

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



M. Sc. MARÍA MAGDALENA JOCHOLÁ TUJAL

GUATEMALA, ENERO DE 2021

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por la

M. Sc. MARÍA MAGDALENA JOCHOLÁ TUJAL

Previo a optar al Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO

Guatemala, enero de 2021

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: M. Sc. Luis Renato Pineda

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN

DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR:

PRESIDENTA: Dra. María del Rosario Velásquez Juárez
VOCAL: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIA: Dra. Vilma Liceth Rojas Montejo

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 10 de agosto de 2019

Doctor
Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Posgrado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12.

Estimado doctor Cáceres,

El motivo de la presente es informarle, en mi calidad de asesor respectivo, que la tesis doctoral de la maestra María Magdalena Jocholá Tujal, la que lleva como título "La interpretación de los derechos fundamentales", ha sido concluida a mi satisfacción y está lista para ser defendida en el examen respectivo.

Esta tesis describe con notable calidad las diferentes aristas del problema de la interpretación de los derechos fundamentales. La autora trabaja sobre una bibliografía completa y actualizada, lo cual aumenta la relevancia de su trabajo, especialmente en un tema tan complicado. El desarrollo de temas como este asegura el conocimiento y la reflexión sobre un tema que es de particular importancia en la presente realidad jurídica, especialmente debido a la importancia que tiene en nuestro sistema la Corte de Constitucionalidad.

La tesis de la doctoranda Jocholá Tujal cumple con los requisitos que, para el efecto, establece la Escuela de Estudios de Postgrado. La estructura del texto refleja compromiso con la calidad académica; se desarrolla de manera competente la relación entre el problema, la hipótesis, objetivos y conclusiones.

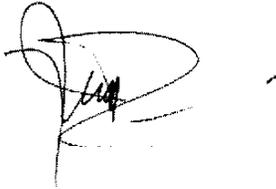
El trabajo de tesis de la maestra Jocholá Tujal, debe mencionarse, destaca por su exhaustividad, rasgo notable de los investigadores. Destaca la coherencia lógica de este trabajo, aun cuando se trata de un problema difícil en virtud que el tema de los derechos fundamentales es sumamente complejo. En ese sentido, soy de la opinión de que la tesis doctoral de la maestra Jocholá, con las modificaciones pertinentes, podría ser publicado en un futuro próximo.

Asimismo, es necesario recalcar que este tema es de relevancia para nuestro contexto jurídico, especialmente en una época que, como la nuestra, en la que se producen cambios muy pronunciados en el derecho. Vivimos en un tiempo conflictivo, en el cual la función interpretativa de la Corte de Constitucionalidad gana cada día más importancia. En consecuencia, considero que el trabajo de la maestra Jocholá Tujal contribuye a la misión generadora de cultura y reflexión que caracteriza a la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En virtud de lo anterior, me permito entregar este dictamen con el fin de que la doctoranda Jocholá Tujal prosiga con los procedimientos establecidos para que se nombre al tribunal examinador respectivo y puesta sustentar el examen de tesis.

Sin otro particular me suscribo de Ud.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JRM', written over a faint horizontal line.

Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez
Profesor
Escuela de Postgrado en Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

"Id y enseñad a todos"

Guatemala, 25 de noviembre de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta tesis fue presentada por la estudiante Mtra. **María Magdalena Jocholá Tujal** del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 26 de noviembre del dos mil veinte.-----

En vista de que la MSc. Maria Magdalena Jocholá Tujal aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 13-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

Al Creador y Formador del Universo, por la vida y por permitirme alcanzar una meta más.

A mi madre Adela Tujal Marroquín y a mi padre Santos Jocholá Ajú (Q.E.D.) por haberme forjado para ser la persona que soy.



CONTENIDO

PÁGINA

Introducción	i
Capítulo I: Los enfoques interpretativos en materia de derechos humanos	1
1. Algunos enfoques interpretativos de los derechos fundamentales	1
1.1 La teoría positivista	4
1.2 La teoría de los valores	7
1.3 La teoría institucional	10
1.3.1 La teoría institucional funcionalista	12
1.3.2 La teoría institucional multifuncional	14
1.4 Teoría iusnaturalista crítica	20
Capítulo II: Los postulados básicos de interpretación en materia de derechos fundamentales	33
2.1. Las particularidades de la hermenéutica de los derechos humanos	33
2.2. La jerarquía superior de los derechos fundamentales	37
2.3. El contenido esencial de los derechos fundamentales	38
2.4. El principio de concordancia práctica	41
2.5. La moral crítica como elemento interpretativo de los derechos fundamentales	42
2.6. El principio de proporcionalidad	44
2.6.1 La técnica de la ponderación	46
2.7. El principio <i>propersona</i>	52
2.7.1 principio <i>in dubio pro libertate</i>	53
Capítulo III: Contenido esencial y posición preferente de los derechos fundamentales	57
3.1. Contenido esencial	57



3.1.1. Teoría relativa	72
3.1.2. Teoría absoluta	78
3.2. Posición preferente	82
Capítulo IV: La concreción en la interpretación de los derechos fundamentales	89
4.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio <i>pro homine</i>	89
4.2. La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional público	92
4.3. El modelo clásico de la interpretación normativa	94
4.4. El modelo interpretativo hermenéutico del derecho internacional de los derechos humanos	102
4.5. El principio <i>propersona</i> como criterio interpretativo	108
4.5.1 Fundamento normativo	109
4.5.2 La función del principio <i>propersona</i>	110
4.5.3 Alcances y límites del principio <i>propersona</i> en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	113
4.5.3.1 Preferencia interpretativa	114
4.5.3.2 Preferencia de normas	122
4.5.4 La integridad del sistema	124
4.6. Alguna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el principio <i>propersona</i>	131
4.7. Aplicación del principio <i>propersona</i> en el ámbito interno: control de convencionalidad	136
4.8. Principio de interpretación <i>propersona</i> : preferencia axiológica y preferencia normativa	139
4.9. Los principios de interpretación conforme y <i>propersona</i> en relación con el principio de proporcionalidad	144
Capítulo V: Interpretación de los derechos fundamentales por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala	157



5.1. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en relación con la interpretación de los derechos fundamentales	158
5.1.1. Derecho a la libertad e igualdad	158
5.1.2. Derecho a la libre emisión del pensamiento	161
5.1.3. Derecho a la propiedad	166
5.1.4. Derechos de las mujeres	168
5.1.4.1. Discriminación en el ámbito civil-familia	169
5.1.4.2. Discriminación en el ámbito penal	174
Conclusión	179
Referencias	181



INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se integran a los sistemas legislativos de los diferentes Estados, generalmente, por medio de la Constitución Política de la República, la cual les otorga un nivel superior o igual al de la constitución con respecto al resto del sistema legal del país. La Constitución Política de la República de Guatemala integra a los derechos fundamentales, enunciando varios de ellos en la primera parte dogmática de la Constitución Política de la República

El Estado de Guatemala ha ratificado varios convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Respecto a los criterios o jurisprudencia que deriva de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, varios tribunales constitucionales de Latinoamérica consideran que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH deben ser reconocidos por los Estados.¹

Es de gran importancia el estudio de los derechos fundamentales para que estos sean respetados, principalmente para quienes aplican e interpretan el derecho, como ocurre con los jueces, magistrados o abogados, quienes no solo deben conocerlos, sino también deben tener criterios bien fundados para la interpretación y aplicación de estos. Los derechos fundamentales se encuentran

¹ Giraldo (2016), pp. 8-9.



enunciados en la Constitución Política de la República, los Convenios y Tratados ratificados por Guatemala, pero no se indica cual debe ser el criterio para su interpretación.

Dentro de esa interpretación de la Constitución encontramos la de los derechos fundamentales que forman parte de la mayoría de las constituciones y que son aún más particulares en cuanto a su interpretación; ya que poseen rasgos distintivos que hace que su interpretación se realice de forma diferente a cualquier otra norma jurídica. Se tiene por una parte el lenguaje utilizado al constitucionalizarlos; y por otra, una fuerte carga emotiva que condiciona e influye su interpretación.²

Ciertamente, la trascendencia de la interpretación de los derechos fundamentales no ha sido ignorada por los órganos encargados de llevar adelante tal tarea. La enunciación y virtual aplicación de determinados criterios de interpretación se refleja en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, cada vez que realizan su tarea diaria de “asignar” o “descubrir” los alcances, límites o restricciones a los cuales se encuentran sujetos los derechos.³

Por lo cual los derechos fundamentales no son estáticos, al contrario, van en progreso, cambiando y evolucionando al tiempo que la sociedad lo requiere.

² Guzmán (2017), p. 31.

³ Troper, citado por Carpio (2004), p. 466.



Los estudiosos del derecho aportan diversas teorías para poder aplicar enfoques interpretativos a los derechos fundamentales.

Las teorías aportan argumentos de forma alternativa o conjunta de consideración al debate, lo que puede explicar que normalmente la jurisprudencia constitucional no es reflejo de una sola teoría, aunque en la interpretación de cada derecho concreto tienda a prevalecer una teoría u otra; en virtud de que no todas las teorías son igualmente convincentes para cada problema en particular, siempre y cuando sean adecuadas y no contravengan a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁴

Existen diversos enfoques interpretativos de los derechos fundamentales, los cuales son estudiados y utilizados por los operadores de justicia en cada caso en particular, decidiendo el intérprete cual es el criterio por utilizar, siendo muy extraño que utilice un único criterio, más bien ocurre que utiliza en conjunto varios de ellos. Sin embargo, no existe una norma que obligue a interpretar los derechos con un enfoque determinado.

Al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales.⁵

⁴ Guzmán (2017), p. 32.

⁵ Peces-Barba (1999), p. 594.



Cuando dos partes alegan la pretensión del ejercicio de un derecho fundamental que pareciera contraponerse al ejercicio del derecho fundamental de otra persona, es cuando se hace necesario el análisis de las delimitaciones de cada derecho por medio de su interpretación para saber cuál de las dos partes es quien está en posición de ejercer el derecho fundamental que reclama, o en caso de que ya se haya dado la violación a los derechos fundamentales, de qué forma se debe restituir a cada parte.

En los últimos años, la mayoría de los Estados se ha preocupado por incorporar los derechos humanos a sus textos Constitucionales, de forma literal o por medio de la ratificación de tratados internacionales sobre el tema. No obstante, estos intentos y los de la comunidad internacional para que el respeto de los derechos sea la pieza clave en el actuar de cada gobierno, la inserción ha hecho que los conceptos y la forma de aplicación de estos resulte confusa y, en algunas ocasiones, hasta contradictoria.

La incorporación resulta variada, puesto que los derechos humanos pueden ser introducidos explícitamente o bien por medio de tratados internacionales; en ambos casos, existe la posibilidad de que se les otorguen, directa e indirectamente, las categorías de supra constitucionalidad, constitucionalidad o infra constitucionalidad.

Por su parte, también se pueden agregar al catálogo de cada texto constitucional a través de cláusulas de apertura, pero la interpretación queda



siempre al arbitrio de las Cortes de cada Estado y, por ende, al juicio que cada uno de sus integrantes posea.

Al lado de la dogmática de los derechos fundamentales, también se encuentra la forma general, indeterminada y vaga de la redacción de las disposiciones normativas que los contienen.

Los derechos fundamentales aparecen en los ordenamientos jurídicos sin especificar su significado concreto, por lo que corresponde al operador del derecho realizar esa interpretación. Por lo tanto, derechos fundamentales, se les ha definido como previsiones dotadas de un alto grado de abstracción que deriva fundamentalmente de su naturaleza constitucional y convencional.

El objetivo de la investigación aquí planteada, es resaltar la importancia de la interpretación de las disposiciones normativas que contengan derechos fundamentales en el sentido que tiendan no solo a concretizar su contenido, sino que tiendan a establecer los elementos esenciales para la eficacia de su interpretación y aplicación, así como la extensión y límites de su contenido material. De ahí la importancia y la necesidad de realizar esta.

El problema por resolver se planteó de la forma siguiente: 1. ¿Cuáles son los elementos que deben precisarse para delimitar los contenidos, extensión y límites de los derechos fundamentales? Y; 2. ¿Cuáles son los tipos de límites de los derechos fundamentales establecidos en la doctrina y en la jurisprudencia?



La hipótesis se formuló de la manera siguiente: 1. Los elementos que deben precisarse para delimitar los contenidos, extensión y límites de los derechos fundamentales son: el titular del derecho; los obligados al respeto del derecho; el contenido de la obligación y las circunstancias y condicionantes para su aplicación; las facultades que el titular posee en caso del incumplimiento del deber de respeto de su derecho y; la especificación de las fronteras o límites del derecho para que no se superponga parcialmente con otro derecho, armonizándolos o ajustándolos y; 2. Los tipos de límites de los derechos fundamentales establecidos en la doctrina y en la jurisprudencia son: a) límites internos o inmanentes: se entiende por ellos, los que se derivan del sentido y contenido de cada derecho; b) los límites externos: son aquellos que están fijados por otros derechos o bienes constitucionales o fijados por el legislador en cuanto regulador autorizado para restringir el ejercicio de los derechos dentro del ámbito regulado por la Constitución.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos, en el primer capítulo se trató el tema de los enfoques interpretativos en materia de derechos humanos; en el segundo capítulo se desarrollaron los postulados básicos de interpretación en materia de derechos fundamentales; en el tercer capítulo se analizó el contenido esencial y la posición preferente de los derechos fundamentales, en el cuarto capítulo se trató el tema de la concreción en la interpretación de los derechos fundamentales y en el quinto capítulo se desarrolló la interpretación de los derechos fundamentales por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, y por último, tratar



de arribar a una conclusión objetiva y la verificación de la hipótesis formulada en el diseño de investigación.



CAPÍTULO I

Los enfoques interpretativos en materia de derechos humanos

Para mejor comprensión del contenido de la presente investigación es preciso indicar, que los derechos fundamentales son aquellos que están reconocidos en las Constituciones Políticas de los Estados y los derechos humanos son los establecidos, generalmente, en los convenios y tratados internacionales que cada Estado ha ratificado para su respeto y cumplimiento, en el caso de Guatemala el Estado asume el compromiso de legislar tomando en cuenta los derechos humanos establecidos en estos.

Considerando lo anterior en el presente capítulo se desarrollan algunos enfoques clásicos relacionados a la interpretación de los derechos fundamentales, los cuales permiten visualizar la evolución que ha tenido la interpretación de estos a través del tiempo y como estos enfoques se complementan para realizar una interpretación, atendiendo a la época y al contexto.

1. Algunos enfoques interpretativos de los derechos fundamentales

En la actualidad, existe un consenso relativo a que los derechos fundamentales no pueden funcionar normativos sin procesos interpretativos que los sitúen en un aquí y en un ahora. La concepción de los principios de Dworkin, para dar un ejemplo importante en el mundo jurídico contemporáneo, responde a una actitud u orientación



iusnaturalista que parte de que “las decisiones de la jurisprudencia no son meras aplicaciones mecánicas de la ley, sino opciones sobre principios morales”⁶.

De esa manera, mientras para el positivismo jurídico las normas legales agotan la noción de derecho y, por ello, en caso de lagunas de la ley se ve obligado a admitir el arbitrio o la discrecionalidad judicial, la *teoría de la decisión judicial* de Dworkin obedece a un plan a un planteamiento de signo iusnaturalista.

Su tesis supone:

1) que el ordenamiento jurídico es un sistema en el que junto a las normas legales existen principios que incorporan las exigencias de la justicia y de los valores éticos; 2) que el juez a falta de norma legal y, en ocasiones, por encima de ella, debe decidir de acuerdo con tales principios; y 3) que esos principios constituyen el soporte axiológico que da coherencia interna y estructura armónica a todo el sistema jurídico⁷.

La concepción de los principios definidos por Dworkin, desde el punto de vista de la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales, presenta ciertas analogías con la idea de la Constitución material, entendida como “el conjunto de decisiones políticas y valores que permiten la integración unitaria de todo el orden jurídico”⁸.

⁶Dworkin (2012), p. 7.

⁷*Ibidem*, pp. 38-39.

⁸Bartole (1980), p. 202.



También pudiera establecerse un paralelismo entre la postura dworkiniana y la *teoría de la integración* debida a Smend, a tenor de la cual:

Las normas constitucionales y, en especial, las que consagran el sistema de los derechos fundamentales deben ser interpretadas como formas de integración estatal, es decir, como la expresión de un sistema cultural, de bienes y de valores que conforman el *status* material de los ciudadanos.⁹

Los derechos fundamentales entrañan y presuponen, en suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que la labor hermenéutica tendente a concretar el alcance del sistema constitucional de los derechos fundamentales se halle condicionada por las preconcepciones que le sirven de base.

A estos presupuestos se ha referido Bockenförde en uno de sus trabajos relacionado a la interpretación de los derechos fundamentales en el que menciona cinco concepciones teóricas de tales derechos que inciden en su interpretación “la teoría liberal o del Estado liberal de derecho; la teoría institucional; la teoría de los valores; la teoría democrático-funcional; y la teoría del Estado social de derecho”¹⁰.

Este planteamiento contribuye a un enfoque global de las distintas posturas que condicionan la interpretación de los derechos fundamentales. Ahora bien, adolece del inconveniente de entremezclar criterios clasificatorios dispares al establecer una

⁹Smend (1985), p. 263.

¹⁰Bockenförde (1993), p. 266.



continuidad entre categorías político-normativas, como son las referentes al Estado liberal o al Estado social de derecho, y categorías de clara significación teórico-doctrinal, como las restantes aducidas.

De ahí que resulta evidente la repercusión que, en orden a la hermenéutica de los derechos fundamentales, supone el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho, el cual asume categorías de clara significación teórico-doctrinal. En suma, el Estado liberal o el Estado social de derecho conforman el contexto político sobre el que operan distintas concepciones teórico-doctrinales, que, al tiempo que entrañan distintos modos de entender esas fórmulas políticas, ofrecen un determinado enfoque de la interpretación de los derechos fundamentales.

Teniendo presentes estas observaciones metodológicas, se puede optar por una clasificación alternativa, en función de un criterio unitario, basada en las distintas posturas teórico-doctrinales que implican modos divergentes de concebir el significado, fundamento y finalidad de los derechos fundamentales con la consiguiente incidencia en su interpretación.

1.1. La teoría positivista

Para esta concepción los derechos fundamentales aparecen como categorías técnico-jurídicas dirigidas a reformular en normas positivas las exigencias mantenidas por la teoría de los derechos naturales en el sentido de la afirmación de determinadas libertades del individuo frente al poder estatal. Forjada a lo largo del siglo XIX, como



alternativa a la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos, la concepción avanzada por el positivismo jurídico pretendió despojar a la teoría de los derechos fundamentales de cualquier matiz revolucionario, considerándola como un presupuesto formal para el funcionamiento del Estado liberal de derecho. En la opinión del jurista Von Oertzen:

Esta tesis tuvo en la Escuela alemana de Derecho público una de sus más acabadas expresiones; a ella se debe la elaboración conceptual de los derechos públicos subjetivos, y representó la proyección al derecho constitucional de las premisas metodológicas de la dogmática iusprivatista inspirada en el positivismo jurídico¹¹.

En la época contemporánea el principal defensor de esta orientación ha sido el jurista alemán Forsthoff, quien ha mantenido una estricta fidelidad a la versión liberal del Estado de derecho y a la idea positivista de los derechos fundamentales. A tenor de su planteamiento, los derechos fundamentales deben ser interpretados, según las siguientes formulaciones:

- a) *Garantías de la autonomía individual*, es decir, como derechos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada (lo que entraña la negación de la incidencia de los derechos fundamentales o de su eficacia en las relaciones entre particulares;

¹¹ Von Oertzen (1974), p. 158.



- b) *Garantías jurídicas* esenciales del *status quo* económico social, lo que supone la impugnación de las cláusulas transformadoras del orden económico-social del Estado social de derecho y su relegación a meros postulados programáticos;
- c) *Categorías jurídico-formales* (no como valores éticos, filosóficos o políticos) que deben ser interpretadas y aplicadas, según las reglas del método jurídico tradicional, ya que tan solo a través del mantenimiento del método interpretativo basado en la estricta subsunción de los hechos en las normas se evitará que la hermenéutica de los derechos fundamentales se disuelva en una casuística con la consiguiente pérdida de la seguridad jurídica, peligro inevitable cuando se proyectan criterios filosóficos o axiológicos a dicho proceso interpretativo;
- d) *Categorías independientes*, por lo que cada derecho fundamental debe ser interpretado como un precepto autónomo que posee su propia lógica y cuyo sentido se desprende de su significado textual, sin que sea lícito recurrir a una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, salvo en los supuestos excepcionales en los que el significado de la norma que los consagra no sea completo, de lo que se deriva también la negación de cualquier jerarquía entre las normas constitucionales que formulan el sistema de los derechos fundamentales y, por tanto, la inexistencia de normas constitucionales que puedan servir de parámetro orientadas para la hermenéutica de las restantes¹².

¹²Forsthoﬀ (1958), p. 124.



Estos criterios responden a una perspectiva positivista que recupera las tradiciones interpretativas del liberalismo tradicional.

1.2. La teoría de los valores

La concepción del sistema de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores dotado de unidad material fue avanzada en la etapa de la Constitución de Weimar por Smend. A través de su teoría de la interpretación, Smend sentó los cimientos para una interpretación axiológica de los derechos fundamentales, al asignar al conjunto de los derechos y libertades básicos proclamados por la Constitución weimariana una función integradora e inspiradora de todo el orden jurídico-político estatal.

Los derechos fundamentales cumplen su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento. Al propio tiempo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar¹³.

La teoría del orden objetivo de valores halló en la etapa subsiguiente, al fin de la Segunda Guerra Mundial, una amplia adhesión en la doctrina y la jurisprudencia de

¹³Smend (1985), p. 309.



la República Federal de Alemania. Bajo el influjo de la teoría de la integración de Smend y, fundamentalmente de la ética material de los valores basada en la doctrina filosófica de Max Scheler y Nicolai Hartmann, se construyó una teoría de los derechos fundamentales que los concebía como normas éticas objetivas, expresión inmediata del derecho natural.

En ese sentido, Weinkauff afirmó que los derechos fundamentales constituyen normas axiológicas que pueden conocerse con gran seguridad intuitiva.

De ahí que la interpretación jurídica de su contenido debe partir de ese deber ser ético objetivo, fiel trasunto de un orden de valores previo, que tiene la fuerza vinculante de hacer ilegítima y privar de validez jurídica a cualquier interpretación que lo desconozca¹⁴.

Geiger señala de forma concluyente que:

El sistema de los derechos fundamentales responde a una concepción iusnaturalista. Al propio tiempo propugna un método ontológico para la interpretación de tal sistema de derechos básicos, que permita concretar su respectivo alcance “*per viam determinationis*” y “*per viam conclusionis*”, de forma que se asegure la unidad objetiva del orden de valores y se evite relativizar su contenido¹⁵.

¹⁴Weinkauff (1972), p. 557.

¹⁵Geiger (1965), p. 59.



Para Düring la realización eficaz de los derechos fundamentales exige que sean interpretados de manera objetiva, según el método del derecho natural ontológico. Para Düring:

La *ley fundamental* no supuso solo una respuesta al despotismo de Hitler, sino también a la actitud neutral a los valores difundidos en el periodo de la Constitución de Weimar, ya que el relativismo de los valores fue un suicidio¹⁶.

La teoría del valor tiene el mérito de haber evidenciado la inconsistencia teórica y los riesgos prácticos que subyacen a la tesis positivista. Frente a esta no han dudado en afirmar la unidad del sistema de los derechos fundamentales, propiciando así la posibilidad de su interpretación sistemática.

En el *haber* de la teoría de los valores debe también consignarse su esfuerzo por situar en el sistema de los derechos fundamentales el principio legitimador y el postulado-guía hermenéutico de todo el orden jurídico-político, religando la Constitución formal con la Constitución material. Con ello se acentuó la eficacia inmediata de los derechos fundamentales y se amplió su área de incidencia consagrándose la idea de su fuerza expansiva *erga omnes* y, por tanto, su vigencia en las relaciones entre sujetos privados. Sin embargo, se puede objetar a la teoría de los valores el que su método científico-espiritual de interpretación de los derechos fundamentales ha desembocado, en múltiples

¹⁶Düring (1963), p. 86.



ocasiones, en una pura intuición arbitraria y decisionista que encierra el peligro de degenerar en una auténtica tiranía de los valores¹⁷.

1.3. La teoría institucional

El tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, factor decisivo para comprender el propio desarrollo de la teoría de los valores, se ha revelado como un motivo clave para impulsar la formulación de nuevas teorías sobre el alcance de los derechos fundamentales, adecuadas a las nuevas coordenadas del orden constitucional.

Entre las aportaciones doctrinales más significativas de la actualidad merece especial atención la *teoría de la institución* formulada por Haberle. Para este profesor alemán en el Estado social de derecho, los derechos fundamentales poseen una doble función “de un lado, siguen siendo garantías de la libertad individual; de otro, asumen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados”¹⁸.

Esta dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales obliga a completar la teoría de los *status* elaborada por Jellinek, pensada para su concepción de los derechos públicos subjetivos como derecho de defensa de los individuos frente

¹⁷Bockenförde (1993), p. 279.

