

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LATINOAMÉRICA

*Humberto Nogueira Alcalá**

SUMARIO: 1. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales. 2. Los derechos fundamentales como emanación de la dignidad humana. 2.1. Los derechos fundamentales como expresión genérica que incluye tanto los derechos constitucionales como los derechos humanos. 3. El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. 3.1. Los derechos fundamentales asegurados por el derecho internacional convencional de derechos humanos válidamente incorporado al derecho interno. 4. La Constitución como fuente de los derechos fundamentales y sus limitaciones. 5. La configuración constitucional de las limitaciones de los derechos. 5.1. Las teorías sobre la ubicación de los límites de los derechos. 5.1.1. Teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos. 5.1.2. La teoría de los límites externos de los derechos. 5.2. Fuentes jurídicas de los límites de los derechos fundamentales. 5.2.1. La consideración de eventuales límites generales a los derechos. 5.2.2. Los atributos y garantías de derechos asegurados por el derecho convencional internacional y los principios de *ius cogens*. 5.2.3. El bien común como límite general de los derechos. 5.3. Los límites específicos explícitos e implícitos. 5.3.1. Los límites explícitos. 5.3.2. Los límites implícitos. 6. La regulación de los derechos fundamentales. 7. *Las garantías normativas constitucionales de los derechos*. 7.1. La garantía normativa de reserva de ley. 7.2. La garantía normativa del respeto al contenido esencial de los derechos. 8. Garantías de interpretación. 8.1. Principio *pro homine* o favor persona. 8.1.1. El principio *pro homine* o favor persona como principio de preferencia interpretativa. 8.1.2. El principio *pro homine* o favor persona como preferencia de aplicación de la norma más protectora o favorable a los derechos de las personas. 8.1.3. El aseguramiento de la aplicación jurídica de la interpretación favor persona o *pro homine* mediante su incorporación en las constituciones latinoamericanas. 8.1.4. Algunos ejemplos de jurisprudencia

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.



de Cortes Constitucionales o Supremas en materia de principio *pro homine* o favor persona. 8.2. Principio *pro debilis*. 8.3. El principio *pro homine* o favor persona y la ponderación tienen un contenido propio y autónomo uno de la otra, también tienen una íntima relación. 9. Consideraciones finales.

1. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional está presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales.¹

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza

¹ Esta posición es extendida en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la *Constitución de Brasil* de 1988, en su artículo 1º señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos... "La dignidad de la persona humana"; la *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 1º, prescribe "Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general"; la *Constitución Chilena*, en su artículo 1º determina: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; la *Constitución de Panamá*, en su preámbulo, precisa que esta se decreta "Con el fin supremo de ... exaltar la dignidad humana"; la *Constitución Peruana* de 1993, en su artículo 1º, señala: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado"; la *Constitución de Honduras* de 1982, en su artículo 5º, precisa: "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla"; la *Constitución de Guatemala* de 1985 establece en su artículo 1º "Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común"; la *Constitución de República Dominicana* de enero de 2010, en su artículo 5º determina: "Fundamento de la Constitución. La Constitución se fundamenta en el respeto a la dignidad humana y en la indisoluble unidad de la Nación, patria común de todos los dominicanos y dominicanas". El artículo 38 del mismo texto complementa lo señalado explicitando: "Dignidad humana. El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos".

humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos.²

El artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad.

A su vez, la concreción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas se concreta con carácter jurídico vinculante a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en cuyo preámbulo se afirma que:

"El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres".

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Ingo Wolfgang Sarlet sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida.³

Häberle señala que la dignidad de la persona humana consiste en el "valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana".⁴

² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 25.

³ SARLET, INGO WOLFGANG, 2009. "Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988". Séptima edição revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria Do Advogado, p. 67. Traducción libre del autor.

⁴ HÄBERLE, PETER, 2005, "A dignidade humana como fundamento da comunidade

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

La dignidad humana se vincula y relaciona con la soberanía estatal en la medida que le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, especialmente localizada y temporalmente desarrollada, públicamente vivida y abierta al futuro.

La dignidad humana, se expresa también como derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, dando lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política, que se explicita como derechos políticos y ciudadanía activa.

La dignidad humana es, asimismo, compartida como concepción antropológica filosófica y moral del humanismo cristiano y del humanismo laico, desde las concepciones conservadoras y liberales a los socialismos democráticos.

La dignidad de la persona es la fuente y fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho. Ello no nos impide señalar que el concepto dignidad humana tiene contornos

estatal", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.), *Dimensões da Dignidade*, Ed. Livraria Do Advogado, Porto Alegre, p. 104.

imprecisos y es de naturaleza polisémica,⁵ en permanente proceso de desarrollo, el que requiere de una constante concretización y delimitación.

La dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada y de toda persona, ya que convivimos y coexistimos en sociedad, en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad.⁶

La dignidad de la persona humana tiene, asimismo, una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado. Incluso esta segunda dimensión puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso la sociedad y el Estado deben brindarle protección (personas deficientes mentales, personas gravemente enfermas, *nasciturus*). Donde hay vida y ser humano estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, no siendo decisiva la existencia de conciencia de tal dignidad por el sujeto, bastando las cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano.

Como tarea, constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por parte de los órganos estatales para la protección de la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas o prestacionales como asimismo a través de actividades promocionales que implican particularmente la remoción de obstáculos que impiden el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el más pleno goce y ejercicio de dicha dignidad, a través de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

⁵ DELPERÉE, FRANCIS, 1999, "O Derecho a dignidade humana", en Barros, S. R., Zilveti, F. A. (coords), *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, Ed. Dialética, Sao Paulo, p. 153.

⁶ ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., 1996. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, España, p. 19.



2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EMANACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

En muchos países latinoamericanos puede sostenerse que los derechos "no se constituyen" en la norma positiva sino que ellas solo los aseguran, los garantizan y los promueven, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica.⁷

Las constituciones explicitan un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales lo que da lugar a un *catálogo de derechos que no es taxativo y que se encuentra abierto*, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

La misma perspectiva encontramos en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos".

La denominación utilizada de *derechos "esenciales", humanos o fundamentales*, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico interno e internacional.

⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN, 1998, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna", en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ed. UNAM, México, p. 98.

El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo, dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano, en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Puede sostenerse que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Como señala Ferrajoli, "Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer".⁸

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa, concordamos con Ferrajoli que "La ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar",⁹ la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EXPRESIÓN GENÉRICA QUE INCLUYE TANTO LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO LOS DERECHOS HUMANOS

Por regla general en una perspectiva tradicional el concepto de derechos fundamentales se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica, sin considerar los derechos implícitos. A su vez, derechos humanos ha sido utilizado para identificar los derechos asegurados por fuentes del derecho internacional.

Consideramos que esta perspectiva ha tendido a superarse en la doctrina y en el derecho positivo, en la medida que los ordenamientos constitucionales latinoamericanos tradicionalmente han reconocido la existencia de derechos implícitos. Además, se ha ido desarrollando una perspectiva de confluencia de los derechos asegurados directamente en la Constitución con los derechos provenientes de fuente internacional y constitucionalizados por la propia Carta Fundamental.

⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías*, ob. cit., p. 65.

⁹ FERRAJOLI, LUIGI, ob. cit., p. 63.



La doctrina constitucional ha empezado a utilizar el concepto de derechos fundamentales abarcando los derechos asegurados en el texto constitucional como los asegurados por el derecho internacional.

Al efecto, Peter Häberle señalará que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”.¹⁰

A su vez, el profesor francés Louis Favoreu considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional”.¹¹

En este artículo utilizaremos el concepto de derechos fundamentales como derechos reconocidos y asegurados de manera judicial a nivel nacional o internacional y que vinculan a los estados y a las personas.

Los *derechos fundamentales* pueden ser conceptualizados así como *el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.*

La normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana permiten sostener que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos no pueden seguir siendo considerados en forma compartimentalizada,¹² sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de

¹⁰ HÄBERLE, PETER, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, p. 94.

¹¹ FAVOREU, LOUIS, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, RFDC N° 4, 1990, pp. 581 y ss., traducción nuestra.

¹² CANCADO TRINDADE, ANTONIO, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos”, en AA.VV., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Ed. UNAM, 1998, p. 109.

armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

Los atributos de los derechos fundamentales en el ámbito normativo están conformados por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos.

Como señala Bidart Campos: “La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser –ni debe ser– de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional”.¹³

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un “plus” al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

El intérprete constitucional debe entender que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. En la misma perspectiva debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de derechos humanos, especialmente, de aquel que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar ante la comunidad internacional.

Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la

¹³ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1994, pp. 30-31.



fuerza internacional que los aseguran, como asimismo, considerando la jurisprudencia de las Cortes supra o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico.

3. EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

Así, podemos sostener que, en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI, las constituciones latinoamericanas consagran un bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos *el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (derecho convencional, los principios de ius cogens y derecho consuetudinario), como asimismo por los derechos implícitos expresamente asegurados por las respectivas o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH.*¹⁴

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático latinoamericano así lo reconoce, como también la jurisprudencia de los tribunales y las jurisdicciones constitucionales.

La Corte Suprema argentina ha aceptado como derecho fundamental implícito o no enumerado del artículo 33 de la Constitución

¹⁴ Dicha disposición establece lo siguiente: "Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

nacional el derecho a un juez imparcial o, más estrictamente, derivado de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los arts. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).¹⁵

El *Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25º*, determina:

"La doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional", a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. "Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".

La *Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95*, determina:

"De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica".

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de 8 de agosto de 2006, Recurso causa N° 120/02. Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés, s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía D. 81. XLI. RHE; T. 329, p. 3034. En el mismo sentido sentencia de 17 de mayo de 2005, Recurso de hecho, Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221- L. 486, XXXVI, T. 328, p. 1491.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el expediente 248-98, reconoce como derecho fundamental implícito el derecho a morir con dignidad:

“Por otra parte, el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y en el inciso 3 ibídem proclama que ‘la pena no puede trascender de la persona del delincuente’, porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un individuo puede ser aflictivo a su familia. Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana, y aun cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, éste corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución, y, por ello, aunque de la ley objetada deban eliminarse las palabras indicadas en este apartado –lo que se hace por razones de forma– deben quedar preservados los derechos del ejecutable en cuanto a que la ejecución de la sentencia se haga con absoluto respeto a su derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado, y por ello, de pretenderse vulnerar ese deseo, estarán a salvo los medios de protección directa y concreta de los derechos e intereses que la Constitución y las leyes preservan”.

