización del artículo 10,2 de la Constitución en la práctica jurídica resulta bastante irrelevante (De Asís, 2013: 48). La visión intranscendente que de los tratados internacionales tienen nuestros operadores jurídicos, la óptica del modelo médico aún imperante socialmente y la concepción de autonomía moral que continúa fundamentando la titularidad de derechos, nos presenta una respuesta mayoritaria entre quienes tienen la potestad de tomar decisiones sobre el derecho a voto, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la supresión de estos derechos.

En este punto conviene entender que en el ordenamiento jurídico español las personas con discapacidad no estaban privadas directamente de ejercer el derecho al voto, sino que la prohibición se generaba como consecuencia de la restricción o privación de la capacidad jurídica, que toma la forma de incapacitación (Bariffi, 2014). Las sentencias de incapacitación, como analizaremos de forma profunda más adelante, debían pronunciarse expresamente sobre la cuestión del voto, pero “teniendo en cuenta que el efecto de tales sentencias es privar a la persona de tomar cualquier tipo de decisiones personales y patrimoniales” (Bariffi, 2014: 348), el derecho a votar solía contenerse en estas privaciones.

La LOREG contemplaba, en su artículo 3, tres causas de privación del derecho al sufragio:

a) La condena por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) La declaración de incapacidad en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) El internamiento en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

La primera estaba ya sin efecto desde la modificación en 1995 del código civil español y ya no se contempla la privación del derecho al sufragio ni como pena principal ni como accesoria. La tercera se realizaba normalmente tras un proceso de modificación de la capacidad, es decir, el internamiento forzoso se lleva a cabo siempre o casi siempre tras la declaración judicial de incapacidad. Podemos decir, por tanto, que la tercera causa puede subsumirse en la segunda, la declaración de incapacidad. Por ello, en lo que sigue a este análisis atenderemos siempre y en exclusiva al apartado “b”.

En las antípodas filosóficas de este precepto se encuentra el artículo 29 de la CDPD, que establece una serie de obligaciones para que los estados garanticen a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás. Así, en su apartado “a” establece que los estados parte garantizarán que “las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas” (ONU 2006).

### III. Corrientes jurisprudenciales: el poder del juez

Tradicionalmente la privación del derecho de sufragio ha operado como una cláusula de estilo que se incluye en todas las sentencias de incapacitación, pero sin explicar de una forma adecuada las razones que la justifiquen (Fernández Martínez: 2016). “En los últimos años parece advertirse una tendencia distinta, que ofrece una interpretación muy restrictiva del citado precepto de la LOREG, sobre todo al aplicarlo a la luz de la convención” (Martínez-Pujalte, 2015: 92). Esta corriente jurisprudencial nace a partir de la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de junio de 2013, por la que, siguiendo el método funcional, se lleva a cabo una evaluación concreta e individualizada de la capacidad para ejercer el derecho a voto. La privación del derecho a voto se establece así como una excepción y no la norma general. Podemos decir, por tanto, que a raíz de esta sentencia la presunción de que cualquier persona con discapacidad es incapaz de emitir su

voluntad política se rompe y las sentencias comienzan a ponderar los intereses en juego.

Antes de comenzar con un análisis de las distintas corrientes jurisprudenciales, que me servirán para ilustrar la discrecionalidad con la que cuenta el juez a la hora de valorar las capacidades ciudadanas de las personas con discapacidad, presentaré una catalogación de los criterios a través de los cuales se articula la privación de la capacidad jurídica y por extensión de privación del derecho al voto:

De acuerdo con la Observación general N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nos encontramos ante tres criterios o modelos, si analizamos las decisiones judiciales a través de las cuales se modifica o, más bien, suprime la capacidad jurídica y el ejercicio del derecho al voto.

Estos son: criterio basado en la condición, criterio basado en resultados y criterio funcional.

- El primero, denominado **criterio basado en la condición** o el modelo de estatus, presume que cualquier persona con discapacidad es incapaz de emitir juicios políticos. La discapacidad actúa de forma directamente definitoria de sus capacidades políticas. De acuerdo con este modelo, “la exclusión del sufragio se basa en la pertenencia de la persona a una determinada categoría” (Cuenca, 2018: 180). En este caso, la de persona con discapacidad. “En este primer modelo la interpretación judicial se restringe a la mera determinación de presencia o ausencia de discapacidad. En consecuencia, los jueces llegan a decisiones de incompetencia confiando en expertos médicos que opinan sobre la presencia o ausencia de discapacidad. La intervención judicial solo tiene como objetivo garantizar que la etiqueta de discapacidad o el diagnóstico no se fije sin el debido proceso” (Dhanda, 2013: 431).
- El segundo, o **criterio basado en los resultados**: según este modelo, la atribución de la incompetencia se hace sobre la base de una decisión tomada por una persona con discapacidad.
- **Criterio o modelo funcional**: el criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. Este criterio “se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 1, 19 de mayo de 2014, párr. 15). Este criterio es el utilizado por el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>3</sup> (en adelante

3. En esta línea va la sentencia del TEDH Alajos Kiss v. Hungría de 20 de mayo de 2010, que puede consultarse aquí <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1138>

TEDH). El TEDH concluye en la sentencia Alajos Kiss vs Hungría que la privación del derecho a voto sin una evaluación individualizada de la capacidad para votar es contraria al Protocolo n.º 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Según la Observación General N° 1 del Comité de la CDPD, en todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley y, como hemos visto, el artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.

Resultan de interés a los efectos de este trabajo sólo el primero y último criterio; esto es, el basado en la condición o modelo de estatus y el criterio o modelo funcional. Las razones son principalmente que, aunque argumentos relacionados con los tres modelos se esgriman en contra de la posibilidad de ejercicio del derecho a voto de las personas con discapacidad, sólo estos modelos son utilizados en la práctica jurisprudencial. Además, ambos modelos son la cara y cruz en lo que a la discrecionalidad judicial se refiere, pues la aplicación del primero se traduce en la no necesidad de llevar a cabo una evaluación individualizada y concreta de la capacidad para ejercer el voto, y la tercera precisa de un análisis pormenorizado de la idoneidad electoral de la persona demandada.

Los jueces y tribunales españoles se habían decantado por el modelo de estatus hasta que la sentencia N° 421/2013 del Tribunal Supremo del 24 de junio de 2013 inicia una nueva corriente a través de la cual comienza a aplicarse el método funcional en las sentencias de privación del derecho a voto. Recordemos que, de acuerdo con este criterio, debe llevarse a cabo una evaluación individualizada de la capacidad y aptitud de la persona a la que se excluye de la posibilidad de desarrollar su derecho al ejercicio del voto.

Esta sentencia deriva de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el Ministerio Fiscal presenta escrito de demanda contra la determinación de la capacidad jurídica de una persona con diagnóstico en salud mental donde se declaró incapacitado al demandado para regir su persona y bienes, así como para ejercer su derecho al sufragio activo. El TS, en acuerdo con el recurso presentado por el Ministerio Fiscal, reconoce la desproporcionalidad de la sentencia que priva al demandado “incluso de derechos fundamentales, como el sufragio, cuando no existe ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades para que se vea privado del derecho a voto”. El Tribunal Supremo no entra en cuestionar la incapacitación total o parcial del demandado, pero sí “la simple rutina protocolar”, que a sus ojos es una “verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos” y así concluye que “en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se priva sin justificación alguna”. En palabras del Tribunal Supremo: “la pérdida del derecho a sufragio no es una

consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente”. Además, concluye algo que interesa especialmente en este análisis: “es el juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal”, y continúa diciendo: “nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse derivada por el rechazo que deriva de su estado”.

Con el objetivo de mostrar el margen interpretativo abierto por el criterio funcional, presentaré dos grupos de sentencias que han sido catalogadas como más o menos exigentes a la hora de requerir unos niveles de capacidad.

Esta agrupación ha venido a realizarse de acuerdo con el nivel de los estándares utilizados para medir la capacidad requerida y los intereses en juego:

1. Estándar bajo: en este grupo de sentencias se establece un estándar bajo de capacidad y ponderan los intereses en conflicto en un sentido favorable a la conservación del derecho a voto.

Dentro de este grupo se entenderán las siguientes sentencias, procedentes todas ellas de la Audiencia Provincial de Barcelona: 13/03/2014, 19/11/2014, 18/03/2015, 10/11/2015, 27/05/2016, 12/07/2016.

En todas ellas se estima un recurso de apelación contra declaraciones de incapacidad que afectaban el derecho al sufragio de la persona declarada incapaz, y en todas ellas la Audiencia Provincial revoca esta extensión, de modo que la incapacidad jurídica permanece, pero no alcanza el ejercicio de voto. A partir de la sentencia del 13 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona ha reiterado su decisión del ejercicio de sufragio activo de las personas con sentencia de incapacitación jurídica, cuando no conste limitación específica al ejercicio de este derecho.

A pesar de existir en muchas de ellas informes de médicos forenses donde se determina que, por ejemplo, “la explorada desconoce ante el facultativo qué significa votar, cuáles son las próximas elecciones, no conoce el significado de los partidos políticos, ni sabe enumerarlos, ni conoce que significa la palabra elecciones” (SAP 12/07/2016), la audiencia siempre concluye que “no puede un juez establecer un standard de exigibilidad de

capacidades cognitivas o intelectual superior a las que sean predicables en cualquier ciudadano y no se ha acreditado que la recurrente no cumpla con unos mínimos, por lo que debe prevalecer la presunción de capacidad” (SAP 12/07/2016). Otras sentencias, como la SAP del 27 de mayo de 2016, nos muestran cómo el Juzgado de Primera Instancia declaró la incapacidad del demandado para ejercer el derecho a voto sin realizar tan siquiera una prueba específica a efectos de evaluar el discernimiento electoral del demandado.

La Audiencia Provincial de Barcelona sostiene que “solo razones muy específicas, motivadas, justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo. No puede justificarse una limitación de este derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irracionalidad en la elección de las opciones”.

En todas ellas se concluye la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 3.1 LOREG, así como de una declaración judicial expresa de la inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio activo. En los casos en los que sí entiende la Audiencia Provincial que se había efectuado tal interpretación restrictiva del art 3.1 de la LOREG y por tanto se presentan informes médicos relativos a la capacidad para emitir voto de las personas demandadas, la Audiencia Provincial tampoco admite la restricción del derecho al sufragio, remitiéndose a su sentencia del 13 de marzo de 2014, en la que se vale de los artículos 12 y 29 de la CDPD para recalcar que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida” así como para reconocer “la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación y también a participar plena y efectivamente en la vida política y pública e incluso el derecho a ser elegidas”.

2. Estándar alto: en este apartado se atenderá al itinerario judicial iniciado en el Juzgado de primera Instancia de Santiago de Compostela con la demanda de incapacitación presentada por unos padres contra su hija con discapacidad. Dicho periplo judicial termina con el auto del Tribunal Constitucional que avala la desestimación del recurso de casación presentado ante el Tribunal Constitucional. El mencionado recurso de casación se solicitaba contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, en la que se pedía que se reconociera la capacidad para el ejercicio del derecho de voto de la demandada en el Juzgado de primera Instancia de Santiago de Compostela.

La providencia jurisprudencial emanada de todo este proceso exige en

líneas generales un nivel de conocimiento político alto a causa de un temor a las posibles influencias sobre lo que denominan una *débil capacidad de autodeterminación* de la declarada incapaz. Así se argumenta que “procede la privación del derecho al sufragio activo a la demandada al constatare de manera indubitativa en las dos exploraciones efectuadas y por este mismo magistrado las notables deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral, sino por la constatada influenciabilidad manifestada de las misma” (Juzgado de primera Instancia Santiago de Compostela).

El Tribunal Constitucional argumenta en su auto contra una posible discriminación por razón de discapacidad insistiendo en que, “no priva del derecho a los discapacitados como grupo o colectivo, y por razón de cualquier discapacidad. Por el contrario, atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción del ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en razón de las concretas circunstancias de cada persona tras el oportuno proceso”.

El rasgo general de ambos grupos de sentencias es que en ellas se interpreta el artículo 3.1b) de la LOREG en consonancia con el artículo 29 de la CDPD. En una muestra de ingeniería procesal, en todas las sentencias analizadas se defiende que la pérdida de sufragio, siempre que no sea consecuencia automática de la incapacitación judicial, sino fruto de un análisis judicial individualizado, resulta compatible con la Convención de Nueva York, e incluso consideran algunos órganos judiciales que con esta interpretación se evita una posible disfunción en la aplicación de la CDPD. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 17 de marzo de 2016, sostiene que “la decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego”.

#### IV. Aplicando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En estos días se recuerda en España el 130 aniversario del nacimiento de Clara Campoamor. Campoamor era diputada y participó en el equipo que redactó la Constitución Española de 1931, defendió el derecho al voto femenino ante las cortes y consiguió que se nos reconociera. Del famoso discurso de Clara Campoamor ante las cortes me parece interesante extraer el siguiente párrafo: “¿No sufren éstas las consecuencias de la legislación? ¿No pagan los impuestos para sostener al Estado en la misma forma que las otras y que los varones? ¿No refluye sobre ellas toda la consecuencia de la legislación que se elabora aquí para

los dos sexos, pero solamente dirigida y matizada por uno? ¿Cómo puede decirse que la mujer no ha luchado y que necesita una época, largos años de República, para demostrar su capacidad? Y ¿por qué no los hombres? ¿Por qué el hombre, al advenimiento de la República, ha de tener sus derechos y han de ponerse en un lazareto los de la mujer?”<sup>4</sup> (Campoamor, 1931).

En esta línea me parece interesante recordar que “no se puede concebir a las personas pertenecientes a estos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que se les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad” (Campoy, 2004: 97). Es decir, lo que Clara Campoamor veía rechazable en la restricción del voto a las mujeres, que sólo pudieran beneficiarse o perjudicarse de las acciones de la colectividad pero no participar en la toma de decisiones políticas jurídicas y sociales, resulta de nuevo argumento esencial para exigir el voto de las personas con discapacidad. La participación política de las personas forma parte esencial de la historia de los derechos fundamentales. “La dimensión de la libertad que significa el que cada ciudadano pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, sólo tiene sentido desde el momento en que la misma se compagina con la posibilidad de participar en la toma de todas aquellas decisiones que le afecten” (Campoy, 2004: 95).

Como nos recuerda Cuenca, “el significado del derecho al voto como símbolo de la pertenencia a la comunidad es especialmente relevante para aquellos ciudadanos cuya inclusión se pone en duda” (Cuenca, 2018: 199). Por eso no es de extrañar que la CDPD no solo exija el reconocimiento de la participación política de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás (art. 29 CDPD), sino que también el derecho a la participación política de las personas con discapacidad demande una obligación de hacer por parte de los poderes públicos.

La participación en igualdad de condiciones supone que los tribunales españoles deberían haberse abstenido de aplicar el artículo 3.1 de la LOREG, pues no existe posibilidad alguna de armonización y de acuerdo con la directriz hermenéutica establecida en el artículo 10.2 de la CE, debe tenerse en cuenta lo recogido en la CDPD hasta el punto de que se podría declarar la inconstitucionalidad del citado precepto de la LOREG.

La aplicación del criterio funcional no es suficiente, si bien supone un avance con respecto al criterio basado en la condición al que se puso fin con la sentencia N° 421/2013 del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, resulta incompatible con la CDPD. La CDPD “supone un cuestionamiento radical de la legitimidad de esta exclusión y exige su eliminación de los ordenamientos jurídicos internos” (Cuenca, 2018: 179). En esta línea van las recomendaciones del comité para la aplicación de la CDPD, a quien preocupa “que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona

4. Puede encontrarse el discurso íntegro aquí [http://pages.uv.es/formargenero/cas/otros\\_recursos/clara\\_campoamor.pdf](http://pages.uv.es/formargenero/cas/otros_recursos/clara_campoamor.pdf)

5. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download).

interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución”<sup>5</sup> Además, “el Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás”. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular.

Los argumentos judiciales para imponer a las personas con discapacidad la superación de un test de capacidad y conocimientos políticos, al que no se somete a las personas sin discapacidad, suelen ir en línea con la temida influenciabilidad que ya se mostró. Nos recuerda Fernández Martínez que “la discapacidad intelectual no puede ser utilizada para construir una suerte de presunción de manipulación” (Fernández Martínez, 2012, p.200) y además el ordenamiento jurídico español posee elementos suficientes frente al abuso de influencia indebida entre ellos el del artículo 146 de la LOREG.

Por otro lado, muchos tribunales parecen hacer una evaluación de los intereses en juego, de un lado el derecho a voto de la persona cuya capacidad se pone en duda y de otro la seguridad del proceso. De nuevo, haciendo uso de prejuicios propios de un sistema que considera acertado prescindir de la opinión de parte de sus ciudadanos, se estima que el voto de determinados colectivos contribuirá a la merma de la calidad del proceso. Haciendo una nueva ponderación desde un enfoque de derechos humanos podemos afirmar más bien que la calidad del proceso debe centrarse en reflejar de la forma más amplia posible la voluntad popular (Martínez-Pujalte, 2016: 181).

Facilitar el derecho al sufragio de las personas con discapacidad exigiría “garantizar que tanto la información electoral —es decir, la información disponible para adoptar la decisión acerca del voto— como el proceso electoral en sí mismos son plenamente accesibles a las personas con cualquier discapacidad” (Martínez-Pujalte, 2015: 100). Los poderes públicos tienen la obligación *ex constitutione* de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y de manera especial el derecho de sufragio y los demás derechos políticos si es necesario con apoyo en su ejercicio.

## V. Conclusiones

A pesar de los cambios introducidos por algunos de nuestros jueces en la interpretación de la LOREG a través de la implantación del modelo funcional, los intérpretes judiciales españoles seguían actuando en contra de la CDPD. Aunque las últimas decisiones judiciales puedan mostrar un avance en este ámbito, no resultaba suficiente hasta la reforma legislativa ya apuntada —derogación del apartado 3.1 LOREG— la satisfacción del modelo social y de la CDPD exigía utilizar el artículo 10,2 de la Constitución.

La interpretación del juez en un tema tan importante como este, que al fin y al cabo viene a afectar a la vitalidad de nuestro sistema democrático, no podía seguir siendo válida, puesto que suponía un margen de discrecionalidad tan amplio que ponía en entredicho el valor de nuestras leyes.

Las 100 000 personas que votarán por primera vez en España el próximo 28 de abril muestran la corrección de una situación inadmisibile sobre la que Naciones Unidas ya advirtió en 2011. Modificar con urgencia nuestra legislación electoral para adecuarla al tratado internacional de derechos humanos de las personas con discapacidad era nuestra única opción.

## VI. Fuentes

Bariffi, Francisco José (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.

Barranco Avilés, Mara del Carmen (2011). *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid: Dykinson.

Campoy, Ignacio (enero de 2004). “El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003, del 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. *Derechos y Libertades*, 1, 73-99.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N°1, 19 de mayo de 2014. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>

Cuenca Gómez, Patricia (2012). “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la convención de la ONU”. Cuadernos *Democracia y Derechos Humanos*. Defensor del Pueblo.

Cuenca Gómez, Patricia (enero 2018). “El derecho a voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Derechos y Libertades*, 38, 171-202.

De Asís, Rafael (2013). *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 38-39

De Asís, Rafael (junio 2013). “Discapacidad y Constitución”. *Derechos y Libertades*, 29, 39-51.

Dhanda, Amita. (2013). “Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?”, *Syracuse J. Int'l L. & Com*, 429-462.

Fernández Martínez, Juan Manuel. (2012). “La recepción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la jurisprudencia constitucional y ordinaria española”. En *la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- 2006/2016: una década de vigencia (187-216)*. Madrid: Cinca.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis (2015). *Derechos fundamentales y discapacidad*. Madrid: Cinca.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis (2016). “Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional española”. En *la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-2006/2016: una década de vigencia (187-216)*. Madrid: Cinca.

Palacios, Agustina (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.

# El juez, ¿un protector de los derechos sociales?

## Algunas notas para México

Villanueva Sossa Selene

*Sumario: I. Introducción. II. El juez y el constitucionalismo. III. El rol de los jueces en la efectividad de los derechos sociales: ¿un sueño difícil de cumplir? IV. Suprema Corte de Justicia de la Nación: decisiones importantes. V. Conclusión. VI. Fuentes.*

El juez no es un sujeto político y tampoco un órgano de representación, pues le compete el desempeño de una función de garantía en última instancia de la efectividad de los derechos fundamentales y, en general, de la observancia de la legalidad; de lo que se sigue como corolario, la exclusiva sujeción a la Constitución y a la ley y la ajenidad al sistema de partidos (Ibáñez, 2002: p. 9).

### I. Introducción

Los derechos sociales han tenido un recorrido poco relevante para todos aquellos que se deberían de encargar en conseguir su protección, sin tener en cuenta que la violación a estos derechos representa la máxima violación a todos los demás, incluyendo en ellos los económicos, políticos, civiles y culturales.

Uno de los máximos garantes de los derechos sociales es (o debería ser) el juez, el cual se desenvuelve dentro del constitucionalismo; este último concepto puede entenderse, de forma muy general, como el conjunto de doctrinas que analiza y debate en torno a los distintos mecanismos que ofrece el Derecho para limitar al poder y, por tanto, buscar la protección de los derechos humanos. Es en las distintas versiones o clasificaciones de lo que es el constitucionalismo, ya sea moderno o también conocido como neoconstitucionalismo, donde se debate de forma crítica o defensiva con respecto a su actuación.

La presente investigación se encarga de explicar cómo a pesar de que el papel del juez debería representar una ficha importante para lograr ser el defensor de los derechos sociales, este se ve inmiscuido en diversos obstáculos para lograr hacer efectiva tal protección. Entre las causas más importantes se subrayan: la

\* Alumno del segundo año de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, ambos por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid.

falta de formación desde las universidades, el poco interés que se tiene por los valores de dignidad, libertad y justicia (dejando de lado la garantía y salvaguarda de los derechos humanos), el trayecto tan complicado por parte de las personas que se encuentran mayormente desfavorecidas para acceder a los tribunales y, por si fuera poco, el gran debilitamiento en el que se han visto inmiscuidos los derechos sociales.

En la última parte del trabajo veremos que el Estado no queda fuera de esta cadena de problemas, sigue sin existir una tradición garantista de los derechos sociales, pues aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación (el máximo tribunal del Estado) ha demostrado (sólo en algunas sentencias) ser progresista en la justiciabilidad de tales derechos, aún queda un largo camino por recorrer, ya que la protección de los derechos sociales no sólo recae en los jueces y en su actuar.

## II. El juez y el constitucionalismo

Pensar sobre la labor del juez en el constitucionalismo no es un tema actual, esta necesidad surge aproximadamente desde mediados del siglo XX (Suárez, 2014: p.103), logrando ser siempre un debate profundo. Respecto al tema tratado en la investigación, el siglo XX se caracteriza por el desarrollo de los primeros rasgos que acreditan la superación de un entendimiento tradicional del juez pasivo, por un juez más activo, de ello se hablará con mayor detenimiento más adelante (Carbonell, 2004: p. 51).<sup>1</sup>

1. Haciendo un paréntesis, se puede apuntar que México no queda fuera a la hora de reconocer el papel del juez. El poder Judicial empieza a ocupar un lugar importante dentro de la dinámica del Estado mexicano a partir de la reforma que se logró en 1994, cuando Zedillo ocupaba la presidencia (Vázquez, 2010: p.382).

2. El autor considera el proceso de “rematerialización” al cambio de Estado de derecho por Estado constitucional, entendiendo este primero como un Estado en el que la ley contaba con validez y legitimación, autofundamentándose y autojustificándose, sin la necesidad de recurrir a fuentes extralegales o a contenidos normativos. Por el contrario, el Estado constitucional es visto de tal modo cuando la ley está definida y subordinada a criterios sustantivos y cuando su formulación explícita está sancionada por la Constitución, dejando de ver esta como una mera manifestación de la voluntad (La Torre, 1993: 70).

El rol o el papel que ha logrado el juez tiene un cambio indiscutible con el paso del tiempo. En la transición del Estado liberal al constitucional ya no sólo se persigue un sistema de reglas, sino también de principios, donde el juez alcanza un papel fundamental para la creación del derecho (Rosca, 2013: p. 216). Dicho cambio, o responsabilidad adquirida en el constitucionalismo actual, tiene que ver precisamente con la transformación del derecho por el proceso de “rematerialización”<sup>2</sup> que caracteriza el derecho moderno (Ansuátegui, 2012: p. 27).

Si se menciona de forma muy somera, para no extendernos en el tema podemos referir que el transcurso del tiempo ha reconocido tres tipos de jueces: el discrecional, conservador y progresista, como bien alude Wilson Yesid Suarez (2014: 106-109).

El juez discrecional se caracteriza por llevar inmersos amplios poderes de decisión, sin ostentar parámetros de racionalidad claros. Por el contrario, el juez conservador es aquel que trabaja bajo una discrecionalidad judicial. Su principal función es declarativa del derecho existente, en contraste con

una función constructiva o constitutiva; podemos relacionar a este tipo de juez, como aquel que caracteriza Montesquieu (2007: 183), “la boca de la ley”, señalando respecto a ello que: “los jueces de la nación no son como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.

Ligado a la idea del juez mudo se encuentra el periodo de la Ilustración, porque se presenta la Constitución con un origen inmutable e inalterable y por ello su interpretación era impensable (Roscada, 2013: p. 217). Este modelo se caracterizaba por un sistema de reglas que son creadas por los legisladores como actores soberanos, y que el juez únicamente es un aplicador del sistema ya establecido, ocupando únicamente una posición secundaria. Entendiendo al legislador como: “el auténtico protagonista del derecho, el operador jurídico por excelencia”, como bien refiere Francisco Javier Ansuátegui (2012: 25).

El juez progresista, por el contrario, es el que logra resolver conflictos, con distintas perspectivas a la ley, defendiendo con ella la decisión judicial y no la ley como tal. Lo que hace este juez es remplazar su obra por la del legislador. La transformación que se logra aquí es sumamente trascendental, porque el juez mudo, aquel que únicamente pronunciaba las palabras de la ley, se convierte en un juez creador de derecho, un juez que construye a partir de materiales autoritativos.

De tal manera, el juez conservador pasa a ser un progresista que busca formas alternas y novedosas para solucionar conflictos, que no se encuentra únicamente apegado a las declaraciones puntuales de la ley. Los principales elementos que definen la interpretación de esta clase de jueces, en palabras del autor Wilson Suárez (2014: 107-108), son: “el originalísimo, la noción de coherencia, las consecuencias, la realidad social”. Así, el poder Judicial se transforma y deja de actuar únicamente como un órgano encargado de impartir justicia, convirtiéndose en un legislador activo que transforma el significado de los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, lo descrito con anterioridad no pretende demostrar que el modelo óptimo de juez es el progresista y que el discrecional o el conservador no deberían de formar parte de su perfil. Se considera que el perfil del juez más adecuado es aquel que representa o se produce al reunir las características de los tres modelos antes referidos; aquel que cumple con

cada una de las siguientes características: desempeña su función dependiendo del escenario en el que se encuentre, tiene una racionalidad jurídica que a todos alcance, es garantista, respetuoso, neutro, prudente, líder, justo, solidario, responsable y eficiente.<sup>3</sup>

Al respecto, Thomas Hobbes (1980: 231-232) también se encarga de brindarnos algunos aspectos, lo que hace un buen juez o un buen intérprete de las leyes es cumplir con ciertas cualidades: “1. Una correcta comprensión de la principal ley de naturaleza llamada equidad, que no sea dependiente de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad del propio raciocinio natural del hombre; 2. Desprecio de innecesarias riquezas y preferencias; 3. Ser capaz de despojarse a sí mismo, en el juicio, de todo temor, miedo, amor, odio y compasión; 4. Paciencia para oír, atención diligente en escuchar, y memoria para retener, asimilar y aplicar lo que se ha oído”. Aquel que, como además menciona Gustavo Zagrebelsky, debe ser: “el garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia” (2005: 153). La relevancia que adquiere el juez en su desempeño es capital en la realidad jurídica, ya que es a él al que se le atribuye la defensa de la constitución. Y, como bien menciona Francisco Javier Ansuátegui, la importancia del juez recae precisamente en que: “el juez constitucional encargado de la garantía de la Constitución e intérprete último de esta, asume una específica responsabilidad en la identificación de ese punto de equilibrio, desarrollando una función que, si bien sobra sentido en la dinámica jurídica del sistema, adquiere una evidente trascendencia política. Sus decisiones, plenamente jurídicas, tienen un evidente valor político [...] El juez constitucional tiene una muy importante responsabilidad en el arbitraje de las fuerzas dentro del sistema” (2012: 31).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el rol del juez debe variar de acuerdo al panorama que se presente, pues no es lo mismo cuando se protegen derechos fundamentales que cuando se efectúa el control de constitucionalidad de las leyes, o cuando se estiman conflictos legales (Suárez, 2014: 111). Además, es significativo no sólo reconocer la necesidad de la interpretación del texto constitucional, sino fortalecer su parte teórica. Por lo anterior, es bien considerado que el juez es una figura de la que es imposible prescindir, como alude una vez más Francisco Javier Ansuátegui: “para que el derecho lleve a cabo su función de control social —en cualquiera de sus modalidades—, es imprescindible que o bien los destinatarios de las normas ajusten sus comportamiento a lo establecido en la norma, o bien el juez aplique, frente al incumplimiento acaecido” (2012: 16). Por ello es que no se puede tener únicamente como un ente arraigado, demostrando un protagonismo pasivo en la dirección política del Estado e irrelevante en la configuración del orden social.

Ahora bien, si se hace una relación con lo concerniente al tema principal de esta investigación, podemos decir que en materia de protección de los derechos fundamentales, un juez que esté inmiscuido en proteger amenazas o violaciones a derechos humanos debe contar en su cajón, por lo mínimo, con la Constitución,

3. Manuel Atienza (1998:p. 38) señala que es complicado caracterizar al “buen juez”, pero que sí se puede contar con ciertas características con las que todos estemos de acuerdo: el que no sólo aplique el Derecho vigente, el que no es corrupto y va más allá del cumplimiento de las normas, esto no porque se exija de él un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez no podían plasmarse normativamente.

los tratados internacionales, convenios, declaraciones, protocolos y enfocarse en proteger la dignidad humana como cimiento de todos los derechos fundamentales.

Wilson Yesid Suárez asocia al juez encargado de la protección de los derechos fundamentales con las tres fases anteriores, señalando lo siguiente: “en cuanto a las fuentes se parece al juez pre moderno, ostentando un amplio catálogo de fuentes; en cuanto al método e interpretación al progresista y respecto los resultados al conservador [...] es así como el juez no crea los derechos fundamentales pues estos son inherentes a las personas, lo que hace es declarar en sentencias su existencia y velar por su protección” (2014: 112). Por tal razón, este tipo de juez debe dejar por un lado la idea de comentar únicamente el texto constitucional, y debe apoyarse más en la interpretación a efecto de construir derechos fundamentales, pero sin olvidar que dependiendo el escenario en el que desarrolle su trabajo, se construye su perfil.

Por último, es importante quedarnos con la siguiente idea: la importancia que acarrea el juez en el constitucionalismo es la de ser un concedor tanto de la realidad social actual, como de las orientaciones políticas dominantes, en la sociedad en la que imparte justicia; comprometido precisamente con los valores de la libertad, la dignidad y la justicia (Aguilar de Luque, 2014: 358). Donde no sólo se encarga de dotar de contenido a los valores que consagra la Constitución, sino que también guarde un perfil neutro en el que acote su función para administrar justicia, garantizar y salvaguardar los bienes y los derechos de las personas. David Ordóñez refiere: “los jueces desempeñan una función esencial dentro de la sociedad democrática; el juez es apreciado como piedra angular de la democracia y, desde luego, la clave de bóveda de todo el sistema jurídico contemporáneo” (2004: 56).

### III. El rol de los jueces en la efectividad de los derechos sociales: ¿un sueño difícil de cumplir?

El apartado anterior tenía como objetivo desarrollar la importancia del juez en el constitucionalismo y hacer saber cómo ha logrado inmiscuirse un poco más en la interpretación de la Constitución y, con ello, en la protección de los derechos. Sin embargo, el poder Judicial se ha enfrentado y enfrenta aún a diversas dificultades a la hora de interferir en la protección de los derechos, sobre todo cuando hacemos referencia a los sociales. Por tales razones, en el presente epígrafe se abordarán algunas de las causas que se consideran más significativas, para saber si estas cuentan con el poder de hacer que la protección de los derechos sociales quede sólo en un sueño difícil de cumplir.

Para alcanzar la protección de los derechos sociales en el ámbito judicial es necesario, primeramente, comprender la calidad jurídica y sus características. Antes de adentrarnos en el tema, consideramos importante señalar a qué nos referimos con derechos sociales y con la efectividad de los derechos con su garantía (pues es aquí donde incurre uno de los principales problemas en referencia a estos derechos); además, no debe confundirse los derechos con las garantías de los derechos. Para esta última tomaremos la referencia que Christian Courtis hace al respecto: “la noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible [...] Son mecanismos o técnicas de tutela de los derechos destinados a asegurar su efectividad” (2006: 55), (2007: 196). Además, alude la existencia de tres tipos de garantía, en relación con los derechos sociales: las políticas (mecanismos que pone en resguardo el poder Legislativo y Ejecutivo), sociales (instrumentos de defensa que dependen únicamente de sus titulares) y jurisdiccionales (el poder Judicial cumple la función de permitir a la víctima o víctimas presentar ya sea reclamo, denuncia, demanda o queja ante el cumplimiento), (2006: 55-78).

Respecto a la definición sobre los derechos sociales, nos quedaremos con la que plasma acertadamente Norberto Bobbio: “son un conjunto de pretensiones o exigencias de las que se derivan expectativas legítimas que los ciudadanos tienen, no ya como individuos aislados, independientes unos de los otros, sino como individuos sociales que viven, y no pueden dejar de vivir, en sociedad con otros individuos” (2003, 538).

El gran debilitamiento de los derechos sociales, se implanta, en primer lugar, al momento de ser comparados con los demás derechos, en especial con los civiles y políticos. Desde el momento en que se caracterizan unos derechos como de primera generación (civiles y políticos) y otros como de segunda generación (económicos sociales y culturales), se genera un gran contraste, dejando ver estos segundos como de menor importancia. No bastando con ello, los derechos

sociales y culturales se han visto como derechos prestacionales, o bien, derechos que originan obligaciones positivas (de hacer) para el Estado; por el contrario, los derechos civiles y políticos se han visto únicamente como derechos que originan obligaciones negativas. Tomando tales argumentos como grandes excusas para que la garantía de los primeros no se lleve de forma sencilla, ya que se “necesita” el presupuesto del Estado como requerimiento para poder llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen (Abramovich, 2002: 19-22).

A pesar de ser conscientes que el análisis sobre la categorización de los derechos sociales no es el tema principal a desarrollar en la presente investigación, resulta significativo remarcar, al menos, que no se pueden caracterizar los derechos como pertenecientes únicamente a un cierto grupo. Es decir, a nuestro parecer, los derechos sociales no sólo pueden considerarse como derechos de prestación, como derechos que únicamente originan obligaciones positivas para el Estado; ni los derechos económicos y culturales pueden verse sólo como derechos de obligaciones negativas. Pues ambos derechos constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas. Además, la identificación de sus obligaciones tiene que realizarse con base en cada derecho, ya que cada uno genera “niveles” de obligaciones estatales, como bien señala Van Hoof.<sup>4</sup>

En cuanto a la relación respecto a la diferencia que se hace en el momento de colocar los derechos civiles y políticos como derechos de libertad y a los económicos sociales y culturales como derechos de igualdad, se tiene un pensamiento parecido al del párrafo anterior; negando, una vez más, la idea de entablar cada grupo en un sitio. En este entendido, Piero Calamandrei señala: “también los derechos sociales son derechos de libertad, porque constituyen la premisa indispensable de asegurar a todos los ciudadanos el goce efectivo de las libertades políticas” (1946: 38).

Es claro que lo descrito con anterioridad son temas demasiado vastos y controvertidos para desarrollarlos en la presente investigación, pues de ellos surgen muchas cuestiones difíciles de abarcar en un trabajo como el presente. Sin embargo, se considera relevante, al menos, subrayar los contrastes más comunes que se hacen con la intención de estampar unos derechos sobre otros, de manera que parezca natural un carácter no justiciable; ya que se convierten en fuertes argumentos que son utilizados para negar el valor jurídico de los derechos sociales.

