



FLACSO
MÉXICO

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ACADÉMICA DE MÉXICO**

**DOCTORADO EN INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS SOCIALES CON
MENCIÓN EN CIENCIA POLÍTICA
IX (novena) Promoción 2012 – 2015**

**El Papel de las Audiencias en la Protección de Derechos y la Construcción de Legitimidad
Judicial. Los Casos de Colombia y México.**

Tesis que para obtener el grado de Doctor
en Ciencias Sociales con
mención en Ciencia Política, presenta:

CÉSAR AUGUSTO VALDERRAMA GÓMEZ

Directores de Tesis:

Doctor Julio Ríos Figueroa
Doctora Andrea Castagnola

Seminario de Tesis: Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia
Línea de investigación: Estado, Democracia y Derechos Humanos.

México D. F., agosto de 2015

Tesis realizada con el apoyo del Consejo Nacional de Ciencias y Tecnología – CONACyT

Para Nory, Jinmer, Cata, Adri y Migue.

AGRADECIMIENTOS

Esta Tesis y el proceso de estudios de doctorado no hubiera sido posible sin el apoyo de Nory, Sara, Adriana, Jinmer y Miguel. Para ellos, todo mi amor y gratitud.

También agradezco a Julio Ríos Figueroa, Andrea Castagnola, Karina Ansolabehere, y Juan Carlos Rodríguez Raga, por todos los conocimientos que me dieron, su dedicación y apoyo a lo largo de todo mi proceso de investigación y aprendizaje. A Sara Catalina Atehortúa, por haber escuchado todas las versiones de esta Tesis, compartirme sus ideas, recomendaciones y por enseñarme a entender el Sistema de Salud en Colombia. A mis amigos con quienes compartí el Seminario de Tesis: Sandra Serrano, Ixchel Benítez, Jairo López, Liliana Onofre, Ramiro Sánchez, Ruth Navarrete, Fernando Guzmán, que me ayudaron con muchas de las ideas que desarrollé en la Tesis. A Germán Rincón Perfetti, Camila Gianella, Aquiles Arrieta, Jairo Humberto Restrepo, por las conversaciones y comentarios a esta investigación. A Juanny Hernández y Carolina Escobar, Melisa Pardo y Claudio Dávila, por su compañía y respaldo.

No puedo dejar de expresar mi sincero agradecimiento con la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México, y todas las personas que hacen de ella una noble institución. Siempre estaré en deuda con ellos por haberme acogido y brindado lo mejor. Mi profunda gratitud y afecto a Karina Ansolabehere, Andrea Castagnola y Julio Ríos Figueroa por su amistad, confianza, apoyo y ánimo lo largo de todo mi proceso de formación en México e incentivar en mi, el gusto por la investigación. Gracias, muchas gracias.

RESUMEN

¿Por qué una Corte da más protección a un derecho en específico y no a otros? ¿qué motiva ese comportamiento diferenciado?. Argumento, combinando elementos teóricos de Baum (2006), Staton (2010), Varberg (2005), entre otros, que el comportamiento de las Cortes depende de el tipo de audiencia judicial que enfrenta al momento de su creación (Audiencia Inicial) y el tipo de audiencia que ella desearía agrandar (Audiencia Deseada). Específicamente, las Cortes deciden de acuerdo a las preferencias de su audiencia, primero considerando los intereses de la *Audiencia Inicial*, y luego, a largo plazo, los intereses de la *Audiencia Deseada*. Si un derecho beneficia los intereses de su audiencia, se espera que la Corte le otorgue mayor protección a ese derecho, pero si el derecho perjudica aquellos intereses, la Corte no lo garantizará. Si los intereses de ambas audiencias coinciden, se espera un comportamiento homogéneo de la Corte sobre aquellos derechos que son relevantes a esos grupos. Cuando eso no ocurre, se espera que la Corte produzca una jurisprudencia errática en un intento por complacer ambas audiencias. Argumento además que la relación entre el comportamiento de la Corte y sus audiencias sigue una lógica de *path dependence*.

Para ilustrar el argumento uso los casos contrastantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, desde la Reforma Constitucional de 1994 y la Corte Constitucional colombiana desde su creación con la Constitución de 1991. El foco está en los derechos de Minorías Sexuales discriminadas y el Derecho a la Salud, donde la Corte colombiana da considerablemente más protección al derecho a la salud que al los derechos de las minorías sexuales y la Corte mexicana hace lo contrario. El argumento propuesto es que el comportamiento diferenciado está determinado por la relación entre la Audiencia Inicial y Deseada de las Cortes en cada país.

Palabras Claves: Comportamiento Judicial, Audiencias Judiciales, Inestabilidad Institucional, Protección de Derechos, Suprema Corte de Justicia de la Nación México, Corte Constitucional Colombiana.

Abstract

¿Why a court can give greater protection to specific rights and not to all of them? What motivates this differentiated behavior? I argue, combining theoretical elements from Baum (2006), Staton (2010), Vanberg (2005) and others, that the courts' behavior depend on the type of judicial audience they face at the moment of their creation (*initial audience*) and the type of audience they wish to please (*desired audience*). Specifically, courts decide according to the preferences of their audience, first considering the interests of the *initial audience*, and then, at long-term, the interests of the *desired audience*. If a right benefits the interests of the audience, the court is expected to give broad protection to that right, but if the right harms those interests, the court do not give greater protection to the right. If both audiences' interests do not match the court is expected to develop a homogeneous behavior over the rights that are relevant to those groups. When that does not happen, it is expected that the court produces erratic jurisprudence as an attempt to please both audiences. I further argue that the relation between the courts' behavior and their audiences follow a path dependent logic.

I illustrate the argument in the contrasting cases of the Supreme Court of Mexico, since the constitutional reform in 1994, and the Constitutional Court of Colombia, since its creation with the 1991 Constitution. I focus on right to health and the rights of discriminated sexual minorities, showing that whereas the Colombian Court has given considerably more protection to the right health than to the rights of discriminated sexual minorities, the Mexican Court has done the opposite. I argue that this differentiated behavior is determined by the relation between the initial and the desired court audiences in each country.

Keywords: Judicial Behavior, Audiencias, institutional instability, Protection of Rights, Supreme Court of the Nation Mexico , Constitutional Court of Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	III
RESUMEN	IV
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1 COMPORTAMIENTO DIFERENCIADO DE LAS CORTES EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS	8
1.2 PREGUNTA	10
1.3 HIPÓTESIS	11
1.4 REVISIÓN DE LA LITERATURA	12
1.4.1 Explicación a través de los Modelos generales de comportamiento	13
1.4.2 Explicación a través de Audiencias Judiciales con enfoque estratégico	18
1.5 ESTRATEGIA EMPÍRICA	24
1.5.1 Selección de Países	25
1.5.2 Periodo de tiempo	25
1.5.3 Selección de Derechos	26
1.6 DESCRIPCIÓN DE LOS CAPÍTULOS	28
2. TEORÍA Y MÉTODO	29
2.1 PROPUESTA TEÓRICA: PERSPECTIVA DE AUDIENCIAS JUDICIALES CON ENFOQUE ESTRATÉGICO	29
2.2 VARIABLE DEPENDIENTE: EL COMPORTAMIENTO DE LAS CORTES	32
2.2.1 Selección de Sentencias	32
2.2.2 Análisis de Línea Jurisprudencial	33
2.3 VARIABLE INDEPENDIENTE: AUDIENCIAS JUDICIALES	35
2.3.1 Audiencia Inicial	36
2.3.2 Audiencia Deseada	37
2.3.3 Identificación de las Audiencias y sus preferencias	41
2.4 VARIABLE INTERVINIENTE	43
2.5 MECANISMOS DE INTERACCIÓN DE LAS VARIABLES	45
2.6 PATH DEPENDENCE	48
3. COLOMBIA	55
3.1 COMPORTAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SALUD Y MINORÍAS SEXUALES	55
3.2 AUDIENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	57
3.2.1 Audiencia Inicial: mayoría ciudadana	57
3.2.2 Audiencia Deseada: coincidencia con la Audiencia Inicial	68
3.2.3 Preferencias de la Mayoría Ciudadana, 1991-2013	68
3.3 GOBIERNO DIVIDIDO EN COLOMBIA	71
3.4 COMPORTAMIENTO DETALLADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	73
3.4.1 Jurisprudencia en Salud	81
3.4.2 Jurisprudencia en Minorías Sexuales	94
3.5 CONCLUSIÓN: COMPORTAMIENTO DE LA CORTE Y LAS PREFERENCIAS DE LA MAYORÍA CIUDADANA	115