El Tribunal Constitucional peruano entre otras sentencias sobre la materia, dictó la sentencia N° 1417-2005-AA/TC, la cual señala:

“La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”.¹⁶

Posición similar adopta la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en sentencia de octubre de 2009:

“La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 4º.

a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

(...) El citado autor sostiene “En el Uruguay, los principios generales del derecho ‘inherentes a la personalidad humana’ tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario” (*Real. Los principios Generales del Derecho en la Constitución Uruguaya*, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15).

(...) Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida que los derechos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por RISSO FERRAND, MARTÍN, ob. cit., pp. 114 y 115).¹⁷

Asimismo, la gran mayoría de las constituciones latinoamericanas contienen en su Constitución formal, una cláusula de derechos implícitos:

La Constitución argentina ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860, que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de

¹⁷ Sentencia de la Suprema Corte del Uruguay, N° 365, de 19 de octubre de 2009, Magistrados Larrioux, Van Rompaey, Rubial Pino, Chediak, Gutiérrez, fundamento III. 8.



otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La *Constitución Boliviana* de 2009, en su artículo 13, II, precisa que:

“Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

La *Constitución de Brasil*, reformada en 2005, en su artículo 5º N° 2, señala:

“Los derechos y garantías expresos de esta Constitución no excluyen otros que se deduzcan del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

La *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 94, determina:

“La enunciación de los derechos (...) no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La *Constitución de Costa Rica* de 1949, reformada en 2001, en su artículo 74 prescribe:

“Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”.

La *Constitución de Ecuador* de 2008, en su artículo 11, señala:

“Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

La *Constitución de Guatemala* de 1985, en su artículo 44, precisa:

“Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

La *Constitución de México* reformada en 2011, determina en su artículo 1º:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados interna-

cionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (...).”

La *Constitución de Nicaragua* de 1987, reformada en 1995, en su artículo 46, prescribe que:

“En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos (...).”

La *Constitución de Panamá* reformada en 2004, en su artículo 17, segundo párrafo, dispone:

“Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

La *Constitución de Paraguay* de 1992, en su artículo 45, determina:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

La *Constitución de República Dominicana* de 2010, en su artículo 74 señala:

“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad”.

La *Constitución de Uruguay*, en su artículo 72, precisa:

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 22, señala que:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Los derechos implícitos o no enumerados se desprenden también para los estados que son parte del sistema interamericano de Derechos Humanos, del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, literal c), el cual sostiene lo siguiente:

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

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]”.

En materia de derechos humanos, habrá solo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

Es posible “proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester ‘interpretar’ (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas*”.¹⁸

3.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ASEGURADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE DERECHOS HUMANOS VÁLIDAMENTE INCORPORADO AL DERECHO INTERNO

Por otra parte, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando progresivamente en las constituciones

¹⁸ BIDART CAMPOS, GERMÁN, 1994, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 22 de 1995, en el que reconoció que si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (art. 19 N° 12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional.

del último tercio del siglo XX y la primera década del siglo XXI la perspectiva de que los derechos fundamentales no son solo los derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que integran con rango constitucional los derechos en sus atributos y garantías que se encuentran asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin perjuicio de que una cantidad apreciable de constituciones otorgan a la fuente internacional convencional de derechos humanos jerarquía constitucional.

En tal sentido, los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías aseguradas por el derecho convencional internacional forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo, el respeto y promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales.

En esta perspectiva, a modo ejemplar, pueden señalarse diversas constituciones latinoamericanas.

La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22, que establece las atribuciones del Congreso, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

La *Constitución de Bolivia* de 2009, en su artículo 13.IV., determina que:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

La *Constitución boliviana* de 2009, en su artículo 410 explicita con meridiana claridad la idea del bloque de constitucionalidad, determinando:

“II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas del Derecho Comunitario, ratificadas por el país”.

La *Constitución de Brasil* de 1988, en su artículo 4, determina que:

“La República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos”.

A su vez, en la *enmienda constitucional N° 45 de 2004*, estableció en su artículo 5°, LXXVIII N° 3 que “Los tratados y convenciones internacionales aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”.

La *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 93, establece:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

La *Constitución de Costa Rica*, en su artículo 48, introducido por la reforma del 18 de agosto de 1989, dispone:

“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para *mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República*. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”.

La *Constitución del Ecuador* de 2008, en su artículo 11 N° 3, precisa:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”;

“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

El artículo 11 N° 8, agrega que:

“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

La *Constitución ecuatoriana* de 2008, en su artículo 417 prescribe que:

“En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

La *Constitución de Guatemala* de 1985, en su artículo 46, establece el principio de que:

“En materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno”.

La *Constitución de México*, en su artículo 1° reformado en 2011, en sus tres primeros incisos precisa:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación 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 prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

La *Carta Fundamental de Nicaragua* de 1987, artículo 46, señala:

“Que toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

La *Constitución de la República Dominicana* de 2010, en su artículo 74, determina:

“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;

4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 23, determina:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación

inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter internacional y supraestatal, reconocido por los estados al ratificar los diversos tratados, lleva a estos a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia y sus órganos jurisdiccionales de aplicación, a los cuales se les ha reconocido jurisdicción vinculante y la calidad de intérpretes finales de tales derechos.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LIMITACIONES

La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que lo identifican, como asimismo, determina límites ordinarios y extraordinarios, contenidos en la normativa sobre estados de excepción constitucional o autoriza al legislador para establecer limitaciones.

De la especificidad de los enunciados constitucionales del derecho se pueden precisar atributos definitivos y situaciones de hecho no protegidos por el derecho.

Así, el grado de apertura de los enunciados constitucionales de derechos fundamentales (ambigüedad de ellos o la autorización constitucional para la configuración o restricción del derecho a favor del legislador) determinan situaciones jurídicas denominadas *prima facie*. Vale decir, un derecho asegurado y garantizado por el orden constitucional, pero cuyo alcance no está previsto o precisado de modo definitivo por la Constitución, por lo que su objeto, sus obligaciones o sus obligados requieren una mayor concreción o precisión.

En efecto, la Constitución establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras. En otros casos, la Constitución habilita al legislador para regular los derechos, ya sea configurándolos o estableciendo sus contornos o fronteras, como asimismo, disponiendo limitaciones o restricciones a los atributos o facultades aseguradas por las normas constitucionales.

Esta concreción o precisión en los casos autorizados por la Constitución debe provenir de la intervención del legislador, que contribuye en tal caso a especificar los supuestos de orden material y formal para reconocer el ámbito propio de dicho derecho y las finalidades que se persiguen, completando así el régimen jurídico del respectivo derecho.

En lo referente a las limitaciones de los derechos, puede sostenerse que forman también parte del componente dogmático de normas constitucionales para la fijación de limitaciones de los derechos, los demás derechos, bienes, valores o principios constitucionales que informan el ordenamiento constitucional en su totalidad y que contribuyen a fijar los alcances y eficacia jurídica de cada derecho que integra el sistema constitucional además de los siguientes enunciados normativos constitucionales referentes a las normas constitucionales que posibilitan al poder constituyente para reformar la Constitución y que establecen sus límites: las disposiciones que consagran pautas de interpretación de los derechos y las que establecen garantías de protección; las normas que posibilitan al Poder Legislativo regular los derechos con el objeto de desarrollarlos y limitarlos, restringirlos; las normas que habilitan a la respectiva jurisdicción constitucional en su función de intérprete supremo, pero no único de la Constitución y su competencia de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

La enumeración anterior obliga a tener presente para el efecto de las limitaciones de los derechos, las reglas referentes a los procedimientos para la creación de las normas constitucionales y legales, como asimismo, para el ejercicio de las competencias constitucionales de configuración o limitación de los derechos y las correspondientes a interpretación constitucional.

Asimismo, deben considerarse las normas que sujetan a las demás autoridades al respeto de los derechos, en los términos dispuestos en la Constitución, excluyendo cualquier competencia de estos para la definición del régimen jurídico general de los derechos y garantías constitucionales o, lo que es lo mismo, estableciendo una prohibición constitucional de afectar el estatuto jurídico de los derechos fundamentales.

Nos parece necesario afirmar que la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental y del principio *favor persona* restringe el alcance de las normas legislativas limitadoras de los derechos, debiendo los límites de los derechos ser interpretados con criterio restrictivo y siempre en el sentido más favorable a la eficacia y concreción del derecho en su delimitación constitucional.

5. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS

Este análisis lleva a determinar dónde se encuentran o ubican los límites, los elementos externos del ámbito limitable de los derechos, las diversas técnicas de interpretación para la definición de los tipos de limitaciones, la configuración constitucional de los derechos y las dimensiones de la regulación de los derechos por el legislador.

5.1. LAS TEORÍAS SOBRE LA UBICACIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

En esta materia es posible considerar dos teorías, la teoría de los límites internos de los derechos y la teoría de los límites externos de los derechos.

5.1.1. Teoría de los límites internos o immanentes de los derechos

Esta teoría sostiene la concepción de que los derechos y los límites no pueden entenderse como categorías diferentes. El contenido del derecho se conforma tanto por el conjunto de atributos y facultades que representa como por las fronteras o límites que se distinguen respecto del ejercicio de tales derechos.

Esta perspectiva de análisis sostiene que los derechos no son limitables, ya que no se admite como "jurídicamente válida la disminución del ámbito de protección o la ampliación del ámbito de restricción de los derechos, previstas en la Constitución".¹⁹

Ello no significa que los derechos son ilimitados, sino que la configuración constitucional de los derechos contiene las fronteras o contornos de los derechos, los cuales constituyen "límites immanentes" como denomina Häberle²⁰ o "límites intrínsecos" como los denominaba De Otto,²¹ es decir, aquellos que vienen dados por la propia naturaleza de los derechos.

¹⁹ CORREA HENAO, MAGDALENA, 2003, ob. cit., p. 67.

²⁰ HÄBERLE, PETER, 1997, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, traducción Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 108.

²¹ DE OTTO, IGNACIO, 1987, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Madrid, Ed. Ariel Derecho, p. 151.