En el plano internacional, por ejemplo, y sin necesidad de irnos muy lejos, los Pactos, también hacen un claro contraste a la hora de especificar la garantía entre unos derechos y otros, tal como el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup> (de aquí en adelante señalado como PIDCP), refiere en su artículo 2.3 una clara protección de tales derechos, a la hora de mencionar que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que... Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera

4. El autor divide cuatro clases de obligaciones, señalando que cada una de ellas se debe enfocar en cada derecho y no por grupos; obligación de respetar, proteger, garantizar y promover. Hace un claro ejemplo, tomando el derecho a la alimentación como indicador para hacer ver cómo cada derecho debe tener un análisis individual, donde refiere lo siguiente: “la obligación de respetar implica que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituye la única o principal forma de asegurar su alimentación, salvo que se adopten medidas alternativas apropiadas; la de proteger incluye el deber de prevenir que las personas resulten de una u otra manera privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación; garantizar requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente calidad y cantidad; promover programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola” (Hoof, 1984, pp.98-102).

5. Visto en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, el 18 de Diciembre 2017

sido cometida por persona que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”, aclarando que “las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Por el contrario, en la Observación número cinco del Comité de los Derechos Económicos Sociales y culturales<sup>6</sup> (de aquí en adelante señalado como CDESCR), se hace una gran diferencia, pues, a pesar de referir que: “entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecto a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”, este escasea de una prescripción semejante a la del PIDCP, ya que el párrafo tiene un buen comienzo, pero da un cambio rotundo a la hora de aclarar que sólo merecen protección judicial los que en el sistema jurídico nacional se consideren justiciables.

Sin embargo, también es de destacar que a pesar de ser notable la preferencia entre unos derechos y otros, es verdad que tanto los documentos internacionales como las observaciones generales y consideraciones finales de los comités del sistema universal de los derechos humanos o de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son un gran apoyo para la interpretación de los derechos sociales, pero ahí no se acaba con el problema. A pesar que algunos de los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en plano internacional, su verdadero reconocimiento universal como auténticos derechos se alcanzará hasta superar los diversos obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, pues lo que califica un derecho social como auténtico derecho no sólo es la conducta que cumpla el Estado, sino el que exista algún poder jurídico de actuar por parte del titular del derecho, en el caso de cualquier incumplimiento de la obligación debida (Abramovich/ Courtis, 2001:153).

Asimismo, otro problema que surge respecto a la situación de justiciabilidad a la que se enfrentan los derechos sociales, es en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ya que en su mayoría los derechos que son exigibles ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de aquí en adelante Corte IDH), son los que se encuentran adheridos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH), los que en su mayoría son civiles y políticos. Aunque es verdad que se hace cierta alusión a los derechos sociales, la forma en la que se hace es de forma muy somera, pues sólo se menciona la plena efectividad de aquellos que derivan de normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (capítulo III, artículo 27 de la CADH), sin señalar cada uno de los derechos como se hace con los civiles y políticos. Lo que significa, que muchos de los derechos se encargan de satisfacer las necesidades básicas indispensables para el mantenimiento de la vida, quedando fuera de ser exigibles ante la (Corte IDH), tales como: el derecho a la alimentación, el agua, la vivienda, la salud, entre otros.

6. Visto en: [http://www.acnur.org/t3/uploads/RTEmagicP\\_1452.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/uploads/RTEmagicP_1452.pdf?view=1), el 18 de Diciembre 2017

En relación con la cuestión local, a pesar de que el reconocimiento de los derechos sociales no sea un tema novedoso, y de surgir de la mano con la importancia que se le da al papel del juez dentro del constitucionalismo (ya que es aproximadamente a finales del siglo XIX y mediados del XX cuando gradualmente se incorporan los derechos sociales a las constituciones, cuando se crean leyes locales perfiladas a la protección de estos derechos y cuando surgen pactos internacionales) el inconveniente incurre no tanto en su reconocimiento, sino en la forma en que son reconocidos, pues únicamente se visualizan de forma declarativa, teniendo, por ello, grandes carencias a la hora de convertirlos en elementos concretos de garantía.

Una posible solución a los referidos problemas se puede dar al procurar a nivel estatal, no sólo versando sobre la interpretación, sino buscar, a su vez, quién se encargue de proteger tan valiosos derechos, cumpliendo con el perfil idóneo para localizar los mecanismos correctos para su protección, siendo aquí donde interviene la garantía jurisdiccional.<sup>7</sup>

Uno de los inconvenientes a los que se enfrenta el Poder Judicial para la protección de los derechos sociales es que tanto el perfil de los jueces como el de los abogados en general se inclinan mayormente hacia un panorama totalmente distinto al de la protección de estos derechos. Al respecto, Christian Courtis señala que el juez debe contar con cierta especialización y formación a la hora de ejercer como abogado, procurando un perfil adecuado para proteger derechos sociales, tanto a nivel internacional como local. De ahí surgen tres interrogantes vitales: “¿Cuán efectivas pueden ser esas opiniones a nivel local? ¿Qué va hacer un juez local, un juez de distrito, un juez de paz, con esa normativa internacional que no conoce? y ¿cuáles son los mecanismos para traducir estos estándares a nivel local? Estas tres acepciones Courtis las desarrolla pensando que, si los juristas no están inmiscuidos en solucionar conflictos relacionados con violaciones a derechos sociales y estándares internacionales, la resolución en un caso judicial, definitivamente, conduciría un camino directo al fracaso (2007: 195).

Lamentablemente, la formación que se ha dado a los juristas se basa en solucionar sucesos trágicos (donde generalmente el acceso a los estrados judiciales se da máximamente a las personas con mayores recursos), como son: los divorcios, desalojos, reclamos por daños y perjuicios, sucesiones, muertes, etcétera. Resulta complejo ver un jurista que se encargue o se profile en la defensa de los derechos sociales, que deje de lado el lucro y defienda los derechos de la gente de escasos recursos, quienes generalmente son los que más necesidad tienen que les sean protegidos tales derechos.<sup>8</sup>

Pero la complicación no recae únicamente en el perfil del juez, sino además, en las complicaciones que la población con menores recursos tiene para acceder en condiciones equitativas a los tribunales, como bien menciona Boaventura de Sousa: “estudios revelan que la distancia de los ciudadanos en relación con la

7. Es bien sabido que el poder Judicial no es el único órgano encargado de la defensa de los derechos, y que tanto el poder Judicial como el Ejecutivo son capaces de abrir y cerrar el acceso a las normas, los principios, las jurisprudencias, los estándares internacionales protectores de derechos humanos, al orden jurídico nacional. Sin embargo, sin la anuencia y colaboración del órgano encargado de la interpretación constitucional, ese acceso puede dificultarse, entorpecerse e inclusive vedarse (Gómez, 2014: p.355).

8. Acertadamente Miguel Carbonell señala que el trabajo para armar un nuevo “modelo de juez” no sólo se debe de hacer dentro del poder Judicial, pues de ser así se enfrentaría este cambio únicamente de forma limitada. La mayor tarea debe realizarse desde un ámbito más profundo donde se incluyan a las facultades y a las escuelas de derecho, adhiriendo el cambio de la renovación de los libros caducos; pues son estas escuelas las encargadas de formar a los que en el futuro serán los jueces, magistrados, ministros o consejeros de la judicatura y sin esta transformación es muy difícil generar el nuevo “modelo de juez” que requiere la democracia (Carbonell, 2004: p.56).

administración de justicia es tanto mayor mientras más bajo es el estrato social al que pertenecen y que esa distancia tiene como causas próximas no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas [...] Los datos muestran que los individuos de las clases bajas dudan mucho más que los otros para recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal” (1998: 204-205). Por ello en un país como México (entre muchos otros cuyos índices de pobreza y desigualdad se encuentran totalmente elevados) hace falta la introducción de mecanismos que permitan que las personas con menores recursos puedan acceder en condiciones equitativas a los tribunales. Además, que cuando accedan, los procesos no sean más lentos y costosos que para aquellos que cuentan con mayores posibilidades económicas. Ya que el derecho a la salud, la alimentación, la educación y la vivienda son derechos que comúnmente son más necesitados y demandados por aquellos sectores que se encuentran especialmente afectados económicamente.

Por otro lado, si nos imaginamos un panorama un tanto utópico y suponemos que el perfil de los jueces se encuentra encaminado e interesado en lograr la protección de los derechos sociales, resulta trascendental preguntarnos lo siguiente: ¿cómo se puede lograr que este se vea inmerso en cumplir tales garantías? Para contestar tal acepción podemos iniciar con lo que llamaremos “la fórmula para la priorización de la Constitución”. Es bien sabido que situar la Constitución por encima de la ley como fuente de derecho, es lo que hace llamar a un Estado como Estado constitucional y es por ello que lo que se pretende analizar es: cómo el juez puede conseguir ser parte de la interpretación del contenido de tan valioso documento. María del Carmen Barranco, al respecto hace un importante análisis donde explica la actuación del ejecutivo dentro del control de constitucionalidad. Percibe así la Constitución como un instrumento modelador de las relaciones sociales, para hacer que esta aparezca como norma, vinculando tanto a ciudadanos como a poderes públicos y, con ello se logra que los tribunales se vean en la obligación de hacer respetar la Constitución como norma jurídica y así tengan que respetar su contenido. Lo interesante a resaltar es que la actuación del Ejecutivo en el control de constitucionalidad no quedaría relevada por el Legislativo, ni en el control de legalidad ni en la violación de otro tipo de derechos (2005: 115-116). El ver entonces, la figura del juez como protector e intérprete de la Constitución, logra entender los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales y el desarrollo de la garantía de los derechos y las libertades (Ansuátegui, 2012: 13).

Además, para valorar el papel del juez a la hora de interpretar derechos, sobre todo derechos sociales, y con ello lograr su protección, es necesario, eliminar tres falacias existentes, las cuales han sido señaladas por Miguel Carbonell (2004: 58): 1. El juez sólo es un maniquí que aplica las leyes que crea el legislador, sin conseguir crear derecho; 2. El juez no se encarga de resolver controversias políticas, y no participa en la lucha política nacional; 3. La tercera y última se deriva totalmente

de las dos anteriores pues, al no crear derecho ni resolver controversias políticas, es neutro con el entramado político y social y, ni que decir a la hora de resolver casos. Como cuarto y último punto se considera importante anexar la idea de dejar de ver el poder Judicial como un obstáculo en la lucha por la construcción de los derechos sociales y empezarlo a percibir más como un apoyo.

Desgraciadamente los obstáculos con los que se encuentran son bastantes (y la investigación muy reducida para lograr la mención de cada uno de ellos), a la hora de analizar la intervención del juez en la garantía de los derechos sociales. México, al respecto, no se exime de tales argumentos, no existe una tradición garantista de los derechos sociales (si entendemos la garantía judicial como el método para considerar denuncias del incumplimiento de las obligaciones y con ello cumplir y establecer reparaciones o sanciones); pareciera ser que no ha bastado con ser un Estado pionero a escala internacional en constitucionalizar los derechos sociales para procurar su realización. En efecto, somos los primeros en tener derechos sociales pero los últimos en respetarlos, pues como bien menciona José Ramón Cossío, a pesar de incluir los derechos sociales en la Constitución Mexicana, dichas normas no fueron vistas como normas estrictamente jurídicas sino, únicamente como un fruto de la revolución, al igual que la Constitución (1998: 296).

Por tal razón, es importante y adquiere un mayor énfasis la labor del juez constitucional en el caso mexicano, pues un activismo judicial con mayor peso en tan anhelados derechos es demandante a tomarse de una vez por todas, los derechos sociales en serio, para así dejarlos de utilizar únicamente como un discurso político que acaba con el sistema democrático. Como acertadamente menciona Juan Antonio Cruz: “en México, pese a la falta de regulación, algunos derechos podrían ser exigibles por vía del recurso de amparo, por estar situados dentro del título I, capítulo I de la Constitución, pero, por una parte, el problema que presenta es que los abogados no suelen buscar nuevas interpretaciones ni esforzarse mucho por presentar buenas argumentaciones y, por otra, debido a la dependencia que el Poder Judicial ha tenido del ejecutivo, los jueces suelen ser conservadores y no intentan sentar tesis progresistas que contravengan los intereses de la administración” (2001: 101).

Veamos entonces, de forma muy breve, algunas decisiones que ha tenido a bien tomar el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en México, quien es el máximo tribunal constitucional con respecto a nuestro tema de estudio.

#### IV. Suprema Corte de Justicia de la Nación: decisiones importantes

No puede dejar de reconocerse que entre todo el camino sombrío que se ha recorrido por la lucha hacia la protección de los derechos sociales, han existido ciertos avances. Existen algunas sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lo demuestran y, que son progresistas en la justiciabilidad de tales derechos.

Uno de los fallos más interesantes de la Suprema Corte es el 378/2014, referente al caso de tres pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, por la violación de autoridades responsables hacia el derecho a la salud, ya que no se había destinado el máximo de los recursos que disponen para la ejecución del proyecto “Construcción y Equipamiento de los Servicios Clínicos para Pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”. Violando con ello el derecho a la vida, ya que los pacientes se encontraban expuestos a contagios y co-infecciones de diversas demandas. Además, fueron discriminados por cuestiones socioeconómicas por no contar con los medios económicos para poder asistir con médicos privados para que les brindase el servicio especializado.

Lo interesante de la resolución, en relación con la protección de los derechos sociales, es la alusión que se hace respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) y al artículo 4° constitucional,<sup>9</sup> con el fin de amparar a los pacientes que viven con VIH/sida. Desprendiendo de esto la obligación que el Estado tiene para establecer mecanismos necesarios para lograr el acceso a los servicios de salud para todas las personas y que estos se encuentren encaminados a la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, derivando de ello también el derecho a la integridad físico-psicológica.<sup>10</sup>

Sin duda alguna la sentencia citada muestra un avance en la protección de los derechos sociales, pero lamentablemente no todas manifiestan el mismo progreso. Además, en dicha resolución se puede percibir que aún quedan algunas lagunas por las que el Poder Judicial no ha logrado ser el guardián que se encargue de proteger los derechos para los más desfavorecidos.

Entre los argumentos principales podemos subrayar los siguientes:

1. Aunque la Constitución Mexicana tiene más de cien años de reconocer los derechos sociales y de ser la primera en hacerlo, aún no se ha determinado la relevancia de su inclusión.
2. Sin importar que México ha firmado el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, es raro cuando se encuentra una resolución efectuada

9. Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

10. Para la revisión de la sentencia véase: Amparo en revisión 378/2014. “Suprema Corte de Justicia de la Nación ampara a pacientes que viven con VIH/SIDA para que gocen del DH al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los DESC”. <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=166107&SeguimientoID=605&CAP=VIH-Sida&Promoventes=&ActoReclamado=asp?ID=166107&SeguimientoID=605&CAP=VIH-Sida&Promoventes=&ActoReclamado=asp?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fC>

por la Corte haciendo alusión a dicho instrumento y, mucho menos se ve empleado como instrumento para lograr ampliar la protección de las necesidades sociales.

3. Los derechos sociales no han conseguido dejar de concebirse únicamente como instrumentos políticos en las campañas electorales.
4. Los derechos sociales aún no han logrado ser considerados derechos exigibles frente a los órganos públicos.
5. Si la intención de los jueces es actuar a favor de la protección de los derechos sociales, probablemente se encontrara con dos grandes problemas: a) La forma en la que se ha entendido el interés jurídico en México (la ley de Amparo en su artículo 73, fracción V, señala como causa de improcedencia el que el quejoso no logre acreditar el interés jurídico) y b) El que los tribunales locales se encuentran privados para la construcción de criterios propios y para emitir su propia jurisprudencia, imposibilitando que en sedes locales se den interpretaciones creativas y distintas a las que se establecen en la justicia federal.<sup>11</sup>
6. La tesis citada también nos demuestra que es palpable la postura y el alcance del juez constitucional en materia de derechos sociales, pues al final del camino, siempre queda obedeciendo o atado a lo que las políticas públicas en materia de éstos derechos confiera.

Lo anterior nos lleva a darnos cuenta que, el problema de la intervención del Poder Judicial para la protección de los derechos encaminados a salvaguardar la integridad de las personas que se encuentran en situación de pobreza, no sólo recae en los jueces y en su actuar. Como menciona Abramovich y Courtis: “lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos” (2001: 161).

A pesar de ser exorbitantes los problemas con los que nos encontramos al investigar la efectividad de tales derechos, de ser razones que sin duda afectan directamente al actuar de los jueces, impidiendo con ello que se logre colaborar en la construcción de su garantía; de parecer acertado pensar entonces, que la lucha por los derechos sociales aún se encuentra en lo que denomina Santiago Sastre (2001: p. 263), el “estado de las promesas”, ya que aún carecen de las garantías necesarias para permitir su eficacia; de ser una lucha que también se encuentra lejos de alcanzar una democracia capaz de tomarse en serio la protección de los derechos. Esto no debe de dejarnos totalmente desalentados, resulta preciso sujetarnos de dichos argumentos y de su compleja estructura para buscar en cada uno de estos una característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.

11. Arturo Zaldívar menciona que para que pueda existir un interés jurídico y con ello poder utilizar el amparo para la protección frente a una violación de derechos humanos se necesita lo siguiente: “a) la existencia de un derecho establecido en una norma jurídica (derecho objetivo); b) la titularidad de dicho derecho por parte de la persona que se considere afectada; c) la facultad de exigencia para el respeto de ese derecho y; d) la obligación correlativa a esa facultad de exigencia (2002: 44). Respecto a México y la limitación de los tribunales locales Rodrigo Gutiérrez menciona que la limitación de los tribunales locales para realizar criterios propios y emitir sus propias jurisprudencias se debe a la uniformidad que obliga el Poder Judicial de la Federación para la jurisprudencia en el país, basándose en que esto supone la garantía de certeza y seguridad jurídica y fortalece el principio de igualdad (2005, 62).

## V. Conclusión

El problema (o problemas), del déficit de justiciabilidad de los derechos que se pueden considerar de los más desfavorecidos (derechos sociales), es algo que viene en cascada, donde lamentablemente no sólo interviene la participación del juez, pero sí, donde siempre se ve afectada.

La investigación demuestra como todo inicia con la misma capacitación del juez dentro de las universidades, y no sólo del juez, sino de los profesionistas del derecho, en general. Desgraciadamente, su perfil se encuentra encaminado hacia otro rumbo totalmente distinto que el de la protección de los derechos sociales. Pero no basta con lograr un cambio sobre este tema para alcanzar una respuesta, pues si la situación fuera diferente, y los jueces se empezaran a preocupar más por dichos derechos, les quedaría un camino lleno de barreras por recorrer.

Lamentablemente los mismos derechos sociales llevan inmersos fundamentos negativos, sin importar que son derechos reconocidos hace casi un siglo. Tanto a nivel local como internacional, no han dejado de verse como derechos minúsculos de protección frente a los civiles y políticos; como derechos que requieren una actuación económica positiva frente al Estado (quedando esclavos de las políticas públicas) y, aunque probablemente esto lleve algo de verdad, también lo es que los civiles y políticos no se deslindan de dicho argumento, sin embargo, en estos nunca ha sido argumento suficiente para que carezcan de garantía, como ocurre en los sociales.

Otra de las barreras con las que nos encontramos, es que dichos derechos encaminan su protección con más constancia hacia las personas que viven en situación de vulnerabilidad, aquellas que están acordonadas por la pobreza y que lamentablemente son ellas precisamente las que tienen un acceso más complicado para acceder en condiciones equitativas a los tribunales.

Respecto a México, el concepto de interés jurídico cobra un peso importante en relación con el tema, imponiendo a los ciudadanos una legitimación para poder presentar el juicio de amparo a pesar de ser el único procedimiento apto por el que se puede lograr una labor de protección hacia los derechos fundamentales de las personas.

Por estas y muchas razones que se exponen a lo largo de la investigación es que el camino para que el poder judicial logre colaborar en la democratización del país a través de los derechos sociales, aún se encuentra como un sueño difícil de cumplir. Aunque existen ejemplos que muestran un camino un poco más alentador, y un avance en la protección de los intereses colectivos, se considera que aún quedan varios muros por destruir respecto a la garantía de los derechos sociales, sobre todo, cuando el juez interviene en su protección. Empero, sin la intervención de la actividad jurisdiccional en la protección de los derechos

sociales, es complicado lograr que sean garantizados como lo que son, como auténticos y verdaderos derechos.

## VI. Fuentes

Abramovich, Víctor; Courtis, Christian (2001). “Hacia la exigibilidad de los derechos”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio; Vázquez Rodolfo (Comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª, México, Porrúa.

Aguiar de Luque, Luis (2014). “¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social?: del juez monje al juez constitucionalmente comprometido”. *Red de Derechos Humanos y Educación Superior*, v. 3.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2012). Jueces constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad), *revista Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 2.

Atienza, Manuel (1998). Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho, *Claves de razón práctica*, núm 86.

Barranco Avilés, María del Carmen (2005). El papel del Juez en el Estado Constitucional, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22.

Bobbio, Norberto (2003). *Teoría general de la Política*, Madrid, Trotta.

Calamandrei, Piero (1946). “L’avvenire dei diritti di liberta”, en Ruffini F, *Diritti di liberta*, introducción a la segunda edición, Florencia, La Nuova Italia.

Carbonell Sánchez, Miguel (2004). “Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2.

Cossío Díaz, José Ramón (1998). “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Courtis, Christian (2007). “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta.

Courtis, Christian; Abramovich, Víctor (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

Courtis, Christian; Abramovich, Víctor (2004). *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, GPS Madrid.

Cruz Parceró, Juan Antonio (2002). “Los derechos sociales como técnicas de protección”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio; Vázquez Rodolfo (Comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed, México, Porrúa.

De Sousa Santos, Boaventura (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Santa fe de Bogotá D.C, Unidades.

Gómez Pérez, Mara (2014). *Jueces y Derechos Humanos. Hacia un sistema Judicial Transnacional*, México, Porrúa.

Gutiérrez Rivas, Rodrigo (2005). “Jueces y derechos sociales en México. Apenas un eco para los más pobres”, *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6.

Hobbes Thomas (1980). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica.

Ibáñez, Andrés (2002). “Democracia con jueces”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 128.

La Torre, Massimo (1993). “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16.

Montesquieu, Charles de Secondat (2007). *Del espíritu de las leyes*, 6º ed, Madrid, Tecnos.

Ordóñez Solís, David (2004). *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*, Navarra, Aranzadi.

Roscada Pérez, Javier (2013). “La interpretación constitucional en el sistema jurídico mexicano”. *Revista de Estudios de Derecho*, núm. 156.

Saldívar Lelo de Larrea, Arturo (2002). *Hacia una nueva Ley de Amparo, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sastre Ariza, Santiago (2001). “Hacia una teoría exigente de los derechos sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112.

Suárez Manrique, Wilson Yesid (2014). “El rol del juez en el Estado constitucional”, *Iustitia*, núm. 26.

Hoof, Van Godfried (1984). *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traitional Views*, en Alston, P; Tomasevski, K (Eds.), *The Right to Food*, Utrecht, Martinus Nijhoff.

Vázquez, Rodolfo (2010). “La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell Miguel; García Jaramillo, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, México, Trotta.

Zagrebelsky, Gustavo (2005). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5° ed, Madrid, Trotta.

Sentencia

Amparo en revisión 378/2014 “Suprema Corte de Justicia de la Nación ampara a pacientes que viven con VIH/sida para que gocen del DH al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de los DESC”. <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=166107&SeguimientoID=605&CAP=VIH-Sida&Promoventes=&ActoReclamado>



# La Corte Constitucional y el derecho a la salud: el paso de un derecho social no justiciable a uno fundamental autónomo

Inés Dayana Méndez Aristizábal

*Sumario: I. Introducción. II. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos. III. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano. IV. La jurisdicción constitucional y el derecho a la salud. De la jurisprudencia a la ley. V. Conclusión. VI. Fuentes*

## I. Introducción

Una de las incorporaciones más trascendentales que sin duda hizo la Constitución de 1991 en su texto y en el ordenamiento jurídico colombiano fue la Corte Constitucional; no sólo por lo que ha representado en su papel como guardiana de la carta política, sino por lo que su trabajo ha logrado conectar con los intereses y las necesidades sociales. Sus decisiones han conseguido ser objeto de estudio en espacios académicos en donde es, sin duda, un ejemplo de recurrente garantismo y activismo judicial. La Corte ha respondido a las características que el neoconstitucionalismo reclama de la actividad judicial, que trascienda hacia la garantía y la vigencia de los derechos humanos. El alto tribunal ha encontrado la manera de suplir o paliar de alguna manera las fallas en las que por acción o por omisión han incurrido otros organismos del Estado, para así asegurar a la ciudadanía colombiana el goce efectivo de sus derechos. Algunas veces más que otras.

En Colombia se interpone una Acción de Tutela cada 3.5 minutos solicitando el amparo del derecho a la salud (Defensoría del Pueblo, 2016). Sólo entre 1998 y 2011 el Instituto Nacional de Salud (2014) reportó que 53 por ciento de la mortalidad en el país –exactamente 1 427 535 personas–, respondió a muertes evitables; es decir, vidas que se habrían preservado si el sistema sanitario funcionara adecuadamente. En una realidad como esta, en la que el derecho a la salud es vulnerado todos los días, la población ha tenido que recurrir a la vía

judicial como único mecanismo efectivo que ha encontrado para la protección de sus derechos, aunque en la Carta Política el derecho a la salud fuera un derecho social y no uno fundamental.

No voy a realizar un análisis teórico en este documento que valore de alguna manera la postura activista que ha asumido la Corte Constitucional en Colombia. Partiré del hecho real de su carácter garantista y a partir de allí abordaré uno de los casos más emblemáticos que en materia de garantía y justiciabilidad de derechos sociales ha hecho el alto tribunal, esto es, la evolución que jurisprudencialmente tuvo el derecho a la salud como derecho social hasta convertirse en un derecho fundamental autónomo garantizado incluso mediante ley estatutaria, elaborada en cumplimiento a una sentencia constitucional.

Para ello me referiré inicialmente a la ubicación del derecho a la salud en diversos textos del derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que esto cobrará relevancia frente al análisis que del derecho hizo la Corte en sus providencias. Acto seguido, ubicaré el derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano y lo pondré en contexto en el sistema de aseguramiento en salud para posteriormente realizar la descripción y análisis de la evolución jurisprudencial que el derecho a la salud tiene en la Corte Constitucional. Veremos entonces si existía motivación suficiente para tal intervención y si el actuar de la Corte en este caso ha respondido a sus obligaciones constitucionales y ha logrado asegurar la protección del derecho a la salud en Colombia.

## II. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos

Aunque muchos teóricos afirmen lo contrario, es completamente admisible que el derecho a la salud es un auténtico derecho, no sólo por la importancia que reviste en la vida de los seres humanos, sino porque además así lo ha reconocido el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>1</sup> Sin embargo, su categorización como derecho económico social y cultural no ha sido tan afortunada,<sup>2</sup> pues las características con las que gran parte de la doctrina jurídica les ha dotado los encasilla en la idea de costosos, no justiciables y de poca urgencia dada su calidad de programáticos; en contraste con la idea de poco costosos, justiciables, absolutos e inmediatos de la que están revestidos los derechos civiles y políticos.<sup>3</sup>

Pese al notable interés del Comité de Derechos Económicos y Sociales por deconstruir esta idea mediante herramientas interpretativas destacadas, como lo ha sido la observación general número 14, acentuando en el alcance del derecho a la salud, en lo que implica la connotación de un derecho programático en las obligaciones de los Estados frente al derecho a la salud y sobre todo en la prohibición de regresividad, esa visión clásica ha facilitado —e incluso justificado—

1. Los temas que aquí abordaré los he trabajado en mis estudios de maestría y mi trabajo de fin de máster en (Méndez, 2015).

2. La Declaración de Teherán de 1968 pone en evidencia la idea de indivisibilidad de los derechos humanos en su proclamación final, “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos son el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Sin embargo, con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos podemos ver, sin mayor esfuerzo, que no había tal separación de derechos. En el sistema interamericano se sigue la misma fórmula, el conjunto de derechos promulgados se encuentra totalmente entremezclado entre civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, sin distinción (Rodríguez, 2013).

3. La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948 contiene casi toda la gama de derechos humanos dentro de un texto consolidado. La división posterior de los derechos humanos en dos categorías principales se debió a una decisión polémica y controvertida hecha por la Asamblea General de la ONU en 1951, durante la redacción de la Carta Internacional de Derechos Humanos. La Asamblea General decidió que dos pactos separados de los derechos humanos deberían ser elaborados, uno sobre derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales. Se argumentó y posteriormente repite a menudo que los dos conjuntos de derechos son de naturaleza diferente y por lo tanto necesitan diferentes instrumentos (Eide, 2001).”

el desinterés de los Estados en velar por la protección del derecho a la salud, por ello desde el discurso de los derechos humanos cada vez se hace más fuerte la postura que defiende la ruptura de esa categorización entre derechos civiles y políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup> y aunque este tópico no va a ser objeto de profundización en este trabajo es necesario destacarlo en tanto que es a lo que finalmente aludirá la Corte Constitucional colombiana para dar un viraje absoluto a la naturaleza jurídica de la salud. Es innegable que las características con las que se les ha dotado a los derechos sociales no son tan ciertas ni absolutas, pues no todos los derechos sociales son derechos de prestación ni todos los individuales son gratis, tampoco lo es que todos los derechos civiles y políticos tengan una esfera meramente individual ni que todos los sociales sean meramente colectivos y menos que los primeros sean de libertad y los segundos de igualdad, así pues bastante mediada puede quedar la libertad de la ciudadanía a la que no se le garantiza el derecho a la salud. Como lo afirma Víctor de Currea (2005), la inclusión del derecho a la salud en diversos pactos de derechos humanos denota la transversalidad de este, desvirtuando la noción —más allá de la cuestionada clasificación— de que este sea uno de los derechos económicos, sociales y culturales.

## II.I Principales instrumentos internacionales que contienen el derecho a la salud

El derecho a la salud se encuentra recogido en diversos pactos internacionales de derechos humanos, no existe un pacto en concreto que lo recoja de manera exclusiva, sino que se encuentra en varios documentos del derecho internacional, ratificando con ello su indispensable presencia en la vida de las personas, que bastante quebrantada se vería sin una real garantía para preservar la salud.

Así que brevemente haré referencia a estos, toda vez que aunque no sean el centro de discusión en este documento, serán necesarios para el análisis que hace la Corte Constitucional y al que me referiré más adelante.

La primera referencia internacional<sup>5</sup> del derecho a la salud la encontramos en el artículo 55.b, de la Carta de Naciones Unidas (1945), en donde la organización se compromete a “la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, sanitario, y de otros problemas conexos”. Poco después se instituyó la Organización Mundial de la Salud (1946)<sup>6</sup> que en su preámbulo afirmó la salud como un derecho fundamental. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) configura a la salud como un derecho humano en su artículo 25. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 12 recoge el derecho a la salud de la siguiente manera:

4. Para profundizar sugiero revisar el planteamiento interesante que sobre el tema hace Ansuátegui (2010), atacando la divisibilidad de los derechos, desmontando piezas básicas de ese discurso. Ver también (Viciano & Gonzalez, 2014, págs. 98-119) De manera especial el acápite. Los derechos sociales, derechos de igual jerarquía que los civiles y políticos.

5. El recorrido por los diversos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que sigue a continuación se ha apoyado y puede profundizarse de manera especial con (Escobar & Aguilar, IV Informe sobre Derecho Humano de la Protección de la Salud, 2006), (Carbonell & Carbonell, 2013), (De Currea-Lugo, 2005), (Lema, Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XIX, 2009).

6. La OMS entró en vigor el 7 de abril de 1948. Su objetivo —de acuerdo a lo planteado en su constitución— es alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Para una mejor comprensión del contenido del artículo 12 y del alcance del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró la Observación General N° 14 (2000), en la que se destaca que el derecho fundamental a la salud no se limita al derecho a la atención en salud, sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

De esta manera va más allá de una definición simplista y amplía la esfera del derecho a la salud destacando su relación con otros derechos al indicar que aquel no debe entenderse como un derecho a estar sano, que entraña libertades y derechos y aunque ningún Estado puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano, es decir garantizar que toda su población este sana, pues hay diversos factores que definitivamente no puede controlar, como lo son, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados, lo cierto es que sí debe ofrecer una serie de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias a las personas para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

### III. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico colombiano

Antes de la expedición de la Constitución Política (1991), el derecho a la salud no tenía un claro reconocimiento constitucional. Sin embargo, esto cambia ante la reconsideración de los fines del Estado, que se incorporan en la nueva constitución, tendentes a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma en el marco del Estado Social de Derecho.<sup>7</sup> La incorporación de esta connotación social y democrática de derecho permitió una anexión importante de derechos sociales y, desde luego, del derecho a la salud.

7. Específicamente en el artículo 2 de la Constitución Política de 1991.

A partir de la Constitución Nacional (1991), en el artículo 48 se definió la Seguridad Social de la siguiente forma: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”. De igual forma, en el artículo 49 se consideró que “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley”.

Otras menciones del derecho a la salud las encontramos en el artículo 44, que consagra el derecho a la salud como derecho fundamental de los niños, y el artículo 50, que habla de la protección y atención especial y gratuita que se le deberá brindar a todo niño menor de un año que no esté cubierto por ningún tipo de seguridad social, por parte de las instituciones del Estado, y se entiende incorporado en el artículo 46, que reconoce la protección a las personas de la tercera edad.

La Carta Política Colombiana consagra en su Título II –De los Derechos, las garantías y los deberes– 5 capítulos, dentro de los cuales los tres primeros son contentivos de derechos cuya denominación se ha dado de la siguiente forma:

Capítulo 1. De los derechos fundamentales, del artículo 11 al 41

Capítulo 2. De los derechos sociales, económicos y culturales, del artículo 42 al 77

Capítulo 3. De los derechos colectivos y del medio ambiente, del artículo 78 al 82

Pues bien, el derecho a la Salud –art. 49– se encuentra situado en el Capítulo 2, de los derechos sociales, económicos y culturales. En principio esta clasificación si bien le da la categoría de derecho, no le da el *status* de fundamental, lo cual trae como consecuencia que en principio, no pueda ser alegable mediante el mecanismo preferente y sumario de Acción de Tutela que fue creado en la Constitución de 1991<sup>8</sup> para alegar la protección de los derechos fundamentales ante cualquier autoridad judicial.

Sin embargo, en la práctica judicial el tratamiento dado a este derecho no se ha delimitado de esta forma, por ello se hace necesario hacer un análisis del entorno social y jurídico que nos lleve a entender, a poner en contexto las decisiones que en Colombia ha tomado la Corte Constitucional.

8. Mediante el artículo 86 que señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

### III.I Una breve aproximación al sistema de aseguramiento en salud

Para poder hablar sobre lo que ha sido toda la evolución jurisprudencial que ha tenido el derecho a la salud en la Corte Constitucional es indispensable conocer un poco sobre las condiciones previas que llevaron a que el máximo órgano constitucional en Colombia interviniera, a que la ciudadanía mediante la acción constitucional demandara una respuesta judicial al no avizorar otra alternativa para la protección no sólo de su derecho a la salud sino de su vida misma. Para ello se hace necesario hacer un breve repaso que nos aproxime al funcionamiento del sistema de aseguramiento en salud y de allí a las fallas presentadas por este.

La Ley 100 de 1993 es la norma que rige el Sistema de Seguridad Social en Colombia, que está compuesto por la cobertura en salud, pensiones y riesgos profesionales, de suerte que es la orientadora de todo el sistema de salud. Sin embargo, a partir de 2015, con la entrada en vigencia de la ley estatutaria de salud –de la cual hablaré más adelante– se han incorporado diversas modificaciones.

En el sistema propuesto por la Ley 100 de 1993 el Estado actúa como ente de coordinación, dirección y control mediante el Ministerio de Salud y Protección Social. Es un sistema de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación, cuyas principales fuentes de financiamiento son las cotizaciones de empleados y empleadores, que financian el régimen contributivo y los recursos fiscales obtenidos por medio de impuestos generales, que financian el régimen subsidiado (Agudelo, Cardona, Ortega, & Robledo, 2011).

Por otro lado están las Empresas Promotoras de Salud, más conocidas como EPS, que pueden ser de naturaleza pública, privada o mixta, encargadas de asegurar a la población, actúan como intermediarias entre el Estado y la ciudadanía y son administradoras de los recursos que el Estado provee para la prestación del servicio.