¹⁸Haberle (2003), p. 70.



al poder, con la consideración de los derechos fundamentales como derechos de participación en los procesos de decisión política, económica, social y cultural.

Por otro lado, en el Estado social de derecho se pretende una realización práctica del sistema de los derechos fundamentales en su conjunto, sin que quepa atribuir a ninguno de los derechos sancionados constitucionalmente un significado puramente declarativo o pragmático; ello ha supuesto el reconocimiento de un *status activus processualis* que permite a los ciudadanos la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos fundamentales.

De ahí que la teoría institucional sostenga el carácter plenamente vinculante de los derechos sociales, concebidos como “auténticas categorías jurídico-positivas encaminadas a concretar y realizar las cláusulas sociales y democráticas del Estado de derecho a través del establecimiento de las consiguientes prestaciones y servicios públicos”¹⁹.

En España, el Tribunal Constitucional ha acogido la teoría institucional en una importante sentencia de la que fue ponente el profesor Truyol y Serra en la que se alude de forma expresa al:

Doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en

¹⁹ *Ibidem*, p. 265.



cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia.

Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)²⁰.

La teoría institucional ha inspirado recientemente dos posiciones variantes de las que se refieren a continuación.

1.3.1. La teoría institucional funcionalista

Esta concepción supone una interpretación peculiar de la teoría institucional y ha sido sustentada por Luhmann en su obra *Los derechos fundamentales como institución* y su método funcionalista-estructural al estudio de los derechos fundamentales. En su concepción:

Tales derechos no deben ser considerados ni como facultades emanadas de la naturaleza humana (iusnaturalismo), ni como límites a la actuación del poder público (liberalismo), sino como instituciones, esto es, subsistemas encaminados a cumplir unas determinadas funciones que permiten: de un lado, la diferenciación de los roles sociales, y, de otro, garantizan el desarrollo de la actividad estatal²¹.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 14 de julio de 1981a, párr. 5.

²¹Luhmann (2010), p. 53.



Así, por ejemplo, la libertad no constituye, para Luhmann, el atributo de la naturaleza del hombre y de su personalidad, sino el resultante de los distintos papeles que el hombre desempeña en sus relaciones y en su comunicación con los demás hombres. Por eso, cuando el ordenamiento jurídico reconoce y proclama la libertad no lo hace para reconocer parcelas de poder o facultades a los individuos, sino que es una exigencia de su propio funcionamiento en las condiciones de la sociedad compleja de nuestra época.

De ahí que, según esta tesis:

No se reconoce al individuo el derecho de sufragio para poner en sus manos un poder de decisión que responda a sus intereses u opiniones particulares; no se trata, en suma, de garantizar la libertad individual, sino de lograr que el ciudadano cumpla el papel que le corresponde en el sistema jurídico, que tiene una racionalidad propia al margen de la voluntad de los individuos que lo integran²².

Los derechos fundamentales constitucionales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipadora y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas.

²² *Ibidem*, p. 57.



1.3.2. La teoría institucional multifuncional

El deseo de contribuir a superar la unilateralidad de las distintas teorías justificadoras de los derechos fundamentales, así como la consciencia de la pluralidad de fines individuales y sociales que tales derechos incorporan en la actual fase social y democrática del Estado de derecho, ha motivado a Willke y Ossenbuhl a defender la tesis de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales.

Willke entiende que:

La necesidad de democratizar la sociedad con el reconocimiento de la participación ciudadana en los principales procesos de decisión, así como el compromiso que asume el Estado social de derecho de conciliar y realizar simultáneamente las exigencias de la libertad y de la igualdad, puede lograrse a través de una articulación práctica de las distintas funciones que en dicho orden político están llamadas a desempeñar los derechos fundamentales²³.

Por lo anterior es necesario reconocer los diferentes papeles que cumplen los derechos fundamentales en los diversos contextos regionales e históricos. En ese sentido, dice el constitucionalista alemán, Haberle:

²³Willke (1975), p. 204.



“La multifuncionalidad de los derechos fundamentales se ha conectado a la exigencia de construir una teoría de la interpretación de los derechos fundamentales adecuada a las condiciones del tiempo en que deben ser aplicados”²⁴.

Asimismo, en opinión de Fritz Ossenbühl:

La diversidad de funciones constitucionalmente asignadas a los distintos derechos fundamentales obliga a una interpretación que condicionen recíprocamente su contenido permitiendo su concordancia práctica, sin que quepa la realización de ningún derecho a costa de los demás²⁵.

La teoría multifuncional a partir del carácter institucional de los derechos fundamentales los vincula a la realización de fines prefijados en la norma constitucional y, al propio tiempo, afirma la dimensión abierta y plural de los fines y funciones constitucionales. Dichas premisas conducen la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales hacia un proceso de ponderación de bienes, es decir, cifran la labor hermenéutica en el esfuerzo por hacer compatibles los valores, bienes y derechos fundamentales que pueden incidir, de forma simultánea, en un supuesto.

La idea de ponderación de bienes supone, por tanto, un intento de conciliar en la práctica el principio de la adecuación de los derechos fundamentales a los fines prefijados en la Constitución (tesis institucional), con una interpretación abierta y flexible de tales fines que permita su adaptación a las circunstancias (tesis multifuncional).

²⁴Haberle (2003). p. 293.

²⁵ Ossenbuhl (1965), p. 649.



De ahí que sea en relación con las circunstancias de cada supuesto como deberá establecerse, en caso de concurrencia de derechos fundamentales, el valor o bien preferente, acudiendo a categorías principales como las de:

La proporcionalidad del medio empleado para la realización del derecho fundamental y de sus fines; la del medio más adecuado para actuar sus facultades o proteger su contenido esencial; o la de la restricción menor posible, que postula que el sacrificio de un derecho fundamental que colisiona con otro que se estima prevalente no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para la realización de aquel²⁶.

En suma, la tesis multifuncional trata de optimizar la eficacia de los derechos fundamentales compatibilizando su plena aplicación. Cuando esto no es posible, por existir un conflicto insalvable entre los derechos fundamentales aplicables, postula una limitación equivalente de los derechos, salvo que por razón del caso sea preciso recurrir a un criterio cualitativo (prioridad de los fines de un derecho fundamental sobre otros) o cuantitativo (cuando uno de los derechos en conflicto es afectado en su núcleo y otro solo marginalmente debe ceder este último).

Este postulado halló eco en la:

Jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y, de modo especial, se han visto acogidos en numerosas decisiones del Tribunal Constitucional de

²⁶Alexy (1993), p. 157.



la República Federal de Alemania, por ejemplo, en una famosa decisión en materia del libre ejercicio profesional, el Tribunal Constitucional Federal alemán admitió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Baviera de 1952 que restringía el ejercicio de la profesión farmacéutica, al imponer determinadas trabas para la apertura de estos establecimientos. El Tribunal consideró que la libertad de elección profesional reconocida en el artículo 12.1 de la Constitución implica también la libertad de ejercicio profesional y la defensa de la salud pública, que motivó la promulgación de la Ley bávara, no quedaba amenazada por el reconocimiento de la libertad de ejercicio de la actividad profesional²⁷.

No menos interés reviste la doctrina sentada por dicho Tribunal en el caso Mephisto, en relación con esa obra literaria de Klaus Mann, y en el que se planteó un conflicto entre la libertad artística consagrada por el artículo 5.3 de la Ley Fundamental y el derecho al honor proclamado de forma genérica en el propio texto, (artículo 1.1), que establece la intangibilidad de la dignidad humana y, de forma expresa, en el artículo 5.2, donde el derecho al honor aparece como un límite para el ejercicio de la libertad de expresión. Los miembros del Tribunal estimaron que la limitación del apartado 2 del artículo 5° no era aplicable a la libertad artística, consagrada en el apartado 3 como forma autónoma y peculiar de la libertad de expresión; sin embargo, entendieron mayoritariamente que la libertad artística, como cualquier otro derecho fundamental, no es ilimitada y que, por tanto, debe respetar la esfera de los demás derechos fundamentales de la personalidad consagrados constitucionalmente²⁸.

²⁷ Schwabe Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. México 2009, p.255.

²⁸ Botero y Jaramillo (2011), p. 296.



En su voto disidente un magistrado defendió la tesis de la necesidad de enjuiciar la obra artística atendiendo a criterios artísticos, para salvaguardar el contenido esencial de la libertad del arte; mientras que otro juez, a partir del principio *in dubio pro libertate*, sostuvo que al no recoger la Ley Fundamental ninguna limitación expresa a la libertad artística debía suponerse que en caso de duda debía prevalecer dicha libertad.

El Tribunal Constitucional español ha admitido también, en supuestos de colisión de derechos fundamentales, la doctrina de la ponderación de bienes, aunque de forma implícita. Una sentencia de dicho Tribunal sentó el principio de que:

Aparte de las limitaciones de los derechos fundamentales expresamente recogidas en nuestro texto constitucional, existen otras limitaciones que derivan de manera mediata o indirecta de la Constitución en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos²⁹.

En otra decisión posterior el Tribunal Constitucional reafirma expresamente esta doctrina y, en concreto, afirma que:

Ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 8 de abril de 1981b, párr. 93.



protegidos, como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (artículos 10 y 15 de la Constitución), que han de respetar no solo los poderes públicos, sino también los ciudadanos de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental³⁰.

En este fallo, se indica también kantianamente que *un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás*, al tiempo que se reconoce que *esta delimitación de esferas puede ser de difícil concreción en cada caso*.

Constituye un mérito relevante de la teoría multifuncional el haber contribuido a adecuar la interpretación de los derechos fundamentales a las circunstancias de los supuestos concretos que dan la medida de su eficacia. En cierto modo, la aplicación al proceso interpretativo de los derechos fundamentales de la idea de la ponderación de bienes pudiera afirmarse que ha supuesto, con matices y salvedades, proyectar al derecho público los procedimientos metódicos interpretativos ligados, en la tradición iusprivatista, a la tópica o a la dimensión hermenéutica de equidad.

Pero el enfatizar esta dimensión necesaria de la labor interpretativa, que jamás puede eludir el problema de la adecuación de la norma al caso, no carece de costos y peligros. De ellos el principal reside en una posible relativización de la norma constitucional y en la posible disolución del sistema de los derechos fundamentales en una casuística, con la consiguiente pérdida de su unidad de sentido.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 29 de enero de 1982c, párr. 102.

A partir de ahí:

En lugar de una teoría de los derechos fundamentales conforme a la Constitución, se hacen posibles múltiples interpretaciones, en principio igualmente legítimas, cuya aplicación, lejos de ser corolario de la racionalidad objetiva o intención normativa básica constitucional, queda relegada a factores tópicos de oportunidad, con el riesgo de que ello se traduzca en una instrumentalización partidista del texto constitucional fruto de ideologizaciones arbitrarias³¹.

1.4. Teoría iusnaturalista crítica

Las concepciones institucionales han coincidido en situar la teoría de los valores y principios constitucionales, así como la interpretación de los derechos fundamentales, al margen de cualquier referencia al derecho natural. La crítica expresa o implícita de cuanto supuso la teoría de los valores, de clara orientación iusnaturalista, ha llevado a los partidarios de la tesis institucional a acusar a aquella de hipostasiar determinados intereses en proposiciones universales, eternas y absolutas derivadas de unos sedicentes valores objetivos.

El deseo de emancipar a la teoría de la interpretación constitucional y de los derechos fundamentales de cualquier recaída en esos errores ha determinado que

³¹Bockenförde (1993), pp. 289-290.



uno de los mayores exponentes de las tesis institucionales, Haberle, haya postulado expresamente *una teoría de la Constitución sin derecho natural*.

Haberle pretende poner a cubierto la interpretación constitucional de cualquier tentación dogmática, es decir, de cualquier actitud hermenéutica que parte de categorías rígidas corolario de unos valores objetivos, apriorísticos e indiscutibles (pero, al propio tiempo, indemostrables). A ello opone un método interpretativo basado en la continuidad entre las exigencias políticas de pluralismo y democracia y las actuales corrientes científicas que afirman el carácter abierto y revisable (falsable, en la terminología de Karl Popper) de las proposiciones y teorías científicas.

Tomando, como punto de referencia la reivindicación de Popper de la *sociedad abierta*, en relación con una interpretación de la Constitución abierta y pluralista que sustituya el monopolio metodológico por un pluralismo metódico. Ello le lleva a concebir el proceso hermenéutico constitucional como:

Instancia crítica, siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerrado y estático sea un proceso dinámico, basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades que permita la apertura hacia el principio esperanza en la teoría constitucional³².

³²Haberle (2003), p. 432.



Un planteamiento y unas conclusiones similares a las expuestas por Haberle, si bien avanzadas desde premisas teóricas y en el marco de una tradición cultural muy diversa, se desprenden del interesante libro de Ely, *Democracia y desconfianza*.

El profesor de la Universidad de Harvard propone un método de interpretación constitucional superador de la controversia entre:

Quienes entienden que los jueces que deciden los procesos constitucionales deben reducir su contenido a la aplicación de las normas de la Constitución escrita (*interpretivism*); y quienes, por el contrario, sostienen que los tribunales deben ir más allá de las reglas expresas para aplicar normas que no pueden ser descubiertas dentro de los límites del texto (*noninterpretivism*)³³.

La necesidad de optar por una interpretación no literal de la Constitución, que surge del propio carácter abierto de sus cláusulas y preceptos, plantea, de inmediato, el tener que fundamentar o explicar los valores o principios que integran la Constitución no escrita.

Ely enjuicia críticamente una serie de tesis doctrinales que han pretendido responder al problema del descubrimiento de tales valores fundamentales. Para ello analiza sucesivamente la teoría que denomina de *los valores propios del juez* (*The judge's own values*) defendida por el realismo jurídico americano; tesis que entraña el peligro de degenerar en el puro arbitrio judicial, consagrando el

³³ Ely (2007), p. 1.



decisionismo jurídico y negando la seguridad jurídica. Otro medio para fundar los valores es el recurso al derecho natural, postura que como el propio Ely reconoce “inspiró el contenido de la Declaración de Independencia norteamericana”³⁴.

Sin embargo, “esta teoría adolece de falta de certidumbre y acuerdo sobre lo que, en cada caso, debe considerarse como *natural*, habida cuenta de la multivocidad y equivocidad de las doctrinas iusnaturalistas”³⁵.

A continuación, enjuicia la teoría de los *principios neutrales* (*neutral principles*) propuesta en 1959 por Herbert Wechster (que, en cierto modo, anticipó la teoría de los principios generales de Dworkin). Esta tesis parte de la existencia de principios generales que expresan el sistema de valores coherentes y unitarios de la Constitución; en ellos debe fundarse la interpretación y aplicación de las normas constitucionales trascendiendo el caso particular y asegurando la paridad de tratamiento de los futuros casos semejantes. A esta postura le reprocha el carácter de un soporte teórico riguroso para precisar el significado de estos *principios neutrales*.

Tampoco le parece convincente la remisión al criterio de la *razón* que, a su entender, “implica remitir el alcance de los valores fundamentales a las cambiantes opiniones doctrinales sobre la racionalidad jurídica”³⁶; a la *tradición*, porque “anclaría la interpretación constitucional a determinadas concepciones teóricas o políticas

³⁴ *Ibidem*, p. 43.

³⁵ *Ibidem*, p. 44.

³⁶ *Ibidem*, p. 46.



impidiendo su evolución”³⁷; al *consenso*, que “supondría atribuir indebidamente a los jueces la interpretación de la voluntad popular, que es tarea del Parlamento”³⁸; y, por último, al *progreso previsible (predicting progress)*, que “incurre en el error de suponer que los jueces se hallan en una posición aventajada para predecir las opciones futuras de la opinión pública”³⁹.

Ely formula como alternativa la tesis de que la Constitución americana no es un sistema de conceptos y valores cerrado y sustantivo, sino un conjunto de procedimientos formales dirigido a asegurar que la toma de decisiones estará abierta a todos en términos de igualdad formal; y que quienes deben decidir tomarán en consideración los intereses de aquellos a quienes puede afectar su decisión. De ahí infiere que “la tarea del juez no es la de descubrir valores fundamentales, lo que en una democracia es competencia de los parlamentos, sino a reforzar el proceso de la representación política (*representation-reinforcing*)”⁴⁰.

A tenor de esta propuesta el papel del juez en la interpretación de la Constitución no posee un sentido activo de creación de valores o principios materiales (como se desprendería de las tesis *no interpretativistas*); pero tampoco quedaría relegado a una actitud puramente pasiva y mecánica a tenor de las premisas *interpretativistas*). Superando ambas posturas contrapuestas, la tesis de Ely propugna que el juez de una sociedad democrática asuma como principal tarea la de mantener

³⁷ *Ibidem*, p. 46.

³⁸ *Ibidem*, p. 47.

³⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 100.



la confianza en el sistema supervisando su funcionamiento y orientando la interpretación de las normas constitucionales de forma que: “se mantengan abiertos los canales del cambio político (*clearingthechannels of politicalchange*) y se facilite la representación de las minorías (*facilitatingtherepresentation of minorities*)”⁴¹.

Las teorías de Habermas y Ely tienen como común denominador su voluntad de posibilitar una interpretación de la Constitución y de los valores y derechos fundamentales puesta al servicio de la democracia y del pluralismo. Ambos han dirigido sus principales críticas a la concepción iusnaturalista, a la que reprochan su inmovilismo dogmático. Pero se estima que estas críticas reposan en una deficiente comprensión del derecho natural y de su papel en la interpretación de los valores y derechos fundamentales.

Así, Habermas incurre en la contradicción de postular, por un lado, una concepción institucional de los derechos fundamentales que los define como un sistema unitario de valores que orientan el sentido, contenido y formas de ejercicio de cada uno de ellos; mientras que, por otro, concibe el método de interpretación constitucional como un proceso abierto y de posibilidad, ya que:

O el sistema de institucional de valores carece de cualquier contenido material, con lo que se difumina su función orientadora y crítica, o esa apertura y posibilidad de pensamiento no será ilimitada, sino circunscrita a los postulados

⁴¹ *Ibidem*, p. 105.



materiales de un determinado orden de valores institucionalmente objetivado.

42.

En suma, o Haberle acepta que la interpretación constitucional parte de unos parámetros orientadores, que expresan una unidad material de sentido, lo que limitará su carácter abierto, alternativo y de posibilidad; o corre el riesgo de caer en un relativismo extremo, incompatible con la dimensión institucional de los valores y derechos fundamentales, y abocado a incurrir en un pragmatismo oportunista o en el decisionismo. Por ello, se ve difícil que se pueda concebir la interpretación constitucional como *instancia crítica*, como propugna Haberle, si se olvida que, precisamente, esa ha sido la más valiosa función histórica ligada al método iusnaturalista.

Es más:

Conviene no soslayar que el principio esperanza, al que expresamente remite Haberle como postulado-guía informador de una interpretación constitucional comprometida con la democracia y el pluralismo, se halla estrechamente vinculado en el pensamiento de su principal artífice a la voluntad racional de unos hombres desalineados en una comunidad definitivamente emancipada por la realización del auténtico derecho natural⁴³.

⁴² Haberle (2003), p. 325.

⁴³ Bloch (1978), p. 63.

En lo que atañe al planteamiento de Ely cabe advertir que su tesis sobre el carácter procedimental de los valores y principios constitucionales no tiene por qué presentarse como incompatible con una concepción iusnaturalista. Por ejemplo, la teoría de Rawls sobre “la justicia como imparcialidad (*justice as fairness*)”⁴⁴, o la de Dworkin sobre “la exigencia de igualdad de consideración y respeto (*equal concern and respect*)”⁴⁵, expresan orientaciones procedimentales sobre la interpretación de los valores y derechos constitucionales y se han avanzado desde premisas iusnaturalistas.

Por otro lado, la crítica de Ely a la teoría de los valores fundamentales basada en el derecho natural, o en otros criterios como el de los principios neutrales, la razón, el consenso, o el progreso previsible que pueden considerarse iusnaturalistas *latos sensu*, se cifra en la dificultad de precisar los valores materiales a los que esas tesis se remiten de que sea el juez quien determine su contenido.

Ahora bien, si se analiza la alternativa que propone Ely se observa que incurre en los mismos defectos que intenta superar, ya que, por un lado, supone una opción por determinados valores: el reforzamiento de la democracia parlamentaria, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, la posibilidad del cambio político, la defensa de las minoría, cuya determinación no está exenta de dificultades; mientras que, por otro lado, confía al juez una labor arbitral y de tutela

⁴⁴Rawls (1978), p. 19.

⁴⁵Dworkin (1984), p. 180.



activa de estos valores, con lo que, de hecho, convierte la *judicial review* en un mecanismo de concreción y determinación de los valores constitucionales.

Se entiende por ello que las tesis de Haberle y Ely son más valiosas por lo que entrañan de crítica de determinadas versiones del iusnaturalismo, que por lo que aportan como soluciones alternativas. De ahí que, aun compartiendo la denuncia que hacen estos autores del peligro que comporta el fundamentar los derechos y valores constitucionales en unos pretendidos postulados objetivos, apriorísticos y dogmáticos, no se puede coincidir con sus conclusiones.

El problema nodal de la interpretación de los derechos fundamentales reside en que se trata de una labor dirigida a precisar el alcance de valores, principios y disposiciones que, aun en el caso de que hayan sido expresamente enunciados en el texto constitucional, hacen necesario un esfuerzo de clarificación, concreción y determinación. Pues bien, esta tarea no puede llevarse a cabo al margen de lo que ha sido una de las más valiosas aportaciones del iusnaturalismo: el ofrecer un criterio para limitar, fundamentar y aplicar los valores y principios ético-jurídicos.

En particular, se estima que puede ser muy provechoso abordar la interpretación de los derechos fundamentales a partir de las premisas del iusnaturalismo crítico, que sitúa la justificación de los valores y derechos básicos en una actitud intersubjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas



abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye su soporte antropológico.

El *iusnaturalismo* crítico contemporáneo ofrece un método adecuado para lograr que la interpretación de los derechos fundamentales supere el *impasse* positivista de limitarse a la mera libertad de la forma, lo que implica condenar al intérprete de valores o principios al silencio. Al propio tiempo evita que la determinación de los valores se traduzca en puro decisionismo, porque propugna una concepción intersubjetiva de los valores, que halla su fundamento en el consenso sobre las necesidades básicas del ser humano. Un consenso que, por tanto, rebasa los límites angostos del marco estatal para presentarse como “un auténtico *consensusornium Gentium*; corolario aquel *Diritto natural dellegenti*”⁴⁶ genialmente anticipado por Vico.

La exigencia de interpretar los derechos fundamentales a tenor del consentimiento general sobre los valores a los que responden, y a cuya realización se orientan, han hallado puntual acogida en muchos textos constitucionales. En efecto, debe considerarse como un postulado metódico esencial para la hermenéutica del sistema de derechos fundamentales cuando se acepta el postulado de que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia.*

⁴⁶ Vico (2006), p. 49.



Lo que en acertadas palabras de Truyol y Serra equivale a afirmar que “la tutela constitucional de estos derechos y estas libertades se inscribe a su vez en el marco de un *higherlaw* informado por valores humanos comunes, más allá de la esfera estatal”⁴⁷.

Esta idea se ha reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que no ha dudado en sostener que:

La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España⁴⁸.

Doctrina reiterada en una decisión posterior en la que se añade que “no solo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental serán asumidas a tenor de tal criterio hermenéutico.”⁴⁹

Después de abordar cada uno de los enfoques interpretativos, es evidente que cada uno de ellos tuvo validez de acuerdo con el tiempo y contexto en el cual se

⁴⁷Truyol y Serra (1982), p. 179.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 15 de octubre de 1982d, párr. 925.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 20 de diciembre de 1982e, párr. 55.



aplicaron. Considerando el carácter progresivo de los derechos fundamentales actualmente se considera importante la aplicación de la teoría multifuncional, ya que a partir del carácter institucional de los derechos fundamentales los vincula a la realización de fines establecidos en la Constitución reconociendo la dimensión plural de los fines y funciones constitucionales lo que, finalmente, permite una conexión importante con los derechos humanos establecidos en los convenios y tratados internacionales.





CAPÍTULO II

Los postulados básicos de interpretación en materia de derechos fundamentales

Este capítulo permite comprender los diferentes elementos a considerar al realizar la interpretación de los derechos fundamentales; asimismo, se citan algunos principios aplicables para mejor interpretación de estos y los elementos que se deben tener en cuenta al realizar la interpretación. Para ello es importante tener presente los postulados básicos para la interpretación.

2.1. Las particularidades de la hermenéutica de los derechos humanos

La interpretación constitucional tiene sus particularidades, aunque participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, la primera posee aspectos especiales que “le otorgan una autonomía tanto dogmática como de carácter práctico, ya que resulta en términos generales considerablemente más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental, que desentrañar el significado de un precepto ordinario”⁵⁰. Dentro de esa interpretación de la Constitución se encuentra la de los derechos fundamentales insertos dentro de su texto, que poseen una particular significación.

⁵⁰Fix-Zamudio y Valencia (2005), p. 169.



Los derechos fundamentales poseen una serie de rasgos distintivos que hace que su interpretación se realice de forma diferente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por una parte, está el lenguaje utilizado al constitucionalizarlos o darles rango constitucional, aunque textualmente no estén allí y, por otra, la carga emotiva que contienen; esto tiende a que su interpretación produzca diversos significados.