Los límites internos son así, “aquellos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues, intrínsecos a su propia definición. Los límites internos, constituyen, pues, las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad”.²²

Así, para reconocer los límites internos o intrínsecos de los derechos es necesaria la delimitación del derecho, lo que significa identificar el conjunto de facultades que este entraña y sus contornos o fronteras, concretando su construcción dogmática a partir de una interpretación unitaria del texto constitucional, armonizando y articulando el derecho con los otros derechos y bienes jurídicos constitucionales, además de considerar las leyes que los desarrollen, como también las construcciones desarrolladas por la jurisdicción constitucional, que culminan la definición del derecho por mandato constitucional o con arreglo a ella.

Asimismo, existiría una *delimitación directa* de los derechos que es la definición contenida en el orden constitucional o en ella y la legislación a la cual la primera remite, que determinan los contornos del derecho respectivo, tal como resultan de su naturaleza, con total independencia de los límites que se producen por su armonización con los demás derechos y bienes constitucionales.

A su vez, existiría una *delimitación indirecta*, que estaría dada como resultado de la armonización de un derecho específico con los demás derechos y bienes jurídicos constitucionales.

Por otra parte, es posible distinguir entre las delimitaciones constitucionales inmediatas y las delimitaciones constitucionales mediatas.²³

Una *delimitación constitucional inmediata* es aquella realizada por el propio texto constitucional, a través de sus enunciados normativos sin requerir precisión posterior del legislador, como ocurre con el derecho a la vida; el derecho a la igualdad ante la ley; libertad de enseñanza; el derecho de reunión o el derecho de asociación, entre otros.

Una *delimitación constitucional mediata* es aquella que debe ser completada por normas legales de desarrollo y configuración del derecho, existiendo un mandato constitucional explícito o implícito al legislador para ello.

²² PÉREZ TREMS, PABLO, 1999, “Los derechos fundamentales”, en LÓPEZ GUERRA, LUIS y otros, *Derecho Constitucional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, p. 118.

²³ Véase sobre la materia, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, 1999, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 38 y ss.

5.1.2. La teoría de los límites externos de los derechos

Esta teoría separa los conceptos de derechos y límites, denominando a estos últimos limitaciones, en cuanto implica restricciones en el ejercicio de los derechos.

Para esta perspectiva, la delimitación de un derecho consiste en fijar su contenido normal y los límites o fronteras de su extensión, mientras que los límites extrínsecos o externos de los derechos operan sobre ese contenido “normal” o *prima facie*, con el objeto de restringir las posibilidades de su ejercicio.

De igual manera, se plantea otra diferencia entre delimitación y el límite extrínseco o restrictivo de los derechos a través de la ‘intervención’ en tal derecho, que consiste en una razón de protección del derecho fundamental mismo, reconociendo su valor preferente en el ordenamiento constitucional. En la medida que estas intervenciones restrictivas de los derechos en su contenido ‘normal’ están sometidas a cautelas especiales a través de las cuales se exige “una justificación particularmente rigurosa de las mismas a través de la aplicación del principio de proporcionalidad (y, en la medida que exprese algo diverso de éste, a través de la barrera última que es el contenido esencial de cada derecho fundamental), su previsión en la ley, la generalidad e irretroactividad de dicha ley, y la mediación como regla general del poder judicial para actualizar concretas limitaciones”.²⁴

Los límites externos, en cuanto restricciones establecidas por el legislador, proceden de reservas específicas de limitación, las cuales son constitutivas de límites y no solamente declarativas de límites preexistentes de los derechos (límites internos de los derechos).

Esta perspectiva rechaza la concepción de los límites internos de los derechos, en cuanto contribuye a una idea estrecha del ámbito normativo de los derechos fundamentales.

Mientras que la concepción de los límites externos se basa en una noción amplia del ámbito normativo de los derechos fundamentales y una mayor tutela de ellos, como asimismo, un mayor control racional explícito de las restricciones a los mismos.²⁵

²⁴ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, 2004, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, p. 277.

²⁵ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 278.



5.2. FUENTES JURÍDICAS DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En esta materia es necesario reflexionar sobre el derecho supraconstitucional, sobre la existencia de límites generales a los derechos fundamentales contenidos en la Carta Fundamental, como asimismo en la existencia de límites específicos expresos y tácitos.

5.2.1. *La consideración de eventuales límites generales a los derechos*

Consideramos que la dignidad de la persona humana constituye un valor y bien jurídico que conforma un límite general a los derechos, ya que esta es la fuente de todos los derechos constitucionales.

5.2.2. *Los atributos y garantías de derechos asegurados por el derecho convencional internacional y los principios de ius cogens*

El derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente aporta elementos que contribuyen a delimitar y configurar los derechos fundamentales, en la medida que los potencien o garanticen en mejor forma, pero en ningún caso el derecho internacional o supranacional podría restringir el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito ya asegurado por nuestra Carta Fundamental.

La aceptación de esta perspectiva implica que el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional que se haya incorporado válidamente al ordenamiento jurídico nacional, en la medida que contenga elementos que fortalezcan el "tipo" de cada derecho fundamental aportando nuevos elementos del mismo o nuevas garantías, sin afectar los elementos constitutivos de otros derechos fundamentales ya asegurados constitucionalmente, pasan a constituir parte del "tipo" del respectivo derecho, formando parte de su delimitación y configuración constitucional, y en cuanto tal, ellos pasan a constituir parte del contenido intangible del derecho en cuanto impide la regresividad injustificada del nivel de reconocimiento ya alcanzado.

5.2.3. *El bien común como límite general de los derechos*

El bien común como límite general al ejercicio de los derechos, generalmente está contenido en los textos constitucionales. El concepto dogmático de bien común considera como elementos integrantes del mismo la dignidad humana y los derechos que emanan de ella, los cuales son elementos que integran su propia esencia, además de la justicia distributiva.

5.3. LOS LÍMITES ESPECÍFICOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS

Los límites que posibilitan restringir los derechos fundamentales son solo aquellos que señala la respectiva Carta Fundamental o que pueden deducirse de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la misma. En el primer caso estaremos ante límites explícitos, en el segundo caso, ante límites implícitos.

5.3.1. *Los límites explícitos*

Asumimos que los límites explícitos pueden clasificarse en *límites de contenido material* y *límites de habilitación competencial*.

Los *límites explícitos de contenido material* son aquellos que establecen contenidos sustantivos, que posibilitan la restricción de los derechos fundamentales, determinados para cada derecho en el enunciado normativo constitucional del mismo.

Cabe explicitar en esta materia, que los límites expresos materiales establecidos respecto de cada derecho no son intercambiables y rigen solo en los casos de los derechos expresamente limitados por ellos, ya que de lo contrario se concretaría un fraude a la Constitución, la cual le quiso dar un efecto útil a las limitaciones diversas, establecidas para cada derecho específico.

Los *límites explícitos de habilitación competencial* son aquellos que posibilitan al legislador restringir los derechos fundamentales en virtud de una habilitación constitucional expresa, como lo establece la respectiva Constitución.

Además, en todos los estados constitucionales hay una habilitación competencial de segundo grado hecha a favor de la judicatura, la cual puede limitar los derechos, previa regulación legislativa, en



la medida que esta última fija los presupuestos y procedimientos de la limitación que puede concretar el juez.

Finalmente, cabe preguntarse qué sucede en los casos que la Carta Fundamental no habilita límites expresos materiales o competenciales respecto de determinados derechos. Consideramos que, en tales casos, la finalidad del constituyente es concebir solo en carácter excepcional restricciones a los mismos, pero al no establecer criterios específicos que posibiliten tales restricciones, es factible sostener que solo podrían ellos ser limitados en base a otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente establecidos.

5.3.2. Los límites implícitos

Los límites implícitos son aquellos que no están previstos de manera expresa en la Carta Magna, los cuales se configuran por los derechos fundamentales y por los valores y bienes constitucionales, correspondiendo al legislador determinarlos dentro del marco autorizado constitucionalmente, en función de la realidad social de cada momento, siempre sujeta al control de la respectiva jurisdicción constitucional. Las limitaciones implícitas de los derechos son aquellas que la jurisdicción constitucional ha encontrado legítimas, aun cuando no posean justificación en derechos, finalidades o bienes constitucionales protegidos y formalmente explicitados (límites también llamados intrínsecos).

6. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Regulación implica una afectación normativa a través de la cual se establecen modos, condiciones, formas y limitaciones-restricciones del ejercicio de los derechos, la que se despliega a partir del contenido del derecho, tal como resulta de la construcción dogmática del mismo, a través de su definición abstracta.

La *regulación del ejercicio de un derecho* implica la previa delimitación de este, al menos en su contenido normal o *prima facie*. La regulación presupone un derecho fundamental configurado en la Constitución, la que precisa su extensión. Por ello consideramos que *la regulación del ejercicio del derecho presupone la existencia y delimitación del derecho*, lo que constituye un concepto de carácter abstracto, tal definición se

hace mencionando genéricamente una conducta, que en la realidad será siempre susceptible de diversas modalidades al concretarse.

El concepto o noción de *regulación* no es susceptible de aplicarse a los *derechos que establecen un contenido de carácter negativo*, donde no se garantiza la ejecución de una conducta sino que se establece la prohibición de ella, como ocurre, por ejemplo: el no ser objeto de apremios ilegítimos, torturas, tratos crueles e inhumanos; el no declarar como inculpa bajo juramento sobre hecho propio; entre otros, ya que estos derechos y garantías no constituyen conductas que pueden sujetarse a formalidades o procedimientos.

El *regular el ejercicio de un derecho* se refiere a la *forma puramente externa de manifestación de derechos*, de modo que la actuación de estos habría de someterse a requisitos que no afectarían a la actividad misma y que se dirigirían a garantizar la publicidad de la conducta amparada por el derecho fundamental, o como procedimiento o formalidades a las que se somete el ejercicio de un derecho, los que no pueden ser tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio de tales derechos.

Así, en la construcción dogmática el vocablo *regular* tendría como denotación la de *limitación restrictiva de los derechos*, como asimismo, también podría implicar una *normativa de desarrollo de los derechos*.

En todo caso, la regulación de los derechos fundamentales está entregada en el orden constitucional, exclusivamente, al legislador a través de la *garantía normativa de la reserva de ley*.

7. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS

En este plano cabe distinguir las garantías de reserva de ley, de respeto al contenido esencial de los derechos y la de vinculación de todos los órganos estatales por los derechos fundamentales.