También encontramos a las Instituciones Prestadoras de Salud –en adelante IPS–, que son las clínicas, los hospitales, consultorios, laboratorios, etcétera, que prestan directamente el servicio a los usuarios y aportan todos los recursos necesarios para la recuperación de la salud. Estas instituciones son contratadas por las EPS para que conformen sus redes de servicios.

En Colombia existen dos regímenes en salud; de un lado, el *régimen contributivo* para las personas con capacidad de pago, del cual forman parte los trabajadores con contrato laboral formal, los servidores públicos, los pensionados y los independientes con capacidad de pago.

De otro lado se estableció el *régimen subsidiado*, diseñado para garantizar la afiliación de las personas que no tienen capacidad de pago y se financia con recursos fiscales y de solidaridad.

Las EPS entregan los fondos reunidos de las cotizaciones a la ADRES (Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud),<sup>9</sup> la cual devuelve a las EPS el monto equivalente a la unidad de pago por capitación (UPC), de acuerdo con el número de afiliados que tengan, para que así se garantice la prestación de los servicios de salud, los cuales venían siendo incorporados en un listado de servicios llamado Plan Obligatorio de Salud (POS) que dejó de existir desde 2015 con la entrada en vigencia de la ley estatutaria de salud, pero que hasta entonces, lo que no estuviera allí dentro de ese plan era automáticamente negado y debía asumirse con recursos propios por parte del usuario.

En Colombia, el POS contributivo siempre fue más amplio que el POS subsidiado, desde su definición en 1994; sin embargo, la intervención de la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-760 de 2008 –de la que hablaremos más adelante– obligó a la unificación de ambos planes obligatorios no sólo para niños y niñas, sino también para personas adultas.

En palabras de Óscar Echeverri (2008), la Ley 100 de 1993 consistió básicamente en reemplazar el modelo público de oferta subsidiada de servicios por otro de seguro obligatorio de salud que compra los servicios a “negocios” llamados eufemísticamente empresas promotoras de salud (EPS), que en verdad no fomentan la salud, sino que administran seguros. Venden afiliaciones que obligadamente deben comprar quienes pueden pagarlas y a cambio reciben un plan obligatorio de salud (POS) de las instituciones prestadoras de salud (IPS) contratadas por las EPS para sus afiliados. El Estado paga la afiliación de los pobres al “negocio” para que reciban de las IPS un plan obligatorio de salud subsidiado (POSS), que sólo tiene 60 por ciento de los beneficios del POS.

Los enormes problemas financieros e institucionales en el sistema de salud colombiano han evidenciado una situación crítica de dicho sistema que se ha ido fraguando desde hace décadas (Pantoja, 2011). Las EPS son las intermediarias entre el gobierno y la ciudadanía, las encargadas del aseguramiento en salud, sin embargo su labor se han dedicado a realizar maniobras evasivas, para el no suministro de servicios tanto excluidos como incluidos en el POS. Innumerables casos de personas que mueren en centros hospitalarios sin que sean atendidos por los médicos, o aquellos que deben vivir el llamado “paseo de la muerte”, esto es, ir de hospital en hospital hasta que alguno quiera atender la urgencia, casos que se ven diariamente en los medios de comunicación nacionales que solamente con denuncia pública y presión social reciben atención de las autoridades y de las instituciones de salud. Gente que ha muerto incluso en la puerta de los hospitales porque tiene periodos de cotización en mora, porque no aparece afiliado a una EPS o por cualquier otra razón de tipo económica o administrativa que dentro de esa consideración mercantilista del sistema, siempre va a prevalecer sobre la necesidad vital de la persona.

9. Que entró en funcionamiento el 1 de agosto de 2017 asumiendo las funciones de lo que hasta ahora había sido el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

Las formas de vulneración han sido muchas, al haber sido diseñado el sistema en torno a la prestación del servicio mediante un POS, esto ya dejaba por fuera muchas cosas; sin embargo, las negativas iban más allá, rechazando incluso la prestación de servicios incluidos en el POS, esos por los que las EPS mensualmente recibían un pago capitado. Para ello se han servido de todo tipo de estrategias, llegando incluso a constreñir el criterio de los profesionales de la medicina a fin de que no formulen medicamentos costosos, u ordenen exámenes y procedimientos caros, poniéndoles topes máximos por persona que no puedan sobrepasar por que los aplicativos del sistema (*software*) no se los permite, prohibiéndoles incluso el ordenamiento de exámenes básicos de primer nivel y todo tipo de servicios con tal de controlar el costo so pena de que incluso les cueste su trabajo.<sup>10</sup> Otra de las estrategias comunes ha sido evadir el pago a los prestadores del servicio, es decir, a las IPS, poniéndose con ello en riesgo no sólo la existencia misma de la clínica u hospital, sino el mínimo vital de las trabajadoras y los trabajadores de la salud y sobre todo la vida misma de las personas que esperan ser atendidas dignamente en estos lugares, donde las esperas son eternas y el hacinamiento es constante.

La estrategia ha sido acumular la mayor cantidad posible de beneficio económico, a costa de lo que sea, aunque las situaciones son muchas y las sanciones pocas. El caso más emblemático de corrupción en Colombia por parte de una EPS lo ha protagonizado Saludcoop, una de las más fuertes aseguradoras en salud. Mientras la gente sufría por la mala prestación del servicio, los ejecutivos invertían el dinero de la salud en lujosas canchas de golf, lugares de recreo, clínicas en Colombia, en México, Ecuador, Panamá, República Dominicana; hacían negocios que no tenían que ver con la prestación del servicio, había incluso comprado otras EPS para ampliar su red y sus propiedades –Café Salud y Cruz Blanca–. En resumidas cuentas, se gastaron el dinero de la salud. Sólo entre 1998 y 2010, de acuerdo al fallo emitido por la Contraloría General de la República el 11 de febrero de 2014, Saludcoop habría desviado 1.04 billones de pesos, sin tener en cuenta lo que hicieron en años posteriores.<sup>11</sup> La deuda en este momento asciende a 1.9 billones de pesos sin que se haya pagado.<sup>12</sup>

Esta breve radiografía de lo que ha sido el sistema de salud nos pone de frente a una realidad. La que viven todos los días millones y millones de personas en un territorio en el que la ciudadanía debió recurrir desde hace ya más de dos décadas a mecanismos judiciales, a buscar las formas en medio de lo que inicialmente era imposible –accionar mediante un mecanismo constitucional, la protección de un derecho social– pero que finalmente, era la única opción.

#### IV. La jurisdicción constitucional y el derecho a la salud. De la jurisprudencia a la ley

Además de crear la Corte, la constitución de 1991 incorporó también la Acción de Tutela –en el artículo 86– para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por

10. Por obvias razones este tipo de situaciones no se documentan en textos oficiales, sino que son generalmente investigaciones periodísticas las que se encargan de sacar esto a la luz pública. Ver (*Revista Semana*, 2014), (Caracol Radio, 2015) (periódico *El Colombiano*, 2017). Sin embargo una aproximación muy interesante realiza la Defensoría del Pueblo con su colección “Tutela y el derecho a la Salud” que anualmente es alimentada con los hallazgos que de las tutelas realiza en el desarrollo de sus funciones.

11. Para conocer más del asunto se puede remitir a (Las Dos Orillas, 2014) (*Revista Semana*, 2013).

12. Se puede ampliar en (periódico *El Tiempo*, 2017).

quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Esta institución procesal nace para proteger lo que la constitución reconoció como derechos fundamentales en los que, como lo señalamos inicialmente, no se encuentra el derecho a la salud, toda vez que en la carta política colombiana tiene un reconocimiento como derecho social, lo cual imposibilitaría en principio su justiciabilidad, su protección mediante este mecanismo constitucional. Sin embargo, la realidad social, la mercantilidad del sistema sanitario, el estado de necesidad de la ciudadanía y la falta de mecanismos efectivos para afrontar estas situaciones conllevaron a que la ciudadanía buscara en esta herramienta y en la jurisdicción constitucional una posibilidad real.

En Colombia al año se interponen 151 213 acciones de tutela solicitando la protección del derecho a la salud, es decir, una acción de tutela cada 3.5 minutos. El porcentaje de decisiones favorables a los usuarios por parte de los jueces es de 83.6 por ciento, lo que indica el alto nivel de pertinencia y procedencia de la acción de tutela para acceder al derecho fundamental a la salud. Asimismo, hay que anotar que en el porcentaje no concedido (16.4), se encuentran algunas tutelas negadas por hecho superado o por muerte del accionante, lo que aumenta su grado de pertinencia (Defensoría del Pueblo, 2016, pág. 144). Según el Instituto Nacional de Salud (2014), entre 1998 y 2011, el 53 por ciento de la mortalidad en el país, exactamente 1 427 535 personas, respondieron a muertes evitables.<sup>13</sup> Con estas realidades y sin muchas herramientas efectivas, la jurisdicción constitucional y la acción de tutela se convirtieron en la única vía de protección de la salud de la ciudadanía. Pero ¿cómo un tribunal constitucional asume la protección directa de un derecho social? Esto lo resolveremos conociendo el proceso, la evolución jurisprudencial del derecho a la salud a manos del máximo organismo constitucional en Colombia.

#### IV.I El derecho a la salud en la jurisprudencia. De la conexidad a la autonomía

La Corte Constitucional, como guardiana e intérprete de la Carta Política, en su jurisprudencia ha venido –desde sus inicios– sosteniendo que el carácter fundamental de un derecho no depende “exclusivamente de la ubicación del artículo que lo consagra dentro de los títulos y capítulos de la Constitución, sino ante todo de su contenido material” (Sentencia T-036/1993),<sup>14</sup> con ello ha evitado una lectura textualista y restrictiva de la carta política, señalando además que uno de los elementos que le da sentido a la expresión “derechos fundamentales” es el de dignidad humana, así por ejemplo la Corte indicó que “es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor” (Sentencia T-801/1998). Así las cosas será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté

13. La muerte evitable se define como aquella muerte que dado los conocimientos médicos actuales y la tecnología, podría evitarse por el sistema de salud a través de prevención o tratamiento.

14. En la misma sentencia expresó la Corte: “Ha sostenido la jurisprudencia constitucional que la circunscripción de los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Carta Política bajo el título que lleva ese mismo nombre, excluyendo de tal condición cualquier otro derecho que se indique en un lugar distinto del texto, no es aceptable como único y determinante criterio, pues desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991, específicamente cuando declaró en el artículo 93 que ‘la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos’”.

dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo (Sentencia T-881/2002).

La Corte Constitucional muy temprano reconoció la acción de tutela como el mecanismo adecuado para la protección del derecho a la salud. Para ello –en uso su facultad de revisión de las decisiones judiciales– se valió de diversas tesis, que fueron avanzando hasta considerar la fundamentalidad autónoma del derecho a la salud.

1. Estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; así por ejemplo la Corte señaló: “En ciertos eventos –éste es uno de ellos– la atención médica inmediata tiene una relación directa con la conservación de la vida y la salud, hasta el punto que si ella deja de darse la persona puede morir o su salud menguarse en grado sumo. En estas condiciones la atención médica como modalidad del derecho a la vida y a la salud indiscutiblemente tendría aplicación inmediata (CP art. 85)”. (Sentencia T-328/1993)

La tesis de la *conexidad* permitió a la jurisprudencia constitucional reconocer casos en que la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos se reflejan de tal modo que el incumplimiento de una obligación derivada de un derecho que no sea considerado una libertad clásica (como la salud), implica, necesariamente, el incumplimiento de la obligación derivada de un derecho que sí es clasificado de primera generación (como la vida). Esta posición igualmente se reflejó en la sentencia T-406/92 en donde se señaló que los derechos sociales, económicos y culturales deben ser considerados fundamentales en aquellos casos en que estén en conexidad “con un principio o con un derecho fundamental”. Fue en la sentencia SU-480 de 1997 que la jurisprudencia constitucional estableció de forma precisa las condiciones en las cuales una persona tiene derecho a acceder a un servicio de salud, no contemplado en los planes obligatorios. La Sala Plena de la Corte reiteró la decisión jurisprudencial, según la cual la negativa a entregar servicios no incluidos en el listado oficial, como medicamentos, puede vulnerar el derecho a la vida,<sup>15</sup> y fijó expresamente las condiciones de acceso a servicios no incluidos en los planes obligatorios.<sup>16</sup>

2. Reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección. Lo cual la ha llevado a desligarse de la tesis de la conexidad, para asegurar que tratándose de cierta población es menester que los servicios de salud requeridos sean efectivamente garantizados. Se trata de personas que ostentan especial protección constitucional, como es el caso de los niños y las niñas,<sup>17</sup> las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas,<sup>18</sup> personas con enfermedades catastróficas, las personas de la tercera edad, las minorías étnicas, las personas desplazadas y reclusas. Ello

15. No a la salud por cuando este se defendía mediante el primero. Esta sentencia reitera la sentencia T-125 de 1997

16. Dijo al respecto la Corte: “Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale aunque no esté en el listado. Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.” (SU-480 de 1997)

17. La Corte estudió el caso de una menor que padecía una lesión nodular carnosa en cara posterior del lóbulo de la oreja izquierda y a quien su médico especialista tratante había remitido al cirujano plástico para la extracción de la carnosidad. La EPS negó el procedimiento por considerar que el mismo era de carácter estético. La Corte protegió los derechos de la menor, ordenó practicar la cirugía e indicó: “en el presente asunto se trata de una prestación excluida del POS. Considera, por el contrario, que se está ante una intervención recomendada por el médico tratante y orientada a reestablecer la salud integral de la menor de modo que no es factible catalogarla como procedimiento suntuario ni cosmético” (Sentencia T-016/2007)

18. La Corte ha reiterado la obligación del Estado de proteger

de manera especial a las mujeres embarazadas o parturientas, y se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de sus derechos (Sentencia T-088/2008) entre otras ver (Sentencia T-082 de 2003), (Sentencia T-028 de 2003), (Sentencia T-771 de 2000), (Sentencia T-900 de 2004)

responde a las condiciones de vulnerabilidad de los derechos de estas personas y a la exclusión que generaría no ofrecer una protección constitucional reforzada. Por enunciar algunos ejemplos; en la sentencia T-260 de 1998 con ponencia de Fabio Morón Díaz, en la cual se revisó el caso de un pensionado a quien no se le había practicado la cirugía de cataratas ordenada por el médico tratante, alegándose que debía pagar parte de los gastos que ella implicaba, dijo la Corte:

¿Qué más violación del derecho a la vida necesita el juez de instancia para conceder la presente tutela? En la segunda acepción del derecho a la vida, es decir, no entendiéndolo como una mera existencia, sino como una existencia digna, tal garantía constitucional fue efectivamente vulnerada con la omisión de Caprecom, pues la cirugía requerida (cirugía de cataratas) para recobrar la visión normal ha sido retrasada de manera injustificada, a juicio de la Sala, por las razones arriba anotadas; o sea, porque el incumplimiento de Caprecom para con sus contratistas, se repite, fue soportado por el demandante a quien, no obstante, mensualmente se le descuenta cerca de ochenta y seis mil pesos de su pensión por concepto de los servicios que no recibe. (Sentencia T-260/1998)

Respecto a las personas con discapacidad ha dicho la alta corporación, que gozan de una protección reforzada en cuanto su derecho a la salud. Dicho trato preferencial tiene origen constitucional y su atención integral debe estar dirigida a que se puedan desenvolver dentro de la sociedad en condiciones dignas y en un plano de igualdad con los demás. (Sentencia T-952/2011)

La Corte ha ido agregando sujetos a esta protección especial, de acuerdo a las circunstancias propias de la realidad del país, como es el caso del conflicto armado, dando una especial protección a las personas víctimas del desplazamiento forzado, para lo cual decretó un estado de cosas inconstitucional mediante Sentencia T-025/ 2004, dando diversas órdenes a las instituciones para preservar los derechos fundamentales de las personas desplazadas. De esta sentencia derivaron diversos autos como el 092 de 2008 en el que se toman diversas medidas en salud para las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado. Asumiendo desde entonces la corte que la condición de desplazamiento es una situación de hecho, que merece especial atención y protección por parte de las autoridades precisamente en lo relativo a la salud de dichas personas, entre otros derechos amenazados o vulnerados por este fenómeno social. (Sentencia T-269/2011). De esta manera la Corte pone el acento en colectivos históricamente excluidos y otros que se van sumando a esta lista abierta de vulnerabilidades, para garantizarles por vía directa la protección de su derecho fundamental a la salud

3. Afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

La Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud

es un derecho fundamental, “de manera autónoma”, cuando se concreta en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, indicando que algunas de estas se encuentran en la Constitución, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud que son las que finalmente precisan los derechos de los usuarios del sistema.<sup>19</sup> En dicha sentencia aduce que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias–, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto al haberse definido los contenidos precisos del derecho, ha surgido un derecho subjetivo claro a favor de los usuarios del sistema de salud. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” (Sentencia T-859/2003). Así, la jurisprudencia constitucional ha destacado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.<sup>20</sup> Recordó el alto tribunal que todos los derechos constitucionales fundamentales, con independencia de que sean los derechos civiles y políticos, o los sociales, económicos y culturales tienen una dimensión prestacional y el Estado no puede desconocerlo. Resultaría absurdo y contrario a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos desconocer el carácter de fundamentales que tienen los derechos como la salud, la educación, la vivienda, el acceso al agua potable, etc, sólo porque tienen un contenido prestacional. Los derechos todos son fundamentales, por ello se tornaría artificioso seguir exigiendo la conexidad de los derechos fundamentales, pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución (Sentencia T-016/2007).<sup>321</sup>

Pero no se quedó allí la Corte, sino que estableció criterios<sup>22</sup> para proteger el derecho a la salud en aquellos casos en los que la negación era frente a servicios que no estaban incorporados en el Plan Obligatorio de Salud, es decir, a los que aunque en principio el usuario no podía acceder, debía y necesitaba hacerlo para preservar su bienestar. Criterios que más adelante

19. Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en (Sentencia T-060/07) y (Sentencia T-148/2007)

20. Sobre esto se ha referido en varias ocasiones, entre ellas en (Sentencia T-076/08), (Sentencia T-631/2007) y (Sentencia T-837/2006) en este caso la Corte consideró que “tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela”

21. Insistió además en que aun tratándose de prestaciones excluidas por el Plan Obligatorio de Salud (POS) procederá la tutela en los eventos en los que se logre demostrar que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho (Sentencia T-016/2007)

22. dijo entonces que se desconocía el derecho a la salud de una persona que requería un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando: (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. Se establecieron mediante la sentencia T-1204/2000 y fueron reiterados entre otras por las sentencias T-1022 de 2005, T-557 y T-829 de 2006

fueron retomados y simplificados por la sentencia T-760/2008, la sentencia.

#### IV.II Un derecho fundamental autónomo. La Sentencia T-760/2008

Sin lugar a duda la Sentencia T-760/2008 comporta un antes y un después en la jurisprudencia colombiana en materia del derecho a la salud. Es sin duda una de las sentencias más relevantes en la materia –sino la más– y ha despertado por ello reacciones encontradas entre quienes la han visto como un acto de cogobierno y quienes la reciben como una intervención necesaria ante la inanición estatal. En ella la Corte resolvió conjuntamente veintidós (22) acciones de tutela, en las que se solicitaba amparar el derecho a la salud, de las cuales veinte (20) fueron presentadas por personas a las que se les había negado –por diversos motivos– la prestación de servicios de salud y las dos (2) restantes, por una Entidad Promotora de Salud (EPS) que hacía solicitudes en materia de recobros al Fosyga.<sup>23</sup>

La Corte recurrió a diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y recuerda que mediante el bloque de constitucionalidad estos son parte fundante del ordenamiento jurídico colombiano y por ello el derecho a la salud debe ser entendido y tratado bajo una lectura de los derechos humanos. Reiteró y sin dejar rastro de duda, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, así la doctrina usualmente lo considere como un derecho social y además tenga una importante dimensión prestacional y derivó las implicaciones de esa fundamentalidad del derecho a la salud frente a las fallas de regulación y del servicio que constató en los diversos casos en donde dejó por sentado entre otras cosas que: El derecho a la salud comprende el derecho de acceder a los servicios que se requieran con necesidad; la prestación del servicio de salud se debe dar con eficacia, eficiencia y oportunidad; los pagos de cuotas moderadoras o copagos –pagos directos– además de ser razonables, no pueden constituir de ninguna manera barreras de acceso a los servicios de salud; no se puede negar el acceso a servicios de salud por omitirse el pago de algunas cotizaciones; el concepto del médico tratante es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio en salud; el servicio en salud debe garantizársele de manera especial a quienes gozan de protección constitucional y a quienes padezcan enfermedades de alto costo.

23. El Fosyga es el Fondo de Solidaridad y Garantía, Creado por la ley 100 de 1993 para garantizar la compensación entre las personas de diferentes ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito. Que actualmente ha sido sustituido por la ADRES (Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social)

Además impartió variadas órdenes a las autoridades competentes para que adoptaran las medidas necesarias que permitieran superar el déficit de protección; La providencia se centró principalmente en 4 aspectos a saber: i. Precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; ii. Sostenibilidad financiera del sistema y flujo de recursos; iii. Carta de derechos, deberes y desempeño; y iv. Cobertura universal. La Corte creó una Sala de seguimiento conformada por tres de sus magistrados que han venido emitiendo una serie de autos en los que dan cuenta del cumplimiento parcial que se ha venido

dando sobre las órdenes impartidas en la sentencia, valiéndose para ello de los peritos constitucionales voluntarios, los grupos de seguimiento, los órganos de control, las distintas intervenciones de los actores en salud, además del desarrollo de las Audiencias Públicas celebradas en julio de 2011 y mayo de 2012<sup>24</sup> y las inspecciones judiciales en 2015 y 2016 al departamento del chocó.

De esta manera la sentencia T-760 se ha convertido en uno de los referentes más importantes en materia jurisprudencial sobre el derecho a la salud no sólo para los jueces de la república, sino para los actores del sistema de salud, para quienes además se convierte en una carta de navegación, pues a partir de ella se empieza a trabajar en una propuesta de ley estatutaria<sup>25</sup> que le diera desarrollo al derecho fundamental a la salud. Esta ley fue sancionada el 16 de Febrero de 2015, previo examen de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-314/2014 y hoy la conocemos como Ley 1751 de 2015 o ley estatutaria de salud.

#### IV.III La Ley Estatutaria en Salud

La ley 1751 de 2015 marca un hito histórico en materia constitucional en Colombia. Es la primera vez que se reglamenta un derecho fundamental de los considerados sociales, económicos y culturales y que además se hace a partir de órdenes impartidas por el tribunal constitucional. Esta ley obliga al Estado a garantizar y proteger el cumplimiento efectivo derecho a la salud y a que se adopten para ello diversas decisiones que lo materialicen. Incorpora la eliminación del POS (Plan Obligatorio de Salud), es decir, ya no hay un listado cerrado de servicios, la ley dispone que ahora se pueden acceder a todos los servicios que se requieran para la recuperación de la salud, con algunas excepciones como por ejemplo tratamientos cosméticos o que no tengan evidencia científica sobre su efectividad. Hay además una prohibición expresa de la negación de los servicios so pena de sanciones a la entidad responsable. También pone el acento en la autonomía médica, que venía siendo bastante cuestionada por la presión que sobre los profesionales de la salud ejercen las instituciones de salud como forma de “control del gasto”. En general sienta unas bases importantes para la mejora del sistema de aseguramiento en salud y en consecuencia de la efectividad del derecho a la salud.

En el informe sobre los dos años de la implementación de la ley, el Ministerio de Salud y Protección Social aduce que el derecho a la salud se ha garantizado con la consolidación de la cobertura universal, la integralidad y la protección financiera a través de las diferentes coberturas que brinda el Sistema Integral de Seguridad Social (Ministerio de Salud y Protección Social, 2017).

Sin embargo, diversas agremiaciones del sector de la salud<sup>26</sup> han manifestado su inconformidad con la inaplicabilidad de la ley, a su juicio no hay avances significativos y el sistema de salud sigue funcionando como siempre, señalan como un problema estructural la intermediación financiera, la presencia de las aseguradoras y sus poderosos intereses económicos, así como la falta de foco en

24. Al respecto ver (Auto de Seguimiento 264/2012)

25. Las leyes estatutarias son las que regulan los temas de derechos humanos, administración de justicia, estados de excepción, entre otros y que tienen un trámite especial, diferente del de las leyes ordinarias.

26. Entre otras tenemos a la Gran Junta Médica Nacional (en asocio con 30 organizaciones de la salud) (Conversemos de salud, 2018), la Asociación Médica Sindical Colombiana-Seccional Antioquia (Asociación Médica Sindical Colombiana-Antioquia, 2018), la Mesa Nacional por el derecho a la salud (Mesa Nacional Salud.org, 2017)

la atención primaria en lugar de en la enfermedad, por el lucro que ello genera.

Así el panorama, el reto ahora es la implementación, que la ley encuentre un desarrollo pleno y con ello el goce del derecho fundamental a la salud para toda la población colombiana. Mientras tanto, la Corte continúa haciendo seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760/2008 y recibiendo las acciones de tutela que de todo el país remiten los juzgados constitucionales que resuelven las acciones de tutela que en Colombia cada tres minutos se interponen.

## V. CONCLUSIÓN

El derecho a la salud es un auténtico derecho fundamental y al menos en Colombia en el plano de lo teórico y lo jurídico esa discusión está zanjada. No sucede lo mismo en el plano de la aplicabilidad, de la realidad, en el que continúa ofreciéndose un derecho precario, bastante mediado. No sólo porque hay unos determinantes sociales que no se garantizan, sino además porque el servicio sanitario se ha construido a partir de una idea mercantilista que deshumaniza por completo a la población. Debido a la falta de mecanismos efectivos y de la ausencia de respuesta institucional, las personas usuarias del sistema de salud encontraron en la jurisdicción constitucional un paraguas para protegerse de las continuas vulneraciones a sus derechos y una garantía para hacerlos efectivos.

La Corte indudablemente ha asumido responsabilidades que en principio no le correspondían, mediante sus decisiones no sólo ha resuelto casos en concreto y otorgado con ello protección al derecho a la salud de diversas personas, sino que además ha transitado hacia la reforma del sistema de salud, pretendiendo humanizarlo, que sea protagonizado por la población colombiana y por sus necesidades y no por el interés económico de las aseguradoras en salud que son las prestadoras del servicio, las dueñas del “negocio de la salud”.

La Corte Constitucional colombiana ha hallado la manera de ordenar a los demás órganos del poder público que actúen frente a determinadas situaciones o que corrijan sus actuaciones a fin de preservar la constitución y asegurar los derechos fundamentales, tal como lo ha hecho frente al derecho a la salud. Esto ha generado críticas desde diversos ámbitos y tensiones con las demás Cortes o con miembros de otros órganos del poder. De hecho, algunas posturas desde la academia reprochan este activismo, por cuanto consideran que carece de legitimidad democrática, pues mientras se interviene en el ámbito de otros poderes se desconoce a las mayorías democráticas que se ven representadas en los estamentos de poder elegidos popularmente.

Sin embargo, es justo la falta de legitimidad de las instituciones “democráticas” y de credibilidad en estas, lo que ha generado que en este caso en concreto del derecho a la salud, las personas acudan a las vías judiciales. La Corte Constitucional ha sabido representar los intereses de la sociedad y su intervención es entonces el

resultado de las fallas de otros poderes. De la ausencia del legislativo, de la falta de intervención del ejecutivo y de la manipulación de un poderoso económico –las aseguradoras–.

Si la continua e incesante visita de la población colombiana a la jurisdicción constitucional solicitando la protección de sus derechos, –porque esos a quienes eligieron democráticamente no han resuelto sus necesidades ni les ofrecen soluciones–, no es algo legítimo democráticamente, entonces vale la pena que nos preguntemos ¿qué estamos entendiendo por democrático?, porque quienes desconocen las mayorías democráticas son justamente quienes están en los órganos de poder, los que invisibilizan las necesidades sociales y luego se molestan porque se les pide actuar y cumplir con los mandatos legales y constitucionales para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

La Corte no puede intervenir en todo, no debe, no sólo porque ello interfiere en la distribución del poder, sino porque el Estado no puede funcionar siempre en respuesta a decisiones judiciales, y no se le puede relevar a otros de sus obligaciones legales y constitucionales. No podría asegurar que la postura activista y garantista de los derechos humanos que ha tenido la Corte Constitucional vaya a estar presente siempre y que siempre vaya a funcionar, al final está compuesta por personas que pueden ser relevadas o cuya postura ideológica puede variar; sólo puedo asegurar que si con todo e “intromisión” –en materia del derecho a la salud– sólo en trece años se han muerto casi un millón y medio de personas a causa del sistema sanitario, no puedo imaginar lo que pasaría si al menos de ella no pudiera echar mano la población colombiana.

## VI. Fuentes

Agudelo, C. A., Cardona, J., Ortega, J., & Robledo, J. (2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência e Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828.

Ansuátegui, F. J. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. *Revista Derechos del Estado* (24).

Asociación Médica Sindical Colombiana-Antioquia. (31 de enero de 2018). *Propuesta de política pública para la reforma al sistema de salud en Colombia*. Obtenido de <http://asmedasantioquia.org>

Caracol Radio. (26 de 09 de 2015). “Paseo de la muerte está más vivo que nunca”: Pacientes de Colombia. *Caracol Radio*. Obtenido de [http://caracol.com.co/radio/2015/09/26/salud/1443289506\\_405162.html](http://caracol.com.co/radio/2015/09/26/salud/1443289506_405162.html)

Carbonell, J., & Carbonell, M. (2013). Derecho a la salud: *Una propuesta para México*. México: Universidad Autónoma de México.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. (12 de mayo de 2000). *Observación General N° 14*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Congreso de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de Colombia. (2015). Ley Estatutaria 1751/2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

Constitución Política de Colombia (1991).

Conversemos de salud. (08 de febrero de 2018). *Una propuesta de política pública para la reforma al sistema de salud*. Obtenido de <http://www.conversemosdesalud.co/actualidad-en-salud/una-propuesta-de-politica-publica-para-la-reforma-al-sistema-de-salud/2/8/2018>.

Corte Constitucional República de Colombia. (1993). Sentencia T-036/1993; M.P José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>.

Corte Constitucional República de Colombia. (1993). Sentencia T-328/1993; M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (1997). Sentencia SU-480/1997; M.P Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (1998). Sentencia T-260/1998; M.P Fabio Morón Díaz. Bogotá .

Corte Constitucional República de Colombia. (1998). Sentencia T-801/1998; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2002). Sentencia T-881/2002; M.P Eduardo Montealegre Linett. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2003). Sentencia T-859/2003; M.P Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2006). Sentencia T-837/2006; M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia C-811/2007; M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia T-016/2007; M.P Antonio Humberto Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia T-016/2007; M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia T-060/07; M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia T-148/2007; M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional República de Colombia. (2007). Sentencia T-631/2007 M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2008). Sentencia T-076/08; M.P Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2008). Sentencia T-088/2008; M.P Jaime Araujo Renteria. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2008). Sentencia T-760/2008; M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2011). Sentencia T- 269/2011; M.P Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2011). Sentencia T-269/2011; M.P Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2011). Sentencia T-952/2011; M.P Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá.

Corte Constitucional República de Colombia. (2012). Auto de Seguimiento 264/2012; M.P. Jorge Ivan Palacio. Bogotá.

De Currea-Lugo, V. (2005). *La salud como derecho humano*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Defensoría del Pueblo. (2016). *La Tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2015*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Echeverri, O. (2008). Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo. *Revista Panamericana de Salud Pública*(24(3)), 210-216.

Eide, A. (2001). Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. En A. Eide, K. Catarina, & R. Allan (Edits.), *Economic, Social and Cultural Rights a textbook* (segunda ed., pág. 10). Dordrecht: Martinus Nijhoff.

Escobar, G. (2008). Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud. En *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba* (Vol. III, págs. 523-558). Madrid: Dykinson.

Escobar, G., & Aguilar, A. (2006). *IV Informe sobre Derecho Humano de la Protección de la Salud*. Madrid: Trama editorial.

Instituto Nacional de Salud, Observatorio Nacional de Salud. (2014). *Tercer Informe ONS: Mortalidad evitable en Colombia para 1998-2011*. (I. N. Colombia, Ed.) Bogotá D.C. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/INS/Informe3-ME-ONS-Definitivo.pdf>

Las dos Orillas. (21 de Noviembre de 2014). El robo de Saludcoop. *Las dos Orillas*. Obtenido de <https://www.las2orillas.co/el-robo-de-saludcoop/>

Lema, C. (2009). *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la Salud, Historia del derecho a la salud en el siglo XIX*. Madrid: Dykinson.

Lema, C. (2009). Salud, Justicia, Derechos. *El derecho a la salud como derecho social*. Madrid: Dykinson.

Martínez de Pisón, J. (2006). El derecho a la salud: un derecho social esencial. *Revista Derechos y Libertades*(14), 129-150.

Méndez, I. D. (2015). El derecho fundamental a la salud: repensando su efectividad en Colombia con especial atención a la salud de las mujeres (Trabajo de fin de Master). Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

Mesa Nacional Salud.org. (18 de 02 de 2017). Comunicado Mesa Nacional por el Derecho a la Salud. Obtenido de <http://www.mesanacionalsalud.org/>

Ministerio de Salud y Protección Social. (Mayo de 2017). Informe de implementación de la Ley Estatutaria de Salud en Colombia. (M. d. Social, Ed.) *Papeles en Salud*(12), 9. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/informe-implementacion-ley-estatutaria.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (26 de Junio de 1945). Carta de las Naciones Unidas. Obtenido de <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

Organización de Naciones Unidas. (10 de Diciembre de 1948). Declaración

Universal de Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de Naciones Unidas. (21 de 12 de 1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. New York.

Organización de Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1979). Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. New York.

Organización de Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. New York.

Organización de Naciones Unidas. (18 de Diciembre de 1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. New York.

Organización de Naciones Unidas. (13 de Diciembre de 2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. New York.

Organización Mundial de la Salud. (22 de Julio de 1946). Constitución de la Organización Mundial. Obtenido de <http://www.who.int/about/mission/es/>

Pantoja, S. (2011). La crisis en el Sistema de Salud Colombiano: Problemas y desafíos del nuevo Gobierno Distrital en materia de Salud de la población Bogotana. *Revista Económica Supuestos-Universidad de los Andes*, 8.

Periódico El Colombiano. (17 de 10 de 2017). Víctimas de la Ley 100. *Periódico el Colombiano*. Obtenido de <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/victimas-de-la-ley-100-BX7505355>

Periódico El Tiempo. (05 de Junio de 2017). Cabezas de Saludcoop no han pagado millonaria condena fiscal. *Periódico el tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cabezas-de-saludcoop-no-han-pagado-condena-de-la-contraloria-95464>

Revista Semana. (23 de 11 de 2013). Saludcoop, el desfalco de la historia. *Revista Semana*. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/desfalco-de-salucoop/365644-3>

Revista Semana. (25 de Noviembre de 2014). Así controlan las instituciones y empresas de salud a los médicos. *Revista Semana*. Obtenido de <http://www.>

[semana.com/hablan-las-marcas/articulo/compensar-una-forma-diferente-de-educar/556953](http://semana.com/hablan-las-marcas/articulo/compensar-una-forma-diferente-de-educar/556953)

Rodríguez, V. (25 de 04 de 2013). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco del Sistema Interamericano: Mecanismos para su protección*. Obtenido de <http://www.oda-alc.org/?s=sistema+interamericano%3A+Mecanismos+para+>

Viciano, R., & Gonzalez, D. (2014). Estado social y derechos sociales en América Latina. En A. Noguera, & A. Guzmán (Edits.), *Lecciones sobre el Estado Social y Derechos Sociales* (págs. 98-119). Valencia: Tirant lo Blanch.

# Desafíos de la justicia constitucional frente a la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la función del principio pro persona

Constanza Núñez D.\*

*I. Introducción. II. Las especificidades de la interpretación en relación con los derechos y la convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. III. Precisiones conceptuales: contexto del debate. IV. Desafíos interpretativos de la jurisdicción constitucional y la función del principio pro persona. V. Principio pro persona y cuestiones de validez y corrección. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

## I. Introducción

El estudio que se presenta a continuación tiene por objetivo poner de relieve los desafíos interpretativos a los que se enfrenta la justicia constitucional frente a la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y argumentar sobre el rol que el principio pro persona puede cumplir en este contexto.