Al lado de este lenguaje especial y de esa carga emotiva, también está su vaguedad, su generalidad y su indeterminación; y, a la vez, su pretensión de coherencia. Los derechos fundamentales aparecen en los ordenamientos jurídicos sin especificar su significado concreto, por lo que corresponde al operador del derecho realizar esta interpretación. Esto por cuanto, a los derechos fundamentales, se les ha definido como “*previsiones dotadas de un alto grado de abstracción*”⁵¹, que deriva fundamentalmente de su naturaleza constitucional.

Sin embargo, “se ha dicho que cuando los derechos fundamentales están expresados en forma de reglas, no existen peculiaridades importantes respecto de su interpretación y pueden seguirse los métodos utilizados para las demás normas”⁵²; no obstante, cuando se trata de principios, es cuando aparecen las *dificultades*, puesto que los métodos hermenéuticos utilizados en general parecen no ser suficientes.

⁵¹ Pérez (2005), p. 904.

⁵² Díez-Picazo (2005), p. 48.



Por otro lado, se han clasificado las particularidades de los derechos fundamentales en externas e internas, las primeras se refieren a la relevancia social e individual, pero también a la contemplación de los derechos como instrumentos de legitimación del sistema jurídico; las segundas afectan al resultado de la interpretación de los derechos fundamentales y ponen de manifiesto su significado para el sistema.

De la misma manera también debe asumirse que también los marcos filosóficos afectan la interpretación. Como lo dice el jurista español Gregorio Peces Barba:

Es evidente que el significado que un operador jurídico otorgue a un derecho, va a ser distinto, según este los entienda desde el punto de vista iusnaturalista o positivista; según se mantenga una posición liberal o socialista; según se quiera primar la perspectiva ética o la jurídica; según se defienda una interpretación subjetiva u objetiva, por supuesto, no solo influirá en la interpretación de los Derechos la posición teórica que el intérprete posea de estos, sino también su concepción del derecho en general⁵³.

Sin embargo, es necesario precisar en este punto, en lo que muchos han llamado:

⁵³ Peces-Barba (1995), p. 578.



Marcos de interpretación, conocidos también como *teorías de los derechos fundamentales*, son puntos de vista que prefieren unos argumentos u otros en la solución de los problemas de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales; por ello se han definido las teorías de los derechos fundamentales como paradigmas o simulaciones jurídicas extraídas de la experiencia histórica doctrinal del constitucionalismo que suministran, desde la unidad de su entramado teórico general, argumentos coherentes para concretar la norma constitucional aplicable; en este sentido, su función es reducir la complejidad del proceso de argumentación y brindar seguridad jurídica en la interpretación⁵⁴.

No obstante, también se ha afirmado que las teorías de los derechos fundamentales son:

Más bien expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la *relación de dependencia* del individuo con la comunidad estatal; tras de ello está una determinada idea de Constitución, en tanto que esta representa el ordenamiento jurídico fundamental de las relaciones del individuo y de la sociedad con el Estado⁵⁵.

⁵⁴ Díez-Picazo (2005), p. 51.

⁵⁵ Bockenförde (1993), p. 68.



Es importante decir, con Díez-Picazo, que, “siempre que sean adecuados a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tan legítima es una teoría como otra”⁵⁶.

Cada una de estas teorías aportan argumentos de consideración al debate, por esto es por lo que normalmente la jurisprudencia constitucional no es reflejo de una sola teoría, aunque en la interpretación de cada derecho concreto tienda a prevalecer una teoría u otra; situación que es perfectamente comprensible, ya que no todas las teorías o marcos de interpretación son igualmente convincentes para cada problema particular.

2.2. La jerarquía superior de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales se encuentran, en la mayoría de los casos, dentro de las constituciones nacionales, y son considerados por estas como normas básicas. Por tal motivo, al ser introducidos dentro de las normas fundamentales de los ordenamientos, ocupan dentro de él, un lugar preferente, más aún cuando dicho ordenamiento otorga la jerarquía supraconstitucional. Pero no solo el fundamento formal justifica esta particularidad de los derechos fundamentales:

También existe un fundamento material puesto que la Constitución los reconoce precisamente, por tratarse del reflejo jurídico de los valores éticos

⁵⁶ Díez-Picazo (2005), p. 51.



de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática, es por eso que la Constitución no puede entenderse sin derechos fundamentales⁵⁷.

Esta posición preeminente hace que todo el ordenamiento deba ser interpretado de acuerdo con los derechos fundamentales, de manera que estos resulten más eficaces, y desarrollen su mayor potencialidad, es decir, debe llevarse a cabo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales⁵⁸.

Tomando en cuenta, lo anterior, es evidente que antes de hacer cualquier interpretación de normas, es necesario hacer una interpretación de los derechos fundamentales; por otra parte esta vinculación preferente del intérprete tiene una dimensión positiva, puesto que impone una auténtica obligación de promoción y de optimización de los derechos fundamentales, no solo como mandatos a respetar, sino como objetivos a alcanzar; pero también tiene una dimensión negativa en el sentido de que los derechos fundamentales forman una barrera más allá de la cual el intérprete no puede transgredir sin incurrir en inconstitucionalidad.

2.3. El contenido esencial de los derechos fundamentales

El jurista Prieto afirma que “al realizarse la interpretación de un derecho fundamental, el operador jurídico tiene como límite *el contenido esencial del*

⁵⁷ Pérez (2005), p. 906.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 906.

derecho, es decir, *el núcleo del derecho*, el contenido mínimo que por ningún motivo puede modificarse ni anularse”⁵⁹.

Con esta técnica de interpretación, lo que se pretende es asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma que este solo pueda fijar sus límites, al interpretar un derecho, en los estrictos términos que predetermina la propia Constitución u orden jurídico. Es decir, si este límite afecta el contenido esencial del derecho “en realidad no se está limitando el derecho, sino suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute”⁶⁰.

El positivismo jurídico postula que el *contenido esencial* se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el derecho, mirando siempre a la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado. Por su parte, la teoría de los valores ha tendido a identificar el *contenido esencial* con el *núcleo objetivo intrínseco* de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa.

Es razonable que la interpretación objetiva del *contenido esencial*, que prohíbe que la vigencia de una disposición *iusfundamental* sea reducida de forma tal “que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos”.

⁵⁹ Prieto (1990), p. 146.

⁶⁰ Villaverde (2004), p. 134.



Esta interpretación objetiva puede aparecer al lado de las dos teorías subjetivas del contenido esencial:

La primera de ellas, la *teoría relativa* es aquella que queda después de la ponderación; la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad. Por otra parte, la segunda, la *teoría absoluta*, se refiere a que existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado⁶¹.

En cualquier caso, el *contenido esencial* desempeña un importante papel al interpretar los derechos. En este sentido:

El legislador, en su función de interpretar el significado de los derechos, es decir, en el momento de legislar sobre los derechos, va a tener como restricción la cláusula del *contenido esencial*, esta opera como límite de la actuación interpretativa⁶².

Asimismo, debe considerarse que, aunque la cláusula parezca estar referida a la legislación, recae también en la actuación de los restantes operadores jurídicos.

Por todo lo anterior, se puede considerar que el *contenido esencial* es el límite de las limitaciones a los derechos fundamentales a la hora de su interpretación, puesto que “si el contenido esencial se vulnera, ya no será posible

⁶¹Alexy (1993), p. 288.

⁶² Peces-Barba (2003), p. 313.



reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental”⁶³.

2.4. El principio de concordancia práctica

“Este principio es llamado también de *armonización*”⁶⁴, viene directamente de la interpretación constitucional, y se aplica en general a los derechos fundamentales; en este sentido, la intención es que se alcance la efectividad óptima de ambos derechos a interpretar, es decir, “la interpretación se llevará a cabo tratando en la mayor medida posible que los dos resulten optimizados, que haya un equilibrio entre ellos y que, en ningún caso, se diga que uno de los dos tiene un rango superior al otro”⁶⁵.

Por otra parte, también hace referencia a la *teoría sistemática* de interpretación general, donde no puede realizarse ningún proceso de forma aislada, puesto que todos estos se encuentran dentro de un conjunto de normas que los acompañan en su efectiva consecución. Por tanto, no puede haber discrepancia en sus interpretaciones.

⁶³ Prieto (1990), p. 143.

⁶⁴ Carpio, E. (2005), p. 372.

⁶⁵ Pérez (2001), p. 268.



2.5. La moral crítica como elemento interpretativo de los derechos fundamentales

“En lo referente a los derechos fundamentales enunciados como *principios*, se utiliza también la *moral crítica* para su interpretación”⁶⁶. Esta consiste en argumentos de naturaleza prescriptiva, y trata de indicar qué comportamiento es bueno o justo ante un problema dado. Se debe diferenciar la *moral crítica* de la *moral positiva o social*, puesto que esta última es una descripción de lo que, de hecho, se considera bueno o justo en una sociedad específica.

Esta *moral crítica* debe ser realista y respetuosa con las exigencias de la democracia. Ello significa que no es lo mismo *pensar* que *decidir* y, por tanto, deben rechazarse aquellas interpretaciones que, aun estando avaladas por argumentos de filosofía política y moral, conduzcan a soluciones poco viables. Asimismo, “debe ser respetuosa con el texto interpretativo y coherente con la tradición y el contexto de la Constitución de que se trate”⁶⁷.

Se podría pensar que se habla en esa parte, del método de interpretación *sistemático* o del principio de la *concordancia práctica*, en el cual, siguiendo la máxima de que las normas constitucionales forman un todo, “estas deben ser

⁶⁶ Díez-Picazo (2005), p. 48.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 49.



interpretadas y aplicadas del modo más acorde para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto”⁶⁸.

Sin embargo, la utilización de los argumentos morales se da principalmente en la jurisprudencia. Se tiende a interpretar los derechos, tomando en cuenta los precedentes de las decisiones de los tribunales encargados de interpretar los derechos fundamentales; este *criterio* de interpretación se manifiesta no solo en los casos en los cuales el Tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada, sino también justamente en los casos en los que la extiende a situaciones con nuevas circunstancias, de igual forma se presentan casos en los cuales, debido, precisamente a la existencia de una nueva característica, no se puede llevar a cabo esta extensión. En este sentido, si puede aducirse un precedente, en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo, de igual forma, si alguien quiere apartarse de un precedente, corre este con la carga de la argumentación.

Por lo anterior, suele decirse que los derechos fundamentales constituyen un auténtico *derecho jurisprudencial*, puesto que “es precisamente la jurisprudencia la que completa el enunciado *a menudo lapidario* de las declaraciones de derechos, dotándolas de concreción y certidumbre”⁶⁹.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 50.

2.6. El principio de proporcionalidad

La función del principio de proporcionalidad, que no es exclusivo de la interpretación de estos derechos; es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones. De esta manera, “el principio opera como un *criterio metodológico*, por medio del cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución”⁷⁰.

En la opinión de Díez-Picazo:

Este principio constituye un instrumento para controlar cualquier acto de los poderes públicos, es decir, es una técnica tendente a que la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos⁷¹.

El principio de proporcionalidad exige que la decisión interpretativa de un enunciado exprese un significado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo o establecido, realizando una ponderación de las ventajas, desventajas y sacrificios que esa decisión produce en el ordenamiento. Además, “requiere este principio, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de

⁷⁰ Bernal (2003), p. 75.

⁷¹ Díez-Picazo (2005), p. 114.



prioridad; por tanto, a igual efectividad debe preferirse siempre la solución menos gravosa”⁷². En otras palabras, siempre habrá un derecho que se limite para que el otro pueda llevarse plenamente a cabo.

Asimismo, el principio de proporcionalidad implica la teoría de los principios, y con ello sus tres máximas:

- a) La necesidad o intervención mínima se refiere a que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos gravoso para lograrlo.
- b) La adecuación o idoneidad, es decir, que realmente logre alcanzar el objetivo perseguido por medio de esta limitación.
- c) La ponderación, que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto; se hace referencia entonces a la norma de derecho fundamental con carácter de principio, cuando dos normas con este carácter entran en colisión, la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto⁷³.

La finalidad de la interpretación en ese sentido tiene como objeto que el derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar

⁷² *Ibidem*, p. 54.

⁷³ Villaverde (2004), pp. 147-148.



la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan; por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor que el que sufrirían si el derecho fundamental no se limitase para garantizar otros.

Por lo anterior, el autor citado afirma que el principio de proporcionalidad utilizado para las normas de derechos fundamentales como parámetro de ponderación no corresponde a la proporcionalidad clásica, puesto que, en este caso, de lo que se trata es de alcanzar la compatibilidad, el equilibrio y la coordinación adecuada de varios e incluso contradictorios principios normativos.

2.6.1. La técnica de la ponderación

La técnica de la ponderación es vista por algunos como parte del principio de proporcionalidad en sentido estricto. “Se aplica la técnica de la ponderación en la mayoría de los casos, cuando los derechos fundamentales se presentan en forma de principios, es decir, como *mandatos de optimización*”⁷⁴; por ello se da esta forma de interpretación cuando existe una colisión entre ellos, de manera que debe realizarse una ponderación entre los distintos valores en juego, se trata de evaluar las razones a favor de un valor y otro, para encontrar el punto de equilibrio entre ambos que resulte más apropiado para el caso concreto.

⁷⁴Alexy (1993), p. 86.



Para que en esta técnica de interpretación no caiga en el subjetivismo, el autor citado, proponen tres exigencias a las que este criterio debe ajustarse:

- a) Se debe llevar a cabo un cuidadoso análisis de las características del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos; ello no solo para saber con precisión dónde y cómo se produce la colisión entre valores, sino también porque puede ocurrir que un examen atento permita solucionar el caso sin sacrificar un valor a otro.
- b) Se debe establecer cuál de los dos principios es el más *digno de protección* para el caso concreto, así se debe determinar el grado en que cada uno de los valores en colisión se ve afectado; en principio, debe darse prioridad a aquel que pone en juego aspectos más próximos a su núcleo central de significado.
- c) Debe recordarse que la técnica de la ponderación no da respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos. Por ello el resultado de la ponderación no tiene que ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores en presencia, a costa del completo sacrificio del otro. La ponderación consiste también en determinar, según las circunstancias del caso concreto, hasta dónde hay que optimizar; es decir, estriba en hallar el punto justo de equilibrio entre valores opuestos.



El procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. “La solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta, depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación”⁷⁵. En este sentido, todos los elementos de cada caso particular deben valorarse para determinar cuál derecho pesa más para esa situación y en qué medida.

La ponderación de principios es una técnica que consiste esencialmente en establecer entre los principios en conflicto, lo que algunos autores llaman *una jerarquía axiológica móvil*. Guastini⁷⁶, expone que una *jerarquía axiológica* es una relación de valor instituida no por las mismas fuentes, sino por el intérprete, mediante un juicio de valor. Esta *jerarquía axiológica* consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto un mayor *peso* o *valor* sobre el otro.

El principio al que se le atribuya mayor valor prevalece, y es aplicado efectivamente, sobre el otro. El principio al que se le atribuye menor valor queda relegado en segundo plano o inaplicado. Lo que no significa que sea inválido, derogado o que el principio es vencido, sino solo que la decisión del órgano aplicador o de toma de decisión no lo favorece.

⁷⁵Alexy (1993), p. 525.

⁷⁶*Ibidem*, pp. 139-141.



Una *jerarquía móvil*, por su parte, es una relación de valor inestable o mudable que solo vale para el caso concreto, pero que puede cambiar para los casos similares en el futuro, incluso invertirse y favorecer al principio que fue relegado en un caso anterior.

En resumen, que la técnica de la ponderación establezca una *jerarquía axiológica móvil* significa que, dados dos o más casos *iguales* o *similares* (con las mismas características o propiedades), el órgano aplicador, utilizando juicios de valor decide *en el caso concreto* cuál de las pretensiones planteadas por las partes favorece, sin que esto signifique ninguna sujeción o deber jurídico por parte del órgano aplicador, de resolver de igual forma en el futuro, un caso igual o similar.

Resulta obvio que la solución entonces, dependerá de factores ideológicos o ético-políticos que influyan en el órgano aplicador, más que de la interpretación que pudiera hacerse de un texto de la Constitución, debido que esta última es ya una etapa precluida y lo que en realidad se hace al ponderar es decidir, sobre la base de criterios valorativos, cuál de las pretensiones en conflicto debe prevalecer sobre la otra.

La ponderación como técnica ofrece algunos problemas conceptuales que deben tender a solucionarse por el intérprete, algunos de ellos son los siguientes:

- a) Ponderar no significa balancear o equilibrar dos pretensiones en conflicto, pues esto está lejos de semejarse a un procedimiento físico en el cual se



colocan pesos en ambos platos de una balanza para igualar el nivel de ambos platos; el procedimiento físico de utilizar una balanza no tiene nada que ver con la ponderación. Ponderar significa simplemente que una de las dos pretensiones en conflicto será denegada en aras de satisfacer la otra. Para el sujeto pretensor a quien se le deniega su pretensión, no existe ningún equilibrio ni compensación parcial.

- b) Ponderar no significa establecer un criterio permanente que brinde seguridad jurídica ni provea certeza al derecho. Es posible que, en un próximo caso igual o similar, la pretensión satisfecha sea la denegada en el caso anterior sin que esto signifique responsabilidad alguna para el órgano aplicador. La solución de un conflicto similar en el futuro es simplemente imprevisible.
- c) Ponderar no significa interpretar, pues no tiene que ver con la asignación de significado a un texto constitucional, sino con la elaboración de juicios de valor comparativos y, por lo tanto, discrecionales.
- d) La ponderación es doblemente discrecional, pues, en primer lugar, subordina los principios en conflicto a una escala jerárquica valorativa creada por la imaginación o fantasía del órgano aplicador y; en segundo lugar, puede cambiar la escala jerárquica valorativa a su antojo en cada caso concreto. En este sentido, realizando una analogía entre la teoría kelseniana del escepticismo interpretativo extremo y la ponderación, podríamos decir que el órgano aplicador puede sacrificar cualquiera de los dos principios en conflicto



y justificar ponderativamente su decisión, siendo válida cualesquiera decisiones de un Tribunal de última instancia. La ponderación es pues, a decir de Habermas⁷⁷ simplemente irracional y a partir de ella, “la interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho, (si no) de una administración judicial del derecho natural”⁷⁸. Habermas llama a esta tendencia “*deformalización del derecho*”⁷⁹ y llama la atención sobre la búsqueda de criterios aptos para individualizar un derecho justo y funcional al mismo tiempo.

Uno de los aspectos escasamente tratado en la doctrina de la ponderación es el hecho de que no se esclarecen los criterios acerca de cuándo la ponderación es necesaria.

¿Siempre es necesario ponderar?, ¿Qué sucede, por ejemplo, si la pretensión es ilegítima?, si no constituye realmente una lesión constitucional y, por lo tanto, debe ser rechazada tal pretensión por no contemplar el supuesto, algún texto de la Constitución.

Es innegable que, en este caso, la subsunción es inevitable para determinar si la reclamación constitucional es legítima, si constituye realmente un caso real de lesión de un interés constitucional o si solo se trata de un interés espurio, con la

⁷⁷Habermas (1998), p. 256.

⁷⁸Habermas, citado por Pozzolo (2011), p. 107.

⁷⁹*Ibidem*, p. 107.

finalidad de un engaño malicioso al órgano aplicador. En este caso, no puede prescindirse de la subsunción, pues no es (o no sería) posible ponderar pretensiones ilegítimas en las que no exista lesión constitucional alguna.

2.7. El principio *propersona*

Este principio, 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 extraordinaria⁸⁰.

La incorporación del principio *pro homine* cumple con dos objetivos: “a) definir el estándar de integración normativa, en el sentido de construir el contenido constitucionalmente declarado del derecho, y; b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, con independencia de su jerarquía y respetando el contenido esencial”⁸¹.

Se han señalado dos variantes de este principio:

⁸⁰ Pinto (2004), p. 163.

⁸¹ Carbonell y Salazar (2011), p. 130.

- a) *La preferencia interpretativa*, con respecto del principio *favor libertatis* donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas restrictivamente y, donde el operador debe interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio; y, con respecto del principio de protección de víctimas o *favor debilis*, donde es necesario considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones, y;
- b) *La preferencia de normas*, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derecho se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho, puesto que son estas las que orientan la actuación de los órganos del poder público⁸².

2.7.1. Principio *in dubio pro libertate*

Este principio alude a la presunción general, propia de todo Estado de derecho, de la libertad del ciudadano. Implica que no solo en supuestos dudosos deberá optarse por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que también implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto.

⁸² Carpio (2005), pp. 329-330.

Se puede concluir que “los derechos fundamentales señalan el horizonte de meta sociopolíticas a alcanzar, al tiempo que establece la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado o entre sí”⁸³, esta definición implica que el significado de los derechos fundamentales debe ser entendido unitariamente, es decir, como un sistema entre cuyos elementos no pueden existir antítesis o contradicciones de orientación y sentido; este sistema, a su vez, se encuentra ligado a todas las demás normas constitucionales.

Entonces:

Los derechos fundamentales se convierten al final, en parámetros de interpretación para todo el ordenamiento jurídico, estos se deben respetar en cualquiera otra interpretación que se realice, en este sentido, su carácter de normas básicas materiales hace que toda interpretación que transgreda su significado sea inválida⁸⁴.

Los postulados básicos se citan no han perdido vigencia para lograr la interpretación de los derechos fundamentales es importante aplicar estos, ya que se debe tener claro la hermenéutica, sin olvidar la jerarquía de los derechos fundamentales y si es necesario tomar en cuenta el contenido esencial al realizar la interpretación para evitar la vulneración de los derechos. Lo que desde mi punto de vista se retoma de mejor manera al aplicar el principio propersona, ya que al

⁸³ Pérez (2001), p. 310.

⁸⁴ Díez-Picazo (2005), p. 302.



interpretar los derechos fundamentales no se debe descartar la interpretación el significado del texto que lo establece, realizando una comparación entre las normas o derechos que mejor protegen al ser humano para lograr la aplicación del derecho sin vulnerar los derechos de otras personas.





CAPÍTULO III

Contenido esencial y posición preferente de los derechos fundamentales

Al interpretar los derechos fundamentales es necesario considerar, en primer lugar, el contenido esencial de estos, lo que implica tener presente un mínimo de garantía para las personas que les permita una vida digna sin que sus derechos sean vulnerados, aspecto que puede ejecutarse aplicando la teoría relativa y la teoría absoluta. Sin embargo, al realizarse esta interpretación no se debe olvidar la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales.

3.1. Contenido esencial

Los derechos fundamentales se encuentran reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. El artículo cuarenta y seis constitucional, establece la preeminencia del derecho internacional, esto en cuanto sean en materia de derechos humanos. Por lo que podemos decir que a los guatemaltecos nos son reconocidos todos los derechos humanos que se encuentren en convenios y tratados internacionales, aunque nuestra Constitución u ordenamiento legal interno no lo establezcan específicamente.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se vio la necesidad de declarar los derechos fundamentales de las personas. Las atrocidades que ocurrieron durante la guerra llevaron a los estados a darse cuenta de la crueldad de que somos capaces los humanos.



La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea saldada con la última guerra mundial, sobre bases y valores que impidiesen su degradación hacia totalitarismos estatalistas, condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa.⁸⁵

Después de esta guerra, ocurrió se crearon varios tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, era el tema prioritario discutido entre Estados, provocando que varios Estados adoptaran en la constitución el reconocimiento de estos, así como ratificar los tratados internacionales relacionados a derechos Humanos. Los derechos fundamentales al estar establecidos en la Constitución les otorgan esa jerarquía lo que no permite que ninguna persona y ni siquiera las autoridades del Estado, pueda pasar sobre estos Derechos, obligando, además, al Estado a su protección.

La importancia del estudio de los derechos fundamentales radica entonces, en la imperatividad de la adecuada protección de estos. Existen varias teorías relacionadas a estudiarlas, entre estas la teoría del contenido esencial.

⁸⁵Parejo (1981), p. 169.



Tratar sobre el contenido esencial de un derecho fundamental no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse. Tan es así, que echando un vistazo a la historia es posible advertir que la comprensión que se ha tenido sobre ellos no es la misma ayer que hoy y, baste pensar en uno concreto para verificar la mutación que ellos sufren.⁸⁶

El reconocimiento de los derechos fundamentales cada día va evolucionando, debido a su característica de progresividad y a los cambios sociales.

La depuración técnica de la garantía de un contenido esencial en los derechos fundamentales representan, pues, una cuestión de primera importancia para la correcta interpretación y aplicación del texto constitucional. No obstante, la evidente dificultad que la misma entraña (y que ha aconsejado al Tribunal Constitucional Federal alemán una actitud de prudente limitación a aproximaciones generales y abstractas poco comprometedoras en el tema) nuestro Tribunal Constitucional, cuando aún no se había cumplido un año desde su constitución y entrada en funcionamiento, ha encarado frontalmente y con decisión el reto, yendo al

⁸⁶Viera (2013), p. 178.



nudo de la cuestión: el de cuál es el contenido esencial y cuál deba ser la metodología a seguir para su determinación en cada caso.⁸⁷

Determinar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales no es una tarea sencilla, pues entraña una gran responsabilidad. Es una práctica que no puede hacerse a la ligera debido a que la importancia de los derechos fundamentales radica en otorgar a las personas un mínimo de garantías que permitan una vida digna por lo que es difícil determinar que el contenido esencial de los derechos reconocidos. Por ejemplo: es difícil determinar de qué parte de los derechos fundamentales podemos prescindir, y ocasionar el menor daño posible, sabiendo que tendrá consecuencias en las personas.