7.1. LA GARANTÍA NORMATIVA DE RESERVA DE LEY

La reserva de ley constituye la técnica o principio en virtud del cual se exige, desde la Carta Fundamental, que una determinada materia será regulada por ley; siendo el legislador, en cuanto cuerpo representativo, el encargado de establecer las normas que dispongan el régimen jurídico de dicha área o asunto reservado, todo ello de acuerdo a los principios de publicidad, debate y contradicción, que

las convierten en decisiones democráticas y les otorgan un plus de legitimidad.

La reserva de ley es también una norma de competencia y regla de rechazo. Es una norma de competencia, en el sentido de que es un enunciado jurídico que califica como jurídicos a otros enunciados. En efecto, las normas de competencia califican a determinados enunciados jurídicos como válidos. Para que estos puedan ser considerados válidos, deben reunir como condiciones mínimas que procedan de un determinado órgano, que hayan sido creados de acuerdo a determinado procedimiento y que traten sobre una determinada materia. A su vez, *la reserva de ley es una regla de rechazo*, entendiéndose por tal, todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio, que señala que determinados enunciados normativos no tienen carácter legal o no pertenecen a un determinado tipo de cuerpo jurídico.

Así, en relación a la reserva de ley, se califican como enunciados no jurídicos los que no reúnen los siguientes requisitos, como mínimo: que no procedan de un determinado órgano (Congreso Nacional), que no sean creados de acuerdo a un determinado procedimiento (procedimiento legislativo), arts. 65 a 75 de la Constitución, y que no traten de una cierta materia (materia de ley, art. 63 de la Constitución).

El efecto de la garantía constitucional de la reserva de ley es doble, por una parte, inhabilita a los demás poderes públicos para intervenir en la regulación de los derechos fundamentales, y por otra, determina que la potestad legislativa es irrenunciable en la materia reservada.

La reserva de ley implica *reserva del órgano más representativo del Estado* en cuanto órgano representativo de la pluralidad de sectores y fuerzas políticas vigentes en la sociedad política, siendo sus representantes los que participan en la elaboración de la norma legal.

La frontera de la reserva de ley depende de la ordenación y de las relaciones existentes en cada Estado entre el Congreso y el Gobierno en el derecho constitucional vigente, definidas por cada Carta Fundamental en cada momento histórico concreto, dependiendo del ámbito de tareas que el Estado reivindica para sí mismo, en función de sus respectivas metas.

La reserva de ley constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que solo este regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales. Así, en estos contenidos legales el legislador no puede establecer una habilitación genérica

al gobierno para reglamentarlos y deslegalizar la materia reservada, abdicando de su obligación constitucional.

Hoy, el ámbito de la reserva de ley es de carácter amplio, desbordando los límites de carácter tradicional europeo, que incluían lo que afectaba a las libertades y la propiedad. Actualmente entran dentro de la reserva de ley aspectos organizativos internos de diversas instituciones como las normas que regulan el orden público económico.

De esta forma, por regla general, el estatuto de un derecho constitucional está constituido por normas constitucionales y normas legales.

El principio de reserva de ley se refuerza en el caso en que la Constitución reserva la regulación de la materia al legislador de quórum especial (ley orgánica constitucional o ley de quórum calificado), en cuyo caso se requiere de mayorías calificadas y, por tanto, de mayor acuerdo parlamentario (Colombia, Chile). En todo caso, no hay un criterio uniforme para determinar qué materias corresponden a qué tipo de legislador, ya que en materia de derechos, estos pueden ser regulados, en general, por el legislador ordinario y en casos especiales, algunas materias se dejan al legislador orgánico y otras al *legislador de quórum calificado*.

Esta perspectiva debe ser extremadamente prudente, ya que en una República Democrática como forma política de Estado y gobierno, tal como está establecida en América Latina, debe interpretarse en forma restringida la referencia a la legislación que exige quórum calificado, ya que su interpretación extensiva tiende a petrificar el orden jurídico en ámbitos que el constituyente no ha determinado, vaciando de contenido al legislador regular y ordinario, conculcando a las mayorías normales la posibilidad de regular dicho contenido normativo, transformando lo extraordinario en ordinario.

Los ordenamientos constitucionales permiten distinguir un segundo nivel del principio de reserva legal, el que se encuentra establecido en enunciados constitucionales específicos, los cuales determinan un nivel más o menos absoluto de tal reserva dependiendo de las respectivas materias. La regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que en otras. Ello permite que haya casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta y en otros de relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada.

A su vez, las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos deben reunir los requisitos de *determinación y especificidad*.



El requisito de *determinación* exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal y el requisito de *especificidad* requiere que la norma legal indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad.

En materia de regulación legal restrictiva de derechos, se ha desarrollado en la jurisprudencia comparada el principio de la *taxatividad progresiva*,²⁶ en función del grado de intervención en el derecho fundamental. En cuanto más intensa sea la regulación de un derecho fundamental, más taxativa debe ser la norma que la prevé. Sobre la materia debemos señalar que la densidad con que el legislador debe regular los derechos fundamentales es variable, ella debe ser especialmente intensa en aquellos casos que se establezcan tipos penales o conductas antijurídicas, pudiendo ser menos intensa cuando simplemente se regula un derecho fundamental.

La regulación restrictiva en el goce y ejercicio de los derechos, conforme establece el artículo 30 de la CADH, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

7.2. LA GARANTÍA NORMATIVA DEL RESPETO AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

Una parte de las constituciones latinoamericanas, parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional, asume los principios y reglas preestablecidas en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal y el artículo 53.1 de la Constitución de España, como la jurisprudencia de los respectivos tribunales constitucionales.

La *Ley Fundamental de Bonn* de 1949 en su artículo 19.2 establece “en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”. A su vez, la *Constitución de Portugal* de 1976 en el artículo 18 N° 2 prescribe “la ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución”, agregando en el N° 3 del mismo artículo que las leyes restrictivas de derechos y garantías “habrán de revestir carácter general y abstracto y no podrán reducir la extensión y el alcance del

²⁶ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 320 y ss.

contenido esencial de los preceptos constitucionales”. La *Constitución Española* de 1978 determina en el artículo 53.1 que “los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a)”.

Si se analizan los tres textos constitucionales, podemos llegar a la conclusión, en la que concordamos con Magdalena Lorenzo,²⁷ en que el texto portugués se sitúa, en la materia en análisis, más adelante que Alemania y España, ya que establece “la existencia de un contenido esencial cuya extensión y alcance no podrá la ley atenuar o disminuir”, lo que da mayor precisión al concepto que los textos de los países antes señalados.

En el caso chileno, la Constitución de 1980, en el artículo 19 N° 26 garantiza a todas las personas: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

El legislador está obligado a respetar y tiene prohibido, de acuerdo con la Constitución, afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se establece como la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos, conformando la dimensión constitucional del derecho, proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar.

Como señala Otto y Pardo la *garantía del contenido esencial de los derechos constituye el límite de los límites* (Schranken-Schranken); “porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, posición que apoya y fortalece el carácter normativo de los derechos fundamentales.

El legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así, el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa.

²⁷ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA, 1966, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, España, Editorial Comares, p. 156.

Otras constituciones latinoamericanas también se refieren indirectamente al contenido esencial de los derechos. Solo a manera ejemplar podemos señalar la Constitución de Argentina, artículo 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

La Constitución de Ecuador en su artículo 18, precisa "(...) No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

El Tribunal Constitucional de Colombia, en sentencia C-033/1993, precisa que el artículo 214 de la Constitución colombiana, que determina que durante los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos, consagra la teoría del núcleo esencial de los derechos. Sobre el contenido esencial de los derechos existen diversos enfoques teóricos: la teoría absoluta, la teoría relativa y la teoría institucional del contenido esencial de los derechos.

Para la *teoría absoluta sobre el contenido esencial de los derechos*, dicho *contenido esencial* constituye una parte del contenido total del derecho, su núcleo duro, la garantía constitucional de dicho contenido lo hace infranqueable al legislador, mientras aquella parte periférica del derecho puede ser afectada por el legislador al regular o restringir el ejercicio del derecho, aunque con una necesaria justificación, nunca en forma discrecional. La teoría absoluta del contenido esencial de los derechos relativiza el contenido periférico de los derechos, lo que puede entenderse si graficamos el núcleo duro como un círculo concéntrico, cuya circunferencia constituye el límite o frontera que el legislador no puede traspasar nunca; sin embargo, el anillo periférico aparece como una zona de libre penetración por el legislador.

La *teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales*, precisa que el contenido esencial marca un límite débil, ya que puede ser sobrepasado por el legislador mediante una justificación que encuentre apoyo explícito en la Carta Fundamental o pueda extraerse implícitamente de la misma, de su afectación a través del principio de proporcionalidad. Como señala Alexy, para la teoría relativa "el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan el contenido esencial, aun cuando en

el caso particular no dejen nada del derecho fundamental".²⁸ Para la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).

La *teoría institucional del contenido esencial de los derechos* es desarrollada por Peter Häberle. De acuerdo a este enfoque, dicha categoría se refiere a la dimensión institucional que determina el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial se entiende como una garantía institucional, que dice relación con los fines establecidos en la Carta Fundamental y en función de los cuales se aseguran los derechos fundamentales, debiendo el legislador analizar la institución, la cual se encuentra definida por el conjunto de la normativa constitucional, además de las condiciones sociales e históricas que forman el contexto de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional colombiano en sentencia C-033/1993, siguiendo a Häberle, señala que "se denomina contenido esencial, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas", agregando el Tribunal Constitucional colombiano, "según la teoría del núcleo esencial de los derechos, éstos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización", así "cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no pueda aducirse que se está violando de pleno tal derecho".

Puede sostenerse que el respeto al contenido esencial de los derechos se encuentra también asegurado por la norma interpretativa del artículo 29, literal a) de la CADH, la cual determina que:

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

²⁸ ALEXY, ROBERT, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 288.

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;”.

8. GARANTÍAS DE INTERPRETACIÓN

8.1. PRINCIPIO *PRO HOMINE* O FAVOR PERSONA

El principio favor persona o *pro homine* es llamado también por Bidart Campos,²⁹ como principio de “integralidad maximizadora del sistema”.