Para cumplir este objetivo, en primer lugar, se explicará qué se entiende por apertura constitucional al DIDH (aclarar los marcos conceptuales y contextuales del debate) y en qué medida esta apertura genera desafíos interpretativos para la jurisdicción constitucional.

En segundo lugar, se expondrá cómo el principio pro persona puede ser un criterio orientador para resolver los conflictos de interpretación en contextos caracterizados por el pluralismo de fuentes en materia de derechos humanos. Para ello, utilizando el método de análisis de casos, se indagará en el contenido y función de este principio a partir de las experiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) y la Corte Constitucional de Colombia.<sup>1</sup>

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid. Instructora adscrita al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: cnunez@derecho.uchile.cl.

1. Se escogió la SCJN por contar México con una constitucionalización expresa del principio desde el año 2011, lo que ha traído consigo el desarrollo de una amplia y variada jurisprudencia en la materia. En contraste, también se aborda un sistema jurídico (Colombia) que, pese a no contener el principio de manera expresa en el texto constitucional, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de manera amplia y reiterada. Algunos aspectos de este estudio ya habían sido expuestos previamente en Núñez (2017).

Para finalizar, se expondrán algunas reflexiones relativas al método mediante el cual puede ser utilizado el principio pro persona a partir de las herramientas que proporciona la teoría de la interpretación y argumentación jurídica, distinguiendo entre validez y corrección de la decisión judicial.

## II. Las especificidades de la interpretación en relación con los derechos y la convergencia entre el DIDH y el derecho interno

La incorporación de los derechos como criterios de validez material en las constituciones supone un reto importante desde la perspectiva de la interpretación jurídica. Estos retos pueden ser analizados desde dos puntos de vista: en relación con la influencia de los derechos en la interpretación jurídica en general (es decir, la llamada interpretación y argumentación “desde los derechos”) y en relación con la interpretación de los derechos en particular.<sup>2</sup>

Respecto a la primera cuestión, esto implica que los derechos son criterios de validez de los contenidos del sistema, por lo que la atribución de significados que se dé a cualquier enunciado jurídico no podrá transgredir el significado que poseen los derechos. Esto es lo que se denomina la perspectiva de la validez, donde los derechos son un “límite a las opciones interpretativas posibles, lo que significa que sólo estarán justificadas y podrán ser utilizadas aquellas reglas cuyo significado literal no es contradictorio con el de los derechos, exigencia ésta que se proyecta, por tanto, en el resultado de cualquier interpretación de un enunciado normativo” (Asís, 2004: 21).

Por su parte, también se ha sostenido que existe una especificidad en relación con la interpretación de los derechos en particular. Es una cuestión aceptada en general,<sup>3</sup> que los derechos tienen criterios particulares de interpretación jurídica en atención a su especial naturaleza, y en consideración a los bienes que protegen y que son diferentes de los principios interpretativos que se utilizan en otras áreas del derecho (Sagüés, 1998: 6; Carpio, 2004: 464). Ello no significa que los métodos comunes de interpretación de las normas deban dejar de utilizarse, “ni que no sean aplicables para los derechos humanos, sino más bien que además de lo que tradicionalmente se conoce, la evolución del derecho nos exige ampliar los criterios utilizados para lograr una mejor salvaguarda de los derechos fundamentales” (Castilla, 2009: 67). Esta especificidad estaría fundada además en las siguientes circunstancias: a) ausencia de marco normativo de referencia a la hora de interpretar derechos y, b) con el sentido y papel que desempeñan los derechos en relación con el ordenamiento jurídico (función no solo normativa, sino también con incidencia política, social, etcétera) (Asís, 2005: 101-109).

A estos elementos generales que consagran la “especificidad” de la interpretación en relación con los derechos, actualmente debemos agregar un elemento adicional, que es que junto con la irrupción de los derechos como contenidos de validez material en las constituciones y la apertura constitucional

2. Sobre la distinción respecto a la interpretación desde los derechos y la interpretación de los derechos véase Peces-Barba (1995: 302) y Asís (2004: 15).

3. Con las excepciones de, por ejemplo, Guastini (2008: 50-93), que se refiere a la interpretación de la Constitución, desmintiendo su especificidad en relación con la interpretación de la ley en general.

al DIDH, se abandona el plano interno en materia de fuentes, para trasladarse al plano de los tratados o convenios internacionales (Amaya, 2005: 341), lo que supone nuevos criterios de interpretación (propios de los tratados de derechos humanos) y nuevos referentes interpretativos (tanto en las normas como en las interpretaciones de los organismos de protección sobre derechos humanos).

En efecto, uno de los fenómenos más relevantes de los últimos 30 años en materia de derechos humanos ha sido la convergencia de dos sistemas normativos que consagran normas y mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos: el DIDH y los sistemas nacionales. Dicho proceso de convergencia se basa en una efectiva coordinación entre los mecanismos de protección asociados a cada sistema normativo, de forma tal que cada uno cumpla con su aporte en la consecución de un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos (Landa, 2012). En ese sentido, una de las preguntas más relevantes que se da en este contexto es cómo se produce el proceso de interacción entre ambos sistemas.

Una de las visiones tradicionales respecto a la relación existente entre derecho internacional y derecho constitucional ha sido entender al sistema internacional como subsidiario del nacional (Benadava, 1992). En este sentido, se ha considerado comúnmente que el derecho internacional debe aplicarse sólo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. El sistema internacional actuaría solo cuando los mecanismos internos de los estados han fallado.<sup>4</sup> Así, resulta sumamente común que los órganos internacionales, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos.<sup>5</sup> Sin embargo, el principio de subsidiariedad se emplea tan sólo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos —principalmente en temas de orden jurisdiccional—, por lo que no es factible aplicar esta visión a todas las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH. Entendiendo lo anterior, resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional sólo desde esta perspectiva (Nash, 2013[a]).

Considerando la incapacidad de la tesis de la subsidiariedad de dar una respuesta satisfactoria a la relación entre la protección nacional y la internacional de los derechos humanos, la doctrina ha planteado que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de carácter complementario (Cançado, 2001). De acuerdo con esta concepción, las normas de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una

4 Por ello, serían los Estados los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. Véase Cançado (2001).

5. Por ejemplo, en el ámbito interamericano, este requisito se encuentra previsto en el artículo 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

congruencia armonizante. Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple su papel de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos (Nash, 2013 (a)).

Sin embargo, en el último tiempo la relación se ha vuelto más compleja, y ya no son solo los ordenamientos jurídicos nacionales los que se enriquecen con los aportes del DIDH, sino también es el DIDH el que incorpora para la interpretación de ciertos derechos o para la generación de nuevos catálogos de derechos humanos, el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados. Es decir, se ha avanzado hacia una relación de retroalimentación de ambos sistemas (Nash, 2013 [a]). Nos encontraríamos frente a una “intercomunicación en doble vía” (Caballero, 2009).<sup>6</sup>

Esta correlación entre los ordenamientos normativos nacional e internacional se enmarca en un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y “constitucionalización” del DIDH (Ferrer Mac-Gregor, 2012). La internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso que se inicia progresivamente tras la Segunda Guerra Mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales.<sup>7</sup> El resultado de ambos procesos ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional, y ello hace que los mismos derechos tengan una doble fuente judicial en los tribunales encargados de interpretarlos. De esta forma, mediante la interpretación de los derechos —de doble fuente normativa— se establecen construcciones jurisprudenciales en torno a su contenido en el ámbito internacional y en ámbito interno (Ayala, 2013).

En este sentido, el camino de interacción entre el DIDH y el derecho interno —que hasta ahora había sido normativo— ha pasado a ser jurisprudencial. Esto se manifiesta en que los tribunales nacionales han incorporado en sus razonamientos jurídicos los estándares desarrollados a escala internacional como parámetro para evaluar la adecuación de los actos internos a sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por otra parte, que las cortes internacionales han pasado a incluir los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales en sus resoluciones para dar contenido e interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto es lo que Diego García Sayán ha llamado “viva interacción” entre los tribunales internacionales y los tribunales internos (García Sayán, 2005).

6. Häberle (2017: 263) se refiere a este fenómeno en los siguientes términos: “El Derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no empieza allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que sólo pueden producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘Derecho común de cooperación’”.

7. El contexto descrito puede ser también caracterizado como una manifestación del avance hacia un “Estado Constitucional cooperativo” al que alude Peter Häberle (2017: 261), cuando destaca que éste es aquel “cuya identidad se perfila a través del Derecho Internacional, de las múltiples relaciones entabladas a nivel suprarregional e internacional, en colaboración que presta a nivel internacional.”

### III. Precisiones conceptuales: contexto del debate

Antes de referirme a los desafíos interpretativos de la jurisdicción constitucional frente a la apertura constitucional al DIDH, es preciso realizar algunas aclaraciones conceptuales. Una cuestión es la forma en que los tratados internacionales sobre derechos humanos adquieren validez interna<sup>8</sup> y otra diferente es cómo se articula su relación con el derecho interno una vez que estos son válidos. La preocupación sobre la cual se centrará este estudio son los desafíos interpretativos que se generan una vez que el DIDH adquiere validez en el derecho interno.

En este contexto, la solución a la articulación se ha dado mediante dos grandes modelos: soluciones jerárquicas y soluciones interpretativas.<sup>9</sup> Las soluciones jerárquicas son aquellas que dan luces sobre el lugar que las normas internacionales ocupan en el derecho interno,<sup>11</sup> y las interpretativas consagran expresamente la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales o legales a la luz de los compromisos internacionales<sup>11</sup> (Acosta, 2016).

Mención aparte merecen aquellas constituciones recientes que consagran la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos (por ejemplo, Venezuela, Guatemala y Bolivia). Dichas cláusulas presentan el problema de resolver ex ante una posible contradicción entre tratados sobre derechos humanos y Constitución desde una perspectiva formal, eliminando la posibilidad de realizar interpretaciones a nivel de derecho interno que sean más garantistas que el desarrollo del DIDH. Esta posibilidad restringe el desarrollo de un constitucionalismo interno innovador.

Ambos modelos (interpretativo y jerárquico) tienen aspectos positivos y negativos en términos de respuesta frente a la articulación. Mientras que el primer modelo puede ser considerado complejo por la indeterminación del tipo de normas que son el parámetro en virtud del cual hay que interpretar, las segundas pueden traer consigo la declaración de responsabilidad internacional en aquellos casos en que la jerarquía de los tratados es supraconstitucional o se asemeja a leyes, o puede presentar excesiva rigidez frente a problemas complejos de articulación.

Mientras que el problema del baremo de interpretación es una dificultad que puede superarse, ya sea mediante técnica constitucional o la definición jurisprudencial (como veremos a propósito del principio pro persona), el segundo es un problema más complejo de superar y no responde a la realidad actual del reparto de competencias constitucional e internacional. En efecto, el modelo interpretativo ha mostrado ser más eficaz, pues este “reconoce la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos, que establecen pisos mínimos de protección y son, por tanto, susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, que además pueden integrarse en sus contenidos mediante un sistema de reenvíos hacia otros ordenamientos” (Caballero, 2011).

8. Es decir, el sistema sobre producción de normas que incluye la regulación del procedimiento para la formulación y sanción de las leyes y demás disposiciones (Dulitzky, 1996).

9. En el modelo clásico (Dulitzky, 1996), se distinguen, además, cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados y cláusulas declarativas con directrices de política exterior.

10. Existen cláusulas que otorgan rango supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal a los tratados sobre derechos humanos. Acerca de estas diversas modalidades, véase Henderson (2005).

11. Utilizan esta fórmula constitucional países como, por ejemplo, España, México, Portugal, Perú y Colombia.

En este sentido, son tres los principales argumentos por los cuales se sostiene que en la actualidad debe tenderse hacia un modelo de articulación basado en la armonización: a) permite evitar la responsabilidad internacional por interpretaciones contrarias al DIDH; b) favorece el desarrollo de interpretaciones evolutivas mediante la interacción entre el DIDH y el derecho interno, y c) no otorga respuestas definitivas frente a problemas complejos, ofreciendo siempre posibilidades abiertas que tienen como piso mínimo el catálogo internacional de protección de derechos humanos.

La crisis de las soluciones jerárquicas no implica que deba deconstruirse el andamiaje conceptual en torno al modelo piramidal en el cual se han desarrollado nuestros sistemas jurídicos. La idea de supremacía constitucional sigue vigente, pero adquiere nuevas dimensiones. La Constitución no es solo el ordenamiento que determina las formas de producción normativa, sino también la aplicación de otros ordenamientos distintos del interno, “es un centro de convergencia en unidad, más que un vértice del cual todo deriva y marca el punto de partida de la ley [...] el principio de supremacía constitucional es un principio que permite ordenar las competencias; la producción normativa, o la aplicación de órdenes normativos complejos y plurales” (Caballero, 2013: 134).<sup>12</sup>

#### IV. Desafíos interpretativos de la jurisdicción constitucional y la función del principio pro persona

En el contexto planteado, la jurisdicción constitucional enfrenta importantes desafíos. Se encuentra ante un escenario normativo más complejo y con múltiples referentes interpretativos. ¿Cómo realizar la tarea de adjudicación cuando existe un panorama normativo complejo y a veces contradictorio?

Una de las respuestas que se han dado a nivel normativo y jurisprudencial (como veremos) a esta pregunta, ha sido la utilización del principio pro persona. En efecto, este principio tiene su relevancia, pues es un metaprincipio interpretativo que permite orientar las decisiones del juzgador constitucional en contextos complejos. Para fundamentar esta afirmación, se examinará el concepto y fundamento del principio, así como su función en casos concretos.

##### IV.I Desafíos interpretativos de la jurisdicción constitucional y la función del principio pro persona

Una definición clásica del principio pro persona se encuentra en el ámbito latinoamericano en la obra de Mónica Pinto (1997: 163), quien señala: “... es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión

12. Sobre la idea de la supremacía constitucional como convergencia en unidad, véase Zagrebelsky (2013).

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.<sup>13</sup> En el mismo sentido, la Corte Constitucional Colombiana se ha referido a éste de la siguiente manera: “El principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”.<sup>14</sup>

En relación al fundamento de la existencia de este principio interpretativo, en el ámbito del DIDH, la jurisprudencia internacional ha vinculado el principio pro persona a las reglas de interpretación de tratados en general. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>15</sup> indica que un tratado deberá interpretarse atendiendo a su objeto y fin. Considerando que el fin de los tratados sobre derechos humanos (cuya naturaleza es diferente de los demás tratados sobre derechos humanos),<sup>16</sup> es la protección de los derechos de las personas; de ello se deriva que su interpretación no debe apartarse de este objetivo.<sup>17</sup> En este mismo sentido, la doctrina también ha interpretado el fundamento normativo de este principio interpretativo en relación con el DIDH (Amaya, 2005: 342-346 y Nash, 2013 (b): 166-171).

Su reconocimiento normativo, en el ámbito del DIDH, se desprende de ciertas normas referidas a la aplicación de tratados sobre derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 29, literal b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en el ámbito universal, el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).<sup>18</sup>

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia:

Prueba de su especial importancia [del principio pro persona] se evidencia con la consagración de esta cláusula hermenéutica en diversos instrumentos internacionales. Así por ejemplo, el principio pro homine aparece consagrado en: instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 30), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 5), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 5), Convención Americana (Art. 29), Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 41), Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Art. 4), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 23), entre otros. Así lo ha advertido esta Corporación en varias de sus decisiones a propósito del carácter imperativo de los derechos humanos y su obligatoriedad, resultado de la integración de esta preceptiva al bloque de constitucionalidad. De la incorporación del citado principio a los tratados, convenios y pactos internacionales se pueden colegir, al menos, cuatro lecturas distintas de su aplicabilidad y alcance respecto de los derechos humanos en general y de las disposiciones de derecho fundamental en particular. En primer lugar, la interpretación que se haga de estas disposiciones no puede conducir a la supresión, destrucción, o eliminación de alguna de ellas; segunda, la interpretación de estas disposiciones no puede conducir a la restricción, disminución o limitación del contenido de estos derechos de forma ostensible y/o arbitraria; tercera, el intérprete deberá elegir la norma que resulte más favorable a los intereses del individuo o que mejor optimice la garantías en

13. Este principio es conocido también como “principio pro homine”. En consideración al carácter discriminatorio de la expresión, nos referimos en este estudio al principio como “pro persona”.

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171-2009. En el mismo sentido, véase Sentencia C-438-2013.

15. Artículo 31 “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

16. Sobre la diferente naturaleza que poseen los tratados de derechos humanos en relación con los tratados sobre derechos humanos en general, ha sostenido la Corte IDH: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 29. En el mismo sentido, véase Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párr.104.

17. Por ejemplo, la Corte IDH, en el caso 19 Comerciantes vs Colombia, indicó: “El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que “[... u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

“En el presente caso, el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. No hay lugar a dudas de que la participación que pudieran haber

controversia, siempre en favor de la protección a su dignidad; finalmente, la interpretación que se haga de estas disposiciones no podrá conducir a la exclusión de otros enunciados o normas que igualmente reconozcan, en favor del individuo, otras garantías fundamentales so pretexto de su no incorporación taxativa en el ordenamiento interno.”<sup>19</sup>

tenido los militares investigados al ‘conoc[er] de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, [...] presta[ndoles] apoyo y cohonesta[ndo] los acontecimientos delictivos’ [...] de la detención, la desaparición y la muerte de los 19 comerciantes, así como en la sustracción de sus vehículos y mercancías, no tiene una relación directa con un servicio o tarea militar. Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana”. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109, párr. 172-173.

18. En esto, quienes han estudiado el tema coinciden (Véanse Nash (2013 (b): 166-171); Amaya (2005: 346-356); Castilla (2009: 74) y Melgar (2013: 209-219), entre otros.

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-313-2014.

20. Artículo 1.

21. Artículo 417.

22. Artículo 74.

23. Los subsistemas de normas son “conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige considerar las normas que lo forman como dependientes de los criterios que lo identifican” (Peces-Barba, 2004: 244). En este caso, me refiero al subsistema de derechos humanos en general, por ser comprensivo y estar integrado por normas de origen estatal e internacional.

24. Otros principios interpretativos que se han considerado propios del subsistema son el principio de interpretación evolutiva, interpretación conforme, posición preferente, fuerza expansiva de los derechos, progresividad, irreversibilidad, indivisibilidad, efecto útil, entre otros (Castilla, 2009: 69).

En la región latinoamericana se ha incorporado también expresamente este principio interpretativo en la Constitución de México,<sup>20</sup> Ecuador<sup>21</sup> y República Dominicana.<sup>22</sup>

Más allá del ámbito del DIDH, en la doctrina constitucional, la justificación de la existencia de este principio y, en general, de pautas particulares para la interpretación de normas de derechos humanos, se basa en el hecho de que el subsistema de derechos humanos<sup>23</sup> establece normas que son un mínimo y no un techo de protección, así como un techo y no un piso para su restricción (Castilla, 2009: 68). Por tanto, la creciente necesidad de dar plena vigencia o de maximizar u optimizar las normas sobre derechos humanos ha visto surgir, entre otros, el principio pro persona.<sup>24</sup> En el mismo sentido, Bidart destaca que el objetivo del subsistema de derechos humanos es la “maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de las garantías” (Bidart, 1999: 362).

De esta forma, es posible sostener que más allá del reconocimiento explícito constitucional del principio, este se encontraría implícito en cualquier subsistema de derechos fundamentales, en consideración a la vocación expansiva de éstos. La afirmación adquiere sentido además en el contexto de la existencia de sistemas jurídicos complejos, donde interaccionan diversas fuentes en relación con los derechos fundamentales. Como señala Caballero (2013: 124), “... el principio pro persona se sustenta, a mi juicio, en la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos; es decir, contenidos que predicen de sí mismos ser un mínimo, susceptible de ser ampliado en otras sedes normativas; que va paulatinamente reenviándose a otros ordenamientos para efectos de ir de menos a más, en un sentido efectivamente protector.” Este fundamento del principio se manifiesta además por su utilización en aquellos ordenamientos jurídicos donde no goza de reconocimiento explícito.<sup>25</sup>

## IV.II Desafíos interpretativos de la jurisdicción constitucional y la función del principio pro persona

Como destaca Medellín (2013: 20), la complejidad intrínseca del principio pro persona implica que no existe una sola fuente normativa o jurisprudencial que pueda proporcionar una visión integral de su contenido. Por el contrario, para poder entenderlo más profundamente, es necesario referirse a criterios de interpretación establecidos por distintos tribunales.

Como veremos a continuación, hay dos contenidos clásicos que han sido asociados a este principio y que han sido recogidos por la jurisprudencia: preferencia normativa y preferencia interpretativa.<sup>26</sup> Hay un tercer contenido que recientemente se ha vinculado al principio pro persona, y que tiene que ver con la perspectiva de interpretación teleológica en que se basa el principio.

### IV.III.I Preferencia normativa

El principio pro persona, como preferencia normativa, tiene dos manifestaciones: a) preferencia de la norma más protectora, y b) la de la conservación de la norma más favorable (Castilla, 2009: 71).

#### a) Preferencia de la norma más protectora

En cuanto a la primera manifestación, ésta se presenta cuando en una situación es posible aplicar más de una norma vigente (Castilla, 2009: 72)<sup>27</sup> y es justamente este uno de los escenarios a los que se enfrenta la jurisdicción constitucional en el contexto de apertura constitucional al DIDH.

Esto implicaría aplicar la “norma más favorable” para la protección de la persona, con independencia de su nivel jurídico (Sagüés, 1998: 8). Una de las cuestiones más controvertidas de esta interpretación del principio es que supone que la decisión interpretativa abandonaría los criterios jerárquicos para utilizar un criterio de efectividad de la protección, lo que en palabras de Sagüés implicaría “... un serio golpe a la alegoría kelseniana de la pirámide jurídica” (*Idem*). Como destaca Castilla (2009: 72), este principio permite desplazar la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen nacional e interno, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de las personas, “lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico.” Esto sería compatible con entender al DIDH como un “piso” y no como un techo de protección. Ello implica afirmar que no siempre en el DIDH se encontrará la solución más favorable a la persona humana, en la medida en que las normas internacionales son estándares mínimos sobre los cuales “... los estados pueden asegurar y garantizar mayores atributos y garantías de los derechos en los términos que estimen convenientes” (Nogueira, 2015: 11).

25. Como en el caso de Argentina, Colombia, Perú y Chile. Sobre la aplicación judicial del principio pro persona en el ámbito latinoamericano, véanse Nogueira (2015: 14-28) y Castañeda (2015: 110-130).

26. Sobre esta clasificación, véanse Pinto (1997: 163); Sagüés (1998: 6-7), y Castilla (2009: 71).

27. Castilla ha sostenido que esta manifestación del principio supondría, además, aplicar aquella norma que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo (Castilla, 2009: 72). Sin embargo, esta afirmación no adiciona ningún contenido particular al principio pro persona, ya que sería una aplicación concreta del principio interpretativo general *lex specialis* que se utiliza como criterio interpretativo en los ordenamientos jurídicos.

En esta primera manifestación, es clara la aproximación de la SCJN de México, que define el principio pro persona como un criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.<sup>28</sup>

En el mismo sentido se pronuncia la Corte Constitucional Colombiana, indicando que el principio pro persona opera como método para solucionar antinomias dentro del bloque de constitucionalidad. En el caso particular, se planteaba una contradicción entre la norma constitucional y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. La Corte Constitucional de Colombia privilegió el contenido constitucional, por tratarse, en el caso concreto, de una norma que ampliaba los años de escolarización obligatorios (*versus* los mínimos que consagra el pacto):

No obstante, el artículo 67 de la Constitución prescribe que la educación obligatoria ‘comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica’. Esta disposición constitucional, según la jurisprudencia de esta Corporación [...] Esta situación sugiere una contradicción entre el artículo 67 de la Constitución que establece que la educación obligatoria comprende un año de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria y las normas internacionales contenidas en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San Salvador y la Convención de los Derechos del Niño que regulan el tema, disposiciones que no garantizan los cuatro de educación media.

Según la jurisprudencia constitucional, la contradicción entre una norma constitucional y una norma internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad se debe resolver de acuerdo con el principio pro homine bajo el cual ‘el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos’, en este caso la norma constitucional”

28. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10ª). Las mayúsculas son originales del texto. Las cursivas son del editor. En un sentido similar (refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte IDH, véase Tribunal Pleno SCJN. Tesis 21/2014 (10a.). Como veremos adelante, sin embargo, este criterio ha sido asentado con una excepción relevante, que es la de la contradicción del estándar internacional con una restricción constitucional expresa.

En este orden de ideas, el compromiso del Estado colombiano con respecto a la educación se predica respecto de todos los niveles educativos —desde el preescolar hasta el superior— pero con primacía de un mínimo —un año de preescolar, cinco años de primaria y cuatro de secundaria— el cual deberá cumplir con los mismos requisitos establecidos para la enseñanza primaria, es decir universalidad, gratuidad y obligatoriedad, a partir del cual se debe avanzar progresivamente hacia la asequibilidad de dos años más de preescolar, dos años adicionales de secundaria y educación superior.<sup>29</sup>

En esta primera manifestación, resulta también clara la reflexión de la Corte IDH, cuando se refiere a la aplicación de la CADH en relación con otros instrumentos internacionales:

... En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: 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.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.<sup>30</sup>

Evidentemente, la complejidad de esta manifestación del principio radicaría en comprender qué se entiende por “mayor favorabilidad”. A este respecto, la jurisprudencia interamericana y constitucional nos otorga algunas pistas acerca de este contenido, que estaría vinculado con: aplicación retroactiva de la ley penal en caso de disminuir las penas aplicadas al delito;<sup>31</sup> preferencia de la norma que impone menos requisitos para la configuración de una situación como una violación de derechos humanos (por ejemplo, la tortura);<sup>32</sup> aquella norma que amplíe a las personas consideradas como víctimas del desplazamiento forzado;<sup>33</sup> aquella que garantice el consentimiento de las personas en procedimientos quirúrgicos;<sup>34</sup> y, desde la perspectiva procesal, preferir normas que favorezcan el conocimiento de los órganos de protección de derechos humanos<sup>35</sup> de violaciones de derechos humanos o prefieran el acceso a la justicia en el ámbito interno.<sup>36</sup>

#### b) Conservación de la norma más favorable

En su vertiente vinculada a la “conservación de la norma más favorable”, el principio supondría añadir un elemento de temporalidad, ya que se trataría de

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-646-2011.

30. Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párrs. 51-52.

31. Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111 y Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 20/2012 (10ª).

32. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148-2005.

33. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1064-2012, en el siguiente sentido: “Puestas así las cosas resulta claro que coexisten actualmente diversas definiciones, con distintos contenidos y alcances, del concepto de ‘desplazado interno’, unas de orden interno y otras de carácter internacional. De allí que, en caso de existir contradicción entre unas y otras, deba aplicarse, en la resolución de un asunto particular, la norma que resulte ser más favorable para la víctima, en virtud del principio pro homine” (párr. 8, el destacado es original del texto). En un sentido similar en la Corte Constitucional de Colombia, véase T-630-2007; C-372-2009 y A-119-2013.

34. Corte IDH. Caso I.V. vs Bolivia. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

35. Por ejemplo, en el caso Blake vs Guatemala, la Corte IDH utilizó este criterio interpretativo para considerar que la competencia en razón del tiempo, no se aplica a delitos continuados, pudiendo la Corte IDH conocer las violaciones a los artículos 8.1 y 1.1 de la CADH en relación con la desaparición y muerte del ciudadano Blake acaecida con anterioridad a la fecha en que el Estado otorga competencia a la Corte IDH, véase: Corte IDH. Caso Blake vs Guatemala. Interpretación de la Sentencia de reparaciones y costas. Sentencia del 1 de octubre de 1999. Serie C, núm. 57. Un análisis del caso en: Nash (2013 [b]: 192).

36. Véase, por ejemplo, en el caso de Colombia, los autos A-255-14; A-31-08; A-288-06 y; A-244-11.

casos en que existiría un diverso nivel de protección entre la norma “nueva” y “antigua”, sosteniéndose la necesidad de mantener la norma más protectora. Esto implicaría, en palabras de Castilla (2009: 74), “modificar tradicionales interpretaciones de derecho interno, que aceptan que la norma posterior deroga a la anterior.” En efecto, como se desprende, por ejemplo, de los artículos 5° del PIDCP y 29 de la CADH, las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales no derogan disposiciones nacionales que establezcan protecciones más favorables a la persona humana.

#### IV.II.II Preferencia interpretativa

Esta vertiente del principio pro persona implica que entre las varias opciones interpretativas de una norma, debe preferirse aquella que restrinja de menor manera los derechos en juego (vertiente interpretativa restringida) y, como corolario de lo anterior, debe preferirse aquella interpretación que proteja de una manera más amplia o efectiva los derechos (vertiente interpretativa extensiva<sup>37</sup>). En este escenario, a diferencia del anterior, estamos solo frente a una norma, pero respecto de la cual cabe más de una interpretación posible. Esta también es una perspectiva que puede ser utilizada para resolver los desafíos interpretativos a los que se enfrenta la jurisdicción constitucional frente a la apertura constitucional al DIDH, pues puede existir una norma con diferentes interpretaciones posibles (dadas por los órganos de protección internacional o constitucional).

##### a) Interpretación restringida de límites

En relación con la vertiente interpretativa restringida, esta implica que cuando se establecen restricciones o suspensiones de derechos, la norma debe ser interpretada de manera que se limite o restrinja lo menos posible dicho ejercicio (Castilla, 2009: 76-77). El fundamento de este criterio estaría dado por la “fuerza expansiva” que tienen los derechos. Como señala Pérez-Tremps (2001: 126), cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, “además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos.”<sup>38</sup> En el mismo sentido, Medellín (2013: 19) afirma que esta manifestación del principio implica “que se podrá —incluso se deberá— recurrir a otras normas jurídicas para interpretar expansivamente el contenido y alcance de los derechos —interpretación expansiva de los derechos humanos—, pero nunca se podrá realizar lo mismo para ampliar las limitaciones que las normas básicas del sistema impongan al ejercicio de los derechos humanos —interpretación restrictiva de las limitaciones.”

Un ejemplo de esta vertiente del principio pro persona lo encontramos en las limitaciones que se realizan al derecho de acceso a la justicia respecto a la imposición de requisitos para interponer acciones judiciales. En este sentido, la SCJN ha establecido la interpretación estricta:

37. Como veremos más adelante, la interpretación “extensiva” es solo una manifestación de esta segunda vertiente, por lo que convendría dotar de otro calificativo a esta interpretación, más comprensivo de su función.

38. Véase, en el mismo sentido, Nogueira, 2015: 7.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios pro homine e in dubio pro actione, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios, incidentes en éstos

permitidos o recursos intentados.<sup>39</sup>

Como veremos más adelante, conforme a la jurisprudencia constitucional, esto no significa no establecer ningún tipo de requisito o límite (pues el principio pro persona tiene como límite la integralidad del sistema).

En otro tipo de materias también se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, que, por ejemplo, ha aplicado este principio para no interpretar extensivamente las exclusiones que se establecen para el acceso a servicios sociales:

En caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del POS, debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio 'pro homine'. En consecuencia, la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia. Al respecto la Corte ha señalado que 'si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona. Por ello, una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con dicho principio'. Con idénticos efectos la Corte ha señalado que en los casos de duda acerca de si un servicio médico se encuentra excluido se debe acudir a una interpretación que permita el goce efectivo del derecho. Ha dicho que '... en atención a los principios pro libertatis y de buena fe en el cumplimiento de los tratados, en concordancia con el principio de dignidad humana, debe preferirse la opción que extienda o amplíe el aspecto de goce del derecho fundamental. Visto en sentido contrario, toda restricción a un derecho debe ser expresa y no dejar asomo de duda. Tal es la carga que debe asumir el garante del derecho.<sup>40</sup>

Como se desprende del análisis de la Corte Constitucional de Colombia, la interpretación restringida de los límites es la contracara de la interpretación extensiva o aquella que resulte más favorable a los derechos. Asimismo, se agrega un elemento adicional: en el caso de restricciones, la carga de la prueba se altera

39. Primera Sala SCJN. Tesis CCXCI/2014 (10 a.). Las mayúsculas son originales del texto. Las cursivas son del editor.

40. Corte Constitucional de Colombia. T-760-2008. En el mismo sentido, véanse las sentencias T-037-2006 y T-859-2003. Las cursivas son del editor.

y debe el Estado argumentar la existencia de la limitación o restricción y no ser el afectado quien deba probar que no se encuentra dentro de la limitación.

#### b) Interpretación extensiva

En cuanto a la interpretación extensiva, esta implica elegir (entre más de una interpretación posible), aquella que mejor proteja los derechos, o bien “hacer una interpretación que amplíe el alcance y el contenido del derecho bajo estudio a fin de hacer efectiva la protección de la persona” (Castilla, 2009: 78). En esta última manifestación el principio tendría una estrecha relación con otro principio asociado a la interpretación de los derechos fundamentales, que es la interpretación evolutiva.

En este sentido, podemos destacar dos tipos de casos: aquellos donde existen dos interpretaciones posibles respecto de una norma y una de ellas es más favorable a la protección de los derechos en relación con la finalidad de la norma, y una segunda manifestación, que es aquella que amplía los destinatarios de la protección o el contenido de la norma, favoreciendo de manera más amplia la protección de las personas.<sup>41</sup>

Respecto del primer caso, encontramos como ejemplo de su manifestación, una tesis de la SCJN de México, donde se plantea que existiendo más de una interpretación posible respecto a desde cuándo debe contar el plazo para accionar amparo frente a la privación de libertad, la SCJN propone aquella interpretación que favorezca la interposición del recurso:

FORMAL PRISIÓN. SI LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO QUE LA DECRETA SE LLEVÓ A CABO EN DIVERSAS FECHAS AL INculpADO Y A SU DEFENSOR, RESPECTIVAMENTE, EL PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE AMPARO EN SU CONTRA, DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE SE PRACTICÓ LA ÚLTIMA. De la interpretación conforme de los artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo, se advierte que tratándose de un acto privativo de libertad derivado de un procedimiento penal, como el auto de formal prisión, rige el plazo de quince días para la presentación de la demanda de amparo, y que existen tres hipótesis para el cómputo de los quince días para la presentación de la demanda respecto al acto o resolución que reclame el quejoso, una de ellas es a partir del día siguiente al en que haya surtido efectos la notificación conforme a la ley del acto. En ese sentido, a la luz del principio pro persona contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si la legislación adjetiva aplicable posibilita que una determinación adversa al inculpado, pueda impugnarse por él o por su defensor, cuando la notificación de un auto de formal prisión al inculpado y a su defensor se llevó a cabo en diversas fechas, el plazo de quince días para la presentación de la demanda de amparo debe computarse a partir de que se practicó aquella que le genere mayor beneficio al promovente privado de su libertad, es decir, la última de ellas, esto con la finalidad de maximizar la protección a favor del procesado y posibilitar un acceso integral a la jurisdicción constitucional, de conformidad con el principio pro persona.<sup>42</sup>

41. Esto podría inscribirse dentro del concepto que Guastini (1996: 35) califica de “interpretación extensiva”, que es aquella que “extiende el significado prima facie de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación, supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él.”

42. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 48/2015 (10a.). La mayúscula es original del texto. En el mismo sentido: Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 88/2012 (10ª). En un sentido similar, pero respecto de los efectos de las notificaciones en materia civil, véase Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 39/2013 (10ª), y, en relación con el acceso a la justicia en general y a la procedencia de acciones de tutela de derechos fundamentales, véanse Pleno de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 12/2013 (10ª), 18 de abril de 2013 y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia A-169-2006.

En el mismo sentido, en el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH ha utilizado esta interpretación para determinar los alcances de su competencia material:

Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

En razón de las anteriores consideraciones, la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que es competente para interpretar y aplicar la Convención contra la Tortura y declarar la responsabilidad de un Estado que haya dado su consentimiento para obligarse por esta Convención y haya aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>43</sup>

En cuanto a la segunda manifestación, que podríamos calificar de interpretación extensiva propiamente tal, fue el primer sentido en que en el sistema interamericano se comprendió del contenido del principio pro persona. Así lo conceptualizó en un primer momento el juez Piza Escalante señalando que este es un criterio “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen.”<sup>44</sup> Así, por ejemplo, en un reciente caso sobre trata de personas, la Corte IDH interpretó de manera extensiva el concepto de “trata esclavos y mujeres”, en aplicación del principio pro persona:

De lo anterior, la Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión ‘trata de esclavos y de mujeres’ del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la ‘trata de personas’. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos ‘esclavos’, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades.<sup>45</sup>

43. Corte IDH. Caso Vélez Loor vs Panamá. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218, párrs. 34-44. En el mismo sentido, respecto a la extensión de la competencia material de la Corte IDH: Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México. Excepción preliminar. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.

45. Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986. Serie A, núm. 7, opinión del juez Piza Escalante, párr. 36. El destacado es propio.

En este mismo sentido, la SCJN ha extendido la institución de la suplencia de la deficiencia de la queja deficiente no solo al reo, sino también a la víctima u ofendido por el delito:

SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGUARDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B Y 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO, LA PREVEA SÓLO EN BENEFICIO DEL REO. La posibilidad de suplir la queja deficiente en favor de la víctima u ofendido por el delito representa un cambio trascendental a la cultura jurídica preservada en nuestro país desde que se instauró este principio en el juicio de amparo; sin embargo, la práctica jurisdiccional demuestra que en varios asuntos se violan derechos fundamentales en perjuicio de esos sujetos, por lo que es necesario que acudan al amparo solicitando la justicia que no han podido encontrar en las instancias naturales del procedimiento penal. Ahora bien, la labor jurisdiccional cotidiana y las diversas reformas constitucionales y legales enseñan que el derecho es un instrumento evolutivo que no puede permanecer estático ante los cambios de la sociedad, de manera que el significado de justicia, en su acepción elemental de dar a cada quien lo que le pertenece, debe ser moldeado de tal forma que permita aplicar el derecho, no en sentido estricto, sino con un enfoque integral e incluyente acorde con los tiempos que se viven, razón por la cual esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, ha evolucionado significativamente respecto a la visión protectora del ofendido; muestra de ello son los diversos y variados criterios relevantes con marcada mejora en el rubro de acceso pleno a la justicia, esto es, la jurisprudencia se erige como el medio conductor que actualiza las disposiciones de la ley reglamentaria y evita que el derecho positivo caiga en desuso. Así, el modelo de juicio de amparo legalista y rígido, que impone el principio de estricto derecho, ha perdido vigencia para el afectado, en virtud de que actualmente el artículo 20, apartados A y B, de la Constitución Federal, coloca en un mismo plano los derechos del acusado y los de la víctima u ofendido; además, porque el segundo párrafo del numeral 1o. constitucional exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la propia Carta Magna y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro persona. Bajo esa línea argumentativa, se concluye que el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que autoriza la suplencia de la queja deficiente sólo en favor del reo, no corresponde a la realidad constitucional y social de nuestra Nación, pues quedó rebasado por la transformación de los derechos humanos; por lo que debe afirmarse que el espíritu del poder reformador que dio vida a dicho precepto y fracción, ha perdido su asidero constitucional y, por ende, esta Primera Sala determina que tal institución se extiende en pro de la víctima u ofendido por el delito, lo que representa un paso más hacia el fin primordial para el que fue instituido el juicio de control constitucional, esto es, la búsqueda de la justicia.<sup>46</sup>

Otros ejemplos de este tipo de interpretación podemos encontrarlos en resoluciones que —con base en el principio pro persona— cambian el precedente, sosteniendo una nueva interpretación que es más efectiva frente a la realidad social (ejemplo, en relación con la determinación del salario mínimo).<sup>47</sup> Asimismo, podemos inscribir en esta manifestación del principio pro persona aquellas resoluciones que amplían las “categorías sospechosas” de discriminación, introduciendo nuevas categorías, tales como la orientación sexual<sup>48</sup> o la etnia.<sup>49</sup>

46. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 29/2013 (10a.). Siguiendo el mismo razonamiento, se ha extendido, por ejemplo, el uso de la acción de amparo en aquellos supuestos en que existe una afectación indirecta a la libertad personal. Véase Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 3/2013 (10ª).

47. Segunda Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 49/2013 (10ª), 13 de marzo de 2013.

48. Así lo sostuvo la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas: “En este sentido, al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo” Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párrs. 84-85.

49. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279, párr. 202.

El contenido de esta última manifestación del principio pro persona, y como se desprende de la argumentación en los casos referidos, estaría íntimamente vinculada con una concepción evolutiva de la interpretación.<sup>50</sup> La especificidad del principio pro persona en relación con este criterio, estaría dada por la consideración del fin de la norma unida a la observación de la evolución de la comprensión de los fenómenos sociales, de manera de dar una protección efectiva. Como indica Medellín (2013: 25), “... si bien teóricamente se pueden diferenciar estos principios de interpretación, en la práctica se entrelazan constantemente, por lo que no es sencillo delimitar con precisión el alcance de uno y de otro [...] la protección efectiva de la persona implica, sin duda, que quien interprete la norma reconozca el contexto social en que se inserta su decisión y pueda entender los efectos que ésta generará.”

#### IV.III Limitaciones del principio pro persona

En relación con las limitaciones en la aplicación del principio pro persona, la Corte IDH ha destacado que la aplicación de este principio pro persona no puede implicar una “alteración de sistema”. En el caso Viviana Gallardo, la Corte IDH señaló:

La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.<sup>51</sup>

Pero, ¿qué sentido se ha dado a esta afirmación? Parte de la doctrina ha considerado que esto implica que el principio pro persona debe conciliarse con la restricción de derechos basada en el bien público, como, por ejemplo, el orden público o la seguridad nacional. Es decir, la limitación estaría dada por la admisión de restricciones a los derechos con base en objetivos constitucional o convencionalmente legítimos (Sagüés, 1998: 7).

Asimismo, también se ha sostenido que no es posible extraer de este principio un mandato de maximizar en todo cuanto sea posible el contenido de los derechos. Esto, porque en cualquier caso implicaría invadir el espacio de ejercicio de otro derecho (Melgar, 2016: 208-212). Es decir, que no habría una interpretación lo más amplia posible que sea objetivamente limitada y a la vez favorable. Así se ha manifestado la jurisprudencia constitucional en México:

50. En el ámbito de la interpretación constitucional, esta perspectiva está vinculada al concepto de living constitution, que afirma la existencia de una Constitución viva que “crece y cambia de época a época, en orden a encontrar las necesidades de una sociedad cambiante” (Pérez de la Fuente, 2010: 3). Sobre el concepto de interpretación evolutiva, véase también Guastini (2008: 60-62).

51. Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A, núm. 101, decisión del 13 de noviembre de 1981, párr.16.

PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS. En las sentencias de amparo, conforme al actual sistema para la protección de los derechos humanos, el análisis de las cuestiones planteadas debe realizarse tomando en consideración el ámbito de competencia que corresponde a los operadores jurídicos que han intervenido en el acto de autoridad, al así establecerse, conforme a su texto en el artículo 1o. de la Ley Fundamental, por lo que si bien deben acatarse los parámetros contenidos en dicho precepto, de manera destacada el principio interpretativo *pro homine* o pro persona, tal labor debe hacerse sin que su aplicación conduzca a la vulneración de otros derechos previstos a favor de personas diversas al impetrante. Es así, porque este principio hermenéutico no implica que se dejen de observar las normas que regulan la actuación de los juzgadores, en la instancia que les corresponda, pues en su justa dimensión implica que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, sea ésta la que se aplique, cumpliendo desde luego con los principios rectores de la labor jurisdiccional que a su vez son previstos como derechos humanos y desarrollados en la legislación secundaria, porque si no se hiciera, se generaría una vulneración a la seguridad jurídica, principio básico en todo Estado constitucional y democrático de derecho.<sup>52</sup>

En ese sentido, cabe preguntarse entonces qué vinculación tiene este principio con la ponderación o con los supuestos de colisión de derechos. Como señala Sagüés (1998: 7), “los principios interpretativos pro homine, pro libertatis y pro víctima, no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, o un balanceo de valores, en aradas de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común.” Esto lo analizaremos más adelante al estudiar la vinculación del principio pro persona con la ponderación. Otro sentido posible de esta limitación implica entender que el principio pro persona no puede significar, por ejemplo, el desconocimiento total de las normas procesales con el objetivo de resguardar los derechos fundamentales. Un sistema procesal exigiría en cualquier caso el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos. Así ha razonado la SCJN en México:

PRINCIPIO PRO PERSONA Y RECURSO EFECTIVO. EL GOBERNADO NO ESTÁ EXIMIDO DE RESPETAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA PREVISTOS EN LAS LEYES PARA INTERPONER UN MEDIO DE DEFENSA. Si bien la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, implicó la modificación del sistema jurídico mexicano para incorporar el denominado principio pro persona, el cual consiste en brindar la protección más amplia al gobernado, así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos el derecho a un recurso efectivo, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello no significa que en cualquier caso el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sin que importe la verificación de los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, ya que las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución, por lo que tales aspectos, por sí mismos, son insuficientes para declarar procedente lo improcedente.<sup>53</sup>

Finalmente, otra limitación que se ha establecido en relación con la operatividad del principio pro persona —la más polémica—<sup>54</sup> ha sido el estándar fijado por la SCJN con relación al principio pro persona en su vertiente de preferencia normativa, cuando existe una colisión entre tratado y Constitución. Al respecto, la SCJN, al año 2013, en la resolución de contradicción de tesis 293/2011,<sup>55</sup> estableció:

52. Tesis aislada I.5o.C.9 K (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 19, junio de 2015. Tomo III, p. 2363. Las mayúsculas son propias del texto. Las cursivas son del editor.

53. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 10/2014 (10a.). Las mayúsculas son originales del texto.

54. Sobre esta resolución se han suscitado sendos debates académicos. Sobre este debate pueden consultarse los trabajos de Puppo (2016); Silva (2014) y Castilla (2015).

55. La contradicción de tesis fue resuelta por el pleno de la SCJN, y su origen fue la denuncia que se realizó respecto a la existencia de dos criterios interpretativos antagónicos provenientes de tribunales colegiados de circuito, que tenían posturas divergentes en torno a los alcances del artículo 1º constitucional en México (Silva, 2014: 252).

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>56</sup>

En esta decisión —si bien se expresa de manera constante que no existe jerarquía normativa sobre derechos humanos de origen convencional y constitucional—, lo cierto es que, al momento de resolver una contradicción dentro del bloque de normas, se adopta una postura que asume una jerarquía implícita de la norma constitucional, abandonando el criterio pro persona, que también forma parte de dicho bloque de normas. Este es un buen ejemplo de los desafíos interpretativos a los que se enfrenta la jurisdicción constitucional frente a la apertura al DIDH.

En lo que al principio pro persona se refiere, esta resolución da cuenta de la importancia que tiene este principio para resolver conflictos complejos de articulación normativa entre diversas fuentes y que, en definitiva, se resuelven en sede de interpretación constitucional. La aplicación del principio no debería abandonarse, pues conforme se ha examinado, no se trata de un principio constitucional o internacional, sino un principio que informa —en general— el sistema de derechos humanos (compuesto de ambas fuentes). Es precisamente en este tipo de casos donde adquiere una virtualidad práctica como guía para el intérprete constitucional. Como señaló el ministro Cossío en su voto de disidencia: “Lo dispuesto en ella [norma constitucional que consagra el principio pro persona] nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dice que ello será así ‘salvo’ cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico.”<sup>57</sup>

56. Pleno de la SCJN. Contradicción de tesis 293/2011 (10ª). Las mayúsculas son originales del texto.

57. Pleno SCJN. Contradicción de tesis 293/2011 (10ª), voto de disidencia ministro Cossío, p. 4.

Con esto no se quiere establecer la imposibilidad de imponer restricciones a los derechos. Como ya hemos visto, a propósito del análisis de las limitaciones, el principio pro persona no instaura una prohibición de limitación; al contrario, restringe su ejercicio. Por ello, esto exige un análisis caso por caso de la determinación de cuál es la interpretación más favorable en cada caso concreto. Lo que resulta a priori contrario al principio pro persona sería “predeterminar la validez de todos los futuros actos concretos de aplicación de las respectivas restricciones constitucionales expresas” (Silva, 2014: 262). Lo que ocurre es que un sistema complejo de normas de derechos de fuente nacional e internacional, estas irradian todo el sistema jurídico, incluyendo las restricciones constitucionales, que deben interpretarse a la luz de los derechos y garantías que las rodean (Ibidem: 269).

En todo caso, una perspectiva que tome en consideración la idea de sistema y, en consecuencia, la importancia de la coherencia normativa, exploraría, por ejemplo, en atención a este principio, una aplicación de la norma más favorable, pero exhortando a la vez al legislador a resolver las incoherencias constitucionales.<sup>58</sup> Como se explicará más adelante, en este tipo de conflictos, el principio pro persona puede tener un papel relevante en la armonización y coordinación en los sistemas jurídicos en una perspectiva interpretativa.

58. Como señala Pou: “Se trataría, en los casos en los que se enfrentan provisiones específicas de los tratados y de la Constitución claramente contrastantes, no de minimizar o amortiguar o, cuando sea posible, invisibilizar las incoherencias, sino de ayudar a hacer patente su existencia, desarrollar el contenido y las implicaciones de lo que está en juego, e incluir en la sentencia un llamado a los poderes Ejecutivo y Legislativo a ajustar los ingredientes internos del bloque —reformando la Constitución, para alinearla con lo dispuesto en los tratados, o de algún otro modo—. Con independencia de si al final la Corte opta por declarar la constitucionalidad, la inconstitucionalidad o la interpretación conforme, la idea sería que usara su ‘expertise’ institucional en materia de garantía de los derechos para mostrar las incoherencias a los poderes que tienen en sus manos la reforma de la Constitución, y que los invitara a tomar acción respecto de ellos” (Pou, 2016: 4).

59. Sobre el principio de interpretación conforme en España, véase Cuenca, (2012) y Saiz (1999).

60. Sobre el principio de interpretación conforme en México, véase Caballero (2013).

#### IV.IV Principio pro persona e interpretación jurídica

En atención al contenido que se ha dado al principio pro persona en la jurisprudencia interamericana y constitucional que hemos examinado, es posible sostener que tiene un contenido complejo y que se vincula a conceptos clásicos de la interpretación jurídica. En este sentido, conviene revisar sus vinculaciones con otros criterios interpretativos en esta materia, de manera de dilucidar sus aspectos comunes y diferencias de manera de determinar la especificidad del principio pro persona.

##### IV.IV.I Vinculación con la interpretación conforme

La interpretación conforme es aquella técnica de interpretación de los derechos constitucionales que exige su conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos. Un ejemplo de este mandato interpretativo lo encontramos en el artículo 10.2 de la Constitución Política Española<sup>59</sup> o en el artículo 1º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>60</sup> La interpretación conforme es definida como “... la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, para lograr su mayor eficacia y protección” (Ferrer Mac-Gregor, 2009: 22).

En términos simplificados: esta cláusula implica afirmar que en cada acto de creación, interpretación y aplicación del derecho, los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental deben ser leídos en armonía con los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. En este contexto, corresponde preguntarse entonces qué vinculación tiene este mandato con el principio pro persona. En este sentido, Queralt (2008) proporciona una perspectiva interesante de interacción entre ambos.

Sostiene que la “conformidad” se entiende como “compatibilidad” y no como identidad. En efecto, en la medida en que el estándar nacional sea diferente —en términos de otorgar mayor protección y garantía a los derechos— la interpretación conforme no puede hacerse en ningún caso “en detrimento del nivel de garantía alcanzado en nuestro Estado a partir de las previsiones constitucionales, de su desarrollo legislativo y de la concretización que de todo ello haya llevado a cabo el Tribunal Constitucional” (Queralt, 2008: 199).

Por otra parte, el entender este criterio como “conformidad” implica tomar en consideración que el DIDH no se va a utilizar “sólo” en caso de lagunas o falta de determinación del derecho en el ámbito interno, pues se entiende que son ordenamientos mínimos que se retroalimentan entre sí para formar el contenido del derecho (Saiz, 1999: 225-266; Queralt, 2008: 197-201).

En este sentido, es posible sostener entonces que ambos principios se encuentran íntimamente relacionados y que el principio pro persona en relación con la interpretación de conformidad opera como una directriz de preferencia (Wróblewski, 1985: 63), es decir, como aquella que determina la manera de elegir entre los diferentes resultados de la aplicación de las directivas de primer grado (aquellas dirigidas a atribuir el significado, donde se ubicaría la interpretación conforme).<sup>61</sup> Como señala Caballero (2013: 124), el principio pro persona “complementa” a la interpretación conforme, en el sentido de que éste permite una “última y definitiva elección hermenéutica.”

#### IV.IV.II Vinculación con la ponderación

El principio pro persona, en su vertiente de interpretación restringida de límites, encuentra vinculación con la ponderación en cuanto se ha entendido que esta supone, en palabras de la Corte IDH, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo.”<sup>62</sup>

Sin embargo, como hemos visto, el principio pro persona tiene un contenido mucho más amplio que solo la interpretación restringida de límites; en este sentido se puede sostener que el principio pro persona y la ponderación son conceptos diversos, pero que tienen una conexión en cuanto el principio pro persona se

61. Utilizando esta clasificación razona también Ezquiaga (2016: 12).

62. Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 46.

sirve del ejercicio de la ponderación para determinar cuál es la interpretación que restringe de menor manera los derechos en un caso concreto. Como hemos examinado, el principio pro persona no impone una solución determinada, sino es más bien un principio metodológico para la adopción de decisiones. Como indica Medellín (2013: 84), refiriéndose a la diferencia entre ambos, “es posible concluir que, si bien el principio pro persona y la ponderación tienen un contenido propio y autónomo uno de la otra, también tienen una íntima relación. El principio referido será, de inicio, el criterio aplicable al momento de analizar los derechos e intereses entre los cuales se ha presentado la colisión. Por su parte, la ponderación es el ejercicio adecuado para determinar la validez de una limitación establecida.”

63. La idea del “contenido esencial” de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana —y en el 53.1 de la Constitución española— para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen su contenido normativo. Sobre la cláusula del contenido esencial, véase Häberle (2003).

64. En este amplio debate sobre la configuración de los derechos como reglas o principios, opto por una distinción débil entre reglas y principios; es decir, “que los principios no son nada sustancialmente distinto de las normas, caracterizándose simplemente por la posesión de ciertos rasgos (generalidad, fundamentalidad, etcétera), que no se configuran a la manera de todo o nada, sino que se pueden tener, y que de hecho se tienen, en determinada medida” (Prieto, 1992: 32). Esta calificación es coherente con la caracterización que hemos hecho del principio pro persona, puesto que, como también destaca Prieto, “... los principios pueden constituir un valioso instrumento hermenéutico, pues, por su propia estructura se prestan al desarrollo de técnicas interpretativas [...] pero en ningún caso aseguran la anhelada unidad de solución justa ni, lógicamente eliminan por completo la discrecionalidad” (Prieto, 1991: 132). Esta caracterización del principio pro persona será más evidente cuando desarrollemos la distinción entre su operatividad como criterio de validez y como criterio de corrección de la decisión.

65. Siguiendo a Cuenca (2011: 91), un enunciado puede soportar una amplia gama de interpretaciones, pero no aguanta cualquier interpretación. Es decir, “la literalidad, proporcionaría una información no tanto positiva, sino negativa, manifestando no lo que significa un precepto, sino lo que no puede significar.”

#### IV.IV.III Vinculación con el contenido esencial

Al constituirse el principio pro persona en un criterio metodológico de interpretación con un contenido complejo, en relación con la cláusula del contenido esencial,<sup>63</sup> es posible sostener que este principio ordena optimizar la interpretación desde este contenido y, a la vez, impide extender los límites internos de los derechos. Es decir, cuando se propone hacer una interpretación extensiva, ello supondría partir desde un contenido esencial del derecho que no puede ser vulnerado. En ese sentido, difiere de Medellín, quien indica que el principio pro persona sería la manifestación de una concepción de los derechos necesariamente vinculada a su configuración como principios (Medellín, 2013: 20). Entendiendo que los derechos pueden operar como principios y como reglas<sup>64</sup> y que tienen un contenido esencial, que en último término puede ser definido en oposición,<sup>65</sup> el principio pro persona opera como mandato para mejorar el alcance de los derechos a partir de su contenido esencial (interpretación extensiva), pero a la vez como criterio para imponer límites que intenten transgredir este contenido (cuando el principio opera como interpretación restringida de límites). Como veremos a continuación, esta interpretación es coherente con la comprensión del principio que puede ser analizado en relación con la validez y la corrección de la decisión interpretativa.

#### V. Principio pro persona y cuestiones de validez y corrección

Conforme al análisis de la jurisprudencia referida y sus vinculaciones con la interpretación jurídica, hay dos cuestiones que a priori parecieran colisionar con una perspectiva iuspositivista en relación con el principio pro persona: la jerarquía normativa y la vinculación entre derecho y moral.

Sobre la primera, decíamos que el principio pro persona suponía obviar la resolución de los conflictos normativos en términos de jerarquía, para incorporar un nuevo criterio: el de la efectividad de la protección. Como se exponía a propósito de la resolución de la SCJN de México, la perspectiva de la jerarquía (teniendo como parámetro único la Constitución), fue un problema central en la adopción de la excepción a la aplicación del principio pro persona. En este sentido, se podría

sostener que el principio pro persona implica cuestionar el modelo iuspositivista en que el sistema de fuentes se relaciona de manera jerárquica. Sin embargo, una vez que observamos que, en última instancia, sigue siendo la norma superior la que determina el reparto de competencias, el principio pro persona es compatible con la perspectiva jerárquica desde el punto de vista de que es la Constitución la que le otorga validez como criterio interpretativo.<sup>66</sup> En un contexto de interacción entre el DIDH y el derecho interno, la idea de supremacía constitucional sigue vigente, pero adquiere nuevas dimensiones. Como señala Caballero (2013: 134), "... la Constitución no es solo el ordenamiento que determina las formas de producción normativa, sino también la aplicación de otros ordenamientos distintos del interno, es un centro de convergencia en unidad, más que un vértice del cual todo deriva y marca el punto de partida de la ley [...] el principio de supremacía constitucional es un principio que permite ordenar las competencias; la producción normativa, o la aplicación de órdenes normativos complejos y plurales."<sup>67</sup>

Esto se puede sostener con independencia de la positivación del principio (como ocurre con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), pues es un principio respecto del cual, como hemos visto, se puede sostener su presencia implícita en el marco constitucional. A esto se debe añadir su contenido normativo presente en las normas de interpretación en tratados sobre derechos humanos.

La segunda cuestión es más compleja de resolver, pues tiene que ver con la comprensión en general de la compatibilidad del constitucionalismo con el paradigma positivista. Sobre este asunto hay diversas posiciones: desde aquellas que sostienen que la irrupción de los derechos fundamentales en las constituciones implica un retorno al paradigma iusnaturalista por la incorporación de contenidos morales,<sup>68</sup> a quienes sostienen que el constitucionalismo puede ser explicado desde una perspectiva positivista.<sup>69</sup> Respecto a esta controversia, y con relación al principio pro persona, es necesaria la distinción entre corrección y validez de la decisión, para comprender la compatibilidad del principio pro persona desde una perspectiva positivista.

Si bien acudir al principio pro persona como criterio interpretativo no es optativo para el intérprete constitucional (pues constituye un límite material a la interpretación, explícito o implícito en la Constitución), el resultado de su aplicación puede analizarse en términos de corrección de la decisión, mas no de validez de ésta. Es decir, desde la perspectiva de la validez, el intérprete no puede apartarse del contenido constitucional que supone la obligación de aplicar principio pro persona (criterio de validez material), pero el resultado de su aplicación sólo nos permite optar en el mundo de las "opciones constitucionalmente posibles", donde una decisión puede ser válida -aunque incorrecta- desde la perspectiva de la motivación de la misma. Esta distinción permite superar la aparente tensión que generaría el principio pro persona en un paradigma positivista. En este sentido es clara también la SCJN de México al referirse a las tensiones que genera este principio:

66. Esta idea es también desarrollada por Ezquiaga (2016: 12), quien sostiene: "En definitiva, nos encontramos ante directivas de prevalencia, no ante un problema de jerarquía normativa o de derogación de normas, de tal manera que incluso aquella cedería ante el carácter más favorable de otra norma jerárquicamente inferior. Y ello sin que se plantee un problema de legalidad, en la medida que en virtud de la cláusula de interpretación conforme se impondría la aplicación de la norma más protectora, aunque sea la jerárquicamente inferior."

67. Sobre la idea de la supremacía constitucional como convergencia en unidad, véase Zagrebelsky (2013: 13-15).

68. Véase Pérez Luño (2010: 15-33) o Dworkin (2007: 11-44), en una lectura principialista del constitucionalismo.

69. Véase Cuenca (2007); Ansuátegui (2006) y Prieto (2011: 58-92).

PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional —principio pro persona o pro homine—, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional —legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada—, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.<sup>70</sup>

Veremos a continuación, entonces, en qué sentido puede analizarse el principio pro persona en relación con la validez y la corrección de la decisión.

## VI.1 Cuestiones de validez

Siguiendo a Asís (2004: 15-32), en este trabajo se propone distinguir entre validez y corrección de la decisión. En principio, la interpretación es válida si cumple con los requisitos que en cada ordenamiento están establecidos para ello (2004: 29). En este sentido, se entenderán válidas las interpretaciones que cumplan con los siguientes requisitos: a) las interpretaciones de disposiciones jurídicas válidas; b) aparecen justificadas mediante el recurso a alguno de los criterios de interpretación; c) son realizadas por un operador jurídico competente; y d) su resultado no es contradictorio con enunciados normativos de rango superior.

En los ordenamientos jurídicos con derechos, las decisiones interpretativas válidas son aquellas que se ajustan a criterios de validez formal (órgano y procedimiento competente) y material (compatibilidad con los contenidos constitucionales). En atención a esta cuestión, Moreso (1998: 146) ha planteado que existirían mundos constitucionalmente posibles e imposibles. Los primeros serían aquellos que pueden generarse a partir de la Constitución del sistema originario en atención a estos criterios, mientras que el segundo sería aquel que se corresponde a algún sistema que contiene una norma en contradicción con alguna de las normas de la Constitución.

La determinación de la validez es compleja en el sentido de que las normas constitucionales que la determinan (criterios formales y materiales), si bien no son completamente determinadas, sí lo están mínimamente (Cuenca, 2011: 88). Desde esta perspectiva, conviene preguntarse entonces, en qué sentido la utilización (o no) del principio pro persona puede condicionar la validez de la decisión. ¿Cuál es la determinación mínima que podemos sostener respecto de este principio?

70. Segunda Sala de la SCJN. Tesis LXXXII/2012 (10 a), noviembre de 2012. Las mayúsculas son del original. Las cursivas son del editor.

Para llegar a esta determinación mínima habrá que preguntarse qué es lo que, en todo caso, queda excluido de su ámbito; es decir, lo que no puede significar.<sup>71</sup> En atención al contenido jurisprudencial que deriva de este principio, en primer lugar, podemos sostener la imposibilidad de adoptar una decisión que amplíe los límites de un derecho más allá de lo establecido en la norma (añadir límites) y, en segundo, no es posible adoptar una interpretación que restrinja a los titulares del derecho protegido por la norma a menos titulares (excluir titulares del derecho). Si bien el alcance de los mundos constitucionalmente imposibles en relación con este principio parece limitado, es cierto que, al ser planteado en términos de mandato de optimización, como hemos visto, su campo de aplicación más amplio opera en el ámbito de la corrección de la decisión interpretativa.

## V.II Cuestiones de corrección

El principio pro persona es un criterio metodológico de interpretación que nos ayuda a tomar una decisión interpretativa correcta en materia de derechos fundamentales. Esto, pues al ser una herramienta que nos permite tomar decisiones en mundos constitucionalmente posibles, opera como criterio interpretativo en el ámbito de las razones (Asís, 2004: 14), ámbito que es referente para tomar decisiones que no lesionen la dignidad humana, rechazando interpretaciones desfavorables a la integridad, igualdad y libertad de los individuos. Asimismo, nos permite solucionar conflictos entre normas y controversias interpretativas, teniendo en especial consideración el objeto y fin de la norma.

Un tópico común en los debates jurídicos en torno al principio pro persona, por ejemplo, en el ámbito mexicano, lo constituye el argumento de que este principio es “endeble, altamente subjetivo, construido de buenas intenciones y modulado en el sentido de que se prefiera” (Caballero, 2013: 122). Sin embargo, con base en las normas internacionales sobre derechos humanos, como parte del fundamento de este principio y de su desarrollo jurisprudencial, la decisión judicial puede asumir un modelo en función de parámetros metodológicos razonables que la tornen aceptable.

Siguiendo la distinción planteada por Asís, es posible distinguir entre una motivación de la decisión suficiente completa y suficiente. La motivación suficiente es aquella que puede considerarse como válida; la completa es la racionalmente correcta, y la correcta es aquella que tiene un conjunto de elementos que deben estar presentes en la justificación de una decisión judicial desde la perspectiva de una determinada teoría de la justicia (Asís, 2005: 27-33).

Según los elementos que hemos revisado en torno al concepto del principio pro persona en la jurisprudencia interamericana y constitucional, así como las funciones que cumple el principio en relación con la interpretación y argumentación jurídica con relación a los derechos, es posible sostener que un modelo de motivación correcta de la decisión (que incluye una decisión que es

71. Sobre la determinación mínima, seguimos en esto a Cuenca (2011: 88-96).

a la vez suficiente y completa)<sup>72</sup> con base en el principio pro persona, debería contener al menos los siguientes elementos:

a) En la determinación de la norma (selección de la regla), en caso de existir más de una norma aplicable, preferir la que sea más favorable a la protección de los derechos de la persona. Deben explicarse los motivos de elección de la regla con base en el principio. La decisión debe contestar la siguiente pregunta: ¿Por qué dicha norma es la que favorece de mejor manera la protección de la persona en el caso concreto?

b) Una vez seleccionada la regla aplicable, en caso de existir más de un significado de la regla, escoger aquel significado que optimice la protección (interpretación extensiva). El intérprete debe preguntarse: ¿Es la interpretación que favorece de mejor forma la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto?

c) Existiendo más de una persona afectada por la decisión jurídica, escoger aquella interpretación que restrinja de menor manera los derechos de las personas (interpretación restringida de los límites). El intérprete debe preguntarse: ¿Es la decisión que restringe de menor manera los derechos en juego?

d) Al observar la decisión en su conjunto, considerar el objeto y fin para el cual fueron creadas las normas aplicadas en relación con los derechos fundamentales (interpretación teleológica propiamente tal). El intérprete debe preguntarse: ¿Mi decisión considera el objeto y fin para el cual están creadas las normas sobre derechos fundamentales? En este punto resultan útiles los criterios enunciados por Asís (2005: 149) respecto a la motivación de la decisión respecto a derechos fundamentales: “validación de todo el proceso tomando como referencia el respeto a la capacidad de elección, la autonomía individual, la independencia, la satisfacción de necesidades básicas y el logro de planes de vida.”

Este modelo impone precisar los criterios de decisión, a fin de controlar y generar una aceptabilidad de la decisión interpretativa en función de los argumentos presentados. De esta manera, el principio pro persona no se transforma en una “herramienta para resolver a priori en el sentido que se desee” (Caballero, 2013: 123). En efecto, los elementos planteados en el modelo de decisiones respecto a derechos fundamentales, en un contexto de interacción entre el DIDH y el derecho interno (Asís, 2005: 150-158) nos llevará a un modelo de juez(a) razonable; esto es, un juez(a) sometido(a) al derecho (de fuente interna e internacional), respetuoso(a) de las exigencias que se deducen de una motivación válida y que desenvuelve su actividad justificatoria tomando como referencia la idea de aceptabilidad de sus decisiones).

La incorporación del principio pro persona, con el contenido que se ha planteado, podría colaborar en la solución de problemas interpretativos complejos, al establecerse una metodología de decisión que permite tomar decisiones

72. Asumiendo que el modelo presentado presupone los elementos de una motivación válida y completa.

que permiten armonizar los contenidos de sistemas jurídicos en relación con derechos fundamentales. Pero la incorporación del principio no solo armoniza, sino que maximiza la protección. En la medida en que el desarrollo de estándares jurisprudenciales toma en consideración este principio, la interpretación de los derechos se va guiando no solo por la perspectiva interna, sino también internacional en relación con la interpretación. Por su parte, el DIDH mira también a los desarrollos de los Estados para asentar su jurisprudencia. Este “diálogo jurisprudencial”<sup>73</sup> entre las cortes constitucionales y los organismos internacionales de protección dinamiza el sistema jurídico y permite su evolución y adaptación en realidades. Esta herramienta para canalizar el diálogo podría ser considerada de aquellas que, si bien están reguladas (en tanto se sostienen en las normas internacionales sobre interpretación de derechos humanos), su aparición puede ser espontánea por la interpretación constitucional.<sup>74</sup>

## VI. Conclusiones

a) La justicia constitucional enfrenta desafíos relevantes desde la perspectiva de la interpretación jurídica en el contexto de apertura al DIDH, derivados de la existencia de múltiples fuentes que confluyen al momento de decidir. El principio pro persona es un metacriterio interpretativo que puede desempeñar un papel relevante como base de actuación para la jurisdicción constitucional frente a escenarios interpretativos complejos.

b) En atención al desarrollo jurisprudencial, el principio pro persona es la interpretación metodológica de un contenido complejo que informa de todo el sistema jurídico e institucional de interpretación de los derechos humanos. Este principio implica una interpretación basada en los derechos, que exige tomar decisiones que no contravengan el objeto y fin de las normas de protección. Además, desde la perspectiva de interpretación de los derechos, exige realizar tanto la preferencia normativa como la interpretativa.

c) Su interrelación con otros criterios interpretativos en materia de derechos fundamentales (como el teleológico, el evolutivo, de ponderación e interpretación conforme), hace que el principio se transforme en un metacriterio interpretativo metodológico en materia de derechos fundamentales que orienta y dirige las opciones de interpretación.

d) Utilizando la distinción entre corrección y validez de la decisión interpretativa, es posible sostener que el principio pro persona es compatible con una concepción *iuspositivista* del derecho, en la medida en que la validez de la decisión interpretativa solo estaría condicionada por el principio, en la medida en que es un principio metodológico que debe ser utilizado como referente necesario (al ser un principio constitucionalizado que condiciona la validez material de la decisión), pero la decisión interpretativa que se adopte en virtud de este principio solo puede ser analizada en términos de corrección.

73. Entendemos diálogo no como una mera referencia al derecho comparado (esta ha sido la crítica al concepto de diálogo que han realizado autores como De Vergottini (2011), sino como una categoría propia de escenarios de pluralismo constitucional que consiste en la “comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal” (Bustos, 2013: 176). El ámbito de aplicación del diálogo es justamente el “territorio disputado” entre ordenamientos jurídicos confluyentes. Esta obligación se da, por ejemplo, en el caso español por la introducción de la cláusula de interpretación conforme del artículo 10.2. Véase Cuenca (2012).

74. Los diálogos regulados son aquellos que son objeto de una normativa que los canaliza, mientras que los espontáneos aprovechan cauces y técnicas preexistentes para canalizarse (Burgorgue-Larsen, 2013: 134-135).

e) Una de las virtualidades prácticas más relevantes del principio consiste en ser una guía interpretativa para adoptar decisiones ante los mundos constitucionalmente posibles que se generan a propósito de la ampliación de las constituciones en su contenido material por la apertura hacia el DIDH. En un orden jurídico complejo donde la Constitución, por la incorporación de los tratados sobre derechos humanos, ha pasado a ser una Constitución con un contenido material más amplio, el principio pasa a ser un “elemento que rompe jerarquías entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad y evita conflicto entre éstas, ya que en caso de que esté en pugna el contenido de una norma de la Constitución *stricto sensu* y una norma de la Constitución *lato sensu*, la aplicación del principio pro persona será la llave que dé la solución, la base para la toma de decisión de la norma que prevalecerá” (Castilla, 2011: 152). Sin embargo, como vimos, es el contenido que también ha traído consigo una mayor dificultad de implementación jurisprudencial. Lo relevante para superar estas dificultades interpretativas tiene que ver con tomarse en serio la dimensión no solo axiológica (corrección), sino también normativa del principio (artículo 29 de la CADH, artículo 5° del PIDCP) en términos de que condiciona la validez de la decisión interpretativa cuando se añaden límites a los derechos o se restringen sus titulares.

f) En atención a los fundamentos del principio en las normas del DIDH y sus bases en la misma concepción de la interpretación de derechos fundamentales, su implementación también puede darse más allá de las fronteras de América Latina. El principio puede ser un aporte como metodología para la solución de conflictos interpretativos complejos, por la interacción entre sistemas jurídicos diversos (local, nacional, transnacional e internacional).

g) Si la utilización del principio se realiza en los términos indicados, generándose un diálogo jurisprudencial, puede transformarse en un elemento para la generación una dinamización y unificación de la jurisprudencia internacional y nacional, estableciéndose las bases para una armonización de sistemas jurídicos que tengan como centro la optimización de la protección de la persona humana, fortaleciéndose la vocación de universalidad de los derechos.