Porque en definitiva y antes incluso de cualquier indagación acerca de qué sea técnicamente eso que la Constitución denomina contenido esencial, parece evidente que este no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque solo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere.⁸⁸ ya corregí en superíndice

La técnica de reducir cada derecho a su contenido esencial, es mundialmente reconocida, se podría decir, pues ha sido ampliamente discutida, sin que se pueda

⁸⁷ Parejo (1981), p. 171.

⁸⁸ Ibid., p.180.



determinar con claridad y exactitud cuál será el contenido esencial de cada derecho fundamental, debido al temor de dejar desprotegidas a las personas.

El contenido esencial de los derechos fundamentales se considera que es la última parte que quedaría, si reducimos el derecho en un máximo, hasta un punto donde ya no lo podamos reducir más. En el punto, donde si el derecho se reduce más se pierde por completo el sentido del derecho. Es decir que reducir el derecho fundamental a su contenido esencial es dejar únicamente la esencia de este, procurar solo la sustancia más indispensable para que aun exista.

La Real Academia Española, la Cumbre Iberoamericana Judicial y la Asociación de Academias de la Lengua Española definen lo relacionado con el contenido esencial, el cual indica:

El Tribunal Constitucional lo definió a partir de su sentencia de 8 de abril de 1981, estableciendo una doctrina sobre la significación del concepto contenido esencial, que se ha mantenido sustancialmente hasta la actualidad: “constituyen el contenido esencial de un derecho objetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo de escrito y sin las cuales dejen de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico



de que en cada caso se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas”.⁸⁹

Este es un extracto de un texto del año 1981, y desde entonces han ocurrido ya muchos avances en la interpretación de derechos fundamentales. Sin embargo, este texto nos indica varios puntos importantes, de los cuales podemos mencionar, el momento histórico. Es decir que la extracción del contenido esencial de cada derecho, debe ser algo que ocurra en cada caso en particular, y no hacerlo de forma genérica para cada derecho fundamental reconocido. Lo que también se puede notar al mencionar en su parte final, que también deben tomarse en cuenta las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, que dichas condiciones, también se van modificando con el transcurso del tiempo.

Luego continúa el texto encontrado en el *Diccionario de la Real Academia Española*, indicando:

Además de esta definición positiva, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, añadió una delimitación negativa del concepto, sosteniendo: “Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

De este modo, se rebasa o se reconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo

⁸⁹Real Academia Española, Cumbre Iberoamericana Judicial y Asociación de Academias de la Lengua Española (s.f.), párr. 1.



dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

La noción de contenido esencial procede de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 19.⁹⁰

La ley fundamental de Bonn, es el nombre que se le dio a la constitución de Alemania promulgada en 1949, redactada por instrucciones del mando militar estadounidense. Fue un momento álgido en la historia, en especial en Alemania, y destaca en esta constitución que, en su artículo primero, regula el respeto a la dignidad humana. El momento en la historia al finalizar la Segunda Guerra Mundial, llevó a la humanidad a comprender que hay límites que nunca deben ser cruzados y deben ser protegidos por todos, para no volver a vivir los horrores y las barbaries que se habían cometido. Y estos límites son los derechos fundamentales, sin embargo, en momentos es necesario, reducirlos, y para saber cómo hacer esta tarea, es necesario establecer el contenido esencial para su protección.

Esta técnica consiste en que el operador jurídico, al realizar la interpretación del derecho fundamental, tiene como límite el contenido mínimo o núcleo esencial del derecho, que por ningún motivo puede modificarse ni anularse. Con ello se pretende asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma que este solo pueda fijar sus límites al interpretar un derecho en los estrictos términos que predetermina la Constitución; si este límite afecta el contenido esencial del derecho, significa

⁹⁰ *Ibid*, párr. 1



que no se está circunscribiendo el derecho, sino suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute.⁹¹

Entonces, queda claro que esta técnica no puede ser aplicada de manera total a todos los derechos reconocidos en la actualidad y extraer el núcleo de cada uno, pretendiendo que esto quede fijado de esta forma para siempre. La técnica del contenido esencial, debe ser practicada en cada caso en particular. Con esta técnica, se pretende imponer límites a los operadores jurídicos, entre otros, pues no ignorar dicho contenido, y no buscar su protección o su restablecimiento en caso de violación, pues si no buscara esta protección, sería el Estado el responsable de no garantizar los derechos como le corresponde.

La determinación del contenido esencial varía desde el punto de vista de cada estudioso, pues cada autor defiende su postura.

Se debate sobre qué es lo que debe entenderse por contenido esencial. Según Herbert Kruger, ese contenido esencial coincide con el fin que persigue garantizar el derecho fundamental. Para Schneider, en cambio, el núcleo duro de cada derecho se homologa con el contenido mínimo de libre autodeterminación de la persona garantizado por cualquier derecho fundamental y sobre el cual debería estar excluida cualquier acción estatal.⁹²

⁹¹Prieto (2003), p. 230.

⁹²Carpio (2004), p. 498.



No se puede tomar la determinación del contenido esencial a la ligera. Los derechos fundamentales a diferencia de otras normas, como podríamos decir, por ejemplo, normas de carácter moral o religioso, siempre protegen lo más puro del ser humano, es decir, eso sin lo cual no se nos permite la vida como humanos. De eliminarse el núcleo, es decir, el contenido esencial de cada derecho, se permitiría tratar a las personas de forma tal que dejaríamos de ser humanos, tanto quien comete dicha atrocidad, pues se permite desencadenar esa maldad que se encuentra profunda, y a quien se le violen sus derechos al no reconocérsele estos, le estaríamos negando una vida digna, y la condición de ser humano. Es entonces que nos percatamos de la importancia de la interpretación adecuada de los derechos fundamentales.

Es claro, pues, que los derechos fundamentales, como cualesquiera otros derechos subjetivos, no son ilimitados, sino que están sujetos a todo un sistema de límites, y que la garantía constitucional de un contenido esencial en estos tiene la condición de barrera infranqueable (de límite) al resultado del proceso de concreción de todos los límites posibles.⁹³

Los derechos fundamentales, poseen límites, podría decirse, que ellos mismos en sí son los límites de los demás derechos fundamentales. No se debe violar un derecho, aludiendo la aplicación de otro, ni los de una persona por la aplicación de derechos de otra. Los seres humanos necesitamos desarrollarnos en

⁹³ Parejo (1981), p. 177.



sociedad, nuestra naturaleza implica que debemos vivir en comunidad, pues no es para el ser humano una condición natural vivir aislado, por lo que parte de garantizarnos una vida digna, es garantizar que podamos vivir en armonía con nuestra comunidad, así es que debemos siempre comprender que los derechos fundamentales son para todos, y tener en mente siempre la necesidad de la convivencia en armonía.

Nos indica Parejo, refiriéndose a la Constitución española:

Pero como es indudable que un proceder de este alcance por parte del legislador ordinario (o de cualquier aplicación directa de la Constitución por acto administrativo o resolución judicial) significaría una infracción de la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental de que se trate, al privarla de contenido por desnaturalización de su objeto propio, forzoso es afirmar que, en cualquier caso y abstracción hecha del cual pudiera ser teóricamente el ámbito del artículo 53.1 de la Constitución, todos los derechos fundamentales, por el solo hecho de su reconocimiento por la norma fundamental son resistentes, en su contenido esencial.⁹⁴

El autor citado nos permite visualizar la preocupación de que, al momento de ser aplicado el derecho por un legislador u operador de justicia, por ejemplo, y utilizar la técnica del contenido esencial, para extraer un núcleo, imprescindible de protección, y así dejar todo lo que no sea núcleo en estado de improtección, se

⁹⁴ *Ibid.*, p. 180.



estaría violando la normativa, en el caso de España, constitucionalmente la protección total de los derechos fundamentales.

Esto ocurriría de igual forma en Guatemala, pues la constitución reconoce como obligación del Estado el resguardo de la persona, por medio de la protección a sus derechos fundamentales, y no refiere únicamente protección del núcleo de estos. Por lo que los derechos deben, de acuerdo con la norma, ser resguardados en su totalidad.

Consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos.⁹⁵

Es decir, que se busca el contenido esencial, no para dejar desprotegido el resto del contenido del derecho fundamental, sino al contrario, para dar una mejor protección al mismo. Es decir que, de acuerdo con la perspectiva de otros autores, ocurre que no se hace la determinación del núcleo del derecho para decidir qué parte del derecho debe protegerse y cual no, sino que se hace este análisis interpretativo, para determinar cuál es esa parte que es esencial proteger, pero esto

⁹⁵Castillo (2005), p. 122.



no implica que se dejara desprotegido el resto. Entonces, en los casos concretos, la persona que deba interpretar, deberá entender que el núcleo no puede por ningún motivo ser traspasado o suprimido, pero que, de cualquier forma, debe proteger todos los derechos fundamentales.

A manera de ejemplo: por algún motivo se está reclamando sobre la protección del derecho a la educación, en la resolución del caso se hará énfasis en la protección del derecho a la educación, pero esto no quiere decir que se dejen desprotegidos otros derechos, como el derecho a la libre expresión, o libre locomoción por poner un ejemplo. Entonces, el hecho de proteger el núcleo de un determinado derecho no implica necesariamente la desprotección del restante contenido del derecho.

La cuestión se centra, así, en determinar el alcance del contenido esencial como límite constitucional de los límites de los derechos fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada (párrafo 3.º del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos) y ya antes, en la de fecha 13 de febrero de 1981 (párrafo último del punto 12 del motivo primero de los fundamentos jurídicos), responde a esa cuestión calificándolo de *límite genérico* a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales.⁹⁶

⁹⁶ Parejo (1981), p. 177.



En el párrafo anterior, Parejo hace referencia al tribunal constitucional español y a la opinión que este ha emitido sobre el tema de este capítulo. Haciendo notar que, en este caso, la opinión del tribunal no es en referencia a la aplicación de la técnica de determinar el contenido esencial para los casos concreto, más bien nos menciona en la utilización de esta en general. Al decir que califica el contenido esencial como un límite genérico, hace referencia a que es un límite de aplicación general, con carácter superior al ordenamiento jurídico, pues se constituye como un límite para la legislación ordinaria del Estado Español. Hace mención también que constituye un límite de carácter Constitucional a los derechos Fundamentales, lo cual no estaría de acuerdo con el ordenamiento legal de Guatemala, pues los derechos Fundamentales en nuestro país son superiores a la Constitución, como ya se hizo mención anteriormente.

La extracción del núcleo de un derecho fundamental, retomando la Constitución española:

Esta caracterización, en sí misma poco significativa, se concreta en tres sentidos: a) De un lado, la función limitadora se despliega en relación con *todos* los derechos fundamentales y las libertades públicas a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución, es decir, a los reconocidos en el capítulo II del título I de la norma fundamental.⁹⁷

⁹⁷ *Ibid.*, p. 177.



En este caso, el autor nos indica que la función limitadora del contenido esencial es establecer límites, en primer lugar, a los derechos fundamentales enumerados en la constitución, pero en segundo lugar y más importante aún en las libertades públicas. Al establecer un límite a dichas libertades se debe hacer énfasis, pues, aunque Parejo refiere a la Constitución de España, también es aplicable a nuestro ordenamiento. Es necesario que los límites a las libertades públicas sean establecidos, esto indica que no hay persona que pueda estar sobre estas libertades, que los funcionarios públicos, aún los de más alto rango, deban sujetarse a estas libertades públicas, las cuales, a su vez, se sujetan a la esencia de los derechos fundamentales. Dando esto una real garantía para los gobernados en cada Nación.

“b) El segundo aspecto en que cabe concretar la calificación del contenido esencial como «límite genérico» hace referencia al juego de este en relación con otros límites propios de los derechos fundamentales.”⁹⁸ Realizar la determinación del contenido esencial en primer punto nos sirve como límite, a esto se refiere la función limitadora de este, pero no tanto desde un punto de vista de plantearlo como una norma constitucional, es simplemente un lineamiento de la correcta interpretación de los derechos fundamentales, sin que nada tenga que ver el ordenamiento legal interno de un Estado. Por lo que el contenido esencial sirve de límite para la aplicación práctica de los restantes derechos fundamentales. Esto para poder determinar, hasta qué punto la aplicación de otro derecho fundamental

⁹⁸ *Ibid.*, p. 181.



suprime la protección de otro derecho. Recordando que cada uno de los derechos fundamentales será poseedor de su propio núcleo, por lo que funcionará como un sistema de pesos y contrapesos, o más bien de mutuo control si se habla de dos derechos que se encuentren en situación de contraposición.

De lo dicho se desprende que la calificación por nuestro Tribunal Constitucional de la garantía del contenido esencial como «límite genérico» debe entenderse también en sentido de «límite de límites», es decir, límite último, residual e infranqueable, de cualesquiera límites propios de los derechos fundamentales o que legítimamente puedan ser impuestos a estos.⁹⁹

Al poder establecerse el contenido esencial de los derechos fundamentales como el límite supremo e infranqueable, al cual no puede oponerse ningún acto o ningún otro derecho, nos da la tranquilidad de saber que la dignidad humana no será atropellada, ni vulnerada, o de serlo, debe ser restituida inmediatamente y debe ser protegida. Esta tranquilidad que se permite gozar a las personas, por medio de esta garantía, que es la de que existan límites infranqueables, es una tranquilidad que no debe ser considerada como un lujo. Esta tranquilidad debe ser proporcionada a todos los seres humanos, pues forma parte de lo que constituye el principio de legalidad, y que nos permite vivir conociendo cuales son los límites que no deben cruzarse, para mantenerse en cumplimiento de la ley.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 182.



Existen varias teorías que nos explican el contenido esencial, hablaremos de dos en este trabajo, la teoría relativa y la teoría absoluta.

3.1.1. Teoría relativa

Esta teoría “identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”. ALEXY, para este caso, identifica el contenido esencial con lo que queda tras la ponderación, es decir, “las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”.¹⁰⁰

Se debe identificar el contenido esencial en casos concretos, pues si obedecemos a lo que nos indica ALEXY, que el contenido esencial es básicamente lo que nos indica el principio de proporcionalidad, entonces debemos entender que es una interpretación que se realiza en cada caso concreto. Es decir que en cada caso deben evaluarse las circunstancias de este, y si se determina que la protección de dos o más derechos se contraponen, debe hacerse una evaluación para saber en qué medida pueden protegerse mejor los derechos de los involucrados, y encontrar

¹⁰⁰ Viera (2013). p. 179.



la solución que menos daño ocasione. Tomando en cuenta que, al hacer esta evaluación del caso, podría ser el resultado que se deje desprotegido por completo un derecho, por que sea necesaria la protección de otro. Un ejemplo, de eso podría ser cuando en un Estado de emergencia, como podría ser de tormenta, se prohíbe el derecho a la libre locomoción, pues al momento de hacer la ponderación de derechos en el caso concreto, es necesaria la protección de la vida, por medio de la prohibición de que las personas salgan de sus casas o refugios, y no acudan a las zonas de peligro.

Para entender la teoría relativa, debemos entender entonces que:

El principio de proporcionalidad consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende. En resumidas cuentas, el contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.¹⁰¹

El principio de proporcionalidad, como su nombre lo indica, indica que puede permitirse la restricción de un derecho fundamental, pero que se debe hacer un análisis para determinar en qué proporción esta limitación puede ser permitida,

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 179.



comprendiendo que debe limitarse el derecho en la menor medida posible y por el menor tiempo, si es que va a ser una situación que, por su naturaleza, deba ser de tracto sucesivo. Como en el ejemplo que se mencionaba de la tormenta, se restringirá el derecho a la libre locomoción solo en las áreas de peligro, y el tiempo será solo el necesario, cuando se considere que en dichas áreas ya no existe peligro ocasionado por la tormenta que amenace la vida de las personas, dicha restricción debe levantarse, y el derecho a la libre locomoción debe ser restituido.

En todo caso, parece que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que acoge la concepción relativa, especialmente, porque se trata de una teoría más realista, honesta y convincente justificar el no otorgamiento de protección a un derecho fundamental aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta, que cuando se afirma que no se protege la conducta de que se trate, porque no forma parte del derecho. Con todo, es necesario señalar que, según ha señalado ALEXY, el Tribunal Constitucional alemán, al parecer, sostiene la teoría absoluta, sin embargo, se trata de una posición que no es definitiva toda vez que existen sentencias contradictorias que permitirían sostener que más bien lo sostenido por el Tribunal es la teoría relativa.¹⁰²

¹⁰² *Ibid.*, pp. 181-182.



La teoría relativa ha cobrado bastante fuerza, pues numerosos autores la apoyan. Esto debido a los estudiosos que la apoyan opinan que es más lógica. Pues se entiende que los derechos fundamentales son un todo, que pretende actuar en armonía. Sin embargo, en ocasiones, cuando los derechos se contraponen, es necesario ponderar cual es el que debe prevalecer. Debido a la complejidad de cada caso que involucra protección de derechos fundamentales, esto no podría ser una evaluación en general donde se otorgue mayor valor a unos derechos que a otros, pues en cada caso en particular en ocasiones no es el derecho que mayor protección merezca, sino el que al permitir su restricción se cause menos daño, o el daño sea para menos personas.

De acuerdo con lo anterior podemos decir que, en Guatemala, la ley de orden público, permite la aplicación de la teoría relativa para la restricción de ciertos derechos en determinadas situaciones específicas. Siendo esta una normativa de carácter Constitucional, que permite proteger a los ciudadanos en momentos de crisis.

Con todo, a pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y pueda suponer el vaciamiento del derecho. Pero la teoría absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerado como no esencial, resultaría



que toda ley limitadora del ‘contenido adjetivo’ debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.¹⁰³

La realidad es que la teoría relativa, al igual que muchos métodos de interpretación de los derechos fundamentales, sino todos, entraña un real peligro, pues puede llegar a permitir arbitrariedad que sea justificada por medio de una supuesta aplicación de teoría relativa. Se le deja al operador de justicia demasiada libertad en cuanto a la restricción de derechos fundamentales, y que como se sabe, la restricción de estos mismo es de un nivel de peligrosidad demasiado alto, que no podemos permitirnos dejar a la libre convicción de cada interprete. La teoría absoluta también presupone ventajas y desventajas, haremos mención de ello más detenidamente seguido de este tema.

Es precisamente la importancia de la protección de los derechos fundamentales lo que nos ha llevado a la necesidad de determinar lineamientos interpretativos que permitan la menor vulneración de estos, sin permitir decisiones arbitrarias de los juzgadores.

Para la correcta aplicación que se debe hacer de esta técnica interpretativa, debemos entender en primer punto que es el contenido esencial.

A este contenido constitucional del derecho se le suele llamar “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Sin embargo, se trata de una

¹⁰³ *Ibid.*, p. 182.



expresión que es equivocada en tanto alude a la existencia de un “contenido no esencial” que a diferencia del esencial, no vincularía al poder político y a los particulares, lo cual constituye un error en la medida que todos los derechos fundamentales cuentan con un contenido constitucional que todo él vincula al poder político y a los particulares.¹⁰⁴

Cuando mencionamos el término contenido esencial, debemos preguntarnos, ¿qué es el contenido de los derechos fundamentales que no es esencial?, entendemos que algo esencial es algo que podemos entender como principal, que es relativo a la esencia, es decir, lo más importante. ¿Estaríamos entonces afirmando que el resto del contenido del derecho fundamental, es secundario, no pertenece a su esencia y que no es tan importante? Estas son aseveraciones demasiado fuertes para calificar cualquier tipo de contenido que se refiera a derechos fundamentales. Recordemos que estos derechos no son impuestos por las leyes de ningún Estado, estos son Derechos que únicamente son reconocidos. No podría negarse que alguien exista sin una parte de los derechos que posee y que le son inherentes.

Esto significa que el contenido constitucional de los derechos no puede formularse de manera abstracta y al margen de las específicas circunstancias de los casos concretos. En efecto, no se trata de formular completamente, de modo general, acabado e invariable el contenido de un derecho fundamental.

¹⁰⁴ Castillo (2005), p. 119.



Se trata más bien de ir definiendo en cada caso concreto los alcances del derecho fundamental con el fin de determinar si la concreta acción que se enjuicia cae dentro o fuera de sus parámetros constitucionales. Estos parámetros constitucionales vendrán dados por la norma constitucional, por la naturaleza jurídica del derecho fundamental que se trate, así como por la finalidad que se persiga con el derecho fundamental en particular.¹⁰⁵

El determinar el contenido esencial se debe realizar atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso concreto, entendiendo que puede permitirse la restricción de una parte o la totalidad de un derecho fundamental, únicamente cuando las circunstancias lo hagan inminentemente indispensable, para la necesaria protección de otro derecho fundamental. Entendiendo que no puede determinarse de manera inamovible el contenido esencial de ningún derecho, pues cada caso posee sus propias características. Entonces, la ponderación de los derechos fundamentales debe hacerse en casos concretos. Entendiendo que las sociedades no son estáticas y que el derecho evoluciona, y la forma en la que comprendemos los derechos fundamentales también lo hace.

3.1.2. Teoría absoluta

Tratándose de las teorías absolutas, no existe una sola postura, pero es característica en ellas la distinción para cada derecho de dos partes: un

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 119-120.

núcleo y una parte accesorio. Tratándose del núcleo, las limitaciones no son posibles, porque se trata del contenido esencial, permitiéndose las restricciones en el anillo exterior o accesorio, siempre y cuando estas no sean arbitrarias.¹⁰⁶

Los estudiosos que apoyan esta teoría, le atribuyen diferentes características, pero en común todos indican que los derechos fundamentales pueden dividirse en dos partes, que una de estas partes constituye lo que llamamos contenido esencial, y la otra en esencia es un contenido secundario. La parte esencial de cada derecho es inquebrantable, sin embargo, la parte accesorio o secundaria, podría ser restringida de acuerdo con las circunstancias de cada caso específico. Esto no quiere decir que la parte accesorio no sea merecedora de protección, se debe proteger siempre, el Estado tiene la obligación de la protección de todo lo que conforma un derecho fundamental. Pero existen las excepciones, y es en estos casos donde no existe otra opción, más que permitir la restricción de un derecho, que se debe preferir la restricción de la parte accesorio de cada derecho, y no permitir que la protección a la parte accesorio de un derecho ocasione la permisión de la restricción del núcleo de otro derecho o incluso del mismo derecho.

Ciertamente esta teoría absoluta del contenido esencial permite explicar lo que normalmente sucede con aquellos derechos fundamentales que cuentan con una estructura simple de aquello que garantizan. Piénsese, por ejemplo,

¹⁰⁶ Viera (2013), pp. 180-181.



en el *no bis in ídem*, ya sea en su vertiente sustancial o procesal; esto es, como prohibición de una doble sanción o como prohibición de un doble juzgamiento por un mismo hecho. Pero rara vez permite dar respuesta a derechos que tienen un contenido protegido más complejo, como puede ser el derecho a un proceso que dure un plazo razonable, cuyo contenido esencial, desde luego, no se identifica con el plazo legalmente establecido.¹⁰⁷

Cuando se pretende llevar a la práctica esta técnica interpretativa, ya no es tan sencillo simplemente dividir cada derecho en dos partes y asignar a una de ellas como esencial. Es mucho más complejo que esto, y aunque pensáramos que hay derechos en los cuales es más sencillo de realizar esta operación, ocurre también que depende de las circunstancias de los casos. La línea que divide una buena determinación del núcleo de un derecho fundamental, y una determinación arbitraria de este es muy delgada e incluso borrosa en algunos casos. Lo cual es peligroso para quien hace el análisis concreto, pero más aún para el resto de la humanidad. ¿Cuánto puede ser reducido un derecho? Por qué podríamos citar, por ejemplo, el derecho fundamental más conocido tal vez, que sería el derecho a la vida, y decir que se va a reducir a un núcleo a tal punto que en casos de emergencia se permitirá la vulneración de todo el contenido secundario, entendiéndolo que el contenido esencial es simplemente permitir a cada persona tener signos vitales, es una situación de pánico, podemos recordar que en la historia del Holocausto, se permitía a muchos judíos tener signos vitales dentro de los campos de concentración,

¹⁰⁷ Carpio (2002), p.37.



aunque estuviesen famélicos sobreviviendo en las peores condiciones que se pueden poner a soportar al cuerpo humano sin mayor esperanza que una muerte próxima.

Ahora bien, el problema que presenta la cláusula es que no se trata solo de un concepto indeterminado, sino que también puede llegar a ser un concepto impredecible, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo esencial que tiene un derecho fundamental. Si esto es así, solo en el momento del concreto juicio por un Tribunal se podrá determinar si aquello que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión.¹⁰⁸

Si dejamos que sean los juzgadores quienes decidan cual es el contenido esencial, estamos cayendo en el problema de ponerlos a ellos sobre los derechos fundamentales, permitiendo que sea una persona quien determine a quién se le concederán cuales garantías y en qué medida. Suena bastante injusto y arbitrario. Pues recordemos que nadie puede ser superior a los derechos fundamentales, todos debemos sujetarnos a ellos y nadie privado de estos. Está claro en la historia de la humanidad, que no podemos permitir que las autoridades decidan quiénes merecen que se les proteja o restrinja sus derechos, pues podemos decir que, a través de la historia, se han encontrado justificaciones para decir que unos valen

¹⁰⁸ Viera (2013), p. 181.

más que otros, los hombres más que las mujeres, los blancos más que los negros, los adinerados más que los pobres.