El principio favor persona o *pro homine* implica una interpretación que optimice los derechos fundamentales, dando preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma. El principio favor persona, *pro homine* o *pro cives* no exime al operador jurídico de realizar una interpretación armonizante en el entendido de que todos ellos son derechos de cada persona y de toda persona, lo que exige compatibilizar todos los derechos entre sí y con el bien común.

El principio favor persona o *pro homine*, lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, o aquella que los restrinja o limite menos, por lo que *siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno*, lo que lleva a la optimización de los derechos humanos. *En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan.*³⁰

La profesora MÓNICA PINTO, señala que 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 dere-

²⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La Interpretación de los derechos humanos”, en *Lecturas constitucionales andinas* N° 3, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994, p. 34.

³⁰ Véase PINTO, MÓNICA, 1997, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires.

chos 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 extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.³¹

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 29 literal b), determina el uso del principio *pro homine* o principio “favor persona” al exigirle al operador jurídico la aplicación de la norma más favorable al ejercicio de los derechos, reforzado por el artículo 29 literal d), al establecer que las disposiciones de la Convención no pueden ser interpretadas en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros internacionales de la misma naturaleza”. *Tal perspectiva ha sido utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en muchas oportunidades*. Asimismo, se ha desarrollado el principio de “aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos” como derivado del artículo 29 literal b), en la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 232, párrafo 52; en el *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 152, párrafos 180 y 181; en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra* nota 233, párrafo 106.

Como señala Néstor Pedro Sagüés, el principio *pro homine* o favor persona tiene una doble vertiente o dimensiones específicas. En primer lugar, se destaca la dimensión del principio como *preferencia interpretativa*, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance. En segundo lugar, se resalta la dimensión del principio como *preferencia normativa*, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”.³²

³¹ PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” [on line]. Archivo electrónico en la página del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - Oficina en Venezuela. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm>

³² SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, 2002, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en José Palomino y José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

8.1.1. *El principio pro homine o favor persona como principio de preferencia interpretativa*

La Corte Interamericana utiliza el principio *pro homine* o favor persona en su sentido de *preferencia interpretativa*, en la Opinión Consultiva N° 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 ésta reconoce”.³³

La *preferencia interpretativa* tiene dos formas de expresión: a) La interpretativa extensiva de los derechos, y b) La interpretativa restringida de los límites.³⁴

a) *La interpretación extensiva*

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones como ha expresado la doctrina.³⁵

En primer lugar, el principio *pro persona* 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 garan-

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, 1985, párrafo 52.

³⁴ PINTO, MÓNICA, 1997, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 163.

³⁵ NASH ROJAS, CLAUDIO, 2013, “El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos, en Nogueira Alcalá, Humberto” (coord.), *Diálogo judicial Multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Ed. CECOCH y Librotecnia, Santiago, pp. 177 y ss.

tizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Un ejemplo de esta interpretación extensiva lo encontramos en la sentencia de la Corte IDH en que se condena al Estado de Chile por violar el artículo 13 de la CADH³⁶ “Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión” en virtud de la censura previa en la película “La última Tentación de Cristo”.³⁷

Otro caso de interpretación extensiva que realiza la Corte IDH para dar efecto útil a la norma la encontramos en el *Caso Penal Miguel Castro Castro* (2006), donde supera la miopía 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 Estado.³⁸

Así la Corte, interpretó el artículo 5 de la Convención,³⁹ a la luz del Principio favor persona o *pro homine*, al momento de determinar el contenido y alcance del derecho a la *integridad personal* de las víctimas de la violencia en el penal Miguel Castro Castro, para

³⁶ El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de la Libertad de Pensamiento y de Expresión, determina:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

³⁷ Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo vs. Chile*, 2001.

³⁸ NASH, CLAUDIO, 2010, p. 235.

³⁹ Artículo 5. *Derecho a la Integridad Personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*



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 a un hombre arrastrarse sobre su vientre, no era una conducta exigible a las mujeres, pues para las mujeres embarazadas 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 agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia les afectaron en mayor medida”.⁴⁰

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 respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos.

Un ejemplo de esta segunda manifestación, lo tenemos en 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 señalado 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”.⁴¹

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre la materia, resuelve:

“76. (...) que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende ‘no sólo 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”.

La 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 *pro persona* la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto.

Ejemplo de esta manifestación de la aplicación extensiva del principio *pro persona*, es el razonamiento utilizado por la Corte en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001).⁴² Donde declara que las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 violaban los artículos 8° (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana. Al respecto señala:

42. “La Corte, conforme a lo alegado 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 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, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de auto-amnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2° de la misma”.

43. (...) “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”.

La Corte Interamericana determina que:

“Las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.⁴³

El principio favor persona consagra que es válida y necesaria la regla que determina el preferir, seleccionar, favorecer y tutelar la aplicación de aquella norma jurídica que mejor asegura, garantiza y promueve los derechos de la persona, lo que implica acudir a la norma más protectora y garantizadora de los derechos y la interpretación que mejor los asegure, garantice y los promueva.

El principio *favor persona* o *pro homine* se concreta también en la directriz *favor libertatis* que lleva a interpretar la norma en el sentido

⁴⁰ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), párrafo N° 293.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, párrafo 59.

⁴² Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 2001.

⁴³ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párrafo N° 54.1.

más favorable a la libertad y la eficacia y optimización jurídica de la norma, asimismo, inversamente, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos.⁴⁴

Asimismo, del principio favor persona o *pro homine*, se desprende también la directriz o principio *favor debilis* consistente en que “en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra en la realidad en pie de igualdad con otra”,⁴⁵ de aquí surge el principio o directriz pro operario o pro trabajador en el ámbito laboral.

Expresiones del principio favor persona o *pro homine* en el derecho procesal constitucional está dado por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o a la jurisdicción, *favoreciendo el acceso a la justicia*, interpretándose las normas de manera que se optimice el mayor grado posible de la efectividad del derecho a la jurisdicción. Así ante una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otra que lo posibilite, debe favorecerse aquella que lo posibilita frente a aquella que lo restringe o limita.

En el ámbito procesal penal este principio se concreta en el derecho y principio de *presunción de inocencia* y el principio *indubio pro reo*.

b) La interpretación restrictiva de los límites de los derechos

Respecto de la *interpretativa restringida de los límites*, es posible señalar que 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 que nos ocupan apunta a la protección de los derechos humanos), como consecuencia la interpretación de dichos convenios siempre debe hacerse a favor del individuo.

En esta perspectiva, los límites legítimos de las obligaciones del Estado deben interpretarse de manera taxativa. Ello supone *aplicar la*

⁴⁴ PÉREZ TREMS, PABLO, “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en López Guerra, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al prof. Joaquín García Morillo*, Ed. Tirant lo Blanch, Sevilla, 2001, p. 126.

⁴⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coord.), *El derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, 2001, p. 18.

norma o la interpretación más restrictiva al establecer regulaciones limitativas del ejercicio de los derechos de la persona, conservando y aplicando aquella interpretación que mejor protege el o los derechos humanos.

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.

Así ha manifestado la Comisión Interamericana en el caso sobre censura previa, al libro *Inmunidad diplomática* escrito por Francisco Martorell,⁴⁶ 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”⁴⁷ 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 Convención”.⁴⁸

El principio *pro homine* o favor persona implica la interpretación más restringida de las limitaciones impuestas al ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, todavía cabe preguntarnos si esta afirmación es suficiente para enfrentar una situación en la que exista una confrontación entre el goce, ejercicio y/o exigibilidad de distintos derechos.

8.1.2. El principio pro homine o favor persona como preferencia de aplicación de la norma más protectora o favorable a los derechos de las personas

El segundo uso que tiene este principio se refiere a la *Preferencia de normas*, que a su vez tiene dos expresiones, la de a) *Preferencia*

⁴⁶ Comisión IDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230, 1996.

⁴⁷ Comisión IDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230, 1996.

⁴⁸ Comisión IDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230, 1996, párrafo 40.



de la norma más protectora, y b) *La de la conservación de la norma más favorable.*

a) *Preferencia de la norma más protectora de los derechos de las personas*

La preferencia 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 las 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.*⁴⁹ Un ejemplo en tal sentido lo constituye el *Caso Ricardo Canese* (2001):

“181. 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’”.

La Corte Interamericana ha entendido que el artículo 29 literal b) de la CADH *obliga* a un examen judicial que incorpore, al momento de determinar el alcance de los derechos, todas aquellas normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales, que hayan reconocido un derecho de forma más extensa. En tal perspectiva, la CIDH se ha referido a diversos instrumentos internacionales, ya sean regionales o universales, con el fin de dar sentido a los derechos reconocidos en la CADH, pero atendiendo a las circunstancias específicas del caso. Véanse, por ejemplo, CIDH, *caso Las Palmeras vs. Colombia* (Fondo), sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, núm. 90; CIDH, *caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70 (alcance del derecho a la vida en situaciones de conflictos armados no internacionales); CIDH, *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148 (prohibición del trabajo forzado u obligatorio); CIDH, *caso*

Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107 (relación entre la libertad de expresión y las sociedades democráticas); CIDH, *caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63 (derechos específicos de los niños y niñas, menores de 18 años); y CIDH, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125 (derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas), para solo señalar algunas sentencias en la materia.

Cuando el principio se manifiesta 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.⁵⁰

El principio favor persona obliga al intérprete de la norma a optar por la interpretación que más favorezca a la persona, aun entre aquellas opciones que sean jurídica y fácticamente viables. En otras palabras, cuando el juzgador u órgano de decisión se enfrente ante dos o más interpretaciones conformes con las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, debe optar por aquella que más favorezca a la persona, a partir de las circunstancias específicas del caso.

El principio favor persona, como mandato de favorabilidad general, no implica que se tenga que atender a la jerarquía de las normas al resolver un caso concreto, siempre y cuando se esté dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas del sistema –por ejemplo, que las normas con las que se resuelva un caso, cualquiera que sea su jerarquía, sean normas válidas y aplicables a este.

El principio *pro homine* o favor persona implica la aplicación de la norma más favorable para la persona en el caso concreto, sin importar su naturaleza de derecho interno o internacional. Es imposible generar un criterio general en que se afirme que la norma internacional siempre será más protectora que cualquier norma nacional, ya sea constitucional o secundaria. De ser estas las normas más protectoras, deberán aplicarse al caso concreto, aun frente a la norma internacional.