4. MÉXICO	117
4.1 COMPORTAMIENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN SALUD Y MINORÍAS SEXUALES.....	117
4.2. AUDIENCIAS DE LA SUPREMA CORTE.....	118
4.2.1 <i>Audiencia Inicial: Élite Política</i>	118
4.2.2 <i>Audiencia Deseada: mayoría ciudadana</i>	127
4.2.3 <i>Preferencias de las Audiencias</i>	130
4.3 GOBIERNO DIVIDIDO EN MÉXICO.....	134
4.4 COMPORTAMIENTO DETALLADO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....	138
4.4.1 <i>Jurisprudencia en Salud</i>	142
4.4.2 <i>Jurisprudencia en Minorías Sexuales</i>	151
4.5 CONCLUSIÓN: COMPORTAMIENTO DE LA CORTE Y LAS PREFERENCIAS DE SU AUDIENCIA INICIAL Y DESEADA.....	159
5. CONCLUSIONES	161
6. BIBLIOGRAFÍA.....	166

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS Y TABLAS

Figuras

Figura 1. Comportamiento judicial cuando la audiencia inicial es la mayoría ciudadana.

Figura 2. Proceso de transición cuando las audiencias no coinciden. (escenario 2).

Figura 3. Comportamiento general de la Corte Constitucional en Minorías Sexuales, 1992-2013.

Gráficas

Gráfico 1. Número de sentencias de la Corte Constitucional sobre el Derecho a la Salud y Minorías Sexuales, 1992-2013.

Gráfico 2. Sentencias de la Corte Constitucional en Salud, 1992-2013.

Gráfico 3. Sentencias de la Corte Constitucional en Minorías Sexuales, 1992-2003.

Gráfico 4. Gasto de consumo final del gobierno general como porcentaje del PIB. 1991-2014.

Tablas

Tabla 1. Combinación de los tipos de Audiencia y sus intereses.

Tabla 2. Propuestas para el Control Constitucional.

Tabla 3. Nivel de aceptación de la homosexualidad en Colombia, 1994-2014.

Tabla 4. Cohesión de los Gobiernos en Colombia. 1991-2014.

Tabla 5. Número de Tutelas en Colombia y Sentencias de la Corte Constitucional, 1992-2014.

Tabla 6. Fechas del Proceso de Análisis y Evaluación de la Reforma.

Tabla 7. Vecinos no deseados en México: homosexuales.

Tabla 8. Nivel de aceptación de la homosexualidad en México, 1994-2014.

Tabla 9. Cohesión de los Gobiernos en México. 1994-2014.

Tabla 10. Desarrollo jurisprudencial de la SCJN frente al derecho a la Salud.

Tabla 11. Desarrollo Jurisprudencial de la SCJN frente a los derechos de minorías sexuales. 1994-2014.

1. INTRODUCCIÓN

El papel de las Cortes Constitucionales en los distintos ámbitos políticos y sociales es cada vez más destacado, pues muchas de sus decisiones han incentivado, en distintos grados, cambios en la sociedad: la inclusión de un tercer género sexual, la legalización del consumo de drogas, políticas de vivienda para la población pobre, juicios a políticos, son algunos de los muchos aspectos que se han resuelto en las Cortes alrededor del mundo. Sin embargo, la intensidad y el sentido de sus intervenciones varía sustancialmente según el tema o derecho que se trate, ya sea otorgando mayor protección y desarrollo, limitándolos o simplemente no considerándolos. Aunque las Cortes pueden tener distintos roles, ya sea como árbitros políticos, garantes de derechos o hacedores de políticas públicas, entre otros (Pozas-Loyo y Ríos-Figueroa, 2013; Ríos-Figueroa, 2010; Kapiszewski, 2010) y eventualmente, en cada uno podrían tener comportamientos diferenciados por derechos, esta tesis pone el foco exclusivamente en el comportamiento diferenciado que tienen cuando asumen el rol de Protectoras de Derechos.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una activa Jurisprudencia de protección en distintos tipos de derechos, tanto liberales como sociales: En 1994 declaró la Inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el consumo de drogas en dosis personal (Sentencia C-221 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz); en 1997 declaró que no era punible para el médico tratante el procedimiento de Eutanasia a pacientes que se lo solicitaran de forma consciente y capaz (Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz); en 1999, tras una grave crisis financiera, declaró Inconstitucional el Sistema de Financiación de Vivienda (UPAC) que estuvo vigente por más de 27 años (Sentencia C-700 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández), y desde 1992 ha desarrollado una masiva jurisprudencia de amplia protección al Derecho a la Salud (Dueñas, 2012; Rodríguez, 2012). Estos son solo algunos ejemplos de una activa Jurisprudencia de Protección de Derechos. Sin embargo, estas decisiones contrastan

con la tardía y poca protección que ha dado a otros derechos, como los de las minorías sexuales discriminadas, donde solo a partir del 2008 permitió la afiliación al Sistema de Salud, como beneficiario, a la pareja homosexual (Sentencia C-811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy); en el 2011 autorizó legalizar la unión de personas del mismo sexo (Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza) y aún se mantienen amplias restricciones para la adopción de hijas o hijos por parejas del mismo sexo: la condición que la Corte estableció para que la adopción fuera posible, fue que uno de los miembros de la pareja sea el padre o madre biológico del menor o la menor a adoptar (esta postura fue desarrollada a través de una Sentencia de Unificación de Tutela y generalizada con una Sentencia de Constitucionalidad: Sentencias SU-617/14, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Sentencia C-071/15, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) tuvo un importante cambio en la Jurisprudencia al desarrollar de manera profunda los Derechos sexuales y reproductivos (Madrazo y Vela, 2011) y en particular, los Derechos de Minorías Sexuales al declarar Constitucional la Reforma Legal que permitió el matrimonio y la adopción de hijos por parejas del mismo sexo (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010), o reconocer el Derecho de las personas transexuales a cambiar su sexo, lo que incluye el Derecho de una reasignación quirúrgica de sexo además de un reconocimiento en los documentos públicos de la nueva identidad sin que deba revelarse la anterior. Estos avances en los Derechos de Minorías Sexuales, sumados a los desarrollos en materia reproductiva, (e.g. permitir el Derecho al aborto, considerar el coito forzoso dentro del matrimonio como una violación y no como Ejercicio indebido del Derecho como fue considerado en 1994), ha llevado a algunos autores a hablar de una revolución sexual en la SCJN a través de una “robusta, creativa, expansiva interpretación del texto constitucional” (Madrazo y Vela, 2011: 1890). Sin embargo, y contrario a lo creativa y activista en los Derechos de Minorías Sexuales, frente a los Derechos sociales y económicos en general y en particular en el Derecho a la Salud, ha desarrollado una Jurisprudencia de poca protección con

avances moderados en casos puntuales, como en el año 2014 cuando otorgó el Amparo a 3 pacientes con VIH del Instituto Nacional de Enfermedades respiratorias, ordenando la adecuación de las instalaciones del Instituto con la construcción del “Pabellón 13” para brindar un adecuado tratamiento a los pacientes con VIH (Amparo de Revisión 378/2014).