3.2. Posición preferente

En este último decenio se han aprobado en muchísimos Estados nuevos textos constitucionales y estos, más allá de las especificidades históricas y de la diversidad de las formas de gobierno y de Estado, tienden a homologarse a través del elenco de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales. Cuando se asumen como base del análisis las tradicionales divisiones en familias jurídicas elaboradas por la doctrina comparada, se comprueba que las nuevas Constituciones de Estados pertenecientes a diferentes áreas culturales y geográficas, tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto al elenco de una vasta gama de derechos fundamentales y a la individualización de instrumentos específicos y de órganos para su tutela.¹⁰⁹

Esta tendencia de brindar una gran parte de las constituciones a los derechos fundamentales y los órganos destinados a protegerlos, se ve reflejado tanto en Estados de toda Europa, en África y en América Latina, donde encontramos también a Guatemala. Nuestra constitución está formada por una parte dogmática, es decir que es una parte inflexible, esto pues en ella se recogen los derechos

¹⁰⁹Rolla (2002), pp. 37-38.



fundamentales de las personas y se abre cabida a todos los derechos humanos que no se mencionen en esta parte, pero que se encuentren en tratados internacionales de derechos humanos, y los pone en una posición que se encuentra sobre la constitución. También nuestra constitución posee una parte orgánica, que es la que nos indica la organización del Estado y, por lo tanto, nos refiere los órganos encargados de la protección de los derechos fundamentales.

Con el establecimiento del Estado social de derecho y el uso de la democracia como modelo de Estado por parte de la mayoría de las naciones occidentales, esto a partir de la Segunda Guerra Mundial y después de los tribunales de Núremberg, los países adoptaron sistemas de derecho garantistas, lo cual en últimas se ha manifestado en la Constitucionalización del derecho.¹¹⁰

Con las atrocidades ocurridas en la Segunda Guerra Mundial, época que fue muy influyente en la historia del reconocimiento de los derechos fundamentales. Se ha visto la necesidad de protección de estos de las mejores formas posibles, y aunque existen organismos internacionales dedicados a su protección, estos derechos deben ser protegidos en primera instancia por el propio Estado, y la mejor forma de hacer esto, es sujetar a todos los integrantes de este al respeto de los mismo. También es elemental el conocimiento que los integrantes de un Estado tengan sobre estos derechos, así que al constitucionalizarlos se cumple la doble

¹¹⁰Higuera (2015), p. 1.



función, de hacerlos públicos para toda la Nación, y hacerlos de obligatoria observancia y respeto, creando los mecanismos necesarios para garantizar el cumplimiento de estos, y los órganos que se deben encargar de velar por que todas las personas gocen de estos derechos y que si en algún momento les son vulnerados, podamos reclamar su inmediata restitución a la forma en la que se encontraban con anterioridad a la vulneración.

El correlativo proceso de especificación que ha ocupado las declaraciones internacionales de los derechos, ofrece sin duda una importante contribución a la perspectiva referida en el sentido de que, junto a las declaraciones universales -compuestas inevitablemente por normas que generan más que derechos verdaderos y propios, estándares de garantía tutelables en términos políticos más que jurisdiccionales- se están difundiendo declaraciones circunscritas geográficamente capaces de desarrollar ordenamientos jurídicos supranacionales, cuyas norma se encuentran reconocidas automáticamente por las Constituciones de los Estados miembros y que resultan directamente aplicables en estos.¹¹¹

Los derechos fundamentales son necesarios para cada persona individualmente, pero también así para las Naciones, para que los diferentes Estados puedan convivir en armonía. Es por esta razón que las entidades internacionales han realizado diversas declaraciones que designan y protegen a los

¹¹¹ Rolla (2002), pp. 39 y 40.



derechos fundamentales, dentro de estas declaraciones podemos encontrar la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, el convenio Europeo de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, La Declaración Islámica de los Derechos Humanos. Estos son solo algunos ejemplos, pero que nos permiten darnos cuenta de que es un compromiso a nivel mundial el respeto a los derechos fundamentales. Y que es por medio de estos convenios que se pretende mantener la paz a nivel mundial, por lo que siempre deben ir mejorando y buscando ser más garantistas.

Los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva estrictamente formal, ello se deriva de la ubicación de los derechos dentro del texto Constitucional y, desde una perspectiva material, de la instrumentalidad del ordenamiento estatal para con su respeto.¹¹²

Para establecer, en primer lugar, la primacía constitucional debemos recordar la pirámide invertida de Hans Kelsen, en la cual la parte superior y más grande, que forma la base de la pirámide y la cúspide a su vez, es la constitución, pues esta posee el rango más alto dentro del ordenamiento interno de Guatemala, superior a las otras normas de carácter constitucional y por supuesto a cualquier ley o norma que pudiere existir en el País. Los derechos fundamentales se encuentran enumerados en los primeros artículos de nuestra constitución y esto puede llevarnos

¹¹² Carpio (2002), p. 477.



a pensar que, por lo tanto, poseen un rango constitucional. Sin embargo, es la Constitución la que nos indica, que su rango es superior a cualquier otra norma, pues en su artículo cuarenta y seis, hace mención que las normas internacionales referentes a derechos humanos son superiores al derecho interno.

En las primeras décadas del siglo XX, [...] la Corte Suprema consideró que derechos fundamentales no podían ser limitados con el objeto de satisfacer bienes colectivos. Así se pronunció, por ejemplo, en el caso *Lochner v New York*, resultado en 1905, en la que se declaró inconstitucional una ley que limitaba la jornada laboral en las panaderías a diez horas diarias y sesenta horas semanales, privilegiándose de ese modo la libertad contractual y el derecho de propiedad.¹¹³

La posición preferente de los derechos fundamentales es lo que provoca que su interpretación sea compleja, pues no podrían ser interpretados de la misma forma que son interpretados el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales deben ser siempre interpretados como superiores a cualquier otra norma. Esto es fácil de comprender, es decir, cuando un derecho fundamental esta contrapuesto a otra norma, es entonces cuando se da una inconstitucionalidad de esta segunda norma, ya sea de carácter general o de forma concreta. Esta interpretación nunca va a variar, siempre será superior el derecho fundamental. El problema radica cuando es un derecho fundamental el que se contrapone a otro derecho fundamental, pues ambos gozan de la misma jerarquía,

¹¹³ *Ibid.*, p. 479.



y entonces deben aplicarse alguna técnica o método de interpretación. Así como también debe acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues pueden existir ya precedentes en el caso. Como es el caso mencionado en el párrafo anterior.

Así no puede existir contenido de derechos alguno que perjudique la convivencia social, o, dicho de otro modo, que perjudique un determinado bien social y, en general, el bien común. Si los derechos humanos favorecen la realización y felicidad humanas, y el bien común o interés general está también al servicio de tal objetivo, entonces no puede existir ningún contenido de derecho humano que se formule al margen o en contraposición al bien común.¹¹⁴

La aplicación de los derechos fundamentales no puede ser lesiva para las personas, pues su espíritu es la protección de las personas, por lo que únicamente podrían mejorar las condiciones de vida de las personas. Los derechos fundamentales están reconocidos de tal modo que permitan que el ser humano pueda desarrollarse como le es natural. En comunidad y de forma pacífica, sin permitir que unos se aprovechen de otros. Al proteger los derechos fundamentales se está protegiendo a la humanidad. Por esta razón los derechos humanos no pueden ser para algunos, deben ser universales, evolutivos e irrenunciables.

¹¹⁴ Castillo (2005), p. 112.



La posición preferente de los derechos fundamentales es una característica inalienable.

No solo es el fundamento formal el que justifica esta característica de los derechos fundamentales, también existe un fundamento material, ya que precisamente es la Constitución quien los reconoce, por tratarse del reflejo jurídico de los valores éticos de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática, es por ello que “no pueden entenderse sin Constitución ni la Constitución sin derechos fundamentales”. Esto, sin dejar de advertir que los derechos no necesariamente deben estar constitucionalizados, para ser considerados como fundamentales y les sean otorgadas las garantías y protección correspondientes, también se deben tratar como tales los derechos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, gracias a los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por los Estados.¹¹⁵

Guatemala es un Estado de derecho, y es democrático, por lo que posee la protección constitucional para los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta es la protección material, y lo que nos indica la supremacía de los derechos fundamentales con respecto a otras normas. Pero también debemos recordar que naturalmente los derechos fundamentales son superiores a cualquier norma, sobreviven a cualquier época y únicamente pueden ser garantizados de mejor forma por el ordenamiento interno, pero nunca suprimidos o tergiversados.

¹¹⁵ Guzmán (2017), p. 32.



CAPÍTULO IV

La concreción en la interpretación de los derechos fundamentales

Después de haber realizado un análisis de los enfoques interpretativos de los derechos fundamentales, el tener presente los postulados básicos para interpretar estos teniendo en cuenta el contenido esencial y la posición preferente de los derechos fundamentales es importante analizar como en la práctica se realiza esta interpretación, para ello se aborda, a continuación, algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a manera de considerar la jurisprudencia relacionada con la interpretación de los derechos fundamentales aplicados a casos concretos.

4.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el principio *pro homine*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) creado en el año 1959, y que entró en vigor en 1978. Esta Corte tiene como función principal, interpretar la CADH y otros instrumentos respecto de los cuales se le haya otorgado competencia, así lo establece el artículo 62(1).

Dentro de sus facultades jurisprudenciales se encuentra la de resolver casos contenciosos sobre presuntas violaciones a la Convención por parte de un Estado miembro, siempre que haya finalizado el procedimiento ante la Comisión



Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, la Corte tiene competencia no contenciosa, para emitir opiniones consultivas, para lo cual debe aplicar e interpretar la Convención, y otros tratados de derechos humanos, partes del sistema interamericano de protección.

Para realizar sus funciones, la CIDH utiliza algunos métodos hermenéuticos en la interpretación de las diversas normas del sistema de protección. Esta interpretación posee características particulares respecto a la interpretación que se utiliza en el derecho internacional público y, uno de sus principios en particular desempeña una función importantísima dentro del sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): el *pro homine*.

El DIDH tiene particularidades, y dentro de este sistema, el principio *propersona* cumple variadas funciones como: a) Preferencia interpretativa, y; b) Preferencia normativa, pero además, tiene un límite; pues no puede ser interpretado de tal forma que afecte el equilibrio del sistema¹¹⁶.

Si bien el objetivo es llegar a una interpretación integral, que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos para casos difíciles, donde los titulares presentan características particulares o el contexto es determinante, esta interpretación no puede afectar la coherencia del sistema.

Elementos importantes para analizar son:

¹¹⁶ Nash (2013), p. 504.



- a) Las diferencias entre el derecho internacional público (DIP) y el DIDH, en lo referente a su especial naturaleza y los diversos objetos y fines de cada uno;
- b) El problema que presenta el modelo de interpretación derivado del derecho privado clásico, en relación con la invisibilización de diversos derechos de grupos sociales;
- c) El modelo hermenéutico del DIDH y su objetivo: superar el paradigma neutral del titular de derechos, y lograr la efectividad de los derechos;
- d) La aplicación de distintos criterios dentro del DIDH, como la utilización del sistema de interpretación de tratados contemplado en la Convención de Viena de 1969, y el sistema contemplado en la propia Convención, es decir, la aplicación de los métodos de unidad, sistematicidad y teleológico;
- e) El principio propersona, y cómo este juega un rol trascendental que permite controlar la interpretación, asegurando el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales;
- f) La aplicación del principio propersona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana;



- g) La relevancia de este criterio en el ámbito interno a partir del control de convencionalidad al que están obligados los Estados parte de la CADH.

4.2. La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional público

Es un lugar común que el desarrollo del DIDH ha marcado ciertas diferencias con el derecho internacional público tradicional. Estas diferencias tienen especial relevancia en el tema de las fuentes, en particular, en el derecho de los tratados.

Por regla general en el DIP, los tratados y convenciones tienen por *objeto y fin* regular intereses recíprocos entre los Estados; mientras que en materia de derechos humanos aunque los tratados se celebren entre Estados, no emergen de ellos solo obligaciones y derechos entre estos, sino que debido a su *especial naturaleza*, de ello surgen principalmente derechos para los individuos, y obligaciones para los Estados, porque su *objetivo y fin*, es dar una efectiva protección a las personas sujetas a su jurisdicción.

La Corte Interamericana ha destacado el carácter especial de los tratados sobre derechos humanos, así, por ejemplo, en el Caso Masacre Mapiripán vs. Colombia (2005), la sentencia sobre Excepciones preliminares señala:



Dicha Convención (Americana), así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes¹¹⁷.

Respecto de la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos, la Corte ha emitido su opinión respecto al *objeto y fin* de estos, en asuntos no contenciosos; al respecto la Opinión Consultiva OC-2/82 dispone:

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

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia, 15 de septiembre de 2005, párr. 104.

legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹¹⁸.

En definitiva, se reconoce la particular naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, y que su *objeto* y *fin* es diferente al contemplado en el derecho internacional público, pues no puede considerarse que la finalidad del DIDH “sea equilibrar recíprocamente los intereses entre los Estados, sino que persigue el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos”¹¹⁹.

Esto resulta relevante a los efectos de los tratados sobre derechos humanos, pues derivará en todo un sistema de interpretación respecto al contenido y alcance de las obligaciones generales del Estado, que se irá alejando de la interpretación clásica, presente en las primeras aproximaciones del sistema de derechos humanos.

4.3. El modelo clásico de la interpretación normativa

El modelo interpretativo clásico, tiene su origen en el derecho privado tradicional, específicamente en el proceso de codificación, y suele ser vista como una orientación hermenéutica de tipo voluntarista; de este modo, se entiende que “interpretar es dar efectividad operativa o teórica al contenido de una voluntad

¹¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.

¹¹⁹ Nash (2009), p. 81.



legislativa”¹²⁰. Lo que esta interpretación persigue es utilizar ciertos mecanismos que permiten develar la voluntad del legislador, y en el proceso hermenéutico, lo que el juez debe hacer es descubrir esta voluntad “cuasi divina y aplicarla al caso concreto”¹²¹, de este modo “el juez produce una sentencia que traduce y expresa su interpretación de los hechos y del derecho”¹²².

Este sistema interpretativo se sustenta en dos ideas centrales para la época: *Sistematicidad*, es decir que toda interpretación debe ser coherente con los principios inspiradores del sistema, y que se traduce en que los derechos reconocidos en ese momento –libertad, igualdad, propiedad– se reflejan en todas y cada una de las instituciones legales de la época, las que no podían ser contradictorias con dichos postulados esenciales; y la idea de *jerarquía*, que se refleja en un sistema piramidal donde las normas tienen jerarquías que marcan pautas de preeminencia¹²³.

El modelo clásico funciona de la siguiente manera: la interpretación que hace el juez, tiene fuerza obligatoria relativa exclusivamente al litigio en cuestión en las causas sometidas a su conocimiento, y esta debe sujetarse a las normas de interpretación de ciertos Códigos, que se encuentran consagradas sus artículos iniciales.

¹²⁰ Vernengo (1977), p. 95.

¹²¹ *Ibidem*, p. 252.

¹²² *Ibidem*, p. 1126.

¹²³ Nash (2010), p. 30.

La finalidad de la interpretación, es averiguar el sentido de la ley, para lo cual cuenta con una serie de elementos: *gramatical, lógico, histórico, sistemático y la equidad*. Todos ellos deberán ser ponderados conjuntamente por el juez al momento de interpretar¹²⁴.

La interpretación gramatical señala, por ejemplo: *cuando el sentido de la ley es claro, no se desalentará su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*. Se refiere al análisis de la semántica y sintaxis del precepto, para eso debe considerarse lo siguiente:

- A. Dada la importancia que tiene el significado de las palabras en la interpretación, el legislador ha establecido que estas se entenderán en su **sentido natural y obvio**. Esto se refiere al sentido que se le atribuye en el medio en que se emplea el vocablo, según su uso general.
- B. Las palabras que el legislador ha definido expresamente para ciertas materias se les dará su significado legal.
- C. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan esa ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso.

Sin embargo, no se debe extremar esta disposición, ya que no significa la primacía absoluta de la aplicación de la ley de acuerdo con el **tenor literal**; el principio, se refiere a la claridad del sentido de la ley, no del tenor literal. El tenor

¹²⁴ Nash (2013), p. 508.



literal se aplica en cuanto refleje ese sentido. “El punto de partida de la interpretación es este elemento, pero no se reduce puramente a un análisis gramatical, pues este es uno de los criterios, pero no el único”¹²⁵.

La interpretación histórica: se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y sirve para fijar la intención o espíritu de la ley, es decir, sus objetivos. Es un elemento supletorio para fijar el alcance de la ley que no esté claramente manifestado en ella misma. En este sentido, dice Nash:

*Para el profesor Alessandri, este elemento tiene por objeto la indagación del estudio del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador ante de dictarla*¹²⁶.

La interpretación lógica: se refiere a la concordancia que debe existir entre las diversas partes de la ley; pues es natural que estas no sean contradictorias.

Este criterio se funda en que todas las partes de una ley forman una unidad y responden a una misma intención o espíritu y es natural entonces que guarden armonía, y no contradicción.

Por tanto, si en un artículo de una determinada ley cierta expresión puede ser tomada en dos sentidos y en todos los demás artículos se considera uno

¹²⁵ Ducci (2010), p. 111.

¹²⁶ Nash (2013), p. 509.



de dichos sentidos, a la expresión ambigua habrá que atribuirle este sentido que demuestra ser el de la voluntad de la ley¹²⁷.

Otra pauta de la interpretación lógica que contribuye a precisar la voluntad de la ley es *la regla del contexto*. “Por contexto en general se entienden *el conjunto del texto que rodea una frase citada, y del que depende la verdadera significación de esta*”¹²⁸. Al respecto algunos Códigos disponen que *el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*.

La interpretación sistemática se refiere a la correspondencia de la legislación que se busca más allá de la propia ley interpretada, analizando otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Considerando que todas las leyes de un país forman un sistema y se hermana por obedecer a ciertos principios superiores, algunos Códigos disponen que: *los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*¹²⁹.

La interpretación, según la equidad:

¹²⁷ Vodanovic (1998), p. 66.

¹²⁸ Sociedad Francesa de Filosofía (1953), p. 237.

¹²⁹ Vodanovic (1998), p. 67.



El espíritu general de la legislación es el principio o idea central de toda ella, o de todas las normas que integran cada institución. *La equidad* es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y lo injusto que deriva de la sola naturaleza humana, con prescindencia del derecho positivo¹³⁰.

Estos no son solo elementos supletorios. El espíritu general de la legislación se encuentra implícito en el elemento sistemático, y la equidad no puede estar ausente en ningún criterio de interpretación. Pero “el juez no puede dictar una resolución basada únicamente en la equidad, a eso se refiere con que es solo supletorio”¹³¹.

Estos criterios o elementos que establece el legislador como normas de interpretación de la ley no son meros consejos dados al juez, sino criterios obligatorios que debe seguir para desentrañar la voluntad de la ley.

Este modelo, inspirado en los principios clásicos del modelo interpretativo, se ha aplicado más allá de la legislación civil y se han traducido estos mismos criterios a la interpretación constitucional.

Así el modelo hermenéutico clásico, no solo presenta problemas por estar centrado en la búsqueda de la voluntad del legislador, ignorando otros criterios interpretativos fundamentales para el pleno goce y ejercicio de los derechos en tanto

¹³⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹³¹ *Ibidem*, p. 66.



límites, precisamente, a las mayorías, sino que este modelo ha tenido un problema en su implementación, ya que se ha aplicado sobre la base de un sujeto de derechos con características particulares muy limitado. Por tanto, resulta ser un modelo de interpretación claramente *restrictivo*, pues posee ciertos supuestos de *neutralidad*, es decir, es una interpretación que funciona sobre la lógica de que la norma, y los titulares de derechos, son neutrales; y, además, no se considera como relevante el contexto, sino solo se considera como un elemento circunstancia; y se traduce en que el rol del juez o intérprete de la voluntad del legislador termina siendo neutral y pasivo respecto de la realidad.

“Estos supuestos de neutralidad suelen ser contradictorios con los principios de igualdad y de no discriminación”¹³², consagrados en el artículo 1.1 de la CADH; en el sentido de que “*anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio*, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de determinados grupos de la población, que por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales son víctimas de violaciones a sus derechos”¹³³, que terminan siendo justificadas por la sociedad, haciendo posible mantener su vigencia.

Sin embargo, existen otros sujetos que son discriminados *estructuralmente*, grupos a los cuales se les acaba invisibilizando en temas trascendentales como

¹³² Nash y Davis (2010), p. 74.

¹³³ Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia, 16 de noviembre de 2009, párr. 401.



acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de asuntos públicos, etc. Es lo que el Comité de Derechos Humanos ha denominado “*discriminaciones indirectas*”, y que las describe básicamente como “el trato igualitario a personas que se encuentran en situaciones desiguales, y que puede llegar a producir efectos discriminatorios”¹³⁴.

Por tanto, la interpretación tradicional derivada del derecho privado, puede resultar insuficiente, y generadora de problemas serios en sociedades complejas y democráticas, por lo que surge la necesidad de corregir estas prácticas en atención a la realización del principio de Universalidad, y así lograr la efectividad del sistema de protección de los derechos humanos. De ahí que el modelo hermenéutico o interpretativo, utilizado en el Sistema Internacional de Derechos Humanos por la Corte Interamericana, se relaciona con este punto de partida: la superación de estas neutralidades.

Para trascender a este paradigma de titular neutral, existen una serie de medidas que se han ido tomando desde el punto de vista normativo y jurisprudencial que busca la superación de este esquema tradicional de interpretación clásico.

¹³⁴ Nash y Davis (2010), p. 82.



4.4. El modelo interpretativo hermenéutico del derecho internacional de los derechos humanos

Según Nash “el derecho internacional de derechos humanos utiliza una serie de medidas, tanto de carácter normativo como jurisprudencial, para superar el paradigma de titular neutral sobre el cual se construyó el derecho privado”¹³⁵.

Desde el punto de vista normativo, es necesario tener en consideración los Tratados específicos sobre derechos humanos, pues buena parte de ellos, buscan lograr esta efectiva universalización en el goce y ejercicio de derechos. Así, por ejemplo, entre las convenciones en la materia, encontramos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987), Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención Belém do Pará” (1994), Convención Sobre los Derechos del Niño (1989), Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (1999), entre otras. Cada uno de estos tratados se hace cargo de aspectos en los cuales la normativa general, pero principalmente, la interpretación que de ella se ha hecho no ha dado cuenta de la igualdad en el goce de los derechos.

¹³⁵ Nash (2013), p. 513.



Desde el punto de vista de la interpretación esto se complejiza, pues para superar esta mirada neutral, en la cual el intérprete lee los tratados desde la perspectiva de un titular de derechos universal, los órganos de protección requieren instrumentos que le permitan, en cumplimiento del objetivo de la efectividad, acercar las realidades que son distantes a la norma¹³⁶.

Para sustentar el proceso interpretativo, recurre a las normas que rigen la hermenéutica en materia de tratados en el derecho internacional público, pero ajustado a las demás características que tiene este sistema de tratados en materia de DDHH.

De este modo la base normativa de interpretación que utiliza el DIDH es el artículo 31 de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados (en específico, el numeral primero).

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. 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.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 313-314.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
 - b) Toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
 - c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Esta es la fuente de todo el sistema de interpretación en materia de tratados de derechos humanos, a partir de la cual se diseñan los criterios hermenéuticos que hacen directa la relación con la interpretación de las normas de derechos humanos. De ella derivan diversos criterios hermenéuticos propios del sistema interpretativo



DIP, como son: la buena fe en la interpretación del tratado, atender a su objeto y fin, conforme al tenor literal y el contexto.

El punto de partida del proceso hermenéutico es el principio de buena fe. En efecto, “cuando los Estados se comprometen internacionalmente, la primera obligación que emana de esos compromisos es el cumplimiento de buena fe, es decir, su observancia con la voluntad real y cierta de hacerlos efectivos”¹³⁷. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de los compromisos internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales.

A partir del principio de buena fe, surgen una serie de criterios de interpretación que permiten concretar el sentido de los términos del tratado, en el contexto de este, considerando su objeto y fin.

A. Primer criterio hermenéutico: **la interpretación unitaria o sistemática.**

En virtud de este criterio, es que no se permite hacer distinciones o jerarquías entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse armónicamente en cuenta todo, cuando se busque determinar el contenido y alcance de una norma internacional de derechos humanos.

¹³⁷ Nash (2009), p. 148.