## Bibliografía

Acosta, Paola (2016). “Zombis vs Frankenstein: ‘Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno’”. *Revista de Estudios Constitucionales*, 14 (1) 15-60.

Amaya, Álvaro (2005). “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs el consentimiento del Estado”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (5), pp. 337-380.

Ansuátegui, Francisco (2006). “Positivism jurídico y sistemas mixtos”. En *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*,

España, Universidad de Salamanca, pp. 601-622.

Asís, Rafael (2001). *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas y Dykinson.

Asís, Rafael (2004). “Los derechos y la argumentación judicial”. *Revista Asamblea de Madrid*, (10), pp. 13-33.

Ayala, C. (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Porrúa.

Asís, Rafael (2005). *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson.

Barranco, María del Carmen (2004). *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons e Instituto Bartolomé de las Casas / Universidad Carlos III de Madrid.

Benadava, Santiago (1992). “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”. En *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bidart, German (1999). *La interpretación del sistema de derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar.

Bustos, Rafael (2013). “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. En: *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 169-218.

Burgogue-Larsen, Laurence (2013). La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 131-167.

Caballero, J. (2009). *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. México: Porrúa.

Caballero, J. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”. En M. Carbonell, y P. Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 103-133.

Caballero, José Luis (2013). *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa.

Cançado, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Castañeda, Mireya (2015). *El principio pro persona: experiencia y expectativas*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Castilla, Karlos (2009). “El principio pro persona en la administración de justicia”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, UNAM (20), pp. 65-83.

Castilla, Karlos (2011). Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México. *Revista Cuestiones Constitucionales*, UNAM (2), pp. 123-164.

Carpio, Édgar (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.

Cuenca, Patricia (2007). “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (15), pp. 1-37.

Cuenca, Patricia (2011). “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (23), pp. 74-96.

Cuenca, Patricia (2012). “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”. *Revista de Estudios Jurídicos* (12), pp. 1-24.

Dulitzky, A. (1996). “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”. En *Estudios especializados de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I, pp. 129-166.

Dworkin, Ronald (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.

Ezquiaga, Francisco (2016). *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*. Alicante: Universidad de Alicante. Obtenido de [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/EZQUIAGA-Argumentando%20conforme%20a%20los%20tratados%20internacionales%20Alicante .pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/EZQUIAGA-Argumentando%20conforme%20a%20los%20tratados%20internacionales%20Alicante.pdf)

Ferrer-MacGregor, Eduardo (2009). Prólogo. En *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México* (pp. 18-31). México: Porrúa.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”. En A. Saiz y E. F. Mac-Gregor, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, pp. 91-185.

García Sayán, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004* San José de Costa Rica, pp. 323-384.

Guastini, Ricardo (1996). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Guastini, Ricardo (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México: Trotta-UNAM.

Häberle, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bönn*. Madrid: Dykinson.

Häberle, Peter (2017). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.

Henderson, Humberto (2005). “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”. Revista del *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 39, pp. 71-99.

Landa, César (2012). “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”. En A. Saiz, y E. F. Mac-Gregor, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa* México: Porrúa, pp. 307-332.

Medellín, Ximena (2013). *Principio pro persona*. México: SCJN, OACNUDH y CDHDF.

Melgar, Adriana (2016). *El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*. Lima: Universidad Católica de San Pablo.

Moreso, José Juan (1998). “Mundos constitucionalmente posibles”. Revista *Isonomía* (8), pp. 139-159.

Nash, Claudio (2013a). *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. México: Porrúa.

Nash, Claudio (2013b). “El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Diálogo judicial multinivel y principios*

*interpretativos favor persona y de proporcionalidad.* Santiago: Librotecnia.

Nogueira, Humberto (2015). *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa.* Comunicación presentada en el II Congreso de Justicia Constitucional, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de [http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015\\_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf](http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf)

Núñez, Constanza (2017). *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica.* Materiales de Filosofía del Derecho Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/25317>

Peces-Barba, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales.* Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson.

Pérez de la Fuente, Óscar (2010). “Sobre algunas concepciones en la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana”. *Papeles Teoría y Filosofía del Derecho* (4).

Pérez Luño, Antonio (2010). *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá.

Pérez-Tremps, Pablo (2011). La interpretación de los derechos fundamentales. En: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo.* Sevilla: Tirant Lo Blanch.

Pinto, Mónica (1997). “El principio pro *homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales* Buenos Aires: Editorial del Puerto; CELS, pp. 163-171).

Pou, Francisca (2016). “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”. En *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates.* México: Tirant lo Blanch [en prensa].

Prieto, Luis (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Prieto, Luis (2011). *Constitucionalismo y positivismo.* México, DF: Fontamara.

Queralt, Argelia (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Saiz, Alejandro (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El artículo 10.2 de la Constitución Española. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Sagüés, Néstor (1998). *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

Silva, Fernando (2014). “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T 293/2011 del pleno de la SCJN”. *Revista Cuestiones Constitucionales* (30), pp. 251-272.

Vergottini, Giuseppe (2011). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas-Thomson.

Wròblewski, Jerzy (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

## 1. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

1. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 20/2012 (10ª), 8 de febrero de 2012.
2. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 88/2012 (10ª), 29 de agosto de 2012.
3. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 107/2012 (10ª), 3 de octubre de 2012.
4. Segunda Sala de la SCJN. Tesis LXXXII/2012 (10ª), noviembre de 2012.
5. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 3/2013 (10ª), 5 de diciembre de 2012.
6. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 29/2013 (10ª), 20 febrero 2013.
7. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 39/2013 (10ª), 13 de marzo de 2013.

8. Pleno del SCJN. Tesis de jurisprudencia 12/2013 (10ª), 18 de abril de 2013.
9. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 10/2014 (10a.), 7 de febrero de 2014.
10. Tribunal Pleno de la SCJN. Tesis 21/2014 (10a.), 18 de marzo de 2014.
11. Pleno de la SCJN. Contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013.
12. Primera Sala de la SCJN. Tesis CCXCI/2014 (10 a.), agosto 2014.
13. Primera Sala de la SCJN. Tesis de jurisprudencia 48/2015 (10a.), 3 de junio de 2015.

#### Corte Constitucional de Colombia

1. Sentencia T-859-2003, 25 de septiembre de 2003.
2. Sentencia C-148-2005, 22 de febrero de 2005.
3. Sentencia T-037-2006, 30 de enero de 2006.
4. Sentencia A-169-06, 7 de junio de 2006.
5. Sentencia T-630-2007, 15 de agosto de 2007.
6. Sentencia T-760-2008, 31 de julio de 2008.
7. Sentencia T-171- 2009, 18 de marzo de 2009.
8. Sentencia C-372-2009, 27 de mayo de 2009.
9. Sentencia T-646-2011, 1 de septiembre de 2011.
10. Sentencia T-1064-2012, 6 de diciembre de 2012.
11. Sentencia A-119-2013, 12 de marzo de 2013.
12. Sentencia C-438-2013, 10 de julio de 2013.
13. Sentencia C-313-2014, 29 de mayo de 2014.
14. Sentencia C-042-17, 1 de febrero de 2017.

## Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A, núm. 101, decisión del 13 de noviembre de 1981.
2. Opinión consultiva OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2
3. Opinión consultiva OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5.
4. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A, núm. 7.
5. Caso Blake vs Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de octubre de 1999. Serie C, núm. 57.
6. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.
7. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C, núm. 109.
8. Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.
9. Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.
10. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México. Excepción preliminar. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.
11. Caso Vélez Loor vs Panamá. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.
12. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.
13. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

14. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279
15. Opinión consultiva OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador, del 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22.
16. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.
17. Caso I.V. vs Bolivia. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

# Activismo judicial del Tribunal Constitucional Peruano. Una introducción a su estudio: aspectos generales y algunos casos

Oswaldo Zavala Blas

*I. Cuestión previa: el concepto de activismo judicial. II. Activismo del tribunal constitucional peruano. III. Conclusiones. IV. Referencias.*

## I. Cuestión previa: el concepto de activismo judicial

Para intentar realizar un estudio introductorio del activismo judicial desarrollado por el Tribunal Constitucional Peruano, es necesario, en primer lugar, describir lo que se entiende por activismo judicial y asumir una postura en medio de las diversas concepciones de este fenómeno. En tal razón, sin necesidad de profundizar en demasía en la cuestión del concepto de activismo judicial, se harán unas someras referencias de algunos conceptos y finalmente se terminará eligiendo uno de tal manera que sirva como instrumento guía de los casos que se plantearán más adelante.

Un primer punto de partida se encuentra en la génesis de esta locución. Según Maraniello (2008), se empezó a hablar de activismo judicial desde el conocido caso *Brown vs Borrad of Education*, mediante el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos, presidida por el juez Warren, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas estadounidenses, indicando que en la educación pública no cabe la doctrina separados, pero iguales. Después de este caso sucedieron otros que enarbolaron a la Suprema Corte de los Estados Unidos como el paradigma del activismo judicial.

El activismo judicial nace como una actividad propia de los jueces, tendente a proteger determinados derechos, como en el caso antes mencionado, en que se protegió la igualdad. En esa línea, lo deja ver Wayne (1992) al establecer que hay dos tipos de activismo judicial: “jurisprudential activism and remedial activism”. Sobre el primero, señala que implica una necesaria consulta de fuentes extratextuales de interpretación constitucional, que busca la protección de los derechos individuales frente al poder del Estado, y que termina oponiéndose a

determinadas leyes. La práctica del Tribunal Warren sirve como paradigma de este tipo de activismo judicial.

El segundo tipo de activismo es el *remedial activism*, el cual se da cuando los jueces interfieren en las funciones de otros poderes del Estado para remediar o corregir situaciones. Wayne (1992) lo explica con los casos donde él mismo, en su labor de juez, tuvo que regular determinadas condiciones carcelarias de tal modo que no se afecten derechos constitucionales. Claro que con esta labor estaba de alguna forma administrando las cárceles, lo que es una facultad no otorgada a su cargo de juez (p. 12).

Ambos tipos de activismo planteados por Wayne se refieren a actividades ejercidas por los jueces. En una se resalta la protección de los derechos individuales a partir de la interpretación, y en la otra, la extralimitación de las funciones judiciales. Si bien tales planteamientos del juez estadounidense son importantes, no terminan delimitando con precisión lo que sería el activismo judicial o sus elementos esenciales, máxime si se considera que hoy en día existen diversas definiciones sobre el tema, que resaltan algunos aspectos como el jurídico (interpretación) o la finalidad de las decisiones (mayor protección de derechos) o que consideran ambos a la vez.

La profesora brasileña Hennig (2012) hace hincapié en la forma jurídica en que se realiza el activismo. Por eso lo entiende como “un determinado modo de interpretación y aplicación de la Constitución” (p. 440). Esta definición se sitúa en el marco de la teoría del derecho, puesto que se centra en el modo jurídico en que se lleva a cabo el activismo.

De otro lado, Timm (2011), al definir el activismo judicial progresista, señala que sería:

... una serie de actuaciones desplegadas desde la judicatura, en los distintos momentos procesales de un caso, en los que la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por víctimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido (p. 103).

Esta definición viene a resaltar más que nada el contenido o finalidad de las decisiones activistas, las mismas que están vinculadas a proteger u otorgar mayor protección de derechos humanos, de la índole que sea. Aquí, tomando la tipología de Wayne, estaríamos frente al jurisprudential activism.

Por su parte, Guastini (2008) propone una definición sobre el activismo judicial que abarca tanto el aspecto jurídico (interpretación) como la finalidad política de éste. Este autor manifiesta que “... esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual: en otras palabras, favorece la libre creación del derecho constitucional por parte de los jueces” (p.

64). Este sería el aspecto jurídico de su definición.

Asimismo, también agrega que la finalidad de esta interpretación es adaptar “los valores constitucionales a las necesidades de la vida real”. Más adelante acota que el activismo judicial se inspira en el valor de la congruencia del derecho con la consciencia social, en la metaética utilitarista, en el deber de los jueces de proteger los derechos ciudadanos, y en otros valores difíciles de identificar. De esta manera, Guastini, aunque no lo expresa de forma literal, caracteriza al activismo judicial con una especial finalidad de las decisiones judiciales.

Una definición semejante y a la vez distinta con la precedente, la formula Feoli (2016) en los siguientes términos:

... es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales (p. 87).

Una coincidencia entre esta definición y la planteada por Guastini la encontramos en la no literalidad de la interpretación. De otro lado, una diferencia sería que mientras Guastini formula una finalidad de las decisiones activistas vinculadas a la protección de derechos, metaética utilitarista, etcétera, Feoli no lo indica, pero agrega que el activismo judicial puede incluir definición/invalidación de políticas públicas y la invalidación de las decisiones de otros poderes.

En mi opinión, podría optarse por una conceptualización que incluya todos los elementos mencionados por los autores anteriores, de modo que encontremos una caracterización del activismo completa. Así, podría afirmarse que el activismo judicial, primero tiene un específico aspecto jurídico, que consiste en un modo de interpretación no textual; segundo, que con ello se busca una finalidad, como obtener una mayor protección de derechos u otros fines similares; y, tercero, que las consecuencias son una invalidación de decisiones o políticas de otros poderes del Estado o, incluso, llegando a definir o precisar cómo deberían regularse las acciones o políticas de otros órganos.

Al haber tomado posición en torno a la definición del activismo judicial, se puede pretender describirlo a partir de la experiencia peruana. Tal empresa implica tomar en consideración al menos dos cuestiones: la primera, que la particularidad del ordenamiento jurídico peruano otorga la facultad de ejercer control constitucional a los jueces de todas las jurisdicciones, desde el Tribunal Constitucional (órgano concentrado del control constitucional) hasta los jueces de la jurisdicción ordinaria (control difuso), lo que implica que el activismo judicial pueda darse, y en efecto se ha dado no solo en la jurisdicción constitucional; la

segunda, que por una cuestión de brevedad y a fin de acotar la presente descripción, solo se estudiará la actividad del Tribunal Constitucional en la medida en que es el órgano que ha emitido mayor jurisprudencia que puede considerarse como activismo judicial.

Siendo así, se hará una breve descripción de los antecedentes del activismo judicial ejercido por un órgano concentrado de control constitucional. También se hará una referencia somera sobre el papel y funciones que tiene el Tribunal Constitucional en la medida que permiten comprender adecuadamente sus fallos, y, finalmente se describirán algunos casos emblemáticos a fin de determinar si éstos pueden o no encuadrarse dentro del activismo judicial en los términos que se han señalado.

## II. Activismo del tribunal constitucional peruano

### II.I Antecedentes: El Tribunal de Garantías Constitucionales

No es hasta la Constitución peruana de 1979 cuando se incorpora por primera vez el control concentrado de constitucionalidad de normas con rango de ley a través de un tribunal *ad hoc* (Blume, 2004: 239). Dicho texto hacía la distinción entre derechos y garantías constitucionales, como la acción de amparo y la acción de *habeas corpus*, para cuyo conocimiento establecía la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (Rodríguez, 2006: 157). En efecto, la Constitución de 1979, en su artículo 296 y siguientes, instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales como el órgano encargado del control de la Constitución, asignándole la función de declarar la inconstitucionalidad de leyes y demás normas, así como de conocer en casación las resoluciones denegatorias en materia de *habeas corpus* y amparo.

El Tribunal de Garantías Constitucionales tuvo un periodo de funcionamiento de diez años, hasta que fue desactivado en 1992 mediante el autogolpe de Estado de Alberto Fujimori. Es importante precisar que mientras estuvo en funcionamiento no desarrolló una actividad que pueda enmarcarse dentro de la definición de activismo judicial. Por el contrario, como lo señala Landa (2007): “El Tribunal de Garantías Constitucionales cumplió un tímido rol como órgano de control de la Constitución. En efecto, jugó un opaco papel en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y realizó una mínima labor de control constitucional de tutela judicial de los derechos fundamentales” (p. 167).

Durante el periodo de funcionamiento del TGC se plantearon 28 acciones de inconstitucionalidad, de las cuales solo se resolvieron 15, y de éstas solo cinco fueron declaradas fundadas, y, por tanto, inconstitucionales las normas cuestionadas (Landa: 116). Uno de aquellos casos en que el TGC declaró fundada

(en parte) la acción de inconstitucionalidad, es en el que se cuestionaba el decreto legislativo 651. Esta norma fue emitida mediante delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la República, por el Poder Ejecutivo en 1991, y principalmente lo que establecía en su artículo primero, era un régimen de libre competencia en la determinación de las tarifas del servicio de transporte público urbano e interurbano.

Comoquiera que esta medida no fue del agrado de cierto sector político, un grupo parlamentario de oposición interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el citado decreto, alegando que la atribución de establecer las tarifas del servicio público de transporte le correspondía a las municipalidades, según lo había establecido la Ley Orgánica de Municipalidades y la misma Constitución; y que la norma objetada violaba la autorización legislativa para regular en materia de crecimiento de la inversión privada (Landa Arroyo, 2007: 145).

El Tribunal de Garantías Constitucionales resolvió el caso declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad en la medida en que, según "... el artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución de 1979, las Municipalidades son competentes para fijar tarifas del servicio público de transporte de pasajeros" (STGC del 29 de enero de 1992: 7); por tanto, el decreto legislativo cuestionado violaba las competencias de las municipalidades.

Una cuestión que no debe perderse de vista es que el TGC, en uno de los fundamentos de la sentencia que resolvió el caso, señaló:

corresponde al Gobierno Central normar tanto básica como específicamente la vialidad y transporte de carácter nacional, pero en lo que concierne al transporte colectivo urbano debe concretarse únicamente a prever normas declarativas (que fijen solamente criterios básicos, rectores) inherentes al modelo para que el Gobierno Local concrete la regulación específica... (Tribunal de Garantías Constitucionales, Sentencia del 29 de enero de 1992).

En este párrafo, el TGC establecía algunos lineamientos referidos a cómo debía el Gobierno central normar al transporte nacional y urbano, respetando las competencias de los gobiernos locales. Era claro que el tribunal estaba estableciendo criterios o en todo caso límites a las funciones o facultades del Poder Ejecutivo. Por eso, incluso Landa (2007), refiere que dichas líneas citadas fueron propias "de una sentencia orientadora o *sentenze-indirizzo*" (p. 158). En ese sentido, este caso puede considerarse como un antecedente primigenio del activismo judicial realizado por un órgano concentrado de control constitucional.

A diferencia del TGC, el nuevo órgano de control de constitucionalidad que se instituiría con la Constitución de 1993 tendría —luego de la caída de la dictadura del régimen de Fujimori—, un papel más protagónico en la defensa de los derechos humanos y también polémico en la medida en que su actuación en muchas ocasiones traspasaba las funciones de otros órganos del Estado.

## II.II Funciones del Tribunal Constitucional

Tras el autogolpe de Estado dado por Alberto Fujimori en abril de 1992, se dio paso a un proceso de debate para la creación de un nuevo texto constitucional que decantaría en la hoy vigente Constitución Política del Perú de 1993. Morales (2014) informa que en el debate de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, el partido de Alberto Fujimori planteaba que fuera la Corte Suprema el órgano encargado del control constitucional. Sin embargo, la opinión del exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales Manuel Aguirre Roca, así como de Domingo García Belaunde, fueron determinantes para que se restituyera la figura de un tribunal independiente a los demás poderes del Estado, encargado del control constitucional.

En el texto final de la Constitución de 1993 quedaría consagrado el papel del Tribunal Constitucional,<sup>1</sup> tanto en el artículo 201 como en el 202. En el primero se estatuyó el Tribunal Constitucional como el órgano encargado de ejercer el control de la Constitución, y en el segundo, se precisaron las funciones que tiene este órgano. Dos de aquellas funciones son “privativas y de única incumbencia” (García, 2001: 34) del tribunal: el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia. La otra función, la comparte con el Poder Judicial, puesto que el Tribunal Constitucional actúa como última instancia luego de que se agote la vía de la jurisdicción ordinaria: conocer las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento.

Ahora bien, para tratar de entender el contexto y las condiciones en que se ha desarrollado el activismo judicial del tribunal, hay que hacer una muy breve revisión de la función relativa al conocimiento del proceso de inconstitucionalidad y la relativa al conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad, puesto que es a partir de estas funciones que el tribunal puede emitir pronunciamientos que se enmarquen dentro del activismo judicial.

La primera función está referida a controlar la constitucionalidad de las normas legales. El instrumento para realizar esta función es el denominado proceso de inconstitucionalidad, mediante el cual puede controlar la compatibilidad de las normas con rango de ley con la Constitución. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional prescribe que la finalidad de este proceso es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa.<sup>2</sup> El fundamento de este proceso viene a ser el principio de supremacía constitucional

Asimismo, en el artículo 204 de la Constitución de 1993 se indica de forma específica una de las facultades del tribunal a partir del proceso de inconstitucionalidad: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.” Este artículo le otorga al Tribunal Constitucional el poder de expulsar del ordenamiento jurídico normas legales. Con ello se presenta

1. En la Constitución de 1993 no solo se instauró el control concentrado, sino también en su artículo 138 se estableció el control difuso: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Con dicha configuración, la Constitución de 1993 continuaría el modelo de control constitucional establecido por la Constitución de 1979, adoptando el modelo denominado dual o paralelo, en la medida que están presentes tanto el control difuso y el control concentrado; pero sin que exista una mixtura o simbiosis, sino una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo; que no se cruzan ni se oponen en lo esencial (García, 2001: 30).

2. El mismo artículo señala que las infracciones pueden ser directas o indirectas, totales o parciales. Para mayor abundamiento, revisar Beaumont (2011).

como un legislador negativo, que a diferencia de los demás poderes que legislan, no tiene el respaldo de la legitimidad democrática.

Al hilo de lo precedente, un aspecto que vale la pena destacar es la diferencia con la potestad que otorgaba la Constitución de 1979 al Tribunal de Garantías Constitucionales. En éste, la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de una ley era comunicada al Congreso para que la derogara, y si en el término de 45 días naturales no la derogaba, se consideraba derogada. (Rodríguez, 2006: 159). Como se aprecia, la Constitución de 1979 era un tanto más protocolar y deferente con el Poder Legislativo, pero también un tanto más engorrosa y dilatoria para expulsar del ordenamiento jurídico normas inconstitucionales.

De otro lado, en el artículo 77 del Código Procesal Constitucional se establecen los casos de procedencia del proceso de inconstitucionalidad, precisándose que esta medida procede contra las normas con rango de ley: desde leyes y decretos legislativos, hasta ordenanzas municipales. Con ello, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de controlar los actos normativos que emiten el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y municipalidades. Pero este control no solo se efectúa derogando normas, sino que, en muchos casos, como los que se verán más adelante, el Tribunal suele plantear una opción constitucional correcta sobre el caso, opción que termina recomendando y que en muchos casos los poderes del Estado acatan.

La otra función del Tribunal Constitucional que resulta importante de mencionar para los fines del presente trabajo es el conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad: *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Ocurre que el Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer en última y definitiva instancia los procesos constitucionales mencionados, que han sido declarados infundados o improcedentes en segunda instancia en el Poder Judicial. La finalidad de esta atribución la encontramos en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, cuando indica: "... los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional."

La protección de los derechos implica, en primer lugar, establecer cuáles son los derechos, para lo cual los textos constitucionales son muy útiles para determinarlos. Sin embargo, no siempre los derechos se encuentran positivados en las constituciones. Muchas veces éstos se desprenden de los existentes o de otros valores constitucionales y que, en todo caso, han sido reconocidos mediante jurisprudencia del Tribunal.<sup>3</sup> Así, el artículo 3º de la Constitución indica que "... la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno." En ese sentido,

3. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido en el Exp. 6534-2006-AA/TC el derecho al agua como un derecho fundamental: "... permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho."

hay que tener presente que mediante los procesos constitucionales no solo se han protegido derechos enunciados literalmente, sino algunos que se han desprendido de otros derechos o valores, hecho que, por cierto, podría encuadrarse dentro del activismo judicial.

En relación con los supuestos de procedencia de los procesos constitucionales analizados, el artículo 2° del Código Procesal Constitucional establece su viabilidad cuando se amenace o violen derechos constitucionales por acción u omisión por parte de cualquier funcionario, autoridad o persona. Asimismo, en el artículo 3° del citado cuerpo legal se prevé la posibilidad de cuestionar mediante estos procesos, violaciones o amenazas a derechos constitucionales como consecuencia de la aplicación de normas autoaplicativas.<sup>4</sup> Incluso, el artículo 4° del mismo texto comentado habla de la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales firmes, mediante los procesos de habeas corpus o amparo. De esta forma, el ordenamiento jurídico ha otorgado al Tribunal Constitucional un amplio margen de competencia para controlar a diversos órganos: desde los que emiten normas hasta los que administran justicia.

Otro aspecto que tampoco puede soslayarse, con miras a analizar el activismo del Tribunal, es el precedente constitucional. Esta figura se consagró en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de la siguiente manera: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.” Precisamente sobre el efecto normativo es necesario precisar que “... el Tribunal a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto” (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005).

Aquel poder normativo opera ante determinados supuestos<sup>5</sup> y tiene específicos efectos. Sobre los efectos en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado:

Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005)

El propio Tribunal ha sido el que ha regulado los alcances de sus precedentes vinculantes (basándose en la doctrina anglosajona), los que equipara, como se aprecia en la cita anterior, a normas con rango de ley. Lo importante, en todo caso, es resaltar que el Tribunal Constitucional tiene, además de expulsar del ordenamiento jurídico normas incompatibles con la Constitución o proteger la violación de derechos constitucionales, facultades legislativas mediante la

4. Castillo (2004) señala que “en el caso de las normas autoaplicativas, por el contrario, la norma es en sí misma la vulneradora de un derecho constitucional. La agresión del derecho constitucional no proviene de un acto que se haya realizado en ejecución de la norma, sino que la norma misma contiene la agresión de un derecho constitucional” (p. 34).

5. Sobre los presupuestos básicos, elementos y demás teoría sobre el precedente vinculante, el Tribunal Constitucional los ha dejado establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC, 2005.

aplicación del precedente vinculante.

En resumen, hay que dejar indicado que en este acápite se ha pretendido reseñar de forma general las facultades y competencias del Tribunal Constitucional Peruano, lo que permitirá comprender y analizar los márgenes de la actuación que ha tenido en los casos que se describirán en la parte siguiente.

## II.III Algunos casos

El Tribunal Constitucional Peruano, desde su creación ha tenido un papel importante en el control de la constitucionalidad; sin embargo, en determinado periodo, de acuerdo con las condiciones políticas existentes, su participación ha sido notoria para la protección de los derechos, pero también polémica. Landa (2007), cuando realiza el balance del Tribunal Constitucional, señala que su jurisprudencia se ha desarrollado en dos escenarios, "... uno autocrático y el otro democrático" (p. 266). El periodo autocrático se encuentra comprendido desde la instalación del tribunal, en junio de 1996, hasta noviembre de 2000, fecha en que se dio la caída del régimen de Alberto Fujimori. El democrático iniciaría desde noviembre de 2000.

Aunque en el periodo autocrático existieron algunos casos que pueden ser considerados como activismo judicial, hay que precisar que durante este periodo existieron diversos embates contra el Tribunal Constitucional, como la destitución de algunos de sus miembros,<sup>6</sup> el incumplimiento de sus resoluciones, etcétera; es decir, se trataba de un periodo de anormalidad. Por eso se tiene a bien no considerarlo como objeto de estudio sino al contrario, los casos que se estudiarán estarán circunscritos al periodo democrático por cuanto se emitieron en una etapa en que existían condiciones democráticas y respeto institucional que garantizaron el normal ejercicio de las funciones del tribunal, sin ningún tipo de presión política.

Asimismo, debe indicarse que los casos que a continuación serán explicados han sido elegidos considerando su alto grado de repercusión en los ámbitos social, jurídico, académico y también político, y además, considerando que son casos en los que se puede apreciar con bastante claridad el activismo judicial, ya sea limitando de forma razonable o irrazonable las potestades de otros poderes del Estado. Aquellos son los criterios que han servido para seleccionarlos.

### II.III.I Azanca Meza García

Uno de los casos donde se puede apreciar con claridad el activismo del Tribunal Constitucional en el periodo democrático es el tramitado en el Exp. 2945-2003-AA/TC. Este proceso se originó en 2002, cuando la ciudadana peruana Azanca Alhelí Meza García, interpuso una demanda de amparo contra el Estado peruano. Los hechos consisten en que Azanca Meza padecía de VIH; además se le había

6. Se trataba de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano, quienes fueron destituidos por el Congreso de la República mediante procesos de acusación constitucional.

diagnosticado cáncer de tiroides y, por si fuera poco, carecía de recursos para adquirir retrovirales. Por eso acudió al Ministerio de Salud a fin de que se los proporcionen gratuitamente; sin embargo, este organismo le denegó la entrega gratuita de retrovirales, basándose en el artículo 10° del decreto supremo 004-97-SA, el cual disponía que solamente se gestionará la provisión de recursos para las madres gestantes con VIH o para los nacidos de madre con VIH, supuestos en los que no se encontraba Azanca Alhelí Meza García.

Por ello, a través de la demanda de amparo se exigía que el Estado le otorgara atención médica integral en su condición de paciente con VIH/sida, la que debería comprender en la provisión de medicamentos como también en la realización de los exámenes pertinentes (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004). Esta pretensión se fundaba en la obligación que tiene el Estado de atender la salud de la población, como lo hace en relación con enfermedades como la tuberculosis, fiebre amarilla y otras donde presta atención gratuita (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004). Su pretensión estaba amparada en los artículos 7° y 9° de la Constitución, que consagran el derecho a la salud. Asimismo, invocaba el artículo 7° de la Ley 26626, que literalmente precisaba que “... toda persona con VIH/sida tiene derecho a la atención médica integral y a la prestación previsional que el caso requiera...”.

El Juzgado de Primera Instancia declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Azanca Alhelí Meza García, arguyendo que la Ley 26626 era clara al establecer que todas las personas con VIH tenían derecho a la atención médica integral y que, por tanto, el decreto supremo, una norma de menor jerarquía, no podía limitar (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004). Sin embargo, este pronunciamiento fue objeto de apelación, lo que ameritó que la Sala Superior revisara el caso, declarando fundada en parte la demanda de amparo, pero con argumentos distintos a los de primera instancia. Principalmente, la Sala revisora indicó que “la situación de la demandante (madre de familia, enferma de cáncer, sin recursos económicos y sin amparo familiar previsible) debe equipararse excepcionalmente a lo previsto en el artículo 10° del decreto supremo N° 004-97-SA” (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004).

Finalmente, la causa llegó al Tribunal Constitucional, el cual resolvió el proceso declarando fundada la demanda de amparo. Los fundamentos que utilizó el tribunal, principalmente, son:

- a) las especiales condiciones de salud de la recurrente, que llegan a comprometer o poner en riesgo su vida y sus escasos recursos económicos, hacen necesaria su atención gratuita,
- b) toda vez que el Estado peruano ha adoptado la forma del Estado social y democrático de Derecho, por tanto la protección y desarrollo de los derechos sociales son fines del Estado;
- c) si bien los derechos sociales tienen carácter programático y dependen del presupuesto, no obstante el Estado tiene la obligación de realizar acciones concretas, constantes y eficaces para lograr la efectividad de los mismos en igualdad de condiciones” (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004).

Uno de los aspectos importantes de este caso, y que es necesario resaltar, es la forma como el Tribunal Constitucional analiza e incluso orienta la política de gasto público, esto se aprecia en el fundamento jurídico 35:

Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos (Tribunal Constitucional, 2945-2003-AA/TC, 2004).

El Tribunal Constitucional trata de decir que la política de gasto, facultad asignada al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, debe tener prioridades, como la atención de situaciones de gravedad. Este argumento le sirve para justificar uno de los extremos de su fallo: “Exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N°. 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.” Con ello, no está haciendo otra cosa que orientar o guiar o, mejor dicho, determinar cómo debe realizarse el gasto público, asumiendo funciones que no le corresponden, pero que estarían justificadas en la medida en que otorgan una mayor protección a las personas enfermas con VIH y con escasos recursos económico, garantizando de ese modo el principio de igualdad y la dignidad de la persona.

De esta manera se puede apreciar que el tribunal realiza una interpretación que se aleja del texto del Decreto Supremo 004-97-SA. Asimismo, con su decisión busca otorgar una mayor protección de derechos como a la salud, a la vida y a la igualdad, por lo que resulta claro que se dan los elementos para considerar este caso como uno de activismo judicial.

## II.III.II Programa de Formación Académica

Este caso versa sobre la demanda de inconstitucionalidad que interpuso el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3° de la Ley N°. 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Este dispositivo legal prescribía: “Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquellos postulantes que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10 % (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”. La parte demandante señaló que la norma cuestionada contraviene el principio de igualdad al establecer un trato desigual al conceder privilegios como la bonificación de hasta 10 por ciento a los magistrados titulares y a los postulantes que habían cursado el Programa de Formación Académica (Profa), vulnerándose los derechos de los abogados —que no habían cursado el Profa— y también de los magistrados suplentes o provisionales (Tribunal Constitucional,

STC 0045-2004-AI/TC, 2005).

De otro lado, el Parlamento, en calidad de parte demandada, alegó que "... la disposición impugnada realiza precisamente un trato diferenciado a favor de magistrados y personas que han cursado el programa de formación académica, obedece a causas objetivas y razonables, y que, además, no infringe el principio de igualdad debido a que supera el test de razonabilidad" (Tribunal Constitucional, STC 0045-2004-AI/TC, 2005).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, antes de analizar la constitucionalidad de la norma cuestionada, se pronunció sobre la excepción de legitimidad para obrar del demandante, en la medida en que el Colegio de Abogados que interpuso la demanda no había sido creado por ley, y que ello era una exigencia establecida en el artículo 76 del Código Civil. Sobre este punto, el tribunal se pronunció como en una anterior resolución, e indicó que "... la duda sobre la legitimidad de ejercicio de la parte demandante no puede ser interpretada en sentido adverso a sus intereses y la tutela procesal a la que tiene derecho." (Tribunal Constitucional, STC 0045-2004-AI/TC, 2005.)

Otro punto periférico que también desarrolló es si se puede o no realizar el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente. Hay que tener en cuenta que la disposición normativa cuya constitucionalidad estaba siendo objetada se trataba de una norma temporal, cuya vigencia ya había concluido al momento de interponer la demanda. Sin embargo, el Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario hacía una referencia directa a la norma cuestionada y hacía aplicable la bonificación de 10 por ciento para los magistrados titulares así como para los aspirantes que habían cursado el Programa de Formación Académica. Por eso, el Tribunal consideró que si bien el artículo 3° de la Ley N°. 27466 no se encontraba vigente, era necesario analizar su constitucionalidad.

Ahora bien, en relación con la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley N°. 27466, el tribunal centró su análisis en determinar si el tratamiento preferente otorgado a los magistrados titulares y a los aspirantes que habían cursado el Profa superaba el test de ponderación en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En relación con el primer subprincipio, el tribunal indicó que el factor experiencia de los magistrados titulares, así como la preparación académica de los que habían cursado el Profa hacían que el medio tratamiento preferente sea adecuado con el fin de idoneidad judicial (que era perseguido por la norma impugnada). Por tanto, se determinó que ésta superaba el subprincipio de idoneidad (Tribunal Constitucional, STC 0045-2004-AI/TC, 2005).

Asimismo, respecto al subprincipio de necesidad, el supremo intérprete de la Constitución señaló que existen otros medios alternativos igualmente idóneos para la consecución del objetivo, como el hecho de que la capacitación se realice

una vez que el postulante ya ha ingresado a la magistratura. Además, esta medida alternativa no afectaría el principio de igualdad, como sí lo hace la norma cuestionada, que ocasiona una afectación de grave intensidad al darle preferencia a los magistrados titulares y a los que han cursado el Profa; en consecuencia, se indicó que el artículo 3° de la Ley N°. 27466 no supera el subprincipio de necesidad, resultando inconstitucional, así como el Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario.