⁴⁹ CASTILLA, KARLOS, 2011.

⁵⁰ CASTILLA, KARLOS, 2011.



b) *La aplicación de la norma más favorable a los derechos*

Asu vez, 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 en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o derogar una norma anterior, ya sea de manera expresa o tácita con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.⁵¹

La aplicación del principio favor persona o *pro homine* no se puede utilizar en forma absoluta, ya que tiene un límite: la integridad del sistema. Así lo estableció la Corte en el *Asunto Viviana Gallardo y otras* (1983),⁵² donde afirma:

“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”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que se afecta la integridad y coherencia del sistema, si se amplía la protección de tal forma que se considere a 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 1.2⁵³ de la Convención en los Informes N° 10/91 del 22 de febrero de 1991 Banco de Lima – Perú, y N° 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 es 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”.⁵⁴

“De acuerdo al segundo párrafo de la norma transcrita, [artículo 1], la persona protegida por la Convención es ‘todo ser humano’ [.....].

⁵¹ CASTILLA, KARLOS, 2011.

⁵² Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras, Costa Rica, 1983.

⁵³ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

⁵⁴ INFORME N° 10/91, 1991.

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 éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material”.⁵⁵

8.1.3. *Aseguramiento de la aplicación jurídica de la interpretación favor persona o pro homine mediante su incorporación en las constituciones latinoamericanas*

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las constituciones han empezado a positivizar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos, como son la *interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos*, el *principio de progresividad*, el *principio pro homine o favor persona*, entre otras reglas de interpretación de derechos, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia, aun cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales aun cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

⁵⁵ INFORME N° 39/99, 1999.



La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que: "En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución".

La Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13.IV determina que: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3º, determina: "Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución".

La Reforma Constitucional de México de 2011 en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución, precisa: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación 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 prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

8.1.4. Algunos ejemplos de jurisprudencia de Cortes Constitucionales o Supremas en materia de principio pro homine o favor persona

El postulado de interpretación de derechos fundamentales es utilizado por las jurisdicciones constitucionales y tribunales de justicia, consideraremos algunos casos de sentencias de Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México y Perú.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° 187/06 de Corte Constitucional, 15 de marzo de 2006:

"8.1.6. El principio pro homine

El proyecto de ley establece que en la decisión de la acción se aplicará el principio pro homine. Según este postulado, en la interpretación de las normas aplicables a los derechos humanos se debe privilegiar la hermenéutica que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los mismos; este principio también es denominado cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, la cual ha sido consagrada en algunos instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 5º establece:

'Artículo 5º

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción 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'.

Asimismo, el principio pro homine se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 29 prevé:

'Artículo 29. Normas de Interpretación

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

1. 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;
2. 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;
3. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

4. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza’.

La Corte Constitucional se ha referido a este principio de la siguiente manera:

“(…) en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9º), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Ver sentencia *C-400 de 1998*, fundamentos 40 y 48, y sentencia *C-358 de 1997*, Fundamento 15.5.

Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona’. Corte Constitucional, sentencia *C-551 de 2003*.

De otra parte, la jurisprudencia ha explicado que cuando las normas de la *Constitución Política* y de las leyes colombianas ofrezcan una mayor protección al hábeas corpus, estas deben primar sobre el texto de los tratados internacionales, ello en aplicación del principio *pro homine*, según el cual en todo caso se debe preferir la interpretación que resulte menos restrictiva del derecho protegido. Al respecto la Corporación ha explicado:

‘Restricciones a los derechos y cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos (artículos 4º y 5º).

14. El artículo 4º consagra una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según

la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos. Ver, por ejemplo, la sentencia *C-408/96*, fundamento jurídico N° 14 muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

15. En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5º no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. Por ello, esta Corporación considera que este artículo está consagrando garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que señala que ésta sólo podrá efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son *exequibles*’. Corte Constitucional, sentencia *C-251 de 1997*, revisión del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

Para la Corte, el principio *pro homine* consagrado en el artículo 1º del proyecto que se examine no ofrece reparos de inconstitucionalidad y, por lo tanto, será declarado *exequible*”.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia *C-148/05* de 22 de febrero de 2005:

“Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura– y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el

que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia.

En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 no solamente se excluye la expresión 'graves' para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley N° 599 de 2000 el Legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior.

A ello cabe agregar que como lo señala el señor Fiscal General de la Nación en relación con la tortura el artículo 12 constitucional no establece ningún tipo de condicionamiento.

Recuérdese que el contenido que el Constituyente dio al artículo 12 de la Carta, corresponde a la consagración de un derecho que no admite restricciones que lo conviertan en relativo y que a la prohibición que consagra la norma superior citada, -dirigida en este sentido a cualquier persona sea agente estatal o particular- subyace el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos".

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-085/12, determina:

"Para el caso concreto, la Sala no encuentra evidente que una demanda de alimentos entre cónyuges se interponga en situaciones que necesariamente excluyan la convivencia material y real entre ellos. No se tienen estadísticas al respecto; la no convivencia no es presupuesto legal para su interposición; no se tiene el texto de la demanda que permita inferir, al menos, que en el momento de su

presentación no existía convivencia entre la señora Cuero Valencia y el señor Lozano Pedroza; no se tiene conocimiento de lugares de residencia distintos de uno y otro cónyuge durante el tiempo que estuvieron casados; en fin, que no existe nada, distinto de una suposición, que genere una duda razonable respecto de la convivencia del seños Lozano Pedroza y la señora Cuero Valencia.

Por esta razón no resulta acorde con una interpretación favorable a los derechos de la señora Cuero Valencia, que se haga una presunción restrictiva del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, máxime cuando la misma no tiene un fundamento de mayor peso que el principio pro homine. Mientras sea ésta la situación, a menos que se tenga una prueba cierta de que no se cumplió con el requisito de convivencia durante los cinco años anteriores, no es posible presumir en contra de la prueba aportada para demostrar la convivencia entre el fallecido señor Lozano Pedroza y la accionante. Será el mayor peso del *principio de favorabilidad* la razón para que la presunción restrictiva no resulte una opción válida dentro del ordenamiento constitucional.

La primacía de este principio como fundamento de decisión del caso que ahora se resuelve, se basa, además, en la aplicación de los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales (artículo 2 de la Constitución) y de primacía de los derechos inalienables de las personas (artículo 5 ídem) y busca proteger materialmente el derecho constitucional a la seguridad social en pensiones (artículo 48 ídem), así como observar los principios de informalidad, sumariedad y celeridad que deben informar el trámite de la acción de tutela (artículo 86 ídem y artículo 3° del Decreto 2591 de 1991".

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-129/11, asume el principio *pro homine*, determinando:

"Derecho de las comunidades étnicas y principio *pro homine*"

"El principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1° y 2° Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios,

derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”.

“Con fundamento en lo anterior, no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, *prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine*.

En lo relativo a este punto, *el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos*; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección

de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal-Sala de decisión de tutelas. Acción de Tutela radicada 31.972, de treinta y uno (31) de julio de dos mil siete (2007):

A partir de lo anterior el órgano de control profirió fulminante sanción en contra del accionante que implicó su destitución y una inhabilidad para ocupar cargos públicos por 12 años. Se pregunta la Sala si esta decisión y los fundamentos en que se sustentó, principalmente el que hace referencia al principio de tipicidad en materia disciplinaria, en verdad estaban por encima de la garantía del debido proceso y dentro de ella del de favorabilidad. Y para responder este interrogante, la Sala hará acopio de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido el principio *pro homine* reconocido en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece:

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción 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”.

Este principio, denominado también Cláusula de Favorabilidad en la Interpretación de los Derechos Humanos, el cual ha sido desarrollado por la Comisión Interamericana⁵⁶ y por la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia se explica que:

“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

⁵⁶ Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” Corte IDH, Opinión Consultiva O-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párrafo 46.

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 extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre⁵⁷ tiene total aplicación en el derecho interno, pues así lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política y por ello a él están sujetos las autoridades y para el caso objeto del *sub jure*, el Ministerio Público en ejercicio de la función que también la Carta le ha encomendado de "vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas" (artículo 118).

Siendo ello así, autoridades como las demandadas que hacen parte de lo que la Constitución del 91 denominó "órganos de control" –junto con la Contraloría General de la República (artículo 117)–, les corresponde ceñir estrictamente su conducta al respeto del mentado principio y en esa tarea claro deben tener que a pesar de que sus decisiones comúnmente reciben el rótulo de "fallos" no tienen tal naturaleza que la Constitución Política sólo radicó de manera exclusiva en los entes expresamente indicados en su título VIII –"De la Rama Judicial".

Esto significa que en el ámbito de sus competencias, si bien sus actuaciones son autónomas, esa autonomía no se compara con la que el constituyente primario radicó en aquellos encargados de administrar justicia y, en esa medida, aunque están facultados para encuadrar las conductas a las normas que consideren fueron infringidas, en tal tarea deben respetar de la manera más estricta posible los derechos de los asociados desarrollados en la Constitución Política o en los tratados internacionales que reconocen los mismos, ratificados por el Congreso.

La Sala entonces considera que si bien le asiste razón a la Procuraduría en alegar la autonomía con que el "juez disciplinario" puede encuadrar las conductas en los tipos que establecen faltas gravísimas y prohibiciones, en virtud de la estructura abierta y especial de los mismos –muy diferente a la construcción de los tipos penales–, también lo es que dicha facultad debe ceder en eventos donde existen dos disposiciones perfectamente aplicables a la conducta del disciplinado, pues en ese caso entra en juego el principio *pro homine* según el cual, se reitera, debe preferirse "...la norma o

⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-284 de 2006.

la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos"⁵⁸.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en su fallo 3.435 de 1992 y su aclaración N° 5.759-93 determina que "los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución".

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido este postulado o principio de interpretación constitucional en el fallo Rol N° 740-07, de 2008:

"Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio 'favor persona' o 'pro homine' en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al 'servicio de la persona humana' y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud"⁵⁹.