B. Segundo criterio hermenéutico: **integralidad en la interpretación**, (Artículo 21 a y b). Toma en consideración que las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente; los principios generales del derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales del Estado y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los Tratados. Por ello, no es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento, por ejemplo, lo de los principios generales de derecho, del derecho consuetudinario que lo precede o complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes del derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Así, cuando se interponen normas o tratados internacionales, se debe tener en consideración todo otro instrumento que se refiera a las materias propias del tratado; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración de este, y aceptado por las demás como instrumento referente a él (por ejemplo, el preámbulo y los anexos o protocolos). Esto es básico cuando se interpretan convenciones, ya que son variadas las fuentes complementarias que ayudan a fijar el contenido y alcance de las normas. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

C. Tercer criterio hermenéutico: **teleológico**, esto es, **interpretar buscando el cumplimiento del objeto y fin del tratado**. Si se considera que los tratados de derechos humanos tienen como objeto y fin la consagración de derechos y libertades de los individuos respecto de los Estados y, en muchos casos, además, establecen un sistema de protección de estos derechos, es evidente que esto repercute de manera significativa a la hora de interpretación de sus normas. Esto implica que cada vez que sea necesario determinar el contenido y alcance de un derecho o libertad respecto de un titular concreto, se debe orientar la interpretación a la mejor forma de dar eficacia al mandato normativo, de forma tal que el individuo lo pueda gozar y ejercer considerando sus particularidades personales, colectivas y situacionales.

D. Cuarto criterio hermenéutico: **carácter dinámico o evolutivo de la interpretación**. Se refiere a la obligación que tiene el intérprete, en cada caso, de buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieran estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así ha sido destacado por la Corte Interamericana:

En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva



es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados¹³⁸.

Esta técnica, por tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que estas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento que se les interpreta.

Como es posible deducir, lo único que hace el DIDH es tomar los criterios del derecho internacional público y aplicarlos a partir de las particularidades de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

4.5. El principio *propersona* como criterio interpretativo

Los tratados principales de derechos humanos, además de regirse por estos criterios de interpretación, han acuñado un principio particular de interpretación: el principio *propersona*.

¹³⁸ Corte IDH. Caso Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia, 17 de junio de 2005, párr. 66-67.

4.5.1. Fundamento normativo

Este principio se encuentra consagrado en las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos, y consagra la interpretación acorde a los objetivos y fines de los tratados, de dinamismo e integralidad.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5.2, se señala:

No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, el Tratado regional americano recoge en su artículo 29 estos criterios hermenéuticos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte



o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

4.5.2. La función del principio *propersona*

Si se toma en consideración las herramientas interpretativas del derecho internacional, en especial, el criterio que establece que se debe interpretar la norma internacional en consideración del objeto y fin del Tratado, la esencia y base sobre la cual se construye el derecho internacional de los derechos humanos es justamente la efectividad en la protección de los Derechos fundamentales, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo. En palabras de la Corte Constitucional colombiana:

El principio *pro homine* 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 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 a su suspensión extraordinaria¹³⁹.

La idea del principio propersona, es que le entrega al intérprete una guía en el sentido de que se deben interpretar los derechos de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso, y las restricciones deben ser interpretadas de una manera lo más estricta posible, de forma tal que no sean desproporcionadas en el tiempo, en cuanto al objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición.

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 o 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

¹³⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-284/06, apartado 3.2.4



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 esta reconoce.

En su jurisprudencia la Corte IDH ha ido más allá de esta enunciación y ha ido concretando este principio. En el **caso de la masacre de Mapiripán (2005)**, señaló:

Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados parte garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effectutile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales¹⁴⁰.

De esta forma, la Corte IDH reitera lo que señaló en la Opinión Consultiva No. 5, y lo aplica al caso concreto dándole un sentido más amplio.

En el **Caso González y otras. “Campo Algodonero vs. México” (2009)**, donde el Estado planteó una excepción preliminar sobre la competencia de la Corte para conocer violaciones a la “Convención de Belém do Pará”, pues esta no entrega

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia, 15 de septiembre de 2005, párr. 105.



competencia específica a la Corte para conocer dicho instrumento, como sí lo hace respecto de la Comisión, la Corte IDH tuvo que interpretar si tenía competencia y para resolver toma nuevamente este principio y utilizándolo en este caso concreto el párrafo 33 de la sentencia señala:

La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el derecho internacional de los derechos humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado.

4.5.3 Alcances y límites del principio *propersona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

“Dentro de los alcances de este principio se encuentran dos manifestaciones principales: a) preferencias interpretativas y b) preferencia de normas”¹⁴¹.

¹⁴¹ Rodríguez (2009), p. 8.



4.5.3.1. Preferencia interpretativa

La primera aplicación del principio *propersona*, la **preferencia interpretativa**, y que se refleja en la Opinión Consultiva, núm. 5:

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 esta reconoce¹⁴².

“Esta preferencia interpretativa tiene dos manifestaciones: a) **la interpretativa extensiva de los derechos** y b) **la interpretativa restringida de los límites**”¹⁴³.

¹⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

¹⁴³ Rodríguez, (2009), p. 8.

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones. En primer lugar, que el principio *propersona* debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un *efecto útil*, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Ejemplo de esta interpretación extensiva, se encuentra en la sentencia de la Corte IDH en el caso de censura previa en la película “La última Tentación de Cristo”, donde se condena al Estado de Chile por violar el artículo 13 de la CADH “derecho a la libertad del pensamiento y de expresión”.

En su fallo la Corte Interamericana estableció los alcances del artículo 13 y dictaminó la incompatibilidad de la censura previa con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos señalando que:

“Quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole”¹⁴⁴.

“La Corte amplía la concepción del derecho a libertad de expresión, haciendo una interesante distinción: por un lado comprende una dimensión individual y por otro una social”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso La última tentación de Cristo vs. Chile. Sentencia, 5 de febrero de 2001, párr. 37.

¹⁴⁵ Nash (2010), p. 62.



El párrafo 65 de la sentencia citada señala, “obre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.

Con respecto a la segunda dimensión social del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, el párrafo 66 de la sentencia señala:

Es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanto importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

A juicio de la Corte ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar *efectividad total* al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

Otro caso de interpretación extensiva que realiza la Corte IDH para dar efecto útil a la norma se encuentra en el *Caso penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006)*, donde supera la interpretación de un parámetro formal del principio de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral, pero profundamente masculino, para dar pie a otro parámetro, que reconoce las diferencias legítimas entre las personas y que demanda acciones positivas por parte del Estado¹⁴⁶. (negrita eliminada)

Así la Corte, interpretó el Artículo 5 de la Convención a la luz del Principio *propersona*, al momento de determinar el contenido y alcance del derecho a la *integridad personal* de las víctimas de la violencia en el caso penal Miguel Castro Castro vs. Perú, para ampliar el derecho y de este modo darle efectividad. Para lo cual estableció que, tratándose de mujeres embarazadas, situaciones que se presentan neutras, como exigir en un hombre arrastrarse sobre su vientre, no era una conducta igualable para exigírselo a ellas, pues para estas resulta particularmente gravoso.

(La Corte) estima que la violación del derecho a la integridad personal de las señoras: Eva Chalco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López se vio

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 235.



agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia les afectaron en mayor medida¹⁴⁷.

La segunda manifestación de esta interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respeta y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos.

Como ejemplo de esta segunda manifestación, se puede señalar el caso sometido a la Corte IDH, “*Claude Reyes y otros vs. Chile*” (2006), donde se alega la violación al derecho de acceder a información bajo el control del Estado, y donde la discusión se enfoca en el contenido y alcance del derecho a la Libertad de Expresión contenido en el artículo 13 de la CADH, ya que por un lado se sostiene una interpretación (la del Estado de Chile), que no reconocía el derecho a acceder a la información como un elemento integrante de este, sino como “un elemento que expresa el interés general del principio de publicidad y de probidad”¹⁴⁸.

Según el párrafo 76 de la sentencia citada la Corte resolvió:

[...] que, “de acuerdo con la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, comprende no solo

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia, 25 de noviembre de 2006, párr. 293.

¹⁴⁸ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia, 16 de septiembre de 2006, párr. 59.



el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información”.
(se incluyó ala comilla)

Una tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos, de acuerdo con el principio *propersona*, la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

Ejemplo de esta manifestación de la aplicación extensiva del principio *propersona*, es el razonamiento utilizado por la Corte en el **caso Barrios Altos vs. Perú (2001)**¹⁴⁹. Allí declaró que las leyes de amnistía, núm. 26479 y núm. 26492 violaban los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana. Al respecto señaló:

El párrafo 42 de la sentencia citada indica que la Corte, conforme a lo arreglado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia, 14 de marzo de 2001.



un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumplimiento el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de esta. El párrafo 43 de la sentencia indica, [...] Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

De este modo declara que “las leyes de amnistía, núm. 26479 y núm. 26492son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”¹⁵⁰, haciéndolas inaplicables.

En cuanto a la **interpretación restringida de los límites**, la Convención de Viena (1969) dispone que uno de los elementos para interpretar los tratados lo constituye el *fin* y el *objeto*, (que en el caso de los tratados del DIDH, apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de

¹⁵⁰ *Ibidem*, apartado 54.1



dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo. Así los límites legítimos de las obligaciones del Estado (básicamente suspensiones y restricciones de derechos) siempre deben interpretarse de manera taxativa. “El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos”¹⁵¹.

Así manifestó la Comisión Interamericana en el caso sobre censura previa, al libro *Inmunidad Diplomática* escrito por Francisco Martorell, donde los peticionarios alegaron una violación al artículo 13 de la CADH, que garantiza “el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole”¹⁵² a través de cualquier medio de su elección, garantizando de este modo, no solo la libertad de pensamiento, sino también reconociendo el derecho colectivo a estar informado, el derecho a réplica a expresarse y a que exista una diversidad de fuentes de información:

Como consecuencia de esta amplia interpretación del concepto de libertad de pensamiento y de expresión, se han contemplado limitaciones estrictas a las restricciones que pueden aplicarse a esos derechos. La Convención contiene normas generales que prevén las posibles restricciones a los derechos que garantiza. Sin embargo, en el caso de la libertad de pensamiento y de expresión, estas normas deben interpretarse de acuerdo con los límites específicos establecidos por el artículo 13 de la Convención¹⁵³.

¹⁵¹ Rodríguez, (2009), p. 8.

¹⁵² Comisión IDH. Informe 11/96. Caso 11.230, 3 de mayo 1996.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 40.



Otro punto que hay que tener en consideración es que este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales. Pues siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de las personas tanto en el ámbito sustantivo como procedimental.

4.5.3.2. Preferencia de normas

El segundo uso que tiene este principio se refiere a la **preferencia de normas**, que a su vez tiene dos manifestaciones: **a) preferencia de la norma más protectora** y **b) la conservación de la norma más favorable**.

La preferencia normativa aporta una solución práctica de gran importancia normativa, aporta una solución práctica de gran importancia respecto al supuesto de colisión de normas, ya que desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, superando con ello el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras. Asimismo, ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de la normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, 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”¹⁵⁴.

Ejemplo, **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004)**:

El párrafo 181 de la sentencia indica que, es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable para la persona humana.

Cuando el principio se manifiesta de la primera manera, mediante la *aplicación de la norma más protectora*, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos.

Cuando el principio se manifiesta mediante la *conservación de la norma más favorable*, se añade un elemento de temporalidad, ya que se trata de casos

¹⁵⁴ Castilla (2011), p. 284.



en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o incluso derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos¹⁵⁵.

4.5.4. La integridad del sistema

Se debe aclarar que el principio *propersona* no se puede utilizar ilimitadamente, pues tiene un límite: **la integridad del sistema**. Así lo estableció la Corte en el ***Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica (1983)***, donde afirma que “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”¹⁵⁶.

En esta sentencia la Corte señala que la interpretación no es *ilimitada*, que, si bien se debe interpretar ampliando el sentido de la norma, para tomar en consideración las particularidades del titular de derechos y el contexto, y de esta forma lograr un fallo que permita la efectividad del derecho; esta no debe extremarse.

Por ejemplo, la Comisión ha señalado que se afecta la integridad y coherencia del sistema, si se amplía la protección de tal forma, que se considere a

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 293.

¹⁵⁶ Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica. Comunicado, 16 de noviembre de 1981.

las personas jurídicas como sujetos de derechos humanos. Así queda asentado en la práctica de la Comisión Interamericana en cuanto a la interpretación del artículo 1.2 de la Convención en los Informes No. 10/91 del 22 de febrero de 1991 Banco de Lima-Perú, y No. 39/99 del 11 de marzo de 1999 Mevopal, S.A. Argentina.

Que el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las disposiciones del Artículo 1.2 proveen que “para los propósitos de esta Convención, “persona” significa todo ser humano”, y que por consiguiente, el sistema de personas naturales, y no incluye personas jurídicas [...] consecuentemente, en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no tiene jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias”¹⁵⁷.

De acuerdo con el segundo párrafo de la norma transcrita [artículo 1], la persona protegida por la Convención es “todo ser humano” [...] y por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto estas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material¹⁵⁸.

Exceder el límite en la interpretación del principio, ocasiona justamente el efecto adverso al buscado con su aplicación, pues si consideramos que el sentido

¹⁵⁷ Comisión IDH. Informe 10/31, 1991.

¹⁵⁸ Comisión IDH. Informe 39/99, 1999, párr. 17.



del *principio* es orientar la interpretación de la norma en el sentido más favorable a la persona humana, ya sea interpretando los derechos de la forma más amplia posible, o interpretando de manera restringida los límites.

Un ejemplo de una interpretación que excede los límites de la interpretación propersona sería justificar con base en este, incluir a las personas jurídicas en el goce y ejercicio de derechos humanos, lo que podría significar, dejar vulnerables a las personas naturales con el objeto de sostener una interpretación como esta.

El modelo hermenéutico clásico, presentaba graves problemas por estar centrado en la búsqueda de la voluntad del legislador, ignorando otros criterios interpretativos fundamentales para lograr el pleno goce y ejercicio; también el modelo tenía un grave problema en su implementación, ya que se ha aplicado sobre la base de un sujeto de derechos muy limitado¹⁵⁹.

Esto da la equivocada impresión de estar basada la interpretación en un paradigma neutral, lo que termina invisibilizando a otros titulares de derechos, anulando o menoscabando el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales.

En este sentido el modelo hermenéutico del DIDH utilizado por la Corte, ha logrado ampliar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos a aquellos

¹⁵⁹ Nash (2013), p. 530.



titulares, que habían quedado fuera de la interpretación tradicional, es decir, de los sujetos que, por diversas prácticas sociales, culturales, históricas, entre otros, han sido invisibilizados, viendo sus derechos vulnerados de manera estructural.

Las comunidades indígenas son ejemplos de titulares cuyos derechos han sido invisibilizados en forma estructural, ya que, por un factor cultural preponderante, sumado a la situación de vulnerabilidad, reflejada en la pobreza y situación de marginación social, son grupos marginados. Para subsanar esta situación, la Corte IDH, asegurando la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ha debido ampliar la interpretación para asegurar el goce y ejercicio efectivo de los derechos de los pueblos indígenas.

El tema de la propiedad indígena es ilustrativo de la evolución que ha realizado la Corte IDH en su interpretación. Parte en un primer momento interpretando progresivamente el derecho involucrado. Así, por ejemplo, en el caso ***Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)***, se alegó que el Estado no había demarcado las tierras comunales de la comunidad indígena, ni había tomado medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de dicha comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, además de que el Estado había otorgado en concesión las tierras sin consentimiento, y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad. Finalmente, la Corte resolvió que dentro del Artículo 21 CADH (derecho de propiedad), se comprende también la protección a la “*propiedad comunal*”. Interpretó de este modo a la luz de las necesidades del caso concreto.

Ampliando el contenido tradicional de derecho de propiedad, desde un derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de propiedad, como uno de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares¹⁶⁰.

El último caso que ha tenido la oportunidad de resolver la Corte IDH, demuestra la etapa actual en que se encuentra el desarrollo de los derechos de las comunidades indígenas, pues ya considerados sujetos especiales de derechos, ahora se les reconoce derechos colectivos; lo que posibilita el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. Al respecto en el **Caso Sarayaku vs. Ecuador (2012)**, donde la comunidad alegó la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente. Por su parte la Corte observó que:

Los hechos probados [...] permiten considerar que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integran su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual. (párr. 155)

¹⁶⁰ Nash (2009), p. 171.



Diferente es la situación en el caso de las personas jurídicas, en lo que se refiere al reconocimiento de derechos humanos: la primera solución que se ha dado es normativa. En efecto, en el ámbito europeo, el Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del año 1952, dispone:

Artículo 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

Una segunda solución es interpretativa. Así, es posible ampliar vía jurisprudencia el reconocimiento de derechos humanos a los socios de las personas jurídicas, así, por ejemplo, en el **Caso Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador (2007)**, donde se alega vulneración al derecho de propiedad, debido a que el Estado de Ecuador privó arbitrariamente de sus bienes a la empresa Plumavit; empresa donde el Señor Chaparro era accionista mayoritario, lo que significó que también afectara el derecho de gozar de su propiedad, pues entendió que el derecho de percibir utilidades, es también una manifestación del derecho de propiedad.

214. La Corte considera que el Estado es responsable, por estos daños, toda vez que los bienes estuvieron bajo su custodia. Consecuentemente, declara que violó el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de esta, en perjuicio del señor Chaparro, puesto que, como consecuencia de la mala administración de la fábrica y los deterioros de esta, el señor Chaparro fue privado arbitrariamente de la posibilidad de continuar percibiendo las utilidades que recibía con ocasión del funcionamiento de la empresa.

También se puede citar otro caso que altera el sistema: el reconocimiento de derechos humanos a personas jurídicas de derecho público. A pesar de que no es posible alegar que la vulneración de derechos a una persona jurídica, afecta a la vez, a algún derecho reconocido a un titular, este criterio interpretativo extensivo, no debe extraponerse, en el sentido de reconocer derechos humanos a personas jurídicas de derecho público, pues esto implica una alteración al sistema, que afecta su integralidad y coherencia. Al respecto se puede señalar lo resuelto por la Corte Suprema de Santiago de Chile en torno a la procedencia de un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, invocando la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, es decir, por vulneración sustancial de derechos o garantías fundamentales, en específico, vulneración al debido proceso, al respecto el Profesor Tavolari señala:



*La consecuencia obvia y manifiesta, consiste en que la exigencia de recibir una sentencia basada en un procedimiento justo y racional, **SE DISPENSA A TODO AQUEL QUE HACE VALER PRETENSIONES ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES** y no solamente, al que ocurre a dicho órgano en defensa de su vida, libertad, honra o propiedad.¹⁶¹*

A nuestro entender, esto es un exceso que desnaturaliza la coherencia y armonía del sistema, pues sabemos que el Sistema Internacional de Derechos Humanos persigue “el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos”¹⁶².

4.6. Alguna jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el principio *propersona*

En los párrafos siguientes se describen ejemplos donde la Corte IDH ha resuelto tanto las cuestiones del fondo como procedimentales, aplicando el principio *propersona*:

Caso Ivcher Bronstein vs. Perú¹⁶³. Frente a este caso la Corte se encuentra con un problema de carácter procesal, y no de fondo, se trata del retiro de competencia que hace Perú a la Corte Interamericana para conocer y resolver casos

¹⁶¹Tavolari (2003), p. 99.

¹⁶² Nash (2010), p. 30.

¹⁶³ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia, 6 de febrero de 2001, párr. 41.



contenciosos, “retiro” que fue declarado inadmisibles por la Corte por ir en contra del objeto y fin de la Convención.

De acuerdo al párrafo 41 de la Sentencia en este caso, “el artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de esta puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional”.

Caso Blake vs. Guatemala¹⁶⁴. La Corte utiliza los criterios hermenéuticos ya señalados del derecho internacional, en específico, “la interpretación de buena fe, tomando en cuenta el objeto y fin del Tratado” para atribuirse competencia y conocer las violaciones a los artículos 8.1 y 1.1 de la Convención Americana, en relación con la desaparición y muerte del ciudadano norteamericano Blake (1985), acaecida, con

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia, 22 de enero de 1999.



anterioridad a la fecha en que el Estado de Guatemala otorga competencia a la Corte (9 de marzo de 1987) por considerar que la competencia en razón del tiempo “no se aplica a los delitos continuados”, pues desde su detención el año 1985, el señor Blake tuvo la calidad de desaparecido hasta el 14 de junio de 1992, fecha en que se encontraron sus restos.

El párrafo 21 de la Sentencia en este caso indica, “el estado, en su alegato afirmó que, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituye una regla general “la interpretación de los términos conforme al sentido corriente que estos tengan”. La Corte observa que el artículo mencionado por Guatemala no establece un único criterio de interpretación, pues fundamentalmente los tratados deben 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”.

Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México¹⁶⁵. Donde la discusión que se somete a la Corte Interamericana es acerca de la capacidad de esta para conocer violaciones a la Convención Belem do Pará, pues este instrumento no entrega competencia específica a la Corte para reconocer dicho tratado, como si lo hace respecto de la Comisión; y para esto la Corte toma el

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia, 16 de noviembre de 2009.



principio propersona y lo utiliza en la interpretación no de normas sustantivas, sino procedimentales.

El párrafo 33 de la sentencia en este caso indica, “la interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores, que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el derecho internacional de los derechos humanos. Concretamente, en este caso, el Tribunal debe establecer los valores y objetivos perseguidos por la Convención Belém do Pará y realizar una interpretación que los desarrolle en la mayor medida. Ello exige la utilización en conjunto de los elementos de la norma de interpretación del artículo 31 citado”.

En esta interpretación la Corte amplía y reitera lo que viene señalando, es decir, una interpretación que le dé un efecto útil a los derechos y garantías de las personas, y no solo en el ámbito sustantivo, sino que también en el procesal, y de este modo la ampliación sirve para atraer a la Convención de Belem do Pará a su competencia.



Caso Ricardo Canese vs. Paraguay¹⁶⁶, es otro asunto en que la Corte utiliza el principio *propersona*, pero esta vez para marcar cual es la interpretación que debe preferirse cuando existe colisión de normas de aplicar.

El párrafo 180 de la Sentencia en este caso, “establece que, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos”.

El párrafo 181 de la Sentencia en este caso, indica que, “Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.

Los ejemplos anteriores ejemplifican la variedad de usos que la Corte IDH le ha dado al principio *propersona* en la solución de casos en distintas materias, pues esta aplicación no se agota en otorgar respuesta a cuestiones sustanciales o materiales, sino que incluso en lo que se refiere a cuestiones procedimentales.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia, 31 de agosto de 2004.



En resumen se evidencia que la aplicación del principio *propersona*, se relaciona con la aplicación del derecho o de la norma que mejor protege a las personas, estén los derechos garantizados en la constitución o en convenios o tratados internacionales que el Estado ha ratificado, sean estas normas de carácter sustantivo o normas de carácter procedimentales, como se evidencia en el caso *Blake, vs. Guatemala* en el cual se aplicó la interpretación de buena fe, tomando en cuenta el objeto y fin del tratado, y en el caso *González y Otras vs. México* Convención de Belem Do Para, en el cual aplicando el principio *propersona* utiliza la interpretación del procedimiento, y no de la norma.

4.7. Aplicación del principio *propersona* en el ámbito interno: control de convencionalidad

En la práctica, la Corte IDH ha vinculado estos criterios con la interpretación interna subrayando la preferencia interpretativa a la que se hizo referencia:

El párrafo 105 de la sentencia en este caso indica, “Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su



cumplimiento y sus efectos propios (effectutile) en el plano de sus respectivos derechos internos”¹⁶⁷.

Esta discusión es relevante en el ámbito interno, porque la Corte IDH ha planteado que todas las autoridades del Estado y, en particular, las del poder judicial deben hacer un control de convencionalidad de las normas a aplicar en el ámbito interno. Este control de convencionalidad es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de conformidad con la CADH y su jurisprudencia, de las normas y prácticas nacionales, y que se traduce básicamente un ejercicio hermenéutico, es decir, “interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico) de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estados”¹⁶⁸.

Siendo la base del control de convencionalidad un ejercicio de interpretación, es fundamental la aplicación del principio propersona y así cumplir con los compromisos internacionales y dar efectividad a los derechos humanos.

A modo de síntesis, se puede afirmar que la interpretación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos tiene particularidades: existe un modelo hermenéutico que es diferenciado, porque el objeto y fin es distinto. Los

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia, 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.

¹⁶⁸ Nash (2010), p. 56.



principios de buena fe, objeto y fin, tenor literal y atención al contexto rigen plenamente.

Y existen métodos que son los propios del Sistema Internacional Público, como integralidad, unidad, sistematicidad, elemento teleológico y elemento evolutivo: dentro de estos hay un principio modular que emana del cumplimiento de buena fe que es el *propersona*. “Este se traduce en dos manifestaciones o reglas principales: a) preferencia normativa, b) preferencia interpretativa, y que tiene un límite: la no afectación del sistema como unitario y coherente”¹⁶⁹.

Los ejemplos citados permiten demostrar esta amplia gama de usos del principio *propersona* y el desafío parece ser, lograr una interpretación de casos, donde las características de los casos particulares sean relevantes al momento de decidir el asunto, sin que eso signifique resolver, sin base sustantiva ni procedimental, pues, el objetivo por muy loable (la mejor protección de los derechos) no permite cualquier tipo de interpretación. Debe respetar ciertos límites de coherencia y sustentabilidad.

¹⁶⁹ Rodríguez, (2009), p. 7.