En suma, la Corte colombiana ha desarrollado de manera más detallada y profunda los Derechos económicos y sociales, en particular el Derecho a la Salud, mientras que su intervención en la protección y expansión de los Derechos de Minorías Sexuales y Reproductivos ha sido relativamente tardía y limitada. En contraste, la Suprema Corte de México muestra un patrón opuesto: dio amplio desarrollo a los Derechos de las Minorías Sexuales, pero tuvo un relativo olvido de los Derechos económicos y sociales como el Derecho a la Salud ¿Qué motiva ese comportamiento diferenciado en la protección de derechos en estas Cortes? ¿Por qué deciden proteger más un grupo de Derechos que otros? La explicación que propone esta tesis, para contextos de fragilidad institucional como el latinoamericano, está basada en la perspectiva de Audiencias Judiciales con enfoque estratégico, en el cual la protección de derechos es explicado a partir de dos tipos de audiencia: i) la *Audiencia Inicial*, es para quién fue pensada y diseñada la Corte en el momento de coyuntura crítica y constituye su primera fuente de apoyo y legitimidad, y ii) la *Audiencia Deseada*¹, integrada exclusivamente por la mayoría ciudadana, es la audiencia que a largo plazo las Cortes buscan agrandar para ganar su apoyo: la búsqueda de ese apoyo específico está motivado por el tipo especial de respaldo y legitimidad que solo ese grupo puede dar. Aunque es posible considerar otras audiencias diferentes (e.g trabajos como los de Garoupa y Ginsburg: 2011, 2009), esta tesis se centra exclusivamente en esas dos por las razones que se exponen en el capítulo 2.

¹ Los conceptos de Audiencia Inicial y Audiencia Deseada se definen en los apartados siguientes a esta introducción y se desarrollan detalladamente, junto con el concepto de Coyuntura Crítica, el capítulo 2.

La Constituyente colombiana de 1991 y la Reforma Constitucional Mexicana de 1994, establecieron distintos tipos de audiencia para sus Cortes. En Colombia, la Corte Constitucional fue pensada y creada en un contexto donde la ciudadanía tuvo gran relevancia y participación (Quinche, 2010: 18) a la vez que los Derechos de las personas y sus mecanismos de protección tuvieron gran desarrollo en la Constitución de 1991 (Quinche, 2010; Rodríguez, 2006: 60; Cepeda, 2001: 4). Esas características permiten afirmar que la Audiencia Inicial de la Corte colombiana fue la mayoría ciudadana. En México, la Reforma Constitucional de 1994, hecha por el gobierno de Zedillo, modificó sustancialmente el diseño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y fue motivada y pensada por la élite gobernante como una forma de garantizar su propia legitimidad (Inclán, 2009), otorgándole atribuciones a la Corte que le permitieran actuar principalmente como “árbitro privilegiado del conflicto político” (Ansolabehere, 2007: 129; Inclán, 2004), concentrándose en resolver de manera casi exclusiva conflictos de los poderes políticos entre 1995 y 2006 (Magaloni y Zaldívar, 2006). Eso permitiría afirmar que la Audiencia Inicial de la Corte mexicana fue la élite política.

El argumento central de la tesis es que la coincidencia entre las Audiencias Inicial y Deseada (i.e. la mayoría ciudadana) en la coyuntura crítica colombiana de 1991 llevó a la Corte a desarrollar una Jurisprudencia que dio mayor protección a los derechos alineados con esa audiencia y menor desarrollo a aquellos que no eran compatibles con ella. En contraste, en México, la Corte Suprema reformada en la coyuntura crítica de 1994 debió considerar las preferencias de la élite política (i.e. la audiencia original) desarrollando una Jurisprudencia alineada con esas preferencias, al mismo tiempo que buscó ganar el respaldo de la mayoría ciudadana (i.e. la Audiencia Deseada) a través de decisiones que garantizaran los Derechos alineados a esa mayoría ciudadana pero que no interfirieran con los de las preferencias de la élite política. Además de eso, el argumento sostiene que el desarrollo jurisprudencial en las Cortes Constitucionales o Supremas sigue una trayectoria de *path dependence*: la atención de la Suprema Corte en México a las preferencias de la élite política (su Audiencia Inicial) ha retrasado y

dificultado el Proceso de Transición de su Jurisprudencia reflejante de las preferencias de la Audiencia Inicial a las de la Audiencia Deseada. En particular, fue hasta el año 2007 cuando hubo un importante cambio de rol de la Corte, cuando dejó de ser principalmente un árbitro político para asumir un papel en la defensa de los Derechos Humanos (Suárez, 2011). El Tipo de Audiencia de la Corte es la explicación que esta tesis propone al comportamiento diferenciado en la protección judicial de derechos.

Esta introducción plantea el problema general que expone la tesis, la pregunta específica que guía la investigación, las respuestas que se han dado en la literatura y la propuesta teórica con la que se busca construir una explicación alternativa.

1.1 Comportamiento diferenciado de las Cortes en la Protección de Derechos

En términos sencillos la tesis argumenta que en contextos de debilidad institucional, como el latinoamericano, resulta más adecuado asumir que los jueces son principalmente buscadores de legitimidad, en lugar de hacedores de políticas o que buscan implementar su propia agenda judicial, como lo sostienen generalmente los modelos de comportamiento judicial (i.e. Legal, Actitudinal, Estratégico). Este nuevo supuesto implica que las Cortes buscan apoyo y respaldo de actores claves, que llamo audiencias, para obtener legitimidad.² Específicamente, argumento que con ese apoyo lo ganan i) a través de alinear la Jurisprudencia a su Audiencia Inicial, que es aquella que les marca su nacimiento institucional, y ii) con la búsqueda de alineación de la jurisprudencia con su Audiencia Deseada (la mayoría ciudadana) que es la fuente de legitimidad buscada en última instancia por todas las Cortes (Vanberg 2005; Staton 2010). Cuando la Audiencia Inicial coincide con la Deseada, como en Colombia, la protección desigual de derechos está relacionada con las preferencias de la mayoría ciudadana. Pero cuando no coinciden, como en México, las preferencias de la

² La idea de legitimidad, por estar vinculada al concepto de audiencia judicial, se explica y desarrolla en el capítulo 2 de esta tesis, en el apartado dedicado a la Audiencia Deseada.

Audiencia Inicial ejercen una influencia desmedida sobre la jurisprudencia de la Corte retrasando y dificultando el tránsito hacia una jurisprudencia alineada con la mayoría ciudadana (la Audiencia Deseada).

La debilidad del Poder Judicial descrita por Hamilton en *El Federalista* 78, se acentúa aún más en las nuevas o frágiles democracias, por no mencionar aquellas en regímenes autoritarios (Trochev, 2011; Ginsburg y Moustafa, 2008; Solomon, 2007; Hilbink, 2007). Esa fragilidad lleva a las Cortes a buscar fuentes de apoyo, no solo para lograr que sus decisiones sean escuchadas y acatadas por los demás actores, sino fundamentalmente para evitar ataques tales como el cambio masivo de sus miembros o el cierre mismo del Tribunal. Para algunos investigadores, todas las Cortes Constitucionales, incluso aquellas en contextos de instituciones robustas y democracias consolidadas como la alemana, deben buscar y contar con el respaldo de actores externos para poder alcanzar sus objetivos judiciales, pues los jueces requieren de la cooperación del gobierno de las mayorías para dar fuerza a sus decisiones (Vanberg, 2005; Smithey, 1999). Sin ese apoyo, resulta difícil que sus sentencias sean acatadas y no podrían lograr cambios en la sociedad (Rosenberg, 1991).