El Tribunal Constitucional chileno aplica el principio *pro homine* o favor persona, desarrollado por la Opinión Consultiva N° 5/1985 de la CIDH, en aplicación del artículo 29 de la CADH, en la *sentencia 1361-09*, sobre la LEGE de 2009:

"Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido:

Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: 'En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio *pro*

⁵⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-284 de 2006.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°.



homine o *favor libertatis* definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: 'Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana' (Opinión Consultiva 5, 1985); '(Rol 740)''⁶⁰

El Tribunal Constitucional chileno en requerimiento de inaplicabilidad deducido respecto del artículo 137 del DFL N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982. Ley General de Servicios Eléctricos, el Tribunal Constitucional vuelve a referirse al principio *pro homine*, en la perspectiva del subprincipio *favor libertatis*, en los siguientes términos:

"Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio *favor libertatis*, derivado de que éstos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio".⁶¹

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno en sentencia Rol N° 1.484, de 5 de octubre de 2010, hace uso del principio *pro homine*, para rechazar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 186 del Código Procesal Penal, en la medida que este puede ser interpretado sosteniendo que la expresión "cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente" se refiere no solo al imputado sino que también abarca a la víctima o querellante particular. Su argumentación jurídica fue la siguiente:

"Que, a mayor abundamiento, un juicio de constitucionalidad, como el que en esta oportunidad se realiza, no puede prescindir del hecho de que las normas que confieren derechos deben interpretarse de tal manera que potencien el goce del respectivo derecho y no al revés. Esta afirmación no es sino una consecuencia del clásico principio de interpretación *favor homine* o *favor persona* que obliga, precisamente, al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de la persona antes que aquella que los anule o minimice. En palabras de Rubén Hernández Valle, 'el citado principio, junto con el de *pro libertatis*, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.191, de 19 de mayo de 2009, considerando 19°.

derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano' (*Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*. Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2007, p. 48).

Es así como una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal, en lo que respecta a la persona 'afectada' por una investigación que no se ha formalizado, que incluya tanto al imputado como a la víctima o querellante, resulta, también, más acorde con el aludido principio hermenéutico cuya fuente última se encuentra en la consagración del valor de la dignidad de la persona en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental. Al mismo tiempo, refuerza el Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Ley Suprema, al realzar, en todo su vigor, los derechos que ella garantiza".⁶²

En sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.881-10 de 3 de noviembre de 2011, sobre aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, el voto concurrente de los ministros Carmona, Fernández Fredes, García y Viera Gallo, aplica el principio *favor homine* y *favor libertatis*, al referirse a las normas convencionales internacionales del PIDCP y la CADH sobre el derecho a contraer matrimonio.

El Tribunal Constitucional en Rol N° 567 de 2010 sobre el caso de inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, asume la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35°, que considera la libertad de expresión como "un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia", invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional determinará que conforme a la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH no puede limitarse la expresión de ideas, "aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89)".

Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41° de la sentencia, refiriéndose a las normas que sancionan la apología

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.484, de 5 de octubre de 2010, considerando 25°.



del odio, asumiendo también los estándares de la CIDH fijados en la sentencia Castillo Petrucci y otros vs. Perú, precisa “que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal” (Caso Castillo Petrucci y otros, p. 121). Agregando que la ambigüedad de la ley podría “abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este Tribunal ‘todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados’” (considerando 40º). Así el Tribunal Constitucional realiza una *interpretación receptiva* de la jurisprudencia de la CIDH, mediante la *asimilación de la ratio decidendi* de la sentencia del caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú.

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha precisado:

“[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos”.⁶³

⁶³ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras”, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de 1º de abril de 2004, considerando 3º. Véase texto en Revista Diálogo Jurisprudencial

La Corte Suprema de México de acuerdo con la tesis 1ª./J. 107/2012, con registro 200/2000, emitida por reiteración de criterios por la primera Sala de la Corte, establece que en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene como fuentes las normas constitucionales y los tratados de derechos humanos: “Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano”.

Los valores, principios y derechos de ambas fuentes “deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación”. Sin embargo, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico (Constitución y Tratados) la elección del juzgador sobre la norma que será aplicable, en materia de derechos humanos, “atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona”.

En caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, “deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”.

La tesis agrega que el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye todos los derechos que emanan de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

El Tribunal Constitucional del Perú, considera y aplica el principio pro homine o favor persona, en su sentencia *EXP. N° 02005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009*:

“6.1.2. Principio *pro homine*.

33. El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que

Nº 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153-163.



mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1.049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”.

8.2. PRINCIPIO *PRO DEBILIS*

“34. Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio favor debilis, pro debilis o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio pro homine antes anotado, configuran el principio de centralidad del ser humano. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.

El Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia en *EXP. N° 04657-2008-PA/TC*:

“2. En primer lugar, este Tribunal considera oportuno precisar que no comparte el criterio esgrimido por las instancias judiciales anteriores para declarar la improcedencia de la demanda. Dicho criterio se encuentra sustentado en la mera aplicación de las normas procesales, sin tener en cuenta que en el marco de los procesos constitucionales, como lo es el amparo, dichas normas deben ser interpretadas en atención al principio pro homine, en virtud del cual, en caso de duda en el sentido en que debe aplicarse la norma, debe preferirse el sentido que tienda a la mejor optimización de la protección de los derechos fundamentales invocados.

3. Este principio se encuentra recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando señala, en su tercer párrafo, que el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales; y en su cuarto párrafo que cuando en un proceso constitucional se presente una

duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. Asimismo de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde al juez constitucional aplicar el derecho correspondiente al caso traído a su conocimiento así no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

4. En el caso de autos es cierto que el demandante no señala en forma clara y precisa cuál sería el acto lesivo en concreto que estaría contraviniendo sus derechos constitucionales, específicamente aquellos contenidos en el artículo 139° numeral 2 de la Constitución. No obstante, del análisis de los documentos obrantes en el expediente y de los argumentos esgrimidos por el demandante, es posible inferir que el acto lesivo en cuestión estaría constituido por la conducta renuente del magistrado emplazado a hacer cumplir el mandato contenido en una sentencia favorable al demandante que fuera expedida por el Tribunal, lo cual devendría en una afectación al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en lo que se refiere específicamente al derecho de todo justiciable a obtener la ejecución de aquella resolución judicial que le sea favorable en un plazo razonable.

5. En consecuencia, habida cuenta de que, a pesar de que el demandante no ha precisado debidamente el acto lesivo y los derechos afectados, ha sido posible identificarlos a partir del análisis de los documentos obrantes en el expediente, corresponde, en aplicación de los principios reseñados en los fundamentos 2 y 3 supra, esto es, el principio pro homine y el principio iura novit curia, entrar a analizar el fondo del asunto”.

El hecho de enfrentarnos a un presunto conflicto de derechos es jurídicamente posible debido a que las normas en contienda pueden clasificarse como *principios*, en contraposición de las *reglas*.

De acuerdo con importantes autores como Robert Alexy, la diferencia entre estas dos categorías radica, en la forma de solución de los conflictos o colisiones que existan entre unas y otras. En palabras de este autor, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...]. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* [...] que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas. En el

ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos [...]. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no [...]. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, no más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible [...].

[...] Así, un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida [...]. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma es válida jurídicamente o no lo es. Que una regla sea válida y sea aplicable a un caso, significa que su consecuencia jurídica también es válida. Más allá de la forma en que se fundamenten, debe excluirse la posibilidad de que sean válidos dos juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí [...].

En caso de que se requiera determinar la invalidez de la regla, el problema puede solucionarse por medio de reglas tales como “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generalis*”, pero también es posible proceder de acuerdo a la importancia de la regla en el conflicto. Lo fundamental es que la decisión versa sobre la validez.

En contraste con lo anterior, las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que sólo puedan entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...].

Siendo entonces que la colisión de principios tiene una naturaleza jurídica distinta al conflicto de reglas, es lógico concluir que la primera requiere criterios de solución específicos. Como lo señala Alexy en

su texto, los principios de temporalidad, especialidad o jerarquía no son aplicables en las colisiones de principios. Para solucionar este tipo de problemas, la doctrina constitucional nacional y comparada ha generado lo que se conoce como el *ejercicio de ponderación*.

La ponderación no se refiere a la interpretación de la norma secundaria, sino que implica desentrañar el sentido de diversas normas constitucionales o internacionales –en el caso de los derechos humanos– como paso previo para solucionar la colisión, con base en el peso específico de los derechos o intereses involucrados en el caso particular.⁶⁴

La CIDH estableció que, para ser compatibles con el régimen internacional de protección de la persona, las restricciones al goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH deben: a) estar expresamente autorizadas por la Convención; b) responder a fines legítimos, es decir, “que obedezcan a ‘razones de interés general’” –finalidad válida–; c) apegarse al “propósito para el cual han sido establecidas” –idoneidad o razonabilidad de la medida–, y d) estar establecidas por leyes en sentido formal.⁶⁵

La CIDH ha precisado que atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, es apropiado concluir que: “al interpretar el término ‘necesarias’ en el contexto de las restricciones autorizadas al derecho en comentario, éste, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la ‘existencia de una necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’ [...]. Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión [...] dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo [finalidad válida]. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles

⁶⁴ Véase MEDELLÍN URQUIAGA, XIMENA, 2013, *Principio Pro Persona*, Comisión de Derechos Humanos Distrito Federal; Centro de Investigación Aplicada de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia de la Nación; Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en México; México D.F. Véase en http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf

⁶⁵ CIDH. La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párrafo 18.



con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁶⁶

Por otra parte, debe señalarse que respecto del principio favor persona 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 que afectan a los mismos. 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.⁶⁷

Si bien los principios favor persona y de ponderación se refieren al tratamiento de las restricciones y limitaciones de los derechos, cabe preguntarse: ¿Cuál es la diferencia entre el principio favor persona o *pro homine* y la ponderación de derechos?

Consideramos que el principio *pro homine* o favor persona es un concepto más amplio que la ponderación, ya que como hemos visto no se circunscribe al tema de las restricciones a los derechos humanos. Dicho principio tiene un impacto directo en la forma en que debe construirse el contenido y alcance tanto de los derechos humanos como de las obligaciones estatales. El principio *pro persona* opera en la constitución del parámetro de control de actos de aplicación y normas secundarias, así como en el proceso de identificación de la interpretación más favorable de estas últimas. Asimismo, el principio *pro persona* ha sido considerado como un criterio de solución de antinomias, incluso cuando estas se presentan entre normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. Además, la favorabilidad de los derechos de una persona sin ninguna otra consideración resultaría en un detrimento –probablemente desproporcionado, arbitrario o discriminatorio– de los derechos de un tercero. Por lo tanto, la ponderación es el ejercicio normativo aplicable en este escenario.