En este caso, hay que resaltar que el Tribunal Constitucional tuvo una acertada intervención para proteger el principio de igualdad ante la ley, que a todas luces estaba siendo afectado; no obstante, terminó sugiriendo la medida que el Estado debía adoptar —y que finalmente adoptó— para no incurrir en esta vulneración de dicho principio, a pesar de que la facultad de regulación del acceso a la magistratura le corresponde al Poder Legislativo. De todas formas, el Tribunal cumplió un papel tuitivo de los derechos.

En relación con un caso muy similar sobre las condiciones de acceso a la magistratura, Exp. 00025-2005-PI/TC, Castillo (2008) realiza una crítica en el sentido de que el tribunal termina implantando su posición a pesar de que el legislador, según lo que establece la Constitución, tiene un campo amplio de actuación para regular las condiciones o supuestos para el acceso a la magistratura.

Ahora bien, en este caso se puede encontrar que el Tribunal invalidó una ley (artículo 3° de la Ley N°. 27466), emitida por el Congreso de la República mediante la cual, en mérito a sus atribuciones constitucionales, regulaba determinados requisitos para el acceso a la magistratura. Además, la declaratoria de inconstitucionalidad se hizo con la finalidad de proteger el derecho a la igualdad de determinado sector de la población, por lo que también esta sentencia sería un ejemplo de activismo judicial.

### II.III.III Penalización de las relaciones sexuales consentidas con adolescente de 14 a menos de 18 años de edad

El 5 de abril de 2006 se publicó la ley 28704, emitida por el Congreso de la República de Perú. Esta norma, entre los diversos cambios que introdujo al Código Penal Peruano, modificó el artículo 173, numeral 3, del citado cuerpo legal. La modificación consistía en penalizar las relaciones sexuales consentidas sostenidas con una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, estableciendo una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

A inicios de 2012, luego de algunos años de vigencia y aplicación de la citada norma,<sup>7</sup> más de diez mil ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad alegando que la ley cuestionada vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, “específicamente... el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad, pues dicha disposición no supera el test de

7. Hay que precisar que, si bien la norma objetada estuvo vigente, algunos jueces mediante el control difuso la inaplicaron. Asimismo, mediante el acuerdo plenario N° 04-2008/CJ-116, se orientó a los jueces a eximir de responsabilidad siempre y cuando las relaciones sexuales hubieran sido consentidas.

proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes con penas irrazonables” (Tribunal Constitucional, STC 0008-2012-AI/TC, 2012). Asimismo, según los demandantes, también se estarían afectando derechos como el derecho a la salud, derecho a la intimidad y vida privada de los adolescentes, puesto que al penalizar las relaciones sexuales consentidas en los términos de la Ley 28704, “se impide a los menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual” (Tribunal Constitucional, STC 0008-2012-AI/TC, 2012). En el mismo sentido, otros derechos, como a no ser privado de información que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, estarían siendo vulnerados.

El apoderado del Congreso contestó la demanda sosteniendo que la norma examinada tenía al menos una interpretación conforme a la Constitución, la misma que había sido establecida por el Acuerdo Plenario 04-2008/CJ-116, por lo que, aplicando el principio de conservación de la ley y el pro legislatore, no se podía considerar a la ley cuestionada como inconstitucional.

El Tribunal Constitucional empieza su análisis delimitando el ámbito normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la libertad de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de su personalidad. Una de aquellas esferas sería la libertad sexual, la misma que la entiende como la facultad de autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Además, estableció que los titulares de este último derecho mencionado también lo son los menores de entre catorce y menos de dieciocho años de edad.<sup>8</sup> A partir de esto, centra su análisis en determinar si la norma impugnada genera actos lesivos contra el derecho a la libertad sexual, estableciendo que, en efecto, se restringe dicho derecho.

El siguiente punto y el más importante que desarrolla, es determinar si la restricción por parte de la Ley 28704 al derecho a la libertad sexual se encuentra o no justificada constitucionalmente. Para realizar esto, utiliza el test de proporcionalidad. En cuanto al subprincipio de idoneidad, estimó que la medida legislativa en cuanto sanciona con pena privativa de libertad a quien sostiene relaciones sexuales con personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, es adecuada para conseguir el fin de proteger el bien jurídico de indemnidad sexual. Respecto al subprincipio de necesidad, el Tribunal Constitucional indicó:

... un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. (Tribunal Constitucional, STC 0008-2012-AI/TC, 2012)

8. El Tribunal fundamenta este punto en factores normativos como la Constitución y el Código civil (que permite el matrimonio incluso antes de los 18 años), y también en factores fácticos como las costumbres y las prácticas de la realidad peruana.

De esta forma se determinó que la medida penal que implementaba la Ley 28704 no superaba el subprincipio de necesidad y, por tanto, era incompatible con la Constitución. Asimismo, también realizó el análisis del subprincipio de proporcionalidad, precisando que la ley impugnada tampoco lo superaba, y que tampoco existía sentido interpretativo de ésta que fuera conforme a la Constitución.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano fue acorde con pronunciamientos emitidos desde el Poder Judicial, ya sea desde la jurisdicción ordinaria, donde en algunos jueces penales, usando el control difuso, inaplicaron la ley 28704, y también acorde con el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, que disponía eximir de responsabilidad penal las relaciones sexuales con menores de catorce años a menores de dieciocho, siempre y cuando mediara consentimiento. En general, fue una decisión esperada por los órganos jurisdiccionales, que intentaron con diversos medios aplacar los efectos nocivos de dicha ley.

Pero si bien fue una sentencia muy aceptada en la comunidad jurídica, con ello no se puede desconocer que el tribunal, en el fondo lo que hizo fue definir que los menores de catorce a dieciocho años pueden ejercer el derecho a la libertad sexual. Una cuestión, si bien mayoritariamente aceptada no solo por la realidad nacional donde es una práctica común, sino también en diversos países de la misma región y del mundo, no era compartida por el Parlamento, que al legislarla consideró que habría que proteger la indemnidad sexual de los menores de catorce a dieciocho años.

En este caso también se aprecia la presencia de elementos del activismo judicial, como la invalidación de la Ley N° 28704 en la medida en que penalizaba las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce y menores de dieciocho años. Así también, se aprecia que esta medida se hizo para proteger el derecho a la libertad sexual de los adolescentes.

#### II.III.IV Control difuso en la administración pública

Este caso se da cuando la municipalidad de Surquillo impone una multa a Ramón Salazar Yarlenque, que es impugnada por éste, pero en cuyo trámite el órgano municipal le exige el pago de una tasa de S/. 15.00 soles por concepto de impugnación, según y conforme lo regula el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad edil mencionada. Ante esta situación, Ramón Salazar Yarlenque “interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de tasa que por tal concepto tiene establecido en su Texto Único de Procedimientos Administrativos” (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005). Los derechos que, según el demandante, se habrían vulnerado, son el derecho de petición y el derecho a la defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

El juzgado civil que actuó como órgano de primera instancia resolvió considerando que si la tasa por concepto de impugnación estaba prevista en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad, y si además dicha norma había sido expedida conforme al Código Tributario, no se vulneraba entonces ningún derecho del demandante. Por su parte, la Sala que actuó en segunda instancia utilizó similares argumentos (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005).

El Tribunal Constitucional empieza su examen de constitucionalidad con una amplia fundamentación en torno a que, por imperativo del principio de supremacía constitucional, no solo a los jueces amparados en el artículo 138 de la constitución están facultados a inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, sino que también esta facultad recae a modo de obligación en la administración pública, según la cual deben aplicarse criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad para evaluar la conformidad de una ley con la Constitución (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005).

Luego de ello, se centró en determinar si hay afectación de los derechos alegados por el demandante. En lo que se refiere al derecho al debido proceso, el Tribunal precisó que la actuación administrativa debe someterse a reglas previamente establecidas que no pueden implicar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado, y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercidas en la práctica (Tribunal Constitucional, STC 3741-2004-AA/TC, 2005). Por tanto, el establecimiento de una tasa para ejercer el derecho a impugnar vulneraría el derecho al debido proceso. En ese mismo sentido, terminó resolviendo tanto en relación con el derecho a la defensa como con el derecho de petición. De manera que declaró fundada la demanda de amparo, y ordenó a la municipalidad de Surquillo que admitiera a trámite el medio impugnatorio contra la multa que se le impuso, sin requerirle el pago de tasa alguna.

Si bien se declaró fundada la demanda de amparo, aquello no fue lo más importante de este proceso constitucional, sino el precedente vinculante que se estableció a propósito de este caso. El supremo intérprete de la Constitución precisó como precedente vinculante la regla de que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una norma infralegal que la vulnera manifiestamente (Tribunal Constitucional, STC 03741-2004-AA/TC, 2005).

A diferencia de los casos anteriores, en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional fue duramente criticado.<sup>9</sup> Incluso, el mismo tribunal, consciente del desorden que propició al concederle la facultad de control difuso a todos los órganos de administración, emitió una resolución aclaratoria en el mismo proceso de amparo, tratando de limitar el uso del control difuso solo a los órganos de alcance nacional:

9. Por ejemplo, Castillo (2014) señala: “El TC confunde estas tres categorías (vinculados, intérpretes y controlados) y abraza la siguiente conclusión: porque la Constitución es norma y además suprema (artículo 51 de la Constitución), todos estamos vinculados a la Constitución (artículo 38 de la Constitución); consecuentemente, no sólo los jueces judiciales sino también determinados órganos de la Administración pública pueden controlar la constitucionalidad de las leyes y, en general, la constitucionalidad de toda norma infraconstitucional (artículo 138). En torno a esta secuencia argumentativa que subyace en el proceder del TC, aparecen las principales contradicciones y aporías [p. 9].”

... Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten 'justicia administrativa' con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

Ocho años después de haberse emitido el precedente vinculante que facultaba a los órganos de la administración pública a aplicar el control difuso, el Tribunal Constitucional integrado por nuevos magistrados, en el Exp. 04293-2012-PA/TC dejó sin efecto el polémico precedente, declarando:

... el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución... (STC 4293-2012-PA/TC, p.)

En efecto, el precedente constitucional cuestionado facultaba a la administración pública a ejercer control difuso, una potestad que en el caso de los jueces se encuentra instituida en la Constitución; es decir, autorizada por la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, no hay que perder de vista que el texto constitucional es claro en precisar que esta potestad solo corresponde a los jueces. Así que resulta claro que el Tribunal que emitió el precedente en análisis incurrió en un ejercicio excesivo de su poder, otorgando potestades de nivel constitucional, e incluso yendo más allá de las reglas constitucionales, modificándolas a través de su labor interpretativa y con ello generando desorden e inseguridad jurídica en la administración pública.

A pesar de lo dicho, tampoco se puede desconocer que la finalidad del tribunal fue expandir el ámbito de protección de los derechos, así como que la interpretación que hizo de las normas constitucionales y que terminó por llevarlo a la interpretación de que incluso la administración pública debía ejercer control difuso, se alejó de la literalidad de la Constitución. Por tanto, están presentes elementos que nos indican que se trata de un caso más de activismo judicial. No obstante, hay que subrayar que la decisión fue un exceso de las funciones del tribunal.

### II.III.V Mateo Castañeda Segovia y el Consejo Nacional de la Magistratura

Otro caso, aún más polémico y cuestionado, fue sin duda en el que se enfrentó el Consejo Nacional de la Magistratura con el Tribunal Constitucional. Ocurre que Grimaldo Mateo Castañeda Segovia había postulado al concurso Convocatoria N° 002-2010-SN/VCNM para el cargo de fiscal supremo, y llegó a ocupar el tercer puesto del cuadro de méritos. Sin embargo, el Consejo Nacional

de la Magistratura (CNM) mediante el acuerdo 0178-2011 de los días 27 y 28 de enero de 2011, decidió no nombrarlo fiscal supremo. Este último acto propició que Mateo Castañeda interpusiera una demanda de amparo,<sup>10</sup> alegando la vulneración de su derecho al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos.

En su oportunidad, el Tribunal Constitucional terminaría declarando fundada la demanda de amparo, considerando que el acto lesivo había vulnerado el derecho al debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales del actor, y en consecuencia fue declarado nulo el acuerdo 0178-2011, ordenando que el CNM volviera a emitir un acuerdo debidamente fundamentado.

Así, el proceso entró en etapa de ejecución y en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal. El CNM, en el acuerdo 1615-2012, dispuso no nombrar a Mateo Castañeda como fiscal supremo del Ministerio Público, motivando tal pronunciamiento en que no se había alcanzado el número de votos requeridos. Luego, el Juzgado de Ejecución, mediante resolución 23, declaró concluido el proceso y ordenó su archivo definitivo. Sin embargo, el demandante Mateo Castañeda interpuso un recurso de apelación por salto contra esta última resolución, el mismo que el Tribunal Constitucional declaró fundado, ordenando al CNM: "... proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo ..." (STC 01044-2013-PA/TC, p. 9).

Posteriormente, mediante una serie de acuerdos tomados por el CNM, se decidió no nombrar a Mateo Castañeda en el cargo de fiscal supremo del Ministerio Público, por cuanto no alcanzaba el número de votos requeridos; es decir, al menos cinco votos de los consejeros. Finalmente, el Juzgado de Ejecución dispuso nuevamente el archivo del proceso, lo que originó un segundo recurso de apelación por salto, que a la vez dio lugar a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En este nuevo pronunciamiento,<sup>11</sup> el tribunal declaró fundado el recurso de apelación por salto, y entre los 9 puntos que tuvo el fallo, dispuso nombrar al demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como fiscal supremo del Ministerio Público, amparándose en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, que faculta a los jueces a sustituir la omisión de los funcionarios y regular las situaciones injustas. Además, ordenó al CNM, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, que se habilitaran dos vacantes presupuestadas para incorporar a otros magistrados que habían salido perjudicados con las continuas nulidades que declaró el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo.

Para entender la magnitud del fallo hay que precisar que el artículo 154 de la Constitución de 1993, sobre las funciones del CNM, prescribe: "1. Nombrar,

10. Tramitada en el Exp. 4944-2011-AA/TC.

11. Emitido en la sentencia del 30 de abril de 2014 en el Exp. 00791-2014-PA/TC.

previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.” La parte resolutoria en comentario habría enervado las funciones otorgadas por la Constitución únicamente al CNM, constituyéndose en una clara intromisión.

Tal fue el escándalo y las críticas vertidas contra este último fallo que, ante pedidos de nulidad planteados por el CNM, el Tribunal emitió una resolución aclaratoria del 8 de mayo de 2014, donde modificaba o atenuaba su decisión anterior en los siguientes términos: “3. Dejar sin efecto el punto resolutorio N. 0 5 de la STC N. 0 0791-2014-PA/TC, mediante el cual este Tribunal, en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, ordenó el nombramiento del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público”. Sin embargo, a pesar de que dejaba sin efecto el nombramiento que se efectuó, continuó ordenando al CNM que nombrara a Mateo Castañeda como fiscal supremo del Ministerio Público. Esta resolución nuevamente fue objeto de pedidos de nulidad por parte del CNM.

Al parecer, este caso ya había desatado la indignación de la comunidad y del Parlamento, peor aún, si se considera que muchos de los integrantes del Tribunal Constitucional —y de los que habían suscrito el polémico fallo— tenían el plazo de funciones vencido, lo que propició que el Parlamento apresurara el proceso de designación de nuevos magistrados, y efectivamente, así sucedió.

Los pedidos de nulidad contra la resolución aclaratoria fueron resueltos por los nuevos miembros del Tribunal Constitucional mediante la resolución del 15 de julio de 2014. Este nuevo pronunciamiento se centró en 2 puntos. Primero, dejó indicado que el acuerdo N° 1615-2012, emitido por el CNM, cumplía con la exigencia de expresar una justificación razonable y proporcional de no nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como fiscal supremo. El segundo punto que esgrimió el Tribunal desarrolla la idea de la imposibilidad jurídica de que un juez constitucional pueda asumir la competencia de nombrar fiscales. Sobre esto último, se precisa que, si bien las normas constitucionales dejan un margen amplio para que los jueces puedan interpretarlas, en su fundamento 31 indicó:

... estas actividades de interpretación y argumentación no se encuentran exentas de límites, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros), son en su esencia poderes constituidos y por tanto supeditados a los mandatos de la Constitución. Precisamente, uno de ellos tiene que ver con el respeto de aquellas competencias exclusivas de los Poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales.

El razonamiento del Tribunal enlazó el argumento precedente con lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución, dispositivo legal que otorga únicamente al

CNM la potestad de nombrar jueces y fiscales. Así, resolvió que las resoluciones (emitidas por los jueces del anterior tribunal) que ordenaban al CNM nombrar a Mateo Castañeda, y también la que lo nombró fiscal supremo del Ministerio Público, no están fundados en ningún tipo de norma constitucional; por tanto, no tienen efectos jurídicos, razón por la cual fueron declaradas nulas.

De esta forma se cerró un caso donde el activismo judicial del supremo intérprete de la Constitución dejó ver los excesos que podían cometerse en nombre de los derechos fundamentales, excesos marcados por sobrepasar los propios límites que impone el texto constitucional.

### III. Conclusiones

La mayoría de las definiciones sobre el activismo judicial hacen referencia a elementos jurídicos como la interpretación, las facultades de control de constitucionalidad y también aluden a aspectos como la protección de determinados derechos o la adopción de una ideología política determinada. Por eso, una definición adecuada sería aquella que englobe todos ellos y que sea lo suficientemente completa para dar cuenta de las particularidades de este fenómeno jurídico-político.

En algunos de los casos estudiados se aprecia que el Tribunal Constitucional Peruano ha actuado como un tribunal activista, protegiendo o ampliando el margen de protección de los derechos humanos, realizando en todos los casos una interpretación no textual de las normas pertinentes. Asimismo, se verifica que en otros ha invalidado normas y también que ha delineado o guiado el establecimiento de una política pública.

En los casos estudiados en los que el Tribunal Constitucional Peruano ha sido objeto de críticas, puede apreciarse que éste ha cometido excesos que han transgredido la literalidad del texto constitucional, y que esto ha implicado menoscabar funciones asignadas de forma constitucional a otros poderes del Estado, y las que tampoco ha existido un derecho protegido que razonablemente amerite la intervención del tribunal. Estas cuestiones podrían servir para caracterizar al activismo judicial irrazonable.

El Tribunal Constitucional Peruano ha emitido casos muy cuestionados en los cuales se aprecia que ha cometido excesos que caben dentro del rótulo de activismo judicial, y que fácilmente ponen de manifiesto la importancia de establecer límites o controles al controlador de la constitucionalidad.

## IV. Conclusiones

Beaumont, R. (2011). “Comentarios al Código Procesal Constitucional y Proyecto de Reforma”. Lima: *Gaceta Jurídica*.

Blume, E. (2004). “El control de la constitucionalidad en el Perú. (Antecedentes, desarrollo y perspectivas)”. En S. Y. Otsu, *Derecho procesal constitucional*. Lima: Jurista Editores, pp. 219-273.

Castillo, L. (2004). “Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional”. *Revista Jurídica del Perú*, pp. 33-45.

Castillo, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.

Castillo, L. (2014). “Un precedente vinculante que fue una norma constitucional inconstitucional”. *Gaceta Jurídica*, pp. 28-34.

Feoli, M. (2016). “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, pp. 75-98.

García, D. (2001). “La jurisdicción constitucional en el Perú”. En D. García Belaunde, *Derecho procesal constitucional* Bogotá: Temis, pp. 27-53.

García, D. (2005). *Las constituciones del Perú*. Lima: Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.

Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación*. Madrid: Trotta.

Hennig, M. C. (2012). “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente un activismo o el activismo?” *Estudios Constitucionales*, 440.

Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra.

Maraniello, P. A. (2008). “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Pensar en Derecho*, 121-165.

Morales, F. (2014). *El Tribunal Constitucional del Perú: organización y funcionamiento*. Estado de la cuestión y propuestas de mejora. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.

Rodríguez, E. A. (2006). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Timm, A. (septiembre de 2011). *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico*. Tesis de maestría. Getafe, España: Universidad Carlos III de Madrid.

Wayne, W. (1992). "The two faces of judicial activism". *George Washington Law*, pp. 1-13.

# Control de convencionalidad y modelos de justicia transicional en Colombia

Maura Constanza Hernández Santisteban  
Jorge Andrés Mora Méndez

*I. Introducción. II. Control de convencionalidad. III. Bloque de constitucionalidad en Colombia. IV. Conclusiones. V. Referencias.*

## I. Introducción

La seguridad jurídica es una característica deseable de todo sistema normativo, la cual se alcanza cuando éste tiene ánimo de permanencia en el tiempo, y a la vez logra aplicarse de forma generalizada a todos sus destinatarios. Para alcanzar estos dos objetivos, surgen herramientas que permiten a determinados órganos impedir la contradicción entre las normas base del sistema y las futuras disposiciones normativas que se creen, pues de lo contrario, ni se alcanzaría la aplicación generalizada ni la permanencia en el tiempo. En este sentido, el control de convencionalidad es la herramienta que ha sido empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para conseguir la seguridad jurídica en la región, pues haciendo uso de ella ha sido posible determinar contradicciones entre la Convención y las normas, ya sea de rango legal, constitucional o de otro carácter, proferidas en los Estados parte de la Convención.

El problema que se pretende colocar radica en que los modelos de justicia transicional, por regla general, ni se aplican de forma generalizada a toda la población, como tampoco tienen un ánimo de permanencia, lo que genera enormes desafíos en la búsqueda de la aplicación de la ley en términos de igualdad y respeto a los estándares internacionales. Por lo tanto, y a partir de que en Colombia se tienen dos modelos de justicia transicional diferentes, podrían aparecer los siguientes problemas: ¿cómo conciliar la coexistencia de dos modelos de justicia transicional distintos respecto del derecho común? ¿Se violan garantías convencionales ante dicha pluralidad normativa? ¿Cómo ha contribuido el control de convencionalidad la solución de dichos cuestionamientos?

Así las cosas, a lo largo este capítulo se abordarán por orden los temas expuestos. En una primera instancia, se intentará una aproximación al concepto

de control de convencionalidad, para lo cual se tomarán como referencia algunas definiciones expuestas por la doctrina especializada, a fin de analizarlas por separado, permitiendo consolidar una definición que integre y llene los vacíos que se perciben en las ya existentes. Posteriormente, se analizarán los estándares internacionales que deben tenerse en cuenta al momento de referirse a modelos de justicia transicional, en donde los derechos a la verdad, justicia y reparación ocupan un lugar protagónico. En última instancia, se harán algunos comentarios denotando la forma como la Corte Constitucional colombiana ha aplicado los estándares internacionales cuando ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a alguno de los modelos de justicia transicional en Colombia.

## II. Control de convencionalidad

La noción de control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos se ha desarrollado de manera paulatina, en principio, ordenando la modificación de normas de jurisdicción interna, como sucedió en el caso *Castillo Pretuzzi y otros vs Perú*<sup>1</sup> (Corte IDH: 207), y posteriormente, definiendo de forma concreta este tipo de confrontación normativa transnacional, como ocurrió por primera vez en el caso *Almonacid Arellanos vs Chile* (Corte IDH,) y *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* (Corte IDH). En efecto, la Corte IDH afirmó:

... cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (p. 124).

Aunando a lo anterior, la Corte IDH reforzó el concepto de control de convencionalidad en el caso *los Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* (Corte IDH), en el cual afirmó que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana” (p. 128).

De esta forma, la Corte IDH ha hecho un esfuerzo por consolidar el deber de los Estados de ejercer un control de convencionalidad, sin que haya explicado de forma rigurosa los elementos que lo caracterizan, siendo la doctrina la que se ha encargado de suplir dicho vacío. Así, por ejemplo, el profesor Ernesto Rey Cantor (2008) definió el control de convencionalidad de la siguiente forma:

El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte  
Instituto de Investigación y Capacitación de Derechos Humanos

1. En este caso, la Corte IDH no emplea la expresión control de convencionalidad, pese a que en la parte resolutive de la sentencia ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo de este modo una confrontación normativa entre la Convención Americana y las normas de jurisdicción interna.

Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables-, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar las supremacía de la Convención Americana (p. 46).

De esta definición vale la pena destacar varios aspectos. El primero de ellos tiene que ver con la denominación de mecanismo procesal que el profesor Rey Cantor le otorga al control de convencionalidad. En efecto, a pesar de que resulta difícil encontrar una definición uniforme de lo que ha de entenderse por mecanismo procesal —pues es una expresión que suele usarse para referirse a procesos, instituciones procesales e incluso contenidos del debido proceso como derecho fundamental—, es posible definirla como aquella herramienta procesal mediante la cual se busca la protección de un derecho, condición u estatus, siendo necesario el ejercicio del derecho de acción o en su defecto, un acto oficioso por parte del juez para su materialización. En consecuencia de lo anterior, el control de convencionalidad es un mecanismo procesal que tiene como fin proteger un estatus, esto es, el de la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, materializado en la Convención y otros tratados afines vinculantes para el continente americano. Un segundo aspecto de la definición del profesor Rey Cantor, sobre el cual debe reflexionarse, se ubica en la obligación que tienen los Estados de respetar la Convención y de no contradecirla en su derecho interno, incluyendo dentro del derecho interno a la constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etcétera. En este sentido, nótese que se señala como derecho no sólo a la ley y la Constitución, sino que también se involucra a los actos administrativos, la jurisprudencia, las prácticas administrativas y judiciales, e incluso el denominado derecho blando o soft law, lo que es una consecuencia de la multiplicidad de fuentes del derecho en los Estados contemporáneos.

Por su lado, el profesor Humberto Nogueira Alcalá (2015) define el control de convencionalidad de la siguiente forma:

... el control de convencionalidad concentrado constituye un mecanismo que utiliza la Corte IDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado Parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado Parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la CADH y los tratados o convenciones complementarios del sistema, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado Parte (p. 335).

De esta definición también se pueden hacer algunas precisiones en beneficio

de la claridad conceptual de la institución objeto de estudio. Lo primero tiene que ver con el uso de la expresión “control de convencionalidad concentrado”, el cual tiene su origen en la clasificación que la misma doctrina ha hecho del control de convencionalidad, dividiéndolo en dos: concentrado, para referirse al que surge a escala internacional; y difuso, para demarcar el que se presenta en el orden nacional (Rey Cantor, 2008: 48). En consecuencia, será concentrado el control de convencionalidad cuando es la Corte IDH la encargada de hacer la confrontación normativa entre el derecho interno y la Convención, mientras que será difuso cuando la comparación normativa la realiza un juez nacional, e incluso, una autoridad administrativa, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial de la figura.

En segundo lugar, el profesor Alcalá señala que el control de convencionalidad puede ser utilizado por la Corte IDH, ya sea en sede contenciosa o consultiva, y que lo hace por medio de sentencias judiciales. Lo anterior merece un comentario, ya que si bien es cierto el Tribunal Interamericano puede hacer uso del control de convencionalidad tanto en sede contenciosa como consultiva, no es cierto que lo haga siempre por medio de sentencias, y muchos menos que los efectos sean los mismos. En este sentido, de conformidad con los artículos 61 a 64 de la Convención, son dos las competencias del tribunal interamericano; contenciosa y consultiva. La competencia contenciosa se activa cuando la Comisión o el Estado deciden someter el caso directamente a la Corte IDH una vez agotados los recursos de jurisdicción interna y el procedimiento ante la Comisión, resolviendo el asunto de fondo por medio de una sentencia que no es susceptible de recurso. Así, el resultado de dicho control de convencionalidad tiene un carácter vinculante para el Estado parte de la controversia, debiendo modificar su ordenamiento jurídico, si fuese el caso.

Aunado a lo anterior, el control de convencionalidad podría aparecer también en sede consultiva, activándose cuando cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos acude ante el tribunal interamericano con el fin de obtener una interpretación de la Convención o un simple concepto sobre la compatibilidad de una ley interna y los instrumentos internacionales, caracterizándose dicha opinión consultiva por no ser una sentencia propiamente dicha —pues no hay un litigio concreto que resolver— y por tener un carácter de vinculatoriedad relativa. Este es un aspecto de suma importancia que distingue al control de convencionalidad realizado en sede consultiva. En torno a los efectos de las opiniones consultivas, el profesor Jorge Roa (2015) escribe:

... ante la omisión en que incurren la convención, el Reglamento de la Corte y la propia práctica consultiva respecto de la definición de los efectos de las opiniones consultivas, se producen unos desacuerdos razonables, dentro de los cuales la tesis de la fuerza vinculante u obligatoriedad de las opiniones consultivas no encuentra respaldo en las fuentes mencionadas; razón por la cual la balanza se inclina a favor de la fuerza vinculante relativa de las opiniones consultivas (p. 100).

Por otro lado, hay que tener presente que en el sistema interamericano existen diversas providencias judiciales, dentro de las cuales hay que diferenciar entre autos (algunas veces denominadas resoluciones), sentencias y, la novedad en comparación con los ordenamiento jurídicos internos, opiniones consultivas.<sup>2</sup> Las sentencias son propias de los procedimientos contenciosos, y señalan el fin de dicho procedimiento, mientras que las opiniones consultivas indican la culminación del procedimiento consultivo. Los autos, por su lado, aparecen en todo tipo de proceso —contencioso o consultivo—, pues el Tribunal Interamericano debe tomar un cúmulo de decisiones previas a la sentencias u opiniones consultivas relativas a la fijación de fechas para audiencias, citación de testigos, peritos o *amicus curiae* y traslados a las partes, entre otros aspectos. En este sentido, el control de convencionalidad se expresa no sólo por medio de las sentencias, sino también a través de las opiniones consultivas, pues la misma Corte IDH lo destacó en la opinión consultiva 21 en los siguientes términos:

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3º, 7º, 8º y 9º), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos (p. 31).

Siguiendo con los comentarios a la definición expuesta por el profesor Nogueira Alcalá, en tercer lugar, es importante referirse a la obligación que surge una vez hecho el control de convencionalidad por la Corte IDH. En efecto, lo primero que se tiene que decir es que el Tribunal Interamericano nunca ha actuado como un legislador negativo; es decir, como un órgano jurisdiccional que tiene la potestad de excluir de forma automática del ordenamiento jurídico de un Estado disposiciones normativas por considerarlas contrarias a la Convención u otros convenios sobre derechos humanos, como sí sucede con los tribunales o salas constitucionales cuando resuelven acciones de inconstitucionalidad, los cuales se han caracterizado por tener dicha potestad en el marco de sus competencias y en beneficio de la supremacía constitucional.

Lo anterior no quiere decir que una vez realizado el control de convencionalidad por la Corte IDH, los Estados no tienen la obligación de modificar su ordenamiento jurídico o hacer inaplicables determinadas disposiciones normativas, pues al leer los artículos 1º y 2º de la Convención surgen obligaciones que, por un lado, instan a los Estados a respetar los derechos y libertades consagrados en el texto convencional, y por otro, a adoptar con arreglo

2. Otra de las providencias judiciales que aparecen en el sistema interamericano son las resoluciones, las cuales podrían aparecer también durante, antes o después de los procedimientos consultivos y contenciosos, como, por ejemplo, cuando se decretan medidas provisionales o cuando se hacen seguimientos sentencias.

a sus procedimientos constitucionales las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para garantizar el respeto de los derechos humanos. Por lo tanto, y desde una perspectiva formal, a pesar de la inconventionalidad anunciada por la Corte IDH, la norma objeto de control seguirá estando vigente hasta en tanto el Estado, por medio de sus propios procedimientos internos, modifique su ordenamiento jurídico para superar la inconventionalidad señalada, obligándolo a hacer uso de los procedimientos constitucionales, legislativos o administrativos tendentes para ello.<sup>3</sup>

Una vez hechas las precisiones necesarias para aclarar el concepto de control de convencionalidad, el cual también ha sido denominado —consideramos que de forma incorrecta— como una técnica de control normativo (Torres, 2013: 30),<sup>4</sup> se intentará hacer una aproximación que reúna todos los comentarios emitidos.

En efecto, el control de convencionalidad es un mecanismo procesal en virtud del cual se busca proteger la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en beneficio de la persona humana, cuya competencia recae en la Corte Interamericana de Derechos Humanos —concentrado— o en cualquier juez o autoridad administrativa —difuso—, activado a petición de parte o ejercido de forma oficiosa por el juez o la administración en el marco de un proceso contencioso, opinión consultiva o procedimiento administrativo, y que consiste en una confrontación normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un Estado —Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas estatales y derecho blando— con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tratados internacionales afines que hayan sido ratificados por el Estado del cual emanan las normas, actos, jurisprudencia o prácticas objeto de control, materializándose en providencias judiciales o resoluciones administrativas que anuncian la eventual incompatibilidad para que sean los mismos Estados los que adecuen su derecho interno a sus propios procedimientos administrativos, legislativos o constitucionales.

### III. Bloque de constitucionalidad en Colombia

La Constitución Política de Colombia consagra la figura del bloque de constitucionalidad en sus artículos 93 y 94, en los cuales vincula el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, y señala que el ser humano tiene ciertos derechos que, a pesar de no ser consagrados de forma taxativa en un texto normativo a escala nacional e interracial, le pertenecen al ser humano y, por ende, pueden ser protegidos y reconocidos. En consecuencia, resulta importante analizar cuáles son los estándares internacionales referidos a la justicia transicional con una doble finalidad: primero, observar si los jueces colombianos, en especial la Corte Constitucional, ha aplicado el control de convencionalidad difuso sobre los modelos de justicia transicional, y segundo, orientar a los diferentes intervinientes en los modelos de justicia transicional vigentes en este país.

3. Existe una interesante discusión en torno a este aspecto, es decir, en responder el interrogante relativo al rol que juega la Corte IDH en el sistema interamericano al momento de ejercer un control de convencionalidad, ya sea como un legislador negativo o únicamente como un órgano que anuncia una inconventionalidad y deja que los Estados por su propios medios y procedimientos reformen o deroguen la norma cuestionada. Este aspecto se discutirá específicamente al referirnos a los efectos de la sentencia que declara el control de convencionalidad en las páginas que siguen.

4. Natalia Torres Zúñiga, *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Berlín, Editorial Académica Española, 2013, p. 30.

### III.I De los estándares internacionales y su recepción en Colombia.

La jurisprudencia ha incluido el uso del término estándar para indicar los patrones en determinado aspecto jurídico. Esta palabra se utiliza mucho en función del contexto sociopolítico atravesado por Colombia en los últimos años. Por un lado, la Ley de Justicia y Paz, y por el otro, el Acuerdo de Paz celebrado con la guerrilla de las FARC recientemente. En este contexto, autores como Quinche (2009: 24) señalan que este vocablo se utiliza para hacer referencia a “parámetros, reglas o pautas que deben ser atendidas en todos aquellos eventos en los que un Estado o una comunidad pretenda pasar pacíficamente de una situación de conflicto, de autoritarismo o de represión, a otra circunstancia o condición de paz, de apertura o de democratización”. Otros autores, como Botero y Restrepo (2005: 24), indican que dicho término hace referencia a “las pautas de justicia a que cualquier Estado se encuentra sujeto al adelantar los procesos de transición”, coincidiendo entonces en la ubicación de este término como un modelo establecido en procesos de transición como el que atraviesa actualmente Colombia.

De forma paralela, tal concepto se ha venido reiterando en la jurisprudencia, doctrina, y en los instrumentos interamericanos. Su contenido ha implicado también (Quinche, 2009) obligaciones concretas en cabeza de los Estados y “cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional” (p. 28), lo cual conduce necesariamente al establecimiento de *estándares* como obligaciones concretas de los Estados parte, que para el caso de Colombia, será la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, Colombia hace parte del sistema regional americano de protección de derechos humanos, por lo que la obligatoriedad de los *estándares* interamericanos tiene que ser observada desde dos puntos de vista. El primero, según la tesis de la obligatoriedad planteada en la sentencia C-481 de 1998,<sup>5</sup> y el segundo, desde la tesis del criterio relevante planteada en la sentencia C-370 de 2006.

La Corte Constitucional frente a la primera tesis, acorde con la institución del control de convencionalidad, indicó (Colombia, 1998, Cons. 26), que la doctrina internacional resulta vinculante internamente frente al poder público, y lógico es que nuestro país acoja los criterios emitidos por tales tribunales para poder interpretar y determinar parámetros puntuales. En contraste, la segunda tesis de la Corte planteó que la jurisprudencia que emana de tribunales internacionales, en donde se interpretan los tratados, son simplemente “un criterio hermenéutico relevante” (Colombia, 2012, Cons. 4.6) para encontrar el sentido de la norma constitucional, y queda abierta una discusión en torno a la prevalencia o no del derecho internacional de los derechos humanos en sede interna.