La necesidad de apoyo externo es aún más importante para Cortes en democracias emergentes (Epstein, Knight y Shvetsova, 2001) o en contextos de debilidad institucional, donde además de buscar que sus decisiones sean acatadas, primero deben lograr la independencia, estabilidad y legitimidad necesarias para disminuir el riesgo de ataque y la posibilidad de ser cerradas. Ese es el caso de las Cortes en Latinoamérica o en países de la semi-periferia como lo llaman Uprimny y García-Villegas (2005: 69), donde su fragilidad institucional queda en evidencia con los constantes ataques que la mayoría de ellas ha sufrido en las últimas décadas. Esos ataques han incluido estrategias que van desde el nombramiento de jueces de bolsillo por parte del Ejecutivo, como en Argentina en 1990, pasando por presiones políticas para la renuncia de los magistrados, como en Bolivia en 2008, hasta casos críticos

como la disolución institucional como ocurrió en Venezuela en 1999 (Helmke, 2010; Helmke y Staton, 2010).

Este contexto obliga a las Cortes a mantener y consolidar fuertes y necesarios vínculos con la audiencia que las apoya y les da la legitimidad necesaria para disminuir el riesgo de ser atacadas por los demás actores. Por eso, entre la Corte y su Audiencia se establece un proceso dinámico de intercambio³, donde la primera ofrece una jurisprudencia alineada a las preferencias de la segunda, a cambio de recibir de ella respaldo y legitimidad, con lo que se origina el comportamiento diferenciado en la protección de derechos, donde se protegen más aquellos derechos que fortalecen esa relación y se restringen o ignoran aquellos que no lo hacen.

1.2 Pregunta

¿Por qué una Corte da más protección a unos derechos que a otros? ¿Qué motiva ese comportamiento diferenciado? Argumento, combinando elementos teóricos de Baum (2006), Staton (2010), Vanberg (2005), entre otros, que *el comportamiento diferenciado de la Corte depende del tipo de audiencia que enfrenta al momento de su creación (Audiencia Inicial) y de la audiencia que desea agradar (Audiencia Deseada)*. Esta tesis asume una dirección causal específica: la audiencia influye en el tipo de decisión de la Corte. Esto se deriva de la idea general según la cual en una democracia se espera que las instituciones políticas produzcan decisiones que se correspondan con las preferencias ciudadanas⁴.

³ Por proceso dinámico me refiero a que Cortes con más años de funcionamiento – Cortes establecidas- pueden convertir más fácilmente las buenas sentencias en altos niveles de legitimidad, mientras que en aquellas recién establecidas esos buenos resultados para el público se transforman en altos niveles de Apoyo concreto, pero no en Apoyo difuso -legitimidad- (Gibson, Caldeira y Baird, 1998). Los conceptos de Apoyo difuso y concreto se desarrollan en el capítulo metodológico.

⁴ Es posible pensar un sentido causal inverso, o en la otra cara de la moneda (Epstein y Martin, 2012: 264): Las decisiones de las instituciones políticas también influyen en las preferencias de la ciudadanía. En este último sentido el trabajo de Stoutenborough, Haider-Markel y Allen (2006) desarrolla una explicación sobre un mismo tipo de

1.3 Hipótesis

La hipótesis de la tesis consiste en que si un derecho es cercano a la Audiencia Inicial, se espera que la Corte le dé mayor protección que si no lo estuviera. También se espera que las Cortes a largo plazo se encuentren más alineadas a la Audiencia Deseada que a la Audiencia Inicial, pues las características de respaldo y legitimidad que la mayoría ciudadana brinda son superiores y resulta más atractiva para ellas. El caso de la Corte Constitucional rusa sirve para clarificar mejor este argumento. Como sostiene Trochev (2011), el principal grupo al que esa Corte dirige su atención está compuesta por la élite política, a la que procura beneficiar con su jurisprudencia para mantener vigente su institucionalidad y lograr que sus decisiones sean acatadas. Ese caso, al igual que muchos de los que se presentan en contextos políticos autoritarios, donde la audiencia más importante la conforman generalmente miembros de la élite política (Ginsburg y Moustafa, 2008), permite aclarar que aunque los jueces también buscan alinearse con sectores que no coinciden con la mayoría ciudadana, es sin embargo la Audiencia Deseada (la mayoría ciudadana) la que puede brindar el nivel más alto de poder judicial y legitimidad, aunque en casos como el ruso sea muy difícil para las Cortes alcanzar ese máximo.

Como se mencionó antes, se asume que la Audiencia Deseada está conformada por mayoría ciudadana. Esto puede generar la idea de Cortes populistas que solo buscan garantizar el interés de esa mayoría. Sin embargo, el proceso es mucho más complejo: las Cortes pueden usar el respaldo que brindan sus decisiones populares para construir un escudo que puedan luego usar para tomar decisiones controversiales, incluso en contra de esa mayoría que las apoya o para obligar a otros a hacerlas cumplir (Trochev, 2011: 6). Si estas ideas son correctas, se debería observar que

derecho que se presenta en esta tesis (minorías sexuales –derechos gay-) pero con una dirección causal inversa (i.e. Las Cortes influyen en las audiencias y no las “audiencias influyen en las Cortes” como sostiene esta tesis), también investigaciones como las de Bartels y Mutz (2009) y Ramírez (2008) son algunos ejemplos que analizan el “lado b” de la relación.

inmediatamente después de la creación de la Corte, los derechos más protegidos en la Jurisprudencia Constitucional serían aquellos que están más alineados a la Audiencia Inicial, aunque, con ciertas condiciones que facilitan el cambio de audiencia (e.g. fragmentación política); a largo plazo deberían ser los derechos más cercanos a la Audiencia Deseada.

En síntesis, sostengo que i) la audiencia de la Corte influye en cuál derecho se protege judicialmente de manera amplia y cuál no y, ii) la coincidencia o disparidad de las audiencias explica lo homogéneo o errático de la jurisprudencia al interior de esos derechos. En otras palabras, el comportamiento diferenciado en la protección de derechos por parte de las Cortes depende de su audiencia y, las características de la línea jurisprudencial que la Corte desarrolla en esos derechos (e.g. si es una jurisprudencia uniforme, constante, predecible, o por el contrario es una jurisprudencia con cambios abruptos en sus decisiones, errática) depende de la coincidencia, o no, de los actores que integran la Audiencia Inicial y la Deseada. En esta investigación se asume que la relación entre el comportamiento de las Cortes y sus audiencias sigue una lógica de *path dependence*⁵, pues permite explicar de mejor forma la trayectoria de comportamiento de las Cortes de Justicia al considerar de manera explícita el componente histórico y el peso de decisiones pasadas: pocas instituciones dependen tanto de las decisiones previas como las instituciones de Justicia, especialmente las del sistema de *common law* y cada vez más en el *civil law*, debido a las reglas de decisión que deben seguir para construir su jurisprudencia.

1.4 Revisión de la literatura

La literatura de comportamiento judicial tuvo origen y foco en las Cortes de Estados Unidos, especialmente sobre la Suprema Corte de Justicia de ese país. Aunque hoy se

⁵ La justificación detallada de la elección de esta aproximación se presenta en el capítulo metodológico.

ha extendido a otras regiones⁶, el legado de esos primeros trabajos ha permanecido (Maveety, 2003), en particular los tres grandes modelos de comportamiento: Legal, Actitudinal (decisión sincera) y Estratégico (decisión sofisticada) (Segal, 2008) que aún hoy se desarrollan a la par de una amplia variedad de nuevos argumentos, técnicas y tipos de evidencia. En esta sección expongo las explicaciones que desde esos modelos y a partir del análisis de factores específicos se han hecho al comportamiento diferenciado en la protección de derechos por parte de las Cortes.

1.4.1 Explicación a través de los Modelos generales de comportamiento

Aunque esos tres modelos del comportamiento judicial no son los únicos, sí son los más difundidos y usados en la literatura y dan una idea general sobre el tipo de explicación que se ha dado al comportamiento diferenciado de las Cortes en la protección de derechos.