⁶⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), doc. cit., párrafo 46.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 2005, párrafo 105.

Si tenemos en consideración el artículo 13 de la CADH sobre libertad de expresión, la cual establece:

Artículo 13: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

La libertad de pensamiento y expresión contiene, a su vez, los supuestos generales en los cuales su ejercicio podrá ser limitado, entre ellos: a) el respeto a los derechos de los terceros; b) la seguridad nacional; c) el orden público, y d) la salud o moral pública. Sin embargo, la enunciación de estos conceptos no es suficiente para poder determinar si un acto específico de regulación implica una restricción desproporcionada, arbitraria o discriminatoria del derecho en consideración.

Con estas bases, se puede proceder a analizar si la norma secundaria o el acto de aplicación concreto pueden ser tenidos como compatibles con el reconocimiento constitucional e internacional de la libertad de pensamiento y expresión.

La ponderación no implica la interpretación de las normas que reconocen los derechos, aunque la primera es un paso previo indispensable para la segunda. El proceso de construir el significado de las causas por las cuales se puede limitar el derecho es parte de la determinación de su contenido y alcance, en este caso estamos frente a la interpretación con base en la cual se establece el propio parámetro de control. Este ejercicio es exclusivo del principio *pro persona*. Sin embargo, al tratarse de una restricción autorizada, fundamentada en los derechos de terceras personas, la interpretación inicial que ha de preceder al ejercicio de ponderación deberá sostener una lectura expansiva de todos los derechos en colisión, en cumplimiento del principio *pro persona*. En estos casos, el énfasis estaría en identificar la idoneidad de la medida y la estricta proporcionalidad con la afectación del derecho en cuestión.

Cuando la restricción se fundamenta en un interés social, como la seguridad nacional o el orden público, entre otros, es posible sostener una interpretación restrictiva del concepto. Asimismo, se debe determinar la idoneidad de la medida desde la perspectiva de una necesidad social imperiosa, tal como lo apunta en su jurisprudencia la CIDH. Por otra parte, cabe señalar que no son objeto de ponderación los contenidos esenciales de un derecho fundamental, como por ejemplo la presunción de inocencia. Ninguna norma de derecho interno o internacional permite dar preferencia a los derechos de las víctimas frente a los derechos de la defensa en los procesos penales, aun cuando se encuentren involucrados menores de edad y deba protegerse su interés superior en la participación de los mismos.

8.3. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* O FAVOR PERSONA Y LA PONDERACIÓN TIENEN UN CONTENIDO PROPIO Y AUTÓNOMO UNO DE LA OTRA, TAMBIÉN TIENEN UNA ÍNTIMA RELACIÓN

El principio favor persona será, de inicio, el criterio aplicable al momento de analizar los derechos e intereses entre los cuales se ha presentado la colisión. Por su parte, *la ponderación* es el ejercicio adecuado para determinar la validez de una limitación establecida, en términos más concretos, por una norma secundaria o un acto de aplicación.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, según el *nomen iuris* que quiera utilizarse, y sus diversos atributos reconocidos por fuente nacional o internacional, constituyen límites a la potestad constituyente derivada, como asimismo a las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional, las cuales deben aplicarlos conforme al principio de progresividad y de irreversibilidad, además del principio favor persona. Ello implica, en definitiva, que tales derechos y sus atributos asegurados y garantizados por fuente interna o internacional, forman parte necesariamente del parámetro de control de constitucionalidad, en cuanto contenidos que constituyen principios jurídicos supremos del ordenamiento jurídico, que debe asumir la jurisdicción constitucional respectiva, al controlar los actos y normas emanados de los poderes constituidos.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional, un espacio de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en un protagonista que realiza una adecuada y necesaria mediación entre la Constitución y la situación específica.

Las Cartas Fundamentales y el derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, exigen a los agentes y órganos del Estado no solo una función de respeto de los derechos, sino también una *función promocional* que exige a todos los operadores jurídicos y, en especial, a los órganos de jurisdicción constitucional dentro sus competencias, remover los obstáculos que posibiliten el libre y pleno ejercicio de los derechos como asimismo maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo, los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

Nada impide, en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un "plus" respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de normas que mejoren el contenido de derechos y sus garantías no pueden ser consideradas inconstitucionales, si se aplican las reglas interpretativas "favor homine" o "favor persona" y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

Asimismo, el deber de los órganos estatales de cumplir de buena fe y sin oponer obstáculos de derecho interno, como lo exigen los arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los



tratados, los tratados de derechos humanos, en especial, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que determina el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como asimismo el deber de adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que establece el artículo 2º de dicha Convención, se concreta no solo a través del ejercicio del poder constituyente o legislativo, sino también mediante la potestad jurisdiccional que ejercen los tribunales de justicia dentro de sus respectivas competencias establecidas por las Constituciones y las leyes respectivas de los correspondientes estados.

Dentro de este contexto, debe tenerse presente el deber de concretar el control de convencionalidad por parte de los jueces y tribunales nacionales, para impedir que se vulneren los derechos asegurados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás convenciones complementarias, las cuales constituyen un piso mínimo de respeto de los derechos fundamentales que debe entenderse que integra y complementa el contenido de los derechos explícitos e implícitos asegurados por la Constitución.

Por último, cabe señalar que el control de convencionalidad que pueden ejercer todos los jueces, aplicando preferentemente la Convención Americana sobre las normas de derecho interno en perspectiva favor persona, complementa el control de constitucionalidad ya sea concentrado o difuso, abstracto o concreto, según el modelo implementado en cada Estado, que deben realizar los tribunales que ejercen jurisdicción constitucional, ya que dicho control de constitucionalidad se realiza teniendo como parámetro el bloque constitucional de derechos, como asimismo debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, España, 1996.
- ALEX, ROBERT, *Teoría general de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La interpretación de los derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994.
- , “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna”, V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ed. UNAM, México, 1998.

- , “Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coord.), *El derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos”, en AA.VV., V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ed. UNAM, México, 1998.
- DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel Derecho, Madrid, 1987.
- DELPERÉE, FRANCIS, “O Derecho a dignidad humana”, en Barros, S. R., Zilveti, F. A. (coords.), *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, Ed. Dialética, Sao Paulo, 1999.
- FAVOREU, LOUIS, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, RFDC Nº 4, pp. 581, 1990.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- HÄBERLE, PETER, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, traducción Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- , “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, 1994.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Editorial Comares, España, 1966.
- MEDELLÍN URQUIAGA, XIMENA, *Principio Pro Persona*, Comisión de Derechos Humanos Distrito Federal; Centro de Investigación Aplicada de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia de la Nación; Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en México; México D.F., 2013. Disponible en http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf
- NASH ROJAS, CLAUDIO, “El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *Diálogo judicial Multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Ed. CECOCH y Librotecnia, Santiago, 2013.
- PÉREZ TREMS, PABLO, “Los derechos fundamentales”, en López Guerra, Luis y otros, *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- , “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en López Guerra, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al prof. Joaquín García Morillo*, Ed. Tirant lo Blanch, Sevilla, 2001.
- PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. Disponible en <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm>

- SAGÜES, NESTOR PEDRO, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", en José Palomino y José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2002.
- SARLET, INGO (Org.), *Dimensões da Dignidade*, Ed. Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2005.
- SARLET, INGO WOLFGANG, *Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988*, 7ª edição revista e atualizada, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2009.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia C-358 de 1997, fundamento 15.5.
- Corte Constitucional de Colombia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48.
- Corte Constitucional de Colombia C-551 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95.
- Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005
- Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-129/11.
- Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-085/12.
- Corte Constitucional de Colombia N° 187/06 de Corte Constitucional, 15 de marzo de 2006.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 248-98.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Barrios Altos vs. Perú", 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso La última tentación de Cristo vs. Chile", 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso la Masacre de Mapiripán vs. Colombia", 2005, párrafo 105.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile", 2006, párrafo 59.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú", 2006, párrafo N° 293.
- Corte Suprema de Costa Rica, fallo 3.435 de 1992.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina de 17 de mayo de 2005, sentencia causa N° 3221-L. 486, XXXVI; t. 328, p. 1.491.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina de 8 de agosto de 2006.
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de 1º de abril de 2004, considerando 3º.
- Corte Suprema de México de acuerdo con la tesis 1ª/J. 107/2012, con registro 200/2000.
- Tribunal Constitucional de Colombia, sentencia C-033/1993.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 22 de 1995.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25º.

- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 740-07, de 18 de abril de 2008, considerando 69º.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 1.361-09, sobre la LEGE de 2009.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol 1.361-09, 13 de mayo de 2009, considerando 73º.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 1.191, de 19 de mayo de 2009, considerando 19º.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 567 de 2010, considerando 35.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 1.484, de 5 de octubre de 2010, considerando 25.
- Tribunal Constitucional chileno, sentencia Rol N° 1.881-10 de 3 de noviembre de 2011, sobre aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil.
- Tribunal Constitucional del Perú, expediente 1.417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 4º.
- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia en EXP. N° 04657-2008-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú sentencia EXP. N° 02005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009.
- Suprema Corte del Uruguay, N° 365, de 19 de octubre de 2009, fundamento III. 8.

Textos legales

- Constitución de Bonn, 1949.
- Constitución de Portugal de 1976.
- Constitución española de 1978.
- Constitución de Chile, 1980.
- Constitución de Honduras de 1982.
- Constitución de Guatemala de 1985.
- Constitución de Brasil de 1988.
- Constitución de Costa Rica, en su artículo 48, introducido por reforma de 18 de agosto de 1989.
- Constitución de Colombia de 1991.
- Constitución de Paraguay de 1992.
- Constitución del Perú de 1993.
- Constitución de Nicaragua de 1987, reformada en 1995.
- Constitución de Venezuela de 1999.
- Constitución de Costa Rica de 1949, reformada en 2001.
- Constitución de Panamá, reformada en 2004.
- Constitución de Brasil, reformada en 2005.
- Constitución de Ecuador de 2008.
- Constitución de Bolivia de 2009.
- Constitución de República Dominicana de 2010.
- Constitución de México de 2011.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Otros Documentos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230, 1996.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230, 1996, párrafo 40.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y otras. Costa Rica, 1983.
- INFORME N° 10/91, 1991.
- INFORME N° 39/99, 1999.