4.8. Principio de interpretación *propersona*: preferencia axiológica y preferencia normativa

Para Sagües¹⁷⁰ como pauta interpretativa específica para los derechos humanos, se encuentra el principio *propersona*. Dicha directiva hermenéutica, forma parte de diversos paradigmas, relativamente de los intérpretes como en el caso de las Cortes Internacionales de Justicia, por lo cual su elaboración no es todavía definitiva; constituyen propuestas no concluidas ni cerradas, aunque en buena medida ya han sido admitidas por los órganos de la jurisdicción internacional y por la cultura jurídica contemporánea.

El *principio propersona* o también conocido como principio *pro homine*, aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección. Este principio se bifurca en dos variantes:

a) *Principio de preferencia axiológica*. La primera es actuar como “directriz de preferencia”; escoger dentro de las posibilidades interpretativas de una norma, la versión más protectora de la persona. Este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones; así, “el principio *pro libertatis*, que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego, o el principio de

¹⁷⁰ Sagües (2006), p. 211.

protección a las víctimas, con particular referencia a los casos de discriminación o de refugiados”¹⁷¹.

El principio de preferencia axiológica, no es absoluto y merece importantes distinciones; los principios *pro homine* y *pro libertatis*, por lo general se dirigen contra el Estado, y en favor de los particulares, pero su legitimación sugiere que no se produzca por aplicación de ellos “una alteración del sistema” de derechos humanos y romper con ello la unidad constitucional. En ese orden de ideas:

Los principios *pro homine*, *pro libertatis* y *pro víctima*, no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, una ponderación de valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común¹⁷².

Como podrían ser las restricciones justificadas de manera proporcional en función de la seguridad nacional, la salud, el orden público y el interés social, entre otros fines legítimos.

b) *Principio de preferencia normativa*. El principio *pro homine*, no es solamente una “directriz de preferencia de interpretaciones” entre varias exégesis posibles que pueden desprenderse de un mismo precepto normativo, sino también, una “directriz de preferencia de normas”; esto significa que:

Ante un caso difícil, el juez (bien sea de la jurisdicción nacional, sea de la jurisdicción supranacional) *tendrá que aplicar la norma más favorable a la*

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 212.

¹⁷² *Ibidem*, p. 212.



persona, con independencia de su nivel jurídico, lo cual representa un serio golpe a la teoría kelseniana de la pirámide jurídica, pues cualquier forma del principio *pro homine* se traduce de forma tal que, en todo caso prevalece el derecho con respecto de la ley¹⁷³.

El principio *propersona* es el paradigma que define la hermenéutica constitucional, pero existen otros criterios hermenéuticos que circundan a la interpretación de los derechos humanos, que son complementarios al mismo principio *propersona* o bien a la interpretación conforme.

En algunos procesos legislativos de reforma constitucional, se establecieron diversos cánones hermenéuticos, que junto con los principios *propersona* e interpretación conforme, vienen a cerrar el círculo en la nómina de paradigmas interpretativos para la concreción de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana, establece la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá provenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 213.



En México, el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado del Senado, de 7 de abril de 2010, definió los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de la siguiente manera:

No es cita corregí sangria

Por **universalidad** se concibe, de conformidad con la doctrina internacional de los derechos humanos, que estos corresponden a todas las personas por igual. La falta de respeto de cualquier otro no es mejor ni peor, según el género, la raza, el origen étnico, la nacionalidad o cualquier otra distinción. Este se convierte en el principio fundamental por el que se reconoce igual dignidad a todas las personas y con él se obliga a toda autoridad a que en el reconocimiento, la aplicación o restricción del derecho, se evite cualquier discriminación.

El principio de **interdependencia** consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; de esa manera, si se quiere reconocer un derecho se deben garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano. A través de este derecho se está marcando una orientación clara para las autoridades, que al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en la labor de promoción de estos, a mantener siempre una visión integral.



Respecto al principio de **indivisibilidad**, este se refiere a que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad. Así, no se puede reconocer, proteger y garantizar parte de un derecho humano ni solo un grupo de derechos; de esta forma se consigue que la protección se haga de manera total y se evite el riesgo de que en la interpretación se transija en su protección.

El principio de **progresividad** de los derechos humanos establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esa tarea.

Si bien los principios en referencia no se encuentran dentro del *circulo hermenéutico* de manera expresa, todos los principios se encuentran reflejados de alguna manera dentro de los paradigmas hermenéuticos de la interpretación conforme o bien el mayor beneficio a la persona. Es decir, “todos los paradigmas hermenéuticos relajan de alguna forma la coherencia ante el bloque de convencionalidad de los derechos humanos y las normas que lo contienen de manera singular y de conformidad a los principios en mención; así como el principio *propersona*, refleja el trato más benéfico, o bien la menor restricción a un derecho humano”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Flores (2015), p. 311.



4.9. Los principios de interpretación conforme y *propersona* en relación con el principio de proporcionalidad

En el programa hermenéutico de Hesse¹⁷⁵, este autor llama a la “ponderación de bienes” como un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; ese criterio orientador debe estar sustentado en el principio rector del razonamiento judicial que constituye *la razón práctica prudencial del juzgador constitucional*, que como hermenéutica de proporcionalidad hace de la analogía de los casos que se le presentan al juez constitucional un método de valoración orientativo de las razones por las cuales decide en tal o cual sentido, el cual constituye un paradigma plausible de interpretación y concreción de los derechos fundamentales.

Una visión conflictivista de los derechos humanos incurre en una deficiencia en la base de apoyo, además, se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad del bloque de convencionalidad; lo mismo se diga cuando la relación entre las garantías y las limitaciones establecidas en las constituciones nacionales y los tratados se determina con base en una presunción de partida a favor de la libertad (*in dubio pro libertate*), no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional.

¹⁷⁵ Hesse (2011), p. 68.



Cuando Hesse habla de que una correcta ponderación debe obedecer a la *relación entre dos magnitudes variables*, se busca que esa interpretación sea la que *mejor responda de forma concreta a las tareas de optimación de los principios en aparente conflicto*: no como una pretendida ética utilitarista de relación de variables y “objetivo” constante. Precisamente este sería el gran error en el que inciden muchas de las posturas conflictivistas cuando introducen en la ponderación el concepto de *libertades preferidas, orden público, interés social*, o cualquier concepto abstracto que resuelva el conflicto, sin referir en lo más mínimo a una racionalidad encauzada en el conocimiento práctico de los bienes humanos de forma prudencial.

“La ponderación de bienes, en el sentido conflictivista carece de un criterio orientador, en lo que respecta a sus valoraciones utilitaristas”¹⁷⁶: no solo en cuanto a la falta de una base de apoyo ético sustancial en el que se sustente el contenido material de un derecho, sino que en un momento dado, se ponga en peligro la unidad de la Constitución; ya no como sistema jurídico completo y coherente desde un punto de vista formal, sino como “sustancia ética que logre equilibrar de manera coordinada el *consenso fundamental nacional*”¹⁷⁷, para seguir hablando de una comunidad política con cierta homogeneidad.

¹⁷⁶ Flores (2013), p. 220.

¹⁷⁷ Starck (2011), p. 57.



Sin duda el precursor de la doctrina de la ponderación es Alexy, desde la formulación de su pensamiento con la teoría discursiva de los principios de derecho fundamental en diversos artículos, así como en sus obras fundamentales.

Lo importante de dichos principios es resaltar el *contenido relacional* de los derechos humanos que se traducen en la ponderación de principios cuando se alude su colisión, se caracteriza por su concreción fáctica al momento de que entra en conflicto aparente con otros derechos fundamentales; considerando que el método de solución del problema se realice a través del principio de *concordancia práctica sistemática*, conforme al cual:

Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben estar coordinados unos con otros de tal modo que cada uno de ellos gane realidad para su optimización, al mismo tiempo que logre su autolimitación, considerando la máxima fuerza normativa y adecuada aplicación de los derechos fundamentales¹⁷⁸.

“La eficacia óptima de los derechos se logra conforme al *principio prudencial sistemático*, para lo cual es necesario considerar como límite común en la ponderación”¹⁷⁹, que los actos del poder público respeten en esencia la dignidad de la persona humana, expresada en el contenido de cada derecho, su núcleo duro, tanto como norma de rango fundamental, como disposición con un contenido moral preciso, adecuado al bien humano protegido.

¹⁷⁸ Hesse (2011), p. 67.

¹⁷⁹ Massini (1985), p. 52

Así, los derechos humanos en el sistema regional de protección en que se apliquen, quedan vinculados necesariamente con el derecho; requieren no solo aplicar un método adecuado de ponderación o racionalidad de los derechos en conflicto a través del principio de proporcionalidad, sino su claro y preciso contenido esencial, así como sus expresiones que reflejan su aspecto no esencial: sin considerar que “por ese hecho se conciba la existencia de un contenido accidental de los derechos fundamentales, en tanto que tales expresiones son en esencia desbordamientos no autorizados por los principios sujetos a ponderación”¹⁸⁰.

En las corrientes doctrinal del principio de proporcionalidad y en general la ponderación de principios de derecho fundamental, ya se han emitido diversos criterios jurisprudenciales, por ejemplo, en cuanto a que “ningún derecho fundamental es absoluto”, para lo cual se desarrollan los tres subprincipios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para la legítima restricción de un derecho fundamental y por ende justificada a la luz del principio *propersona*.

Por ejemplo, en las restricciones a los derechos fundamentales, existen algunos elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerar válidas tales restricciones:

¹⁸⁰ Parejo (1981), p. 169.

En ese sentido ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, las restricciones no pueden ser arbitrarias para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, debe satisfacer al menos los siguientes requisitos:

a) Ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario solo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna;

b) Ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea, en términos amplios, útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y,

c) Ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger



esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y, en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática¹⁸¹.

De lo expuesto, se podría cuestionar la forma en la cual se restringe un derecho fundamental; el debate que gira en torno a la argumentación justificativa de los límites a los derechos fundamentales con el principio de proporcionalidad y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), será de máxima relevancia al momento de implementar el *círculo hermenéutico*, para traducir los contenidos normativos de los derechos humanos a la luz de los paradigmas hermenéuticos de la interpretación conforme al bloque de convencionalidad, así como en la interpretación *propersona*. Como lo dice Flores:

Al final la restricción de los derechos fundamentales en función del principio *propersona*, cuestionará si fue justificada, o si por el contrario no se está atendiendo al contenido esencial de un derecho fundamental y a la dignidad

¹⁸¹ Flores (2015), pp. 316-317.

humana. Por ende, de insistir en el conflictivismo al pretender huir del positivismo legalista, se termina por aterrizar en el *positivismo jurisprudencial*¹⁸².

En el principio de proporcionalidad se advierte, más que ningún otro, que la concordancia práctica que debe imperar en la ponderación de principios, debe estar debidamente justificada y razonada: en ese sentido *el principio de proporcionalidad se encuentra vinculado de manera esencial con el principio propersona*: pues a través del test de proporcionalidad se puede apreciar si la restricción a un derecho humano se encuentra razonable y proporcionalmente establecida y por ende se respeta la directiva hermenéutica *pro homine*.

Por lo tanto, el mecanismo interno del principio de interpretación propersona, es el principio de proporcionalidad; pues para identificar si una restricción o el mejor trato de la norma a la persona, se encuentra razonablemente establecido, es necesario evaluar si la medida restrictiva es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, y por ende si se encuentra o no justificada¹⁸³.

Por lo anterior, se constata con los principios de interpretación conforme y el principio *propersona* desde el círculo hermenéutico, que en el abanico de posibilidades interpretativas en la ponderación los derechos no son absolutos, ni

¹⁸² Flores (2013), p. 369.

¹⁸³ Flores (2015), p. 318.



tampoco las normas prevalecen en todos los casos aduciendo su jerarquía normativa. Si bien la jerarquía es *prima facie*, la *dinámica normativa de los derechos humanos es esencialmente móvil*.

En ese contexto es que el control de convencionalidad, si bien se encuentra inmerso en el reconocimiento constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, no por ello siempre se va a preferir la norma internacional sobre la Constitución. El círculo hermenéutico no podría generar un efecto contradictorio del que se busca; si la interpretación más favorable de un derecho se encuentra en la Constitución, no tendría ningún sentido buscarla en un tratado internacional.

Si bien en algunos modelos constitucionales se reconoce un control difuso de convencionalidad, no quiere decir que dicho control se absolutice y que en todos los casos se opte por la norma contenida en un tratado internacional de derechos humanos. Por lo cual, “el esquema interpretativo del control difuso, es necesariamente hermenéutico; es decir, la interpretación de los derechos humanos se gesta desde un círculo hermenéutico, para la elección de la mejor interpretación, el mejor contenido normativo del bloque de constitucionalidad-convencionalidad”¹⁸⁴.

Bajo el contexto anterior, se debe concluir que el control difuso de convencionalidad *ex officio*, conlleva un ejercicio de ponderación de principios, en el control de convencionalidad asiste una ponderación de carácter ordinario que

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 319.



resuelve los conflictos entre normas de derecho fundamental sin apreciar su origen normativo; es decir, aprecia la colisión entre normas de derecho fundamental, desde la Constitución. Por otra parte, en la ponderación extraordinaria, se dilucidan los derechos humanos, desde un mismo bloque de constitucionalidad-convencionalidad; pudiendo cuestionar a la Constitución desde los tratados internacionales, ante una interpretación *pro homine*.

Por lo anterior, es claro que, si bien no es conveniente confundir ponderación de principios a través de la proporcionalidad, el control de convencionalidad implica realizar una ponderación de los derechos humanos, atendiendo a la norma más benéfica. Sin embargo, dicha interpretación no puede ser realizada de manera indiscriminada, pues *no toda ponderación es convencional, pero toda interpretación convencional debe ser ponderada*.

Es decir, las normas de derechos humanos se ponderan en todo caso para advertir la norma más benéfica a la persona; sin embargo, no siempre se opta por la norma de origen internacional, y, por ende, no implica realizar un control de convencionalidad de manera absoluta en todos los casos. Por lo cual, si se realiza un control se realiza una aplicación, y no siempre se aplica la norma de fuente internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad. En conclusión, se puede decir que *el control de constitucionalidad y control de convencionalidad a la luz de la ponderación de principios y el principio de proporcionalidad, son dos caras de la misma moneda; sin embargo, no hay que confundir entre cara o cruz*.



En ese sentido, el principio de proporcionalidad tendrá que reformularse ante el paradigma del control de convencionalidad desde la tradición latinoamericana. Ahora se le puede llamar *principio de proporcionalidad-convencional*, porque el parámetro de la ponderación normativa, se amplía hacia el bloque de convencionalidad:

- a) *Idoneidad*. La legitimidad del principio adoptado como preferente, ya no solo atenderá al fin constitucionalmente válido pretendido, sino también al convencionalmente legítimo;
- b) *Necesidad*. Cuando se hace referencia al sub-principio de necesidad, como el medio menos oneroso para alcanzar el fin deseado o que afecte en menor grado los derechos fundamentales de los implicados, se apreciará desde el doble enfoque normativo, constitucional y convencional, en aplicación de la interpretación conforme y la interpretación *pro homine*, en los términos apuntados en el círculo hermenéutico;
- c) *Proporcionalidad en sentido estricto*. Implicará realizar un equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del mejor contenido normativo para la persona, evitando que se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso al que se desea satisfacer; bien porque se afecte un derecho humano de otra persona de

manera injustificada o desproporcionada, o bien que se afecte el orden público o el interés social¹⁸⁵.

Algunos criterios jurisprudenciales recogen estos argumentos, en el sentido de advertir en la ponderación, una doble función interpretativa, tanto desde la esfera de los derechos humano como colisión de principios, como desde el control de convencionalidad en la búsqueda de la norma, constitucional-convencional, que reporte mayor beneficio a la persona.

En el control difuso de convencionalidad *ex officio*, cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos, uno nacional y el otro internacional, el juez no debe ejercerlo en todos los casos para resolver un caso concreto, sino realizar un ejercicio previo de ponderación entre ambas para verificar cuál de ellas concede una mayor eficacia protectora a la persona.

Existe tres elementos para expandir la cobertura protectora de las herramientas jurídicas a disposición de los ciudadanos en materia de derechos humanos:

1. La obligación de todas las autoridades de proteger no solo los derechos reconocidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte;
2. La interpretación conforme a la Constitución para favorecer en todo tiempo la protección más amplia y,
3. La obligación

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 320-321.



de proteger y garantizar esos derechos de acuerdo con los principios rectores en la materia¹⁸⁶.

De ahí que el punto toral sería maximizar la protección de los derechos humanos con independencia del tipo de legislación donde se consagren. En ese contexto, cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos –uno nacional y otro internacional– no debe acudir en todos los casos al derecho externo para resolver un caso concreto, en desmedro del sistema normativo interno; más bien, como requisito previo, el juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cuál de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues solo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad *ex officio* como parámetro de solución.

En atención a los principios hermenéuticos antes esbozados de manera elemental, se advierte la regulación que busca proteger los derechos humanos que se desprenden de la CADH y la Constitución; la cual se logra mediante una interpretación armonizadora con dicho tratado internacional. Para que la Constitución, la ley, los tratados internacionales de derechos humanos logren concreción real y efectiva, deberán ser interpretados de tal manera que sus inconsistencias, antinomias y lagunas se interpreten de tal forma que no contravengan la citada Convención.

¹⁸⁶ Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 4. Tomo II, marzo de 2014, p. 1358.



La interpretación del derecho interno por los jueces nacionales, no debe soslayar la jurisprudencia de la Corte IDH. Para promover ese lenguaje común entre naciones americanas en torno a los derechos humanos, se precisa de un auténtico diálogo jurisprudencial, hacia la conformación de un *derecho constitucional común interamericano*, como paradigma del control de convencionalidad.



CAPÍTULO V

Interpretación de los derechos fundamentales por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

Tratándose de la interpretación de los derechos fundamentales, es sumamente importante tomar en cuenta las sentencias que la Corte de Constitucionalidad ha emitido para interpretar los derechos fundamentales.

La Constitución Política de la República de 1985 incluyó tres artículos fundamentales para la aplicación de los derechos humanos: el artículo 44 sobre la preeminencia de los derechos humanos, el artículo 46 sobre la incorporación vinculante al orden nacional de las reglas y principios del derecho internacional en general y el derecho internacional de los derechos humanos, y el artículo 149 relacionado a las normas del *ius cogens*¹⁸⁷ que son plenamente vinculantes en Guatemala.

No está demás mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala agrupa los derechos humanos en el Título II y claramente se distingue en el Capítulo I, los derechos individuales los que de acuerdo con tratados y convenios internacionales se divide en civiles y políticos, en el capítulo II, establece los derechos denominados derechos sociales que en materia de derechos humanos son conocidos como derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁸⁷ Relacionado con el artículo 53, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Guatemala ratificó esta Convención a través del Decreto 55-96 del Congreso de la República, 26 de junio de 1996.



En este capítulo se cita jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad relacionada a la interpretación de los derechos fundamentales, tomando como ejemplo algunos derechos fundamentales que han sido vulnerados y restablecidos a través de las sentencias citadas.

5.1. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en relación con la interpretación de los derechos fundamentales

5.1.1. Derecho a la libertad e igualdad

La Constitución Política en el artículo 4º. Establece que:

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad, Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Este derecho ha sido mal interpretado en la sociedad en el sentido de homogenizar a la sociedad guatemalteca sin atender las diferencias culturales y lingüísticas que existen en el país.

Para ejemplificar se cita el expediente 885-2003, en el cual se describe el siguiente hecho: el interponente en compañía de amigos se dirigió a un restaurante abierto al público, situado en el departamento de Quetzaltenango. Sin embargo, el personal de seguridad del establecimiento le impidió el acceso argumentando que



tenía el cabello largo, a lo que él respondió que ello era una distinción y caracterización de su identidad Maya. El tribunal de amparo en primera instancia lo denegó argumentando falta de definitividad, es decir, que el interponerte no agoto los recursos administrativos y judiciales que hubieran podido reparar el agravio.

El interponerte acudió a la Corte y este le concedió amparo argumentado que era absolutamente innegable que los asuntos que conciernen a la protección de la dignidad de las personas, tiene carácter fundamental y prioritario, y que es condenable todo acto de discriminación racial que viole los derechos humanos, todo ello con el objeto de promover la comprensión y tolerancia en los habitantes de la República, bajo el insoslayable principio de igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos.

La Corte también resolvió que, si bien los establecimientos abiertos al público tienen derecho a reservarse el derecho de admisión, este no debe basarse en ningún tipo de discriminación como había sucedido en el caso denunciado.

Para la ejecución del fallo la Corte condenó al empleado a eliminar de inmediato toda regla que tienda a la discriminación, bajo apercibimiento que, en caso de incumplimiento, se le impondrá una multa de cuatro mil quetzales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudiere incurrir.

Para mejor comprensión del derecho a la igualdad, la Corte ha resuelto que: [...] el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4o. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de



la misma forma; pero para que este rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.

Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución acoge [...].¹⁸⁸

Aplicar el derecho a la igualdad implica reconocer que Guatemala es diversa y culturalmente diferente donde coexisten los pueblos indígenas Maya, Garífuna, Xinka y el pueblo mestizo, eso implica que hay que garantizar el acceso a los derechos fundamentales atendiendo las diferencias culturales que existen en el país, por ejemplo, para garantizar el derecho a la educación debe promoverse el acceso a la educación bilingüe en los departamentos con mayoría indígena.

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia se deben adaptar los servicios que brindan las instituciones atendiendo las diferencias culturales en ese sentido el Estado tiene la obligación de brindar el servicio de intérpretes de idiomas indígenas a aquellas personas que no hablan el español, para garantizar el acceso

¹⁸⁸ Gaceta núm. 24, expediente 141-92, sentencia: 16-06-92, p. 14.



en condiciones de igualdad atendiendo a diversidad de idiomas utilizados en el país. Por lo tanto, la igualdad no es dar lo mismo a cada uno si no dar lo que es justo y equitativo a cada uno, según su condición particular.

5.1.2. Derecho a la libre emisión del pensamiento

El artículo 35 de la Constitución, en relación con este derecho establece: “Es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeron ofendidos tiene derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones. No constituyen delito ni falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

Los funcionarios o empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecte se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación.



La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y estos en ningún caso podrán ser expropiados. Por faltas o delitos en la emisión del pensamiento no podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo, maquinaria y enseres de los medios de comunicación social.

Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho.

La autorización, limitación o cancelación de las concesiones otorgadas por el Estado a las personas, no pueden utilizarse como elementos de presión o coacción para limitar el ejercicio de la libre emisión del pensamiento.

Un jurado conocerá privativamente de los delitos o faltas a que se refiere este artículo.

Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento.

Los propietarios de los medios de comunicación social, deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida”.

Los seres humanos aprenden a desenvolverse en una sociedad de acuerdo con lo que aprenden en diferentes ámbitos, como el ámbito familiar, el ámbito laboral y el ámbito educativo entre otros. En el ámbito educativo, influye en el aprendizaje, el contenido de los libros de textos utilizados y aprobados por el



Ministerio de Educación, y en algunos de ellos se identificó estereotipos que generan discriminación hacia la mujer por motivo de Género (sexo), por lo que algunas organizaciones que promueven los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad realizaron una acción puntual para erradicar aquellos prejuicios o estereotipos machistas que generan diferencias discriminatorias en el ámbito educativo de esa cuenta en el año 1990 el Ministerio de Educación emitió el Acuerdo número 1095, a través del cual creó una “Comisión presidida por el Consejo Técnico del Ministerio de Educación”, que trabajaría en coordinación con la Oficina Nacional de Mujer –ONAM-. Según el texto del referido Acuerdo, la Comisión, el Consejo Técnico del Ministerio y la ONAM debían: revisar los libros de texto, nacionales y extranjeros, previo a ser editados o en su caso a ser utilizados en el sistema educativo guatemalteco.

El objeto de la revisión era: coadyuvar a eliminar la discriminación contra la mujer; eliminar la inclusión en los programas educativos estereotipos prejuiciados y sexistas que discriminaran a la mujer; velar porque se dignificara y valorizara el papel de la mujer y el hombre, dando pautas de comportamiento no sexista de acuerdo con el contenido de los libros a revisar; seleccionar y premiar el libro de texto que se hubiera distinguido por su contribución a la interpretación no sexista de la historia y/o sociedad; que se cumplieran los preceptos legales que establecen la no discriminación de la mujer.



Ante la conformación de esta comisión una asociación de padres de establecimientos educativos denunció que Acuerdo era inconstitucional, porque otorgaba al Ministerio de Educación, la:

Potestad de calificar los libros de texto nacionales y extranjeros, previamente a ser utilizados o editados en el sistema educativo guatemalteco, lo que impedía a los educadores escoger los textos que consideraran pertinentes y adecuados para cumplir con el propósito de la educación de la mejor forma posible de conformidad con su criterio.

La Corte de Constitucionalidad, en sentencia de 26 de septiembre de 1991 (expedientes acumulados 303-90 y 330-90), acogió la denuncia y declaró la inconstitucionalidad del Acuerdo 1095. Los fundamentos básicamente fueron: sostuvo que la Comisión era de “censura”, porque otorgaba a aquella una facultad de censura como “conditio sine qua non” para que los libros de texto fueran editados o utilizados en el sistema educativo nacional. Al establecerse que la comisión nombrada debía hacer los estudios para incluir dentro de los programas educativos reformas curriculares de los libros de texto y material didáctico, y dentro de estos se incluyera la revisión de los estereotipos prejuiciados y sexistas a efecto de eliminar todas las formas de discriminación en contra de la mujer, otorgaban a la comisión una facultad de acción para eliminar partes en los libros de texto, lo cual violaba el artículo 35 sobre el derecho a la libre emisión del pensamiento y al derecho a estar informado, y el artículo 71 sobre la libertad de enseñanza y de criterio docente.