Las iniciales concepciones apolíticas sobre los jueces, desarrolladas en los primeros trabajos del modelo legal, fueron cambiando con el tiempo al punto que hoy en día es difícil encontrar estudios que no los asuman como actores políticos que tienen como principal objetivo influir en la agenda y políticas públicas (Epstein y Knight, 2013).

El modelo legal, en el núcleo de su argumento, hace énfasis en el texto de la ley o la jurisprudencia como la principal influencia de los jueces para elaborar sus decisiones y a partir de ellas explicar su sentido. Bajo esta concepción, los jueces son observados como actores políticos del aparato gubernamental, pero se diferencian de los otros actores, como los miembros del Congreso o el Presidente, por su especial relación que tienen con el derecho. *“Sostenemos que las Cortes, incluyendo la Suprema Corte, son diferentes [del legislativo] y parte de esa diferencia es el rol del derecho en la toma de*

⁶ Un panorama general de la discusión en América Latina puede verse en Helmke y Ríos-Figueroa, 2010; y Sieder, Schjolden y Angell, 2011. Para los estudios sobre Europa, Stone Sweet, 2000; y en los regímenes autoritarios, Ginsburg y Moustafa, 2008.

decisiones" (Richards y Kritzer, 2002: 305). En este modelo los jueces no solo buscan interpretar el cuerpo normativo tan bien como sea posible (Segal, 2008: 21), sino que se encuentran fuertemente constreñidos por él, al mismo tiempo que crean la estructura jurisprudencial para decidir casos futuros, de ahí que sus decisiones sean atribuidas en gran medida al desarrollo normativo.

Bajo este modelo, el comportamiento diferenciado de las Cortes en la protección de derechos se explica a partir del desarrollo legal o jurisprudencial del derecho: aquellos con mayor desarrollo normativo tienden a ser más y mejor protegidos que los derechos de reciente creación o que aún no cuentan con un cuerpo jurídico suficiente. Esta explicación, sin embargo, no permitiría entender por qué, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana dio mayor protección al Derecho a la Salud, cuando en el marco constitucional no se encontraba catalogado como un Derecho fundamental, y menor protección a los Derechos de Minorías Sexuales que sí estaban garantizados constitucionalmente como derechos fundamentales a través del Derecho a la igualdad y no discriminación.

Para Segal y Spaeth (1993, 2002), quienes han desarrollado especialmente el modelo actitudinal (decisiones sinceras), los jueces se conciben como un actor político más, que tiene amplia libertad para decidir casos y lo hacen de acuerdo a sus valores y preferencias personales: Los jueces quieren hacer una política pública que coincida con sus concepciones ideológicas y en esa medida garantizan los derechos más próximos a sus preferencias y limitan aquellos que se alejan de ellas, siendo esa la explicación al comportamiento diferenciado en la protección de derechos en este modelo. Aunque en Latinoamérica se ha hecho un esfuerzo por fortalecer los diseños institucionales de las Cortes (Ansolabehere, 2007: 22-51; Ríos-Figueroa, 2010), el supuesto de "libertad de decisión" de los jueces que tiene el modelo actitudinal, no puede ser asumido fácilmente para las Cortes en la región: los constantes ataques contra las Cortes nos recuerdan con mucha frecuencia las restricciones de *facto* a que están sometidos los jueces. Además de ese supuesto poco realista para las Cortes

latinoamericanas, la explicación que propone el modelo no coincide con los cambios radicales, desde el punto de vista ideológico, en la jurisprudencia que se han desarrollado en Cortes cuya composición de sus miembros ha permanecido constante, o decisiones ideológicamente contrarias a las concepciones de los jueces, como sucedió con la Corte de Nepal, quien fuera la primera en el mundo en reconocer el Derecho de las personas Transgénero, aún cuando sus jueces eran conservadores.

En el modelo estratégico (decisiones sofisticadas), el supuesto de la *libertad de decisión* del juez del modelo actitudinal, es reemplazado por el cálculo que deben hacer los jueces sobre los efectos de sus decisiones y las reacciones de otros actores: los jueces quieren hacer una buena política pública, pero la definen en términos de resultado considerando sus propias actuaciones y las del gobierno como un todo, así ellos pueden desviarse de su posición política preferida, garantizando unos derechos y dejando de lado otros, como una manera de asegurar el mejor resultado posible. Esa es la forma en que este modelo explica el comportamiento diferenciado en la protección de derechos. El trabajo de Epstein y Knight (1997) es un buen ejemplo de cómo los jueces consideran las preferencias de otros actores y buscan congraciarse con ellas como parte de una estrategia para lograr sus propios objetivos.

Sin embargo, ¿cómo explicar decisiones judiciales que, por ampliar o restringir determinados derechos, llevan a las Cortes a confrontarse directamente con otros actores de gran poder político como el Ejecutivo o el Congreso? Una respuesta rápida llevaría a concluir que decisiones de ese tipo, en las que la Corte parece no considerar la reacción de otros actores relevantes (i.e. Ejecutivo, Congreso), no podrían calificarse como fruto de decisiones estratégicas. Sin embargo y considerando la versatilidad de este modelo, que arraiga la racionalidad y sofisticación en las decisiones (Spiller y Gely, 2007), se han propuesto explicaciones más complejas para analizar las Cortes en contextos de riesgo (Helmke y Staton, 2010).

En esta tesis se retoma la racionalidad de las decisiones de los jueces, que se asume el modelo estratégico, dentro de una lógica de *path dependence*, sin que ambas sean incompatibles:

“El análisis estratégico no es sinónimo de formalización: varias formas de comportamiento estratégico pueden ser fructíferamente analizados sin un modelo formal, (...) diferentes tipos de estudios sobre las Cortes, por lo tanto, pueden beneficiarse con la sola incorporación de la lógica de la acción estratégica (...). La investigación histórica interpretativa es un obvio ejemplo, aunque ocasionalmente sus practicantes lo niegan.” (Epstein y Knight, 2000: 642).

Sin embargo, propongo que la motivación ulterior que mueve las decisiones judiciales no es la búsqueda de una buena política pública por parte del juez, como se asume generalmente en este y los otros dos modelos (Baum, 2006: 6), sino la búsqueda de *fuentes de legitimidad y respaldo* (Vanberg, 2005; Staton, 2010) a través de las Audiencias Judiciales, para lograr mayor estabilidad institucional y el acatamiento de sus decisiones por los demás actores.

Aunque también se han elaborado propuestas que buscan combinar los desarrollos de los tres modelos para lograr una mejor explicación, (Lax, 2011; Epstein y Knight, 2013), siguen manteniendo el mismo supuesto general: la *búsqueda de su política pública preferida*. Supuesto poco realista en contextos de alta inestabilidad como el latinoamericano, donde ese objetivo pasa a un segundo plano para ser reemplazado por la básica búsqueda de legitimidad para garantizar la supervivencia misma de la Corte.

Descontando los supuestos que motivan el comportamiento de los jueces como se asume en los modelos mencionados, tal como alcanzar *su política pública preferida*, en la literatura se han expuesto otros factores que buscan explicar el comportamiento judicial. Los siguientes factores no constituyen un listado exhaustivo de todos los elementos que se han establecido como relevantes para entender el comportamiento

judicial, sino que solo se incluyen los que considero más sobresalientes para explicar la protección diferenciada de derechos en las Cortes. Aunque estos factores también pueden ser clasificados dentro de alguno de los modelos generales (legal, actitudinal, estratégico), no se pretende hacer esta clasificación.