### III.II Estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de víctimas

Uno de los estándares más relevantes a tener en cuenta en la justicia transicional

5. Es importante señalar la reiteración de la tesis de la obligatoriedad en las siguientes sentencias: C- 442 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T- 653 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C- 269 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo, C-327 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

6. Caso Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz vs Honduras. A la luz de estos casos se establecieron ciertos estándares en materia de víctimas a saber; dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos aparece positivado únicamente el derecho a la reparación, dejando de lado el derecho a la verdad y a la justicia, sin embargo en este caso se plantearon estándares que iban relacionados directamente con el deber de los Estados de adoptar compromisos en prevenir la violación de los derechos, e investigar con la finalidad de restablecer los derechos y que tal investigación fuera seria y no solo formal, correspondiendo esta al Estado y no a los familiares pues está en juego el derecho a la verdad. Ahora bien, en materia de justicia se estableció que independiente a los cambios de gobierno que se puedan dar en un Estado la obligación subsiste, como también el derecho de los familiares de las víctimas a saber que fue la persona desaparecida con la utilización de los medios estatales.

7. En casos como Bámaca Velásquez y Myrna Mack Chang vs Guatemala, la Corte IDH estableció estándares frente al derecho a la verdad tales como: demostrada la tolerancia del Estado frente a desapariciones forzadas por medio de prueba circunstancial o indirecta se tendrá por demostrada la misma, la necesidad de establecer las responsabilidades por medio de la investigación y con ella la sanción a los responsables, la verdad no recae únicamente en los familiares de las víctimas sino también en la sociedad como un todo, pues lo que se pretende es la reparación.

8. Existen dos precedentes que se destacan y son la sentencia de Barrios Altos y Almonacid Arellano vs Perú, en donde se estableció que la existencia de normatividad interna que dé vía libre a amnistías e indultos no exime de la existencia de la violación de derechos humanos y la responsabilidad del Estado por las mismas, sino que por el contrario resultan estar en contra vía de la Convención Americana por vulnerar el derecho a la verdad al dar un olvido o la extinción de la sanción penal. Se reitera tal como se observó en los estándares de los

son los establecidos en materia de víctimas. La Corte IDH ha ido construyendo con el pasar del tiempo parámetros en materia de reparación, justicia y verdad. Tal desarrollo se ha hecho más notorio con el precedente sentado por la Corporación, en cinco momentos: 1) la fundación con los casos hondureños<sup>6</sup> sobre desapariciones forzadas; b) la consolidación con los casos guatemaltecos<sup>7</sup> sobre terrorismo de Estado, c) la subida de los estándares y la proscripción de leyes de amnistía, indulto o punto final con los casos insignia en Perú<sup>8</sup>, d) El Salvador con la ley de amnistía,<sup>9</sup> y e), los casos colombianos sobre alianza, terror paramilitar y masacres (Quinche, 2009). Para el presente artículo se abordarán los estándares en materia de reparación establecidos en los casos colombianos que nos permitirá dilucidar la aplicación de los mismos en los modelos de justicia transicional presenciados por nuestro Estado.

En efecto, en Colombia, situaciones como la desaparición de comerciantes, masacres llevadas a cabo por grupos paramilitares, masacre de funcionarios judiciales que investigaban violaciones de derechos humanos, toma y retoma del Palacio de Justicia y secuestros sistemáticos, han dado lugar a una nutrida jurisprudencia que se puede encontrar en los casos que ya son conocidos por la Corte IDH, tal como lo fueron el de los 19 comerciantes, la Masacre de Mapiripán, la Masacre de La Rochela, Caso Rodríguez Vera y otros, y la Masacre de Pueblo Bello, siendo estos tan sólo algunos de los más relevantes. Así, a continuación se pretenderá analizar los estándares que han surgido de dichos casos.

### III.II.I. Caso 19 comerciantes vs Colombia (2004)

La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, de 19 comerciantes que el 7 de octubre de 1987 fueron detenidos, asesinados y descuartizados por un grupo paramilitar que operaba en el municipio de Puerto Boyacá. Al respecto, se fijaron los siguientes estándares:

- Estándar sobre responsabilidad del Estado: aun cuando no era la intención del Estado incentivar la constitución de grupos delincuenciales, recae en el Estado la responsabilidad por la interpretación dada al marco legal que amparaba el paramilitarismo y la entrega de armas y por no prevenir, prohibir y castigar estas actividades delincuenciales (CIDH, 2004:124).
- Estándar sobre responsabilidad del Estado: la desaparición forzada es un hecho ilícito, que genera violación de la Convención de manera múltiple y continuada, por ser un delito contra la humanidad. Existe responsabilidad del Estado por ausencia del deber de organizar el aparato estatal para garantizar los derechos de la Convención.
- Estándar sobre responsabilidad del Estado: las condiciones particulares de orden público no liberan al Estado de las obligaciones contraídas en la Convención Americana (CIDH, 2005: 123).

- Estándar sobre reparación: reparar un daño causado por violación de una obligación internacional requiere la plena restitución o restitutio in integrum, de no ser posible determinar una serie de medidas para garantizar los derechos vulnerados y reparar las consecuencias de las violaciones (CIDH, 2005: 221).
- Estándar sobre reparación: la Corte ha establecido que la sentencia en sí misma es una forma de reparación, pero en el presente caso, por el dolor causado a las víctimas y sus familiares, y el cambio en sus condiciones de vida, se estima necesaria una compensación por concepto de daño material conforme a equidad (CIDH, 2005: 247).
- Estándar sobre reparación: la Corte admite la presunción de: "... que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de un hijo"<sup>10</sup> "... se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima"<sup>11</sup> (CIDH, 2005: 249).

### III.II.II Caso Masacre de Mapiripán vs Colombia:

La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos el 15 de julio de 1997 cuando, tras aterrizar, miembros de las AUC en el aeropuerto de San José del Guaviare, de manera irregular, se dirigen a Mapiripán por vía fluvial y terrestre, toman control del pueblo, intimidan a los habitantes y torturan y asesinan a un grupo de aproximadamente cuarenta y nueve personas. Al respecto se fijaron los siguientes estándares:

- Estándar frente a la responsabilidad del Estado: los actos cometidos por paramilitares no pueden tenerse como hechos entre particulares, pues estos se encuentran vinculados con acciones y omisiones de funcionarios estatales. La atribución de responsabilidad se da por el incumplimiento de la obligación de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones interindividuales (CIDH, 2005: 123).
- Estándar frente al derecho a la vida: una de las condiciones para garantizarlo por parte del Estado es el deber de investigar las afectaciones a ese derecho (CIDH, 2005: 137).
- Estándar frente al derecho a la integridad personal: se causa un daño a los familiares de las víctimas a consecuencia de la desaparición y ejecución de la masacre, como por la falta de apoyo de las autoridades en la búsqueda de desaparecidos y el miedo de los parientes de continuar las búsquedas, por amenazas. Así pues, se presume que los familiares identificados y no identificados sufrieron circunstancias de la masacre o consecuencias de esta, por lo que son considerados víctimas (CIDH, 2005:144).

casos hondureños y guatemaltecos que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la verdad por medio de la investigación diligente aun cuando exista leyes de amnistías y señala que los delitos de lesa humanidad no serán amnistiables, del Caso Almonacid Arellano afirma que no genera cosa juzgada ni non bis in ídem. Frente a la verdad se señala que la verdad histórica no sustituye la verdad a través de un proceso judicial y la responsabilidad Estatal.

9. Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador es uno de los más graves casos de masacre contra civiles por agentes del gobierno. En este caso, la CIDH determinó que para hacer efectivo el derecho a la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad que ayuden a preservar la memoria histórica, pero esto no implica la verdad por medio de procesos judiciales ni reemplaza el deber del Estado de investigar y brindar acceso a la justicia.

10. Se reitera lo señalado en las siguientes sentencias: Caso Aloeboetoe y otros, Caso Myrna Mack Chang, Caso Trujillo Oroza, y Caso Castillo Páez.

11. Se reitera lo señalado en la siguiente sentencia: Caso Maritza Urrutia, Caso Myrna Mack Chang y Caso Bulacio.

- Estándar frente a los derechos de los niños y niñas en conflicto armado: “... deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas”, “los niños refugiados y desplazados, y los niños en situación de conflicto armado” (CIDH, 2005: 156).
- Estándar frente al desplazamiento forzado: la situación diferencial de esta parte de la población obliga al Estado a dar un trato preferente y adoptar medidas positivas para revertir los efectos de la condición de vulnerabilidad incluso de actuaciones o prácticas de terceros particulares (CIDH, 2005: 179). Asimismo, el artículo 22 de la Convención debe ser interpretado de manera extensiva, garantizando el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte (CIDH, 2005: 179).
- Estándar frente a garantías judiciales: el Estado tiene el deber de combatir la impunidad y evitarla, entendiendo por esta la falta de investigación, captura, enjuiciamiento, y condena (CIDH, 2005: 237).

### III.II.III Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia

El 18 de enero de 1989, quince miembros de una comisión judicial que investigaban los hechos acaecidos con la masacre de 19 comerciantes fueron interceptados por un grupo paramilitar denominado Los Masetos, quienes dispararon contra los vehículos y dieron muerte a la comisión. Solo tres personas sobrevivieron. El Estado no llegó a esclarecer los hechos, y la Corte IDH analiza la existencia del Reglamento de Combate Contra Guerrillas y del Manual de Combate contra Bandoleros o Guerrilleros, aprobados por el comandante general de las fuerzas militares para operaciones conjuntas entre Ejército y paramilitares. Al respecto se fijaron los siguientes estándares:

- Estándar sobre acceso a la justicia: la Corte hace hincapié en el cumplimiento de los principios de plazo razonable, del contradictorio, de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia (CIDH, 2007: 156).
- Estándar sobre investigación seria, imparcial y efectiva: la Corte indica que para su cumplimiento debe existir un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Se debe esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones, y deben inadmitirse las disposiciones que impidan la investigación y la eventual sanción de los responsables (CIDH, 2007: 194).
- Estándar sobre derecho a la verdad: señala la Corte en el plano individual la obligación de adoptar diseños que permitan que el derecho a la verdad se

realice de la forma más idónea, participativa y completa sin ninguna clase de obstáculos legales. En el plano colectivo, debe buscarse la verdad histórica más completa posible, incluyendo los patrones de actuación conjunta. Por último, debe ponerse en relieve la participación de las víctimas en cada una de las etapas (CIDH, 2007: 195).

- Estándar sobre el principio de proporcionalidad en relación con la pena: se indica que la sanción del delito debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad del actor de acuerdo con la gravedad de los hechos (CIDH, 2007, párr. 195).
- Estándar sobre el límite de la cosa juzgada: la Corte indica que, si bien la sentencia respetuosa del debido proceso es intangible, si aparecen nuevos elementos fácticos o probatorios que determinen o permitan determinar nuevos responsables, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada (CIDH, 2007: 197).
- Estándar sobre reparación: indica que esta debe realizarse según los “estándares de atribución internacional y de reparación establecidos en la jurisprudencia de la Corte” sin que enfrenten obstáculo u obstrucción (CIDH, 2007: 198).

### III.II.IV Caso Rodríguez Vera y otros vs Colombia:

los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en la ciudad de Bogotá, la guerrilla del M-19 tomó las instalaciones del Palacio de Justicia, sede de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado. Fueron detenidos como rehenes cientos de personas, entre quienes se encontraban magistrados, magistrados auxiliares, abogados, empleados, y visitantes. La respuesta a este ataque se conoce como retoma del Palacio de Justicia, realizada por la fuerza de seguridad del Estado. A Medicina Legal llegaron 94 cadáveres. Se desconoce el paradero de 11 personas que salieron con vida del Palacio de Justicia y desaparecieron. Al respecto, la Corte IDH fijó los siguientes estándares:

- Estándar establecido frente a la desaparición forzada: la desaparición forzada se configura por la pluralidad de conductas con el fin de vulnerar permanente y de manera simultánea varios derechos protegidos por la Convención. Por ello, el análisis debe fijarse sobre el conjunto de hechos que configuran la desaparición, y no de manera aislada (CIDH, 2014: 321), la desaparición forzada continúa hasta tanto no se conozca el paradero de la persona y se determine su identidad (CIDH, 2014: 368). Asimismo, el hecho de no respetar los parámetros mínimos para identificar los cuerpos de las víctimas y la falta de entrega de estos a las familias constituye un trato denigrante contra la misma víctima y sus familiares.
- Estándar establecido frente al derecho a la integridad física y psíquica: la Corte

señala que la violación de estos derechos se da en diferentes connotaciones y grados, y enmarca tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuyas secuelas varían dependiendo del caso, por lo que siempre se requiere analizar cada situación.

- Estándar establecido frente a la responsabilidad del Estado: un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares, pues debe atenderse a las circunstancias particulares y concreción de dichas obligaciones (CIDH, 2014, párr. 520).
- Estándar en tema de víctimas: los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden ser a su vez víctimas. En caso de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, se presume un daño a la integridad psíquica y moral (CIDH, 2014: 533).
- Estándar frente a la obligación de investigar los hechos, juzgar y sancionar a los responsables: el Estado debe adelantar investigaciones amplias, sistemáticas y minuciosas para sancionar a los responsables, para esclarecer los hechos (CIDH, 2014: 556).

### III.II.V Caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia:

Entre los días 13 y 14 de enero de 1990 se da una incursión paramilitar de 60 hombres armados al corregimiento de Pueblo Bello, donde fueron secuestradas, torturadas y asesinadas 43 personas. La Corte IDH estudia el fenómeno paramilitar desde el decreto 678 de 1988, que incluía la delegación de poderes a un jefe militar de la zona. Al respecto, se fijaron los siguientes estándares:

- Estándar respecto a la responsabilidad del Estado: el Estado debe actuar con la debida diligencia y tomar todas aquellas medidas que resulten necesarias para evitar operaciones que atenten contra la población que se encuentra en una zona declarada de “emergencia y operaciones militares” (CIDH, 2006: 139). 3022375080.
- Estándar respecto a las víctimas: durante la investigación y trámite judicial, las víctimas y sus familiares deben tener oportunidad de participar para que se esclarezcan los hechos y exista sanción a los responsables. Esta investigación debe ser asumida por el Estado de manera propia y no de la iniciativa procesal de las víctimas y sus familiares (CIDH, 2006: 144). Las condiciones de un país, por más difíciles que sean, no lo liberan de sus obligaciones (CIDH, 2006: 146).
- Estándar respecto a la integridad personal: Los familiares de las víctimas pueden ser a su vez víctimas producto de las circunstancias de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos (CIDH, 2006: 211).

- Estándar frente al derecho a la verdad: es parte del acceso a la justicia, y como una forma de reparación, si bien no es un derecho autónomo, se encuentra subsumido en el derecho de la víctima y sus familiares a obtener esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades por medio de investigación y juzgamiento (CIDH, 2006: 219).

### III.III La justicia transicional en Colombia

Los esfuerzos realizados por el gobierno en los últimos 13 años se han dirigido a la búsqueda de la paz y reconciliación, mediante la utilización de herramientas como la negociación e implementación de procedimientos jurídicos y administrativos. Hoy, Colombia ha tenido dos experiencias: la primera, con un mecanismo de justicia transicional conocido como ley de justicia y paz, el cual se ha venido aplicando desde 2005 para la desmovilización de paramilitares. El segundo mecanismo, representa a su vez el fin de más de cincuenta años de conflicto armado interno con la guerrilla de las FARC, y se ha desarrollado bajo los parámetros del Acuerdo de Paz y la Justicia Especial para la Paz, que aún está en proceso de implementación. A continuación, se hará un análisis de las normas y precedente proferido por la Corte Constitucional, con el fin de observar hasta qué punto las administraciones de justicia han ejercido su papel de juez convencional en relación con este marco normativo transicional.

#### III.III.I Ley 975 de 2005

La Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, es un marco jurídico para la desmovilización de paramilitares que se enfocó en los procedimientos penales de los actores de grupos al margen de la ley, dejando a la sombra temas importantes como el de víctimas. Sin embargo, los estándares establecidos en sentencias proferidas por la Corte IDH han propendido por resarcir los vacíos generados, exigiendo a su vez la implementación de dichos estándares en los procesos internos; en otras palabras, aplicando el control de convencionalidad.

La confianza en la aplicación de esta ley se vio mermada cuando se confrontó con los números de las estadísticas, como se ve a continuación. En una investigación realizada por Catalina Díaz (2013: 19) se conocieron algunas de las cifras arrojadas por el Sistema de Información Interinstitucional tras ocho años de la puesta en vigencia de este marco jurídico. Hasta el año 2013, 31 472 combatientes de la AUC se habían desmovilizado, se adelantaron 4 446 procesos, lo que significa 14.1 por ciento en procesos penales especiales; se registraron 438 312 víctimas, 5 500 paramilitares desmovilizados suscribieron acuerdos por la verdad, y 1 400 rindieron declaraciones ante el Centro de Memoria Histórica. Dentro de la labor realizada por la Fiscalía General de la Nación para ese mismo año, habían solicitado audiencia únicamente 628 postulados, de los cuales solo se había condenado a 14. De esas sentencias, fueron conocidas 3 325 víctimas, lo que

significaba tan solo 0.2 por ciento de sentencias para los casos en estudio que se tenían, y tan solo se había reconocido 0.7 por ciento de las víctimas.<sup>12</sup>

Los resultados no llenaron las expectativas. Sin embargo, este era un marco que daba la esperanza de ser tomado de ejemplo para futuras negociaciones con otros grupos al margen de la ley en Colombia. Diferentes puntos de vista indicaron algunas posibles causas para tales consecuencias. En efecto, Díaz (2013: 20) señala en su análisis que no resultaba razonable investigar a todas las personas que participaron en el conflicto armado, pues este era un universo de judicialización muy grande, donde no se aplicaba el principio de priorización, por lo que resultarían poco tangibles los resultados, fuera por el tamaño de la población o por la alta dificultad de la meta. A su vez, tampoco era apropiado este escenario para la reparación a las víctimas por las mismas razones. Para el entonces ministro de Justicia Alfonso Gómez Méndez, este marco que estaba encaminado dar fin a parte de la violencia, solo permitió conocer “verdades a medias”, y esto era grave en un escenario donde se estaban esperando reparaciones integrales a las víctimas y alejarnos de la impunidad. Manuel Quinche (2009: 169) sostuvo una opinión similar referente a víctimas, considerando que los artículos en esta materia solo eran un telón de fondo en la negociación.<sup>13</sup> Pero, si se esperaba una opinión menos desoladora, no fue así. La oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hizo unas consideraciones frente a la Ley de Justicia y Paz, en las que destacó (2005: 1) el seguimiento legislativo realizado a esta ley, que buscaba “promover el desarme, la desmovilización, y la reinserción”; sin embargo, afirmó que esta ley no cumplía con los elementos esenciales que establece una justicia transicional, tales como verdad y reparación de las víctimas, pues la sola existencia de incentivos y beneficios penales conduce a la impunidad.

Así pues, es evidente el fundamento del escepticismo con la Ley de Justicia y Paz, que en su momento, y teniendo en cuenta las anteriores opiniones, fue considerada como una ley que iba en contravía de los estándares planteados por la Corte IDH a través del control de convencionalidad. Por ello es necesario revisar la influencia de su contenido en el control hecho por la Corte Constitucional.

### III.III.II Ley de Justicia y Paz, a la luz de los estándares interamericanos

Previamente a ser expedida esta ley, la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2005: 2) expresó gran preocupación, por lo que presentaron una serie de recomendaciones a las debilidades que hasta ese momento presentaba el proyecto de ley, tales como no incluir acuerdos colectivos entre el Gobierno y el grupo armado, privilegiando la desmovilización individual; la ausencia de fronteras claras en los delitos cobijados por la llamada pena alternativa; el considerar el paramilitarismo como delito político, generando impunidad al ser susceptible de indultos y amnistías. Frente a las víctimas, la ley fue criticada al no ofrecer los mecanismos suficientes para esclarecer los hechos

12. Datos arrojados por el Sistema de Información Interinstitucional de Justicia Transicional (SIIJYP) utilizados en la publicación de la investigación “Justicia transicional en Colombia, de dónde venimos y para dónde vamos”, realizado por Catalina Díaz Gómez, exdirectora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho.

13. Según Manuel Fernando Quinche (2009: 169), los capítulos VIII y IX de la Ley 975 de 2005 desarrollan los derechos de las víctimas y reparación: “Un lector de buena fe llegaría a pensar que los 18 artículos que van del número 37 al 55 son la prueba fehaciente del interés nacional por reparar a las víctimas y asegurar sus derechos. No obstante, al examinar con cuidado las normas, se percibe que todos esos artículos no son más que el telón de fondo de una negociación que no aclara el alcance de los derechos de las víctimas.”

y la verdad, pues sin ella no se da justicia ni reparación;<sup>14</sup> asimismo, no existía garantía de que las instituciones estatales brindaran apoyo a las víctimas, ya que la reparación recayó en cabeza de los victimarios, olvidando a población específica como “niños y niñas, mujeres, pueblos indígenas y miembros de comunidades afro- colombianas” (2005: 2).

La Corte Constitucional colombiana realizó el control de constitucionalidad a la referida ley, demandada en varias ocasiones por diferentes cargos. la primera sentencia que profirió la Corte Constitucional fue la C-127 de 2006, decisión sobre la constitucionalidad de la ley 975 de 2005, particularmente de los artículos sobre la definición y duración de pena alternativa, tiempo de permanencia en zonas de concentración como parte de la ejecución de la pena y respecto a las facultades que otorga al presidente para solicitar la suspensión de la pena, y el beneficio de pena alternativa cuando llegue a acuerdos humanitarios con miembros de grupos armados. Por lo tanto, se entendía que dichas normas violaban la supremacía constitucional, igualdad, debido proceso y garantías judiciales. A pesar de lo anterior, en dicha ocasión la Corte decidió inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda, lo que impidió un examen a fondo en el que confrontara los instrumentos internacionales en relación con la Ley de Justicia y Paz.

Fue así como llegó la sentencia C-319 de 2006, la cual fue inspirada en una demanda en la que se atacaba la Ley 975 de 2005 por vicios de forma y de fondo. En efecto, a pesar de que la Corte rechazó los cargos de fondo y sólo se pronunció por los cargos de forma, el Tribunal Constitucional colombiano indicó que no toda regulación sobre derechos fundamentales implica una ley estatutaria, y en este caso se buscaba “establecer un marco jurídico para la realización del proceso de paz con los grupos armados al margen de la ley, más que regular el núcleo esencial de los derechos”. En relación con esta sentencia, es de destacar el salvamento de voto del magistrado Humberto Sierra Porto (2006), cuando indica que: “[d]esconocer el carácter estatutario de la ley 975 de 2005 no sólo ha originado problemas de carácter práctico, sino también ha obligado a un control parcial casuístico, inconexo y descontextualizado de la ley, cuyos resultados distan mucho de convencer y que han generado innecesarias controversias.”<sup>15</sup>

Posteriormente, la sentencia C-370 de 2006, emitida por la Corte Constitucional, estudió la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz e intentó ajustar dicha ley a los estándares antes propuestos. En esta oportunidad, la Corte se enfocó en definir varios aspectos relevantes para la ejecución de este marco jurídico, que para el enfoque del presente artículo se analizará específicamente el actuar de la Corte para señalar si existió un estudio a la luz del control de convencionalidad.

El primer aspecto por revisar son los pilares de verdad, justicia y reparación. Así, esta Corporación entendió el derecho a la verdad “como la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real.” Al respecto, a la luz del precedente de la Corte IDH, el derecho a

14. Las consideraciones del Alto Comisionado relacionan los siguientes artículos en materia de verdad y reparación 10, 17, 18, 19, 25 y 30 de la Ley de Justicia y Paz.

15. Queda entonces en entredicho la rigurosidad jurídica del citado fallo. Se puede leer entre líneas el carácter político de éste; pero, en cualquier caso, parece un poco desnaturalizada la figura de la reserva de ley estatutaria que tienen ciertos asuntos so pretexto de mantener la exequibilidad de la norma por sus repercusiones políticas.

la verdad, si bien no se encuentra taxativamente en la Convención, sí ha tenido un desarrollo jurisprudencial desprendiéndose del derecho a la reparación. Lo anterior se observa en el caso *Godínez Cruz vs Honduras* (1989: 188), en el cual se hace referencia al deber del Estado de investigar para que no se quede en una mera formalidad y resulte infructuosa, quitando la responsabilidad de investigar a las familias de las víctimas y víctimas directas para encontrar la verdad. Posteriormente, en el caso de la *Masacre de la Rochela vs Colombia* (2007: 195), se fijó un estándar en donde el Estado tiene obligaciones positivas respecto al derecho a la verdad, que obliga a aplicar diseños institucionales que permitan enfrentar obstáculos que lo hagan ilusorio, pues "... la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades."

Bajo los anteriores lineamientos, la Corte Constitucional utiliza el control de convencionalidad para dar aplicación y cumplimiento al mandato que provee no solo una verdad judicial, sino una verdad histórica encaminada a la reparación y reconciliación. Así, la Corte Constitucional resalta que el derecho a la verdad no implica una verdad a medias, sino detalles también para reconocer el dolor de las víctimas y sus derechos.

Un último aspecto del derecho a la verdad es la obligación de revelar el paradero de los desaparecidos. Frente a este tema, la Corte IDH ha señalado (CIDH, 2014: 321) que la desaparición forzada se configura por la pluralidad de conductas con el fin de vulnerar permanentemente y de manera simultánea varios derechos protegidos por la Convención. Por lo tanto, el análisis debe fijarse sobre el conjunto de hechos que configuran la desaparición, y no de manera aislada (CIDH, 2014: 368), pues la desaparición forzada continúa hasta en tanto no se conozca el paradero de la persona y se determine su identidad. Asimismo, el hecho de no respetar los parámetros mínimos para identificar los cuerpos de las víctimas y la falta de entrega de cuerpos a las familias, constituye un trato denigrante contra la misma víctima y sus familiares. En caso de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, se presume un daño a la integridad psíquica y moral (CIDH, 2014: 533). En este sentido, la Ley de Justicia y Paz solo incluía que a cambio de la entrega de secuestrados se tuvieran beneficios, sin tocar el tema de las fosas comunes, situación que llevó a la Corte a cubrir este vacío, señalando la necesidad de que parte de la verdad responda a la ubicación de cadáveres, para que las familias puedan sepultar a sus muertos y tener estas entregas como reparaciones del daño causado. Frente a lo anterior, Díaz (2013) indica que la Fiscalía, en agosto de 2013 exhumó 3 929 fosas comunes, en donde fueron hallados 4 809 cadáveres, de los cuales solo 1 813 fueron reconocidos y entregados a sus familias.

El segundo aspecto es el derecho a la justicia, en donde la Corte Constitucional lo entiende como (2006: 4.7.3.3, "... aquel que en cada caso concreto proscribe

la impunidad”, confiando en cabeza del Estado ciertas obligaciones como investigar, perseguir a los autores, sancionarlos, brindar lugar como parte civil a las víctimas para que en caso dado puedan tomar iniciativa. A la Luz de los precedentes interamericanos, en el derecho a la justicia tiene prevalencia en la CIDH (Rochela, 2007: 156) el cumplimiento de los principios de plazo razonable, del contradictorio, de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia (CIDH, Puerto Bello, 2006: 219), cumpliendo así con una esfera de reparación, si bien no como un derecho autónomo, sí subsumido en el derecho de la víctima y sus familiares a obtener el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades por medio de investigación y juzgamiento, lo que genera una ampliación del concepto restrictivo de justicia llevándolo a esferas de reparación.

Por otro lado, según las críticas de Quinche (2009), “... las víctimas en el texto de la Ley de Justicia y Paz no participan en el juicio, pues se las posterga al incidente de reparación, se impide su representación por medio de organismos especializados en la defensa de derechos humanos [...] quedando en últimas a merced más de la voluntad política que del derecho, lo que contradice el estándar sobre acceso de la víctima al proceso.” En efecto, la ausencia de mecanismos<sup>16</sup> para hacer efectivos los mecanismos de reparación vulneraba el derecho de las víctimas a obtener reparación, como lo ha dejado señalado la Corte IDH. En este sentido, la Corte Constitucional, en su sentencia, sostuvo que a pesar de que la ley se refiera únicamente a la representación de las víctimas en el juicio, ello no excluía que éstas tengan derecho de postulación en otras fases del proceso.

Como tercer elemento de análisis, la Corte Constitucional, en esta sentencia, entiende el derecho a la reparación<sup>17</sup> como “... aquel que comprende obtener una compensación económica, pero que no se limita a ello, sino que abarca medidas individuales y colectivas tendentes, en su conjunto, a restablecer la situación de las víctimas.” En este aspecto, la Corte IDH ha denominado este tipo de reparación como “reparación integral”, la cual se da a toda persona que haya soportado un daño injustificado, entendiendo que la reparación debe responder proporcionalmente al daño causado. Así, la doctrina de la Corte IDH señala la existencia de medidas como indemnización o compensación pecuniaria,<sup>18</sup> restitución,<sup>19</sup> rehabilitación,<sup>20</sup> satisfacción<sup>21</sup> y garantía de no repetición,<sup>22</sup> que en última instancia buscan reparar en la medida de lo posible aquel perjuicio ocasionado y soportado injustamente. Lo interesante del precedente de la Corte Constitucional está en la forma como vincula cada uno de estos elementos de la reparación, aplicando un control de convencionalidad difuso.

En materia de derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación, coincide la crítica del Alto Comisionado con las observaciones doctrinales hechas en cuanto a que la Ley 975 de 2005 no está dotada de procedimientos idóneos para la garantía del derecho al acceso a la administración de justicia, y en consecuencia, del debido proceso. Sin embargo, bajo el análisis realizado anteriormente, la Corte llena los

16. Según el maestro Quinche, la ausencia de mecanismos es evidente en los artículos 42 y 55 de la Ley de Justicia y Paz.

17. Asimismo, afirma Díaz (2013: 21), que “... las investigaciones y fallos judiciales también han contribuido a que la sociedad colombiana reconozca hoy, mucho más que en el pasado, la dimensión del sufrimiento de las víctimas.

18. En el caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú (2004), se indicó que la indemnización puede ser a causa de un daño material, lucro cesante y daño emergente.

19. En el mismo caso referido se indicó que la restitución consiste en restablecer la situación anterior a la vulneración del derecho, y, de no ser posible, se acude a la compensación económica.

20. Caso Godínez Cruz vs Honduras. Sentencia del 21 de julio de 1989. Se indicó que comprende los sufrimientos a las víctimas y sus familiares que no son susceptibles de cuantificación, como la alteración de sus condiciones de vida o daño al proyecto de vida.

21. Caso Godínez Cruz vs Honduras. Sentencia del 21 de julio de 1989. Se indicó: “Las medidas de satisfacción son aquellas medidas de carácter no pecuniario que está obligado a tomar el Estado infractor, encaminadas a reparar el daño inmaterial causado a las víctimas.”

22. Son entendidas por la Corte IDH como medidas políticas, administrativas o legislativas que permitan circunstancias en donde no vuelva a repetirse la vulneración de este derecho.

vacíos dejados en el texto de la ley con los estándares dejados por el precedente de la Corte IDH aplicados por vía del control de convencionalidad.

### III.III.III Los acuerdos de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FARC)

Al momento de escribir este artículo no se conoce el texto completo de las sentencias que han manifestado algunos reparos a la implementación de los acuerdos de paz en Colombia con las FARC, razón por la cual en este momento se pretende formular, a modo enunciativo, algunas preguntas en relación con el control de convencionalidad. En efecto, podría pensarse que los acuerdos de La Habana y su incorporación al sistema jurídico colombiano pueden propiciar una eventual violación del principio democrático (Gutiérrez, 2017: 239), o que incluso la representación política de miembros de las FARC, que a su vez hayan cometido delitos de lesa humanidad, puede violar los derechos de verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición de las víctimas (Rojas, 2017: [Falta número de página]),<sup>22</sup> entre otros, que podrían modificar total o parcialmente el acuerdo original entre el gobierno de Colombia y las FARC.

## IV. Conclusiones

La figura de control de convencionalidad cuenta en la actualidad con un desarrollo jurisprudencial nutrido que ha permitido consolidar esta institución procesal, facilitando su aplicación no sólo en casos de conocimiento de la Corte IDH, sino también en sede interna de los Estados que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, será muy frecuente el uso de esta figura durante la puesta en funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual tiene competencia para aplicar dicho control. De cualquier forma, si llegare a omitirse la obligación de los jueces colombianos de aplicar los estándares internacionales en el derecho interno, los casos llegarán seguramente al sistema interamericano de derechos humanos, en donde ya existe una aceptación y consolidación del control de convencionalidad.

No obstante, se ha evidenciado la obligatoriedad del acatamiento de los estándares internacionales sobre derechos humanos formulados por la jurisprudencia de la CIDH en materia de derechos de las víctimas, y cómo estos no fueron acatados en el trámite legislativo de la ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, que en consecuencia fue demandada por inconstitucionalidad en varias ocasiones y por diferentes cargos, aun cuando la principal sentencia que intenta ajustar dicha norma a los estándares anteriormente mencionados es la estudiada sentencia C-370 de 2006, fundamento de cada una de las siguientes sentencias que resuelven demandas de inconstitucionalidad contra la ley estudiada. El debate aún está abierto, y seguramente tendrá importantes avances, más aún si se parte de la reciente implementación del acuerdo de La Habana con la guerrilla de las FARC y la importancia del debate para un país que ha estado sumergido en un conflicto armado que ha durado más de cincuenta años.

150. Al respecto, y para ver las tensiones que pueden surgir en relación con la cosa juzgada y cada uno de estos derechos de las víctimas, puede consultarse en Danilo Rojas Betancourth, “Cosa juzgada, justicia transicional y justicia contencioso-administrativa”, en Memorias del XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2017, pp. 571-586.

## V. Referencias

Corte Constitucional de Colombia (9 de septiembre de 1998). Sentencia C-481. Demanda de inconstitucionalidad. MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (22 de febrero de 2006). Sentencia C-127. Demanda de inconstitucionalidad. MP Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia (25 de abril de 2006). Sentencia C-319. Demanda de inconstitucionalidad. MP Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370. Demanda de inconstitucionalidad. MP Manuel José Cepeda Espinoza, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (30 de mayo de 1999). Caso Castillo Petrucci y otros *vs* Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de enero de 1989). Caso Godínez Cruz *vs* Honduras. Sentencia de fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de julio de 2004). Caso 19 Comerciantes *vs* Colombia. Fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso *vs* Perú. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2005). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri *vs* Perú. Sentencia, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de septiembre de 2005). Caso de la Masacre de Mapiripán *vs* Colombia. Sentencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006). Caso Almonacid Arellano y otros *vs* Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs* Colombia. Sentencia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (11 de mayo de 2007). Caso de la Masacre de la Rochela *vs* Colombia. Sentencia, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de noviembre de 2014). Caso de Rodríguez Vera y otros vs Colombia. Sentencia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de agosto de 2014). Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva 21/14.

Díaz, Catalina (2013). “Justicia Transicional en Colombia, de dónde venimos y para dónde vamos. Justicia para una nueva Colombia”. *Revista Jurídica*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Gutiérrez González, Helton David. “El control constitucional sobre la implementación normativa del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC (230-241)”, *Revista de Derecho Brasileira*, núm. 7, vol. 8, São Paulo, 2017, p. 239.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Político*, núm. 93, Madrid, UNED, 2015, pp. 321-381.

Quinche, Manuel (2009). *Los estándares de la corte interamericana y la ley de justicia y paz*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho, Universidad del Rosario, y Facultad de Derecho UBA.

Rey Cantor, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, 2008.

Rojas Betancourth, Danilo. “Cosa juzgada, justicia transicional y justicia contencioso-administrativa. En *Memorias del XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho procesal, Bogotá, 2017, pp. 571-586.

Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Temas de Derecho Público núm. 94, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2005). “Consideraciones sobre la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Naciones Unidas.

Torres Zúñiga, Natalia. *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Berlín, Editorial Académica Española, 2013.

## Consejo editorial

### Director

Luis Antonio Corona Nakamura

### Sub-director

José de Jesús Chávez Cervantes

### Secretaria

Netfaly Sarait Medrano Jiménez

## Consejo Editorial

Alfonso Hernández Barrón

Kristyan Felype Luis Navarro

José Juan Flores Alvarado

Mayra Lucero Cisneros Chavarín

Misael Edgar Hernández Barrón