La comisión no se formó para hacer recomendaciones en relación con sus objetivos, sino la finalidad era la revisión sobre los libros de texto, previo a ser editados y utilizados en el sistema educativo guatemalteco, estableciéndose así un límite a las libertades constitucionales mencionadas. La Corte estimó que, si la igualdad y la no discriminación son principios garantizados por la Constitución, esta es una norma imperativa que debe regir en todo el país, y la violación a dichos principios debe ser examinada en relación con situaciones jurídicas planteadas en casos concretos. En este caso, Acuerdo número 1095, llevaba implícito, la violación de derechos constitucionales que debían ser respetados como el relacionado con la libertad de la emisión del pensamiento de los autores nacionales y extranjeros que señala que “es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa, derecho constitucional que no puede ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna”. Desde el punto de vista de la libertad de cátedra y de los integrantes de la educación. La misma norma constitucional garantiza el libre acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho; el artículo 71 Constitucional garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente. Con tales consideraciones, aquel texto con intenciones de educar y propiciar un modo de vida en el que no se concibieran las diferencias como elementos de discriminación quedó fuera del ordenamiento jurídico. También se advierte de lo expresado por la Corte de Constitucionalidad, que los objetivos (por loables que sean) no podían establecerse otros derechos vulnerados.



En este caso, la Corte no tomo en cuenta otras funciones de la Comisión creada declarando la inconstitucionalidad de toda la norma, dejando la posibilidad de que la discriminación que pudiera darse contra la mujer sea analizada en casos concretos.

5.1.3. Derecho a la propiedad

La Constitución Política de la República garantiza el derecho a la propiedad privada, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución:

Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

A manera de ejemplar la interpretación de la Corte de Constitucionalidad en relación con el derecho de Propiedad se aborda un caso relacionado a derechos comunales de propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras.

De acuerdo con el expediente número 1101-2010, de fecha cuatro de mayo de dos mil once espone los siguientes hechos. Ancestralmente el pueblo de Chichicastenango, Quiché, ha sido legítimo dueño legal del terreno llamado Tanque Público, el 14 de diciembre de 1905, se registró tal derecho en el Segundo Registro



de la Propiedad de Quetzaltenango, quedando en la Primera Inscripción de Dominio a favor de la Municipalidad Indígena de Santo Tomás Chichicastenango, Quiché, registrado como Finca 4093, Folio 281, Libro 23 departamento de Quiché.

En febrero de 1973, la Municipalidad Oficial y la Empresa Guatel, celebran donación pura y simple de derecho de posesión, aduciendo que el terreno no tenía inscripción registral. En diciembre de 1975, habiendo sido imposible titular supletoriamente el inmueble, la Municipalidad Oficial y la empresa Guatel, cambian de donación pura y simple a contrato de Compraventa por 4 mil quetzales, pretendiendo confundir y simular que la Municipalidad Oficial es la misma que la Municipalidad Indígena de Santo Tomás Chichicastenango, desconociendo las formas de organización social de los pueblos indígenas, ya que ambas entidades son diferentes, La Municipalidad Oficial responde la estructura del Gobierno Municipal de acuerdo con el Código Municipal (actualmente decreto 12-2002 del Congreso de la República) y la Municipalidad Indígena, responde las formas de organización social propia de pueblos indígenas de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución Política de la República y el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Después de varios intentos de despojo, inscriben la Segunda Inscripción de Dominio sobre la finca propiedad de la Municipalidad Indígena de Chichicastenango. En agosto de 1997, la empresa Guatel y Telgua S.A, celebran contrato de aportación con inclusión de derechos imperfectos, con precio de



ochocientos cuarenta y un mil, seiscientos setenta y un quetzales y en 1998 logran fraudulentamente inscribir tercera Inscripción de dominio a nombre de Telgua.

En marzo de 2010, la Municipalidad indígena, gana una Acción Constitucional de Amparo que interpuso contra los mencionados actos anómalos y la sentencia de la Corte de Constitucionalidad reconoce: a) A los Pueblos y Autoridades Indígenas como sujetos de derecho, b) la existencia milenaria de las Autoridades Indígenas, quienes coadyuvan a la resolución de conflictos comunitarios y dimanan la costumbre ancestral de los pueblos indígenas. c) Derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, citando en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos el caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, considerando la “[...] estrecha relación que los indígenas mantiene con la tierra de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y preservación y transmisión a las generaciones futuras”, lo anterior concatenado al artículo 13 del Convenio 169 y, d) que se usaron mecanismos fraudulentos para inscribir la segunda y tercera inscripción de dominio sobre la misma finca, y estas quedan suspendidas. (incluí la comilla donde inicia la cita)

En este caso, la Corte da un paso más al reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas lo que denota una clara aplicación del principio propersona, citado ampliamente en el capítulo anterior.

5.1.4. Derechos de las mujeres

El rol social o familiar asignado a hombres y mujeres ha generado desigualdad en diferentes ámbitos, lo que no ha permitido que las mujeres gocen de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. En este apartado, se presenta una síntesis que casos relacionados a promover la igualdad entre hombres y mujeres a partir de la eliminación de estas desigualdades en el marco normativo guatemalteco que ha generado discriminación hacia la mujer.

5.1.4.1. Discriminación en ámbito civil-familia

Una de las normas de nuestro ordenamiento legal que ha tenido cuestionamientos muy particulares por contener normas discriminatorias hacia la mujer es el Código Civil (Decreto Ley Número 106), tal como se planteó en el expediente 84-92, en fallo de fecha 24 de junio de 1996, aparece el planteamiento de inconstitucionalidad contra varios artículos.

Artículo 81, este regula que, “la mayoría de edad determina la libre aptitud para contraer matrimonio, sin embargo, pueden contraerlo el varón mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce”. Se denunció en inconstitucionalidad general que la norma hace una diferenciación entre sexos por razón de edad, contraponiéndose con el principio de igualdad. La corte no aceptó el planteamiento formulado, habiendo declarado sin lugar la inconstitucionalidad argumentando que no eran discriminatorias hacia la mujer, sino que simplemente le atribuían un rol en el hogar que era el mismo que el conglomerado social le asignaba a la mujer para



funcionar dentro del matrimonio. Sin embargo, este artículo fue modificado a través del decreto 8-2015, del Congreso de la República, de fecha 18 de noviembre de 2015. Este decreto modifica los artículos 81, 82, 83, 84 y 177 del código Civil. Relacionados respectivamente a elevar la edad para contraer matrimonio, la excepción de edad para contraer matrimonio, la prohibición para contraer matrimonio de menores de 16 años, la autorización judicial en relación con matrimonio y prohibición de declarar la unión de hecho de menores de edad.

Continuando con el contenido del expediente 84-92, se plantearon inconstitucionalidad de los siguientes artículos: artículo 89. Preceptúa, entre los casos en que no puede ser autorizado el matrimonio, el inciso 3o.:

De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución del anterior matrimonio, o de la unión de hecho o desde que se declare nulo el matrimonio a menos que haya habido parto dentro de ese término, o que uno de los cónyuges haya estado materialmente separado del otro o ausente por el término indicado. Si la nulidad del matrimonio hubiere sido declarada por impotencia del marido, la mujer podrá contraer nuevo matrimonio sin esperar término alguno [...].

Se denunció que la norma es discriminatoria contra la mujer puesto que pretende proteger la filiación del hijo por nacer, pero se opone a los principios de libertad e igualdad.



Artículo 110. Indica que “el marido debe protección y asistencia a su mujer y está obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar de acuerdo con sus posibilidades económicas”. Se denunció que es una disposición que tiende a situar a la mujer como el sexo débil a quien el hombre debe proteger, relegándola únicamente al desempeño de las tareas domésticas, por lo que es obsoleta y discriminatoria al restringirle su derecho a la igualdad, porque plasma la división de trabajos.

Artículo 113. La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio “cuando ello no perjudique el interés y cuidado de los hijos ni las demás atenciones del hogar”. Se denunció que con ello se supedita a la mujer a una condición que no es igual para el hombre en quien descansa todo el desarrollo económico y social, mientras que a la mujer se le limitan tales oportunidades, ubicándola en las labores del hogar.

Artículo 114.- Faculta al marido para oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre lo necesario para el sostenimiento de este y su oposición tenga motivos suficientemente justificados, y en su caso, el juez resolverá de plano lo que sea procedente. Se denunció que es una norma absolutamente discriminatoria contra la mujer.

Artículo 115.- Confiere la representación conyugal al marido al igual que el artículo 109. Se denunció que solo permitirle ejercer tal representación cuando el marido falta, es discriminatoria contra los derechos de la mujer.



Artículo 131.- “El marido es el administrador del patrimonio conyugal [...]”, Se denunció que encierra una clara discriminación contra la mujer, al excluirla de la administración del patrimonio conyugal lo que contraviene y viola el principio de igualdad.

Artículo 317.- Excluye de la tutela y la protutela a las mujeres. Se denunció que, al contener una discriminación por razón de sexo, conculca a la mujer su derecho de igualdad regulado en los artículos 4o. y 47 de la Constitución Política de la República.

De los artículos mencionados en los párrafos anteriores la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 24 de junio de 1993 desestimó la acción declarando sin lugar la acción de inconstitucionalidad, sobre la base que las disposiciones impugnadas no discriminaban a la mujer, sino simplemente, la atribuían un rol en el hogar que era el mismo que en el conglomerado social le asignaba a la mujer para funcionar dentro del matrimonio.

En febrero de 1995, la interponente realiza una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸⁹ en la cual se alegaba que varias

3. Comisión Interamericana de Derechos humanos, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala 6 de marzo de 19989.



disposiciones del Código Civil (en adelante el “Código Civil”) de la República de Guatemala, que establecen el régimen jurídico por el cual se define el papel de cada cónyuge dentro del matrimonio, da lugar a distinciones entre hombres y mujeres, que son discriminatorias y contravienen los artículos 1.1, 2, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La comisión acogió el planteamiento y Recomendó al Estado de Guatemala hacer la modificación correspondiente. El Congreso en este caso aceptó modificar muchas disposiciones del Código Civil en el sentido recomendado por la Comisión, emitiendo para ello las normas pertinentes. Sin embargo, algunas de las normas que se estimaban discriminatorias hacia la mujer mantuvieron su vigencia, por lo que posteriormente se promovió una nueva acción contra algunos de los artículos del Código Civil. Esta nueva acción originó el expediente 541-2006 donde se profirió sentencia el 29 de noviembre de 2007. En esta ocasión, se impugnaron los artículos 81, 89 incisos 2) y 3), 169 segundo párrafo; 216, 226 inciso 1), 229 incisos 1), 2), 3), 4) y 5), y 317 del Código Civil.

En cuanto a la impugnación relacionada con el artículo 81 y 89, incisos 2) y 3) del Código Civil, se reiteraron los criterios expuestos en la sentencia anterior, desestimando la pretensión de inconstitucionalidad, precisándose en cuanto al inciso 2) del artículo 89 que se contempla una limitación no absoluta, pues se establecía la excepción, en el caso de poderse autorizar el matrimonio civil si la mujer hubiere concebido, por lo que se estimó que “lejos de generar una limitación discriminatoria, coadyuvaba a hacer positivos los preceptos contenidos en los



artículos 47 y 52 de la Constitución Política de la República de Guatemala”. En cuanto al resto de argumentaciones, se reiteraron las apreciaciones vertidas en la sentencia anterior y se desestimaron las pretensiones.

Es importante mencionar, que, con posterioridad a esta sentencia, fue promovida una nueva acción, en este caso específicamente contra el inciso 3) del artículo 89 del Código Civil, por parte de la Procuradora Adjunta de Derechos Humanos, María Eugenia Morales Aceña de Sierra, lo que originó la formación del expediente 794-2010 de la Corte de Constitucionalidad, en el cual se suspendió provisionalmente la vigencia de la norma citada.

Al analizar las acciones que se plantearon desde 1992, ha sido un largo trabajo constante y un largo recorrido de la interponente para lograr las modificaciones que garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, ya que después de obtener fallos negativos acudió ante la Comisión Interamericana logrando que esta realizará recomendaciones al Estado de Guatemala y como Procuradora Adjunta su lucha a favor de las mujeres no cesó y presentó acción de inconstitucionalidad en el año 2010 para lograr modificar el Código Civil.

5.1.4.2 Discriminación en el ámbito penal

Según el expediente número 936-95, cuyo fallo fue emitido el 7 de marzo de 1996, en materia penal también se identificaron en la normativa legal, preceptos notoriamente discriminatorios para la mujer. El primer caso, en lo que a tipificación



delictiva se refiere. Las normas reguladoras de delitos, establecían penas y agravantes distintas a una misma conducta antijurídica, diferenciación que se hacía en relación directa con el género (sexo) del infractor. Por lo que se interpuso acción de inconstitucionalidad general total de los artículos 232 al 135 del Código Penal, Decreto 17-73 del congreso de la República que se referían al delito de Adulterio y Concubinato.

Los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal tipificaban de forma distinta un mismo hecho (la infidelidad), en tanto se es hombre o mujer, lo cual, se denunció, violaba los artículos 4o., 44, 46 y 47 de la Constitución. Además, se regulaban circunstancias agravantes de la pena solo para la mujer y se establecía de forma distinta la acción y el perdón.

El artículo 235 del Código Penal que tipificaba el delito del concubinato para los hombres casados, sin contemplar agravantes, imponía pena menor que la establecida para el delito de adulterio, y requería que el marido tuviera a la concubina en el hogar conyugal, lo que se denunció violatorio al principio de igualdad, porque dicha circunstancia constituía una agravante para el caso del adulterio en el que el sujeto activo fuera una mujer.

El artículo 232. Comete el delito de adulterio, la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada; y que, si el hecho se practicare reiteradamente en el hogar conyugal, con publicidad o con escándalo, la pena se agravará en una tercera parte y que será sancionado con



prisión de seis meses a dos años. Se estimó el trato en forma discriminatoria a la mujer casada por su sexo, pues la comisión de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias si los cometía el varón casado no tipificaban delito de adulterio, teniendo el sexo una relación directa e inequívoca con el delito; la conducta infiel de la mujer casada es la que configuraba el adulterio no así la conducta igual cometida por el hombre casado. Esta figura delictiva que sanciona solo la infidelidad conyugal de la mujer, da un trato desigual a idénticos actos, por lo que se consideró el artículo discriminatorio.

El artículo 235. Inclui comilla “El marido que tuviere concubina dentro de la casa conyugal será sancionado con prisión de cuatro meses a un año. La concubina será sancionada con multa de cincuenta a quinientos quetzales”. Se concluyó que tal norma era discriminatoria respecto de la mujer. La Corte afirmó que la conservación de los artículos impugnados no solo haría equivoco el mandato constitucional de erradicar la desigualdad, al quedar virtualmente vacíos de contenido y sin cumplimiento los convenios internacionales ratificados por Guatemala en esta materia, según el artículo 46 de la Constitución, razón por la que fueron declarados inconstitucionales los artículos 232, 233, 234 y 235 del Código Penal, por las razones consideradas. Además, la interponentes indicaron que los artículos impugnados no respetaban el principio de preeminencia de los convenios sobre derechos humanos y daban cumplimiento a los derechos establecido en el Convenio sobre Eliminación de Todas la Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



La Corte argumentó que, al confrontar la garantía de igualdad constitucional con los preceptos impugnados, se concluía que trataban en forma discriminatoria la mujer, por su sexo. Que la concurrencia de los mismos hechos en iguales condiciones o circunstancias, si los cometía el hombre casado, no tipificaba el delito de adulterio, teniendo el sexo una relación directa e inequívoca con el delito, desde el momento que la conducta infiel de la mujer casada era la que configuraba el adulterio, no así la misma conducta cometida por el hombre casado.

En este fallo la Corte pone de Manifiesto la importancia de hacer prevalecer en forma efectiva el principio de igualdad entre hombres y mujeres, circunstancia que evidencia un importante avance en la aplicación de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.





CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales han sufrido una evolución constante a partir de su concepción, al extremo de convertirse en una parte importante de la filosofía del derecho contemporáneo y de la filosofía del derecho constitucional en particular.

Para determinar el contenido de los derechos fundamentales, es necesario realizar su interpretación tomando en cuenta su extensión, sus límites, sus titulares, los sujetos obligados a su respeto y garantía, las circunstancias que condicionan su aplicación, la legitimación o prerrogativa que sus titulares poseen para ejercerlos, y la armonización o complementariedad con otros derechos para evitar la superposición.

En cuanto a los límites de los derechos fundamentales, estos pueden ser tanto internos como externos. Los primeros, se infieren del sentido y contenido de cada derecho, tomando en cuenta para ello, el principio de interdependencia y los segundos, los derechos de las demás personas y los que constitucionalmente o convencionalmente sean señalados en los instrumentos respectivos.

Los elementos que delimitan los contenidos de los derechos fundamentales, así como los que establecen sus límites, tanto internos como externos, deben tomarse en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales que indudablemente, poseen algunas particularidades interpretativas que se extraen de su condición de fundamentales y de las implicaciones que para el respeto a las libertades y garantías son necesarios para establecer, tanto su fundamentalidad como su supremacía



normativa lo que conduce directamente a su preferencia interpretativa. Dichos límites, por supuesto, están sujetos a recaudos extraordinarios en aras de la protección de tales derechos, tanto por su consideración de fundamentales como por su ubicación en la parte más alta del ordenamiento jurídico, es decir, de su superioridad normativa y de su preferencia interpretativa.

En cuanto a la referencia investigativa respecto de la hipótesis formulada en el diseño de investigación, puede afirmarse que se confirma su veracidad, durante la investigación pudo comprobarse los extremos que sirvieron de ruta crítica para el desarrollo de esta. Considerando la posesión preferente, los derechos fundamentales, se establece que son el fundamento de otros derechos, ya que su jerarquía, generalmente, ubicada en la cúspide de la pirámide normativa, son fundamentadas por varias las teorías que compiten en el ámbito doctrinario por atribuirles su naturaleza jurídica y sus elementos primordiales o esenciales para delimitar su contenido, extensión y límites.



REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Bartole, S. (1980). *En margen a los derechos en serio de Dworkin*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Bloch, E. (1978). *El principio de esperanza*. Madrid: Aguilar.
- Bockenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Colombia: Nomos.
- Botero, C., Jaramillo, J., y Uprimny, R. (2011). La jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada. *Libertad de Expresión: Debates, Alcances y Nueva Agenda*. Quito, Ecuador.
- Carbonell, M., y Salazar, P. (2011). *La reforma constitucional de los derechos humanos: un nuevo paradigma*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Carpio, E. (2002). *El derecho a un proceso que dure un plazo razonable en el anteproyecto de Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Carpio, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Carpio, E. (2005). *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: Ferrer, E. *Interpretación constitucional*. (Tomo II). México: Porrúa.
- Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia radilla pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México.



- Cortina, A. (1988). La moral como forma deficiente de derecho. *Revista Doxa*,(5), .
Recuperado de enlace <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-la-moral-como-forma-deficiente-del-derecho>. Páginas 69 al 85.
- Cruz, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 00(25), 00. Recuperado de enlace <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79388>. Año No.9, No.25: páginas 35 al 62)
- Díez-Picazo, L. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*. España: Aranzadi.
- Drowkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. España: Ariel.
- Ducci, C. (2010). *Derecho civil. Parte general*. (4.a ed.). Santiago: Jurídica de Chile.
- Düring, G. (1963). *Teoría de los derechos fundamentales e interpretación de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Ely, J. (2007). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Fernández, E. (1984). *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate.
- Fix-Zamudio, H., y Valencia, V. (2005). *Derecho constitucional mexicano comparado*. México: Porrúa.
- Flores, A. (2013). *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el estado constitucional*. México: Tirant lo Blanch.
- Flores, A. (2015). *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Forsthoff, E. (1958). *Vínculo entre ley y derecho*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.



- Geiger, W. (1965). *La transformación de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Giraldo, M. (2016). *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.
- Guzmán, M. (2017). *Los derechos humanos y su interpretación, un acercamiento*. Comisión Estatal de Derecho Humanos. Jalisco, México.
- Haberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hesse, K. (2011). *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Higuera, D. (2015). *Interpretación como concreción de los derechos fundamentales*. Colombia: The way of the lawyer.
- Kant, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Revista Doxa*, 00(4), 00. Recuperado de enlace <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01>. Páginas 23 al 46.
- Locke, J. (1960). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Aguilar.
- Lucas J., y Añón, M. (1990). *Necesidades, razones, derechos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Lucas, J. (1992). *Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos morales*. Madrid: Tecnos.



Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana.

Massini, C. (1985). *Prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Muguerza, J. (1989). La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos. En: Peces-Barba, G. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate.

Nash, C. (2009). *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México: Porrúa.

Nash, C. (2010). *La concepción de los derechos fundamentales en América Latina. Tendencias jurisprudenciales*. México: Fontamara.

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

Nash, C., y Davis, V. (2010). Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Red Interamericana de Formación de Gobernabilidad y Derechos Humanos. *Derechos humanos y juicio justo*. Colegio de las Américas COLAM. Organización Interamericana Universitaria. Lima.

Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.

Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Ossenbuhl, F. (1965). *Problemas y formas de interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.



Parejo, L. (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional del 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 00(3), 01. Recuperado de enlace <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249648> (00: volumen; 01: páginas 169 al 190).

Peces-Barba, G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III. Madrid.

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid.

Peces-Barba, G. (2003). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Pérez, A. (2001). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.

Pérez, P. (2005). La interpretación de los derechos fundamentales. En: Ferrer MacGregor, Eduardo. *Interpretación constitucional*. (Tomo II). México: Porrúa.

Pinto, M. (2004). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Abregú, M., y Courtis, C. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Pozzolo, Susanna. 2011. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima Perú: Palestra Editores.

Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

Prieto, L. (2000). Derechos fundamentales. En: Garzón, E., y Laporta, F. (Coordinadores). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.



- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. España: Trotta.
- Rawls, J. (1978). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española, Cumbre Iberoamericana Judicial y Asociación de Academias de la Lengua Española. (s.f.). Contenido esencial de los derechos humanos. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dej.rae.es/lema/contenido-esencial-de-los-derechos-fundamentales>
- Rodríguez, G. (2009). Deberes de los estados y derechos protegidos. (Capítulo IV). *Suspensión de garantías, interpretación y aplicación*. [En prensa]. México.
- Sagües, N. (2006). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. *En: La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Silva, F., y Gómez, J. (2015). Principio pro homine vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo? *En: Carbonell, M., Fix H., González, L., Ríos, V. Estado constitucional y derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Sociedad Francesa de Filosofía. (1953). *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*. Buenos Aires.
- Starck, C. (2011). Consenso fundamental nacional y tribunales constitucionales (una concepción jurídica comparada). *En: jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Tavolari, R. (Julio de 2003). Informe en derecho: la garantía del debido proceso como causal de nulidad a invocar por el ministerio público. *En: Boletín del Ministerio*



Público (15). Santiago, Chile. Recuperado de enlace

http://dspace.usalca.cl/bitstream/1950/294/1/Boletin%20_18.pdf

Truyol y Serra, A. (1982). *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

Vernengo, R. (1977). La interpretación jurídica. *Estudios Doctrinales*, (19). Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Vico, G. (2006). *Ciencia nueva*. España: Tecnos.

Villaverde, I. (2004). Los límites a los derechos fundamentales. En: Villaverde, I. *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Vodanovic, A. (1998). *Manual de derecho civil. Parte general y preliminar*. (Tomo I). Santiago, Chile: Jurídica de Chile.

Von Oertzen, P. (1974). *La función social del positivismo constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Weinkauff, H. (1972). *La idea de ley natural en la jurisdicción del tribunal federal*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Willke, H. (1975). *Situación y crítica de la nueva teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

JURISPRUDENCIA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 10/31, 1991.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 11/96. Caso 11.230, 3 de mayo 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 39/99, 1999.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-284/06.



Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 1101-2010, 4 de mayo de 2011.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 541-2006, 29 de noviembre de 2007

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 794-2010, 17 de marzo de 2010.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 84-92, 24 de junio de 2006.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 885-2003, 27 de octubre de 2003.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente número 936-95, 7 de marzo de 1996.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expedientes acumulados números 303-90 y 330-90, 26 de septiembre de 1991.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia, 31 de agosto de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica. Comunicado, 16 de noviembre de 1981.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia, 14 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia, 22 de enero de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia, 16 de septiembre de 2006.



Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia, 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia, 6 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La última tentación de Cristo vs. Chile. Sentencia, 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia, 15 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia, 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/89 del 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia, 25 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 14 de julio de 1981a.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 29 de enero de 1982c.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 8 de abril de 1981b.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 15 de octubre de 1982d.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 20 de diciembre de 1982e.



Suprema Corte de Justicia de la Nación -México-. Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Libro V, Tomo I, abril de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación -México-. *Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas.* Libro V. Tomo I, febrero de 2012

Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Libro 4. Tomo II, marzo de 2014.