Se ha encontrado en la literatura que los diseños institucionales que i) contribuyan a la independencia judicial (Rosenberg, 1991); ii) faciliten el acceso de los ciudadanos a las Cortes (Wilson, 2009), y iii) establezcan un mayor número de derechos constitucionalizados (Uprinsky, 2006), hacen más probable un comportamiento pro-derechos por parte de las Cortes. También se ha mostrado que si además de los factores institucionales se consideran otro tipo de características, tales como el tipo de relación de las Cortes con la sociedad civil y los otros órganos del Estado (que funcionan como pesos y contrapesos) es posible entender mejor el desempeño de los jueces en la protección de derechos (Ansolabehere, 2010). Por otra parte, Hunneus, Couso y Sieder (2010) atribuyen el reciente activismo en la protección de derechos que han tenido las Cortes en Latinoamérica, a cambios en la cultura jurídica de los jueces, pues han dejado de lado el formalismo judicial para adoptar nuevas ideas y prácticas legales, así como la creciente importancia que tienen los jueces sobre su propio rol (Hilbink, 2012).

Además de los factores institucionales o la cultura jurídica, se ha establecido que ciertas características como la existencia de estructuras de soporte legal con gran capacidad presupuestaria (Epp, 1998), que en determinados contextos suponen un requisito para una “revolución de derechos”, o los factores políticos, como la distribución del poder al interior del Estado, si está concentrado o fragmentado⁷ (Iaryczower, Spiller y Tommasi, 2002; Ginsbur, 2003; Chávez, 2004; Ríos-Figueroa,

⁷ El gobierno dividido permite un mejor contexto para el desempeño y la libertad judicial, así como para el surgimiento y fortalecimiento del Estado de Derecho.

2007; Suárez, 2011: 204), o el momento electoral del ejecutivo, según sea al inicio o al final del periodo, (Helmke, 2003)⁸ influyen en la forma en como los jueces deciden.

Al igual que ocurre con los modelos generales donde hay intentos por combinarlos para obtener mejores explicaciones (Lax, 2011 y Epstein y Knight, 2013), en los factores anteriores también se han elaborado propuestas para combinar algunos de ellos (Kapiszewski, 2011), en un esfuerzo por incorporar todas las presiones e influencias que enfrentan los jueces a la hora de decidir, especialmente en contextos de democracias en desarrollo.

Aunque con estos factores específicos se pueden dar explicaciones sobre el comportamiento general de las Cortes o establecer en qué contextos se pueden garantizar en mayor medida los derechos, no logran explicar por qué ocurre la protección diferenciada de derechos: por qué se protege más un grupo de derechos en particular y se deja rezagado otro. La propuesta teórica de esta tesis, busca contribuir a una explicación de comportamiento diferenciado en la protección de derechos a partir de las audiencias judiciales.

1.4.2 Explicación a través de Audiencias Judiciales con enfoque estratégico

El tipo de interacción de la Corte y sus audiencias hace que su relación se refuerce con el tiempo. Aunque en algunos casos las Cortes pueden hacer uso de la legitimidad y apoyo acumulado para producir decisiones controversiales (Trochev, 2008: 6) que pueden incluso ir contra las preferencias de su audiencia⁹, se espera sin embargo que

⁸ Al comportamiento de la Corte en el cual las sentencias son deferentes con el ejecutivo al inicio de su mandato, pero las decisiones contrarias a él se presentan al final de su periodo, cuando su debilidad aumenta, Helmke (2003) le llamó *defección estratégica*.

⁹ Aunque las decisiones de control de constitucionalidad, por su misma función, pueden ser consideradas como contra mayoritarias (Linares, 2008), y en ese sentido van contra las preferencias de la Audiencia Deseada de las Cortes, hay algunas decisiones que generan un mayor debate o rechazo por la sociedad, como ocurrió con

esos casos sean excepcionales y el comportamiento esté lo más próximo a la audiencia que la apoya. Esta propuesta teórica se construye considerando el enfoque de Audiencias Judiciales propuesto por Baum (2006) pero bajo una perspectiva estratégica, como la desarrollada por Vanberg (2005) y Staton (2010). La perspectiva original de Baum gira alrededor de las Audiencias destacadas, donde los jueces cuidan su relación con ellas al considerarlas importantes en sí mismas, con el argumento de una motivación psicológica de las personas, que incluye a los jueces, por ser aceptados en determinados círculos sociales. Sin embargo, en la propuesta de esta tesis, tiene dos variaciones frente a la propuesta original de Baum: i) la motivación no es psicológica sino racional-estratégico, donde las Cortes buscan el *respaldo de determinado grupo para aumentar o mantener su legitimidad y por tanto su estabilidad, facilitando de esa forma el cumplimiento de sus decisiones*, y ii) hay un cambio en la manera en que se observan las audiencias: no se analizan las Audiencias personales de los jueces, como lo propone Baum, sino que se consideran las Audiencias de la Corte como Institución. La justificación en este cambio, de personal a institucional, se explica en el capítulo 2.

El cambio de enfoque, de psicológico a estratégico (racional-instrumental), se justifica por el contexto en que se desenvuelven las Cortes latinoamericanas (y otras Cortes con bajos niveles de estabilidad institucional): la perspectiva original de Baum fue

la sentencia que despenalizó el consumo de drogas en dosis mínima en Colombia (Sentencia C-221/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz). Ocho años después de esa sentencia, desde el gobierno se seguían promoviendo reformas muy populares para revertir esa decisión: en el 2002 se creó la Ley 745 que sancionaba con multa de 8 salarios mínimos el consumo de droga, y en el 2003 buscó consultar a la ciudadanía, a través de referendo, para incluir directamente en la Constitución la penalización del consumo de drogas. Sin embargo esa pregunta fue excluida de la consulta por parte de la Corte al no haber estado en la consulta inicial. Pese a lo popular que resulta la penalización del consumo de drogas en Colombia y a los múltiples intentos del gobierno, la Corte ha reafirmado su postura de despenalización del consumo de drogas en sus dosis mínimas con su más reciente fallo en el 2012 (Sentencia C-491/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) que declaró Inconstitucional un apartado de la Ley 1453 del 2011 que penalizaba el porte de estas dosis.

planteada para explicar el comportamiento de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, para quienes su cargo representa el máximo peldaño de su carrera profesional, sumado al alto nivel de independencia y estabilidad institucional de la Corte. Estos elementos de contexto suponen una premisa muy fuerte que no puede ser asumida para las Cortes latinoamericanas, que se encuentran en permanente riesgo de clausura o modificación y tienen graves dificultades para implementar sus decisiones cuando son controvertidas por las entidades encargadas de hacerlas cumplir, como el Poder Ejecutivo o mayorías parlamentarias. Esos riesgos y dificultades disminuyen si las Cortes cuentan con un amplio apoyo ciudadano, por lo que la búsqueda de ese respaldo se vuelve una actividad permanente, que incluso se mantiene cuando ya han alcanzado buenos niveles de estabilidad institucional, pues la necesidad de contar con la colaboración de otros órganos estatales para lograr el cumplimiento de sus decisiones judiciales es permanente (Vanberg, 2005).

Por esas características institucionales en la región, se asume que las Cortes deben tener un público o audiencia que las apoye y les otorgue legitimidad¹⁰. Esa audiencia puede estar conformada por otros jueces, partidos políticos, otras ramas del poder público, un grupo de ciudadanos, entre otros. Siguiendo la distinción conceptual de Baum, entre metas y motivos, la meta de la Corte sería decidir lo más alineado posible a la audiencia que la respalda y el motivo que la impulsa es mantener y fortalecer su legitimidad (Staton, 2010 y Vanberg, 2005). En este último punto la tesis se aparta de la propuesta de Baum, pues la motivación no es solo quedar bien ante la audiencia para ser aceptado en ella, sino que con ello se busca ganar y mantener la legitimidad y el respaldo para garantizar tanto su poder judicial como el cumplimiento de sus decisiones. La ventaja de analizar el comportamiento judicial a través de audiencias, es que se pueden explicar comportamientos diferenciados de protección de derechos de las Cortes, que con los otros factores y modelos no se logran entender

¹⁰ La importancia del apoyo ciudadano y la legitimidad, se desarrolla en el capítulo dos, específicamente en el apartado de la Audiencia Deseada.

adecuadamente, además de incluir de forma destacada el papel que tiene la legitimidad y respaldo y cómo estos motivan las decisiones judiciales.

La relevancia de la legitimidad y el respaldo en las Cortes también se ha resaltado en muchos estudios previos. Vanberg (2005) toma en consideración la importancia que tiene el respaldo ciudadano y la legitimidad, al permitirle a los jueces implementar sus decisiones y ejercer su poder judicial de mejor forma frente al legislativo y ejecutivo. Aunque su propuesta está dirigida a explicar el contexto bajo el cual las Cortes tienen una posición fuerte frente a las mayorías parlamentarias y así garantizar la implementación de sus decisiones judiciales, el factor explicativo que da está estrechamente relacionado con la hipótesis de esta tesis: el apoyo popular es un elemento central en el cálculo de acción que hacen tanto las Cortes como el Congreso. Staton también sigue el argumento de Vanberg al analizar el caso mexicano. Para él, tanto la implementación de las Sentencias (Staton, 2004), como el uso que las Cortes hacen de la publicidad para sus decisiones (Staton, 2011) tiene como motivo ganar el apoyo ciudadano.

La tesis retoma la importancia del apoyo ciudadano (Vanberg, 2015, 2005, 2000; Trochev, 2011: 6; Ura y Wohlfarth, 2010; Staton, 2010, 2004; McGuire y Stimson, 2004; Ríos-Figueroa, 2002; Mondak y Smithey, 1997, entre otros) y lo asume como el mejor respaldo que puede procurarse una Corte. Además de la mayoría ciudadana, se consideran otros apoyos que pueden resultar relevantes para las Cortes tales como la élite política y la comunidad jurídica, por mencionar algunos ejemplos. Por las características especiales del apoyo de la mayoría ciudadana se considera a esta audiencia en particular como la *Audiencia Deseada* y representa la mayor conquista que pueden tener las Cortes.

Sin embargo, algunas Cortes fueron diseñadas para otros grupos de audiencia que no siempre coinciden con la mayoría ciudadana; a esa audiencia para la que fue pensada y creada la Corte le denomino *Audiencia Inicial*. Cuando la *Audiencia Inicial* no está

conformada por la mayoría ciudadana, sino por otros actores como la élite política, sectores económicos y la misma judicatura, entre muchos otros, la Corte debe iniciar un proceso de transición para alinearse con los intereses de la *Audiencia Deseada*. El inicio, la duración y dificultad de esa transición va a depender de las características del diseño institucional y del contexto socio-político en que se desenvuelva la Corte.

La ventaja de esta aproximación frente a los modelos como el legal o actitudinal, que también pueden dar una explicación a comportamientos diferenciados en la protección de derechos, es que incorpora el componente de legitimidad y respaldo que buscan las Cortes en países con instituciones legales frágiles, inestables y con dificultades para implementar sus decisiones como en Latinoamérica. Esa debilidad institucional es conocida por las Cortes y las conduce a la paradoja de restringirse a sus audiencias para lograr condiciones donde puedan ejercer libremente sus funciones y que sus decisiones sean acatadas: limitarse a las preferencias de su audiencia para aumentar o mantener su poder judicial.

En términos generales, los modelos de comportamiento judicial, legal y actitudinal han contribuido esencialmente de dos formas a entender la pregunta ¿cómo explicar el comportamiento diferenciado de las Cortes en la protección de derechos?: i) esos modelos pueden dar cuenta de los espacios de posibilidad que tienen las Cortes para proteger de forma activa y expansiva unos derechos y otros no, es decir, ayudan a entender bajo qué contextos o en qué condiciones las Cortes pueden proteger más un derecho que otro (e.g. cuando el derecho tiene más desarrollo legal; cuando el derecho se encuentra próximo a las preferencias personales de la mayoría de los magistrados). Sin embargo no logran explicar con claridad, por qué una Corte decide hacer uso de ese potencial y otras Cortes deciden no hacerlo. ii) Pueden explicar los comportamientos diferenciados en la protección de derechos, pero teniendo como supuesto que los jueces son hacedores y buscadores de *políticas públicas*.

Con estos modelos se pueden plantear al menos dos hipótesis alternativas frente a la protección diferenciada de derechos: Por un lado, el modelo actitudinal asume que la composición ideológica de la Corte coincidiría con el tipo de desarrollo jurisprudencial, por lo que un cambio en la composición de la Corte debería generar un cambio en su jurisprudencia. Por otra parte, el modelo legal permite plantear la hipótesis en la cual los derechos con mayor desarrollo legal o judicial previo van a tener mayor desarrollo por parte de la Corte que aquellos con menor tratamiento legal. Sin embargo, la evidencia encontrada en esta tesis no parece validar estas explicaciones: como se muestra en el siguiente capítulo, la Corte Constitucional colombiana desarrolló de manera temprana derechos liberales como la Despenalización del consumo de drogas en dosis personales (Sentencia C-221/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz) o la Legalidad de la Eutanasia (Sentencia C-239/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz), pero tardó muchos años para empezar a dar protección a los Derechos de las Minorías Sexuales que solo fue posible bajo otra “Corte”. Esto muestra que una “Corte liberal” no siempre desarrolla todos los derechos liberales. Por otro lado, el amplio desarrollo jurisprudencial que dio la Corte Constitucional al Derecho a la Salud tiene inconvenientes para justificarse a través del modelo legal, pues en ese caso el propio texto constitucional no le otorgó el rango de *Derecho fundamental*, lo que llevó a la Corte a establecer el argumento de *Derecho fundamental por conexidad* para poder ampararlo y desarrollarlo a través de la Acción de Tutela; sin embargo, los Derechos de las Minorías Sexuales, protegidos constitucionalmente a través de los *Derechos fundamentales* a la no discriminación (artículo 13 de la Constitución Colombiana de 1991) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Colombiana de 1991), pese a tener un rango constitucional más alto que el Derecho a la Salud, no fue protegido y desarrollado en igual medida que el Derecho a la Salud.

La explicación que brinda esta tesis al comportamiento diferenciado de las Cortes, tiene dos aportes frente a los modelos anteriores: por un lado asume un supuesto distinto al de la “búsqueda de una política pública por parte de los jueces”, y en su

lugar propone que las Cortes están en busca de legitimidad y estabilidad institucional¹¹. Este cambio de supuesto no es menor, pues al incorporar el elemento de legitimidad, contribuye a elaborar una explicación más realista y adecuada para entender contextos como el latinoamericano, que como se mostró, son de alta inestabilidad institucional para las Cortes de Justicia. Por otra parte, permiten establecer cuál es la tendencia decisional, pues las audiencias actúan como un *factor gravitacional* que atrae las decisiones judiciales hasta espacios muy cercanos a ellas.

1.5 Estrategia empírica

Para probar el argumento de esta investigación se propone comparar la Suprema Corte de Justicia de México, desde la Reforma Constitucional en 1994, y la Corte Constitucional de Colombia, desde su creación en la Constitución de 1991, considerando los Derechos de Salud y de Minorías Sexuales.

¹¹ Hay una amplia literatura que concibe a los jueces como *institutions-builders*, donde se analizan los factores y recursos que los jueces han usado para convertir las Cortes en un escenario creíble y reconocido en la arena política, especialmente después de ser creadas o reformadas. (Ginsburg, 2003). Dentro de esos factores o recursos, se encuentra *procedimiento legal* como un recurso en sí mismo que las Cortes han usado para construir su legitimidad (Baird, 2001). La necesidad de construir su propia reputación y ganar legitimidad a través de sus recursos y procedimientos, es aún más necesaria en escenarios con graves crisis institucionales (Ruibal, 4: 2008) como los ocurridos en Latinoamérica. Trabajos como los de Crowe (2012) son un buen ejemplo de cómo una Corte construye desde cero su institución. Sin embargo, el argumento de la tesis no se centra en los métodos de las Cortes y sus jueces para construir su institución y poder judicial como tal, aunque se base en ellos, sino en cómo el uso de las audiencias puede explicar el comportamiento diferenciado en la protección de derechos. En otras palabras, la tesis no se concentra en las audiencias como forma usada por los jueces para construir la institución judicial, sino en los efectos que ellas tienen en el comportamiento de las Cortes, específicamente en el tratamiento diferenciado que dan a la hora de proteger los derechos.

1.5.1 Selección de Países

La selección de la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México obedece a tres criterios: i) Contextos de debilidad institucional: Las instituciones legales de México (Ansolabehere, 2007: 112) y Colombia están inmersas en contextos de debilidad institucional, como ocurre en general en toda Latinoamérica (Helmke, 2010). ii) Criterio de la Audiencia Judicial: por otro lado, a través de las Cortes en estos dos países se puede observar la variación en los actores que conforman la Audiencia Inicial; en México está conformada por la élite política mientras en Colombia es la mayoría ciudadana. La selección también permite ver lo que ocurre cuando la Audiencia Inicial y Deseada coinciden y cuando no lo hacen; en Colombia, la Audiencia Inicial y la deseada están integradas por el mismo actor (mayoría ciudadana), mientras en México ambas audiencias las conforman distintos actores (élite política y mayoría ciudadana), lo que permite observar el proceso de transición entre audiencias. iii) Mecanismo causal: La propuesta teórica según la cual las audiencias influyen en el comportamiento judicial, con especial relevancia en contextos de debilidad institucional, puede rastrearse en procesos pese a que metodológicamente no puedan ser comparables: la secuencia de eventos y decisiones fueron diferentes en México y Colombia, sin embargo ambos resultados pueden entenderse bajo la misma base teórica y de mecanismo causal a partir de la Audiencia Judicial.

1.5.2 Periodo de tiempo

Esta investigación explica el comportamiento de la Corte Constitucional colombiana de 1991 al 2013 y de la Suprema Corte de Justicia de México desde 1994 al 2013. La selección del año de inicio está determinada por el enfoque de *path dependence* y constituyen momentos de coyuntura crítica en ambos países.

La transformación política y social que se empezó a gestar en Colombia en 1990 (Quinche, 2010: 18), se materializó con la Reforma Constitucional de 1991 y representó una coyuntura crítica en la que se crearon instituciones como la Corte Constitucional. Aunque la Reforma Constitucional de 1994 no representó para México un cambio de igual magnitud que el colombiano, sí marcó un nuevo punto en el diseño institucional del poder judicial encaminado a una transformación democrática del régimen (Pérez, 2013: 148; Ansolabehere, 2007: 115; Inclán, 2004), específicamente de la Corte Suprema de Justicia, que tuvo cambios no solo en el número de magistrados que la integran, sino también en las facultades de control constitucional a su cargo. Con independencia de la intensidad del cambio general de 1991 para Colombia y 1994 para México, ambas fechas representan una coyuntura crítica que creó o modificó sustancialmente el control de constitucionalidad y la Corte encargada de ejecutarlo.

1.5.3 Selección de Derechos

La elección de los Derechos a la Salud y Minorías Sexuales Discriminadas está motivada por la amplia variación en el nivel de protección y desarrollo que tienen tanto al interior de cada país como entre países. Adicional a esto, en ambos derechos hay facilidad para establecer el tipo de audiencia que puede beneficiarse o perjudicarse con ellos: El Derecho a la Salud tiene como beneficiario a la mayoría de la población y sus detractores pueden ubicarse, en algunos casos, en otras instituciones estatales que ven en las sentencias judiciales que amplían el derecho un riesgo para la estabilidad y sostenibilidad fiscal. Por otra parte, los Derechos de las Minorías Sexuales Discriminadas tiene una Audiencia beneficiaria limitada, que incluye a ese mismo grupo de población y a los sectores más liberales de la sociedad, mientras que la audiencia que vería perjudicado sus intereses con la garantía de estos derechos, se encuentra en el segmento de la sociedad más conservadora. Además de lo anterior, con el Derecho a la Salud se puede comparar la interacción de grupos de audiencia muy distintos: El grupo de la mayoría ciudadana, el grupo de los congresistas y partidos políticos y el grupo del Poder Ejecutivo, entre otros. Por su parte, los

Derechos de las Minorías Sexuales Discriminadas permiten comparar la interacción de grupos de audiencia al interior de un sector amplio más “homogéneo” como es el de la ciudadanía.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la forma en que estos dos derechos han sido garantizados en ambos países a lo largo del periodo presenta grandes diferencias: la literatura sobre la Corte Constitucional colombiana es consistente en afirmar un comportamiento de amplia protección y expansión de derechos sociales que ha implicado, en muchos casos, decisiones de alto impacto fiscal como ocurre con el Derecho a la Salud (Uprinmy, 2007; Saffon y García-Villegas, 2011). Sin embargo ha tenido menor nivel de protección en los Derechos de Minorías Sexuales Discriminadas, donde aún hay dificultades para contraer matrimonio o condiciones muy especiales para poder adoptar hijos (Uprinmy, 2007)¹². La Corte mexicana por el contrario, ha adoptado un comportamiento cauteloso en la protección masiva de derechos sociales como la Salud, pero ha sido activa en la protección de Derechos de Minorías Sexuales Discriminadas, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de adopción de hijos por parte de ellos (Madrado y Vela, 2011), aunque la protección de los Derechos Humanos por parte de la SCJN, en términos generales, solo inició a partir del año 2007 (Suárez, 2011), pues desde 1995 hasta el 2006 –novena época de la SCJN- se concentró más en resolver conflictos entre poderes políticos (Magaloni y Zaldívar, 2006).

¹² No se desconoce la protección que la Corte ha dado a las minorías sexuales en contra de tratos discriminatorios hacia la población homosexual, específicamente en el ámbito militar o de carrera docente (donde no se pueden discriminar, amparados en el libre desarrollo de la personalidad) y más recientemente la posibilidad de adoptar hijos, aunque con requisitos más exigentes que en parejas heterosexuales. Aunque es cierto que los Derechos de Minorías Sexuales en Colombia ha tenido profundos cambios, también lo es que estos han ocurrido a una velocidad mucho menor que como lo hicieron con otros derechos.

1.6 Descripción de los capítulos

Para desarrollar el argumento de la tesis, se divide el texto en cuatro capítulos: i) Capítulo Teórico – Metodológico, donde se expone la propuesta teórica de manera detallada, así como la forma en que se definen, observan y analizan tanto el comportamiento de la Corte, como las Audiencias Judiciales y el papel que juega en esa relación la Variable Interviniente de gobierno dividido. Se presenta el mecanismo de interacción de esas tres variables y el papel que tiene el *path dependence* en la explicación. ii) Tanto en el Capítulo de Colombia como iii) en el de México se detalla el comportamiento que tuvieron las Cortes en ambos derechos, el tipo de audiencia que les otorga legitimidad, sus características y preferencias, el papel que jugó la fragmentación política y el resultado que produjo la interacción de esas variables en el comportamiento judicial. iv) Por último se presentan las conclusiones.

2. Teoría y Método

En este capítulo se presenta la propuesta teórica de la tesis, se desarrollan los conceptos fundamentales de la investigación, las variables que se usan, el modo en que se observaron y recolectaron los datos, así como el mecanismo causal que explica la interacción entre ellas.

2.1 Propuesta teórica: Perspectiva de Audiencias Judiciales con Enfoque Estratégico

Como se mostró en el capítulo anterior, la explicación que propone la tesis al comportamiento diferenciado de las Cortes en la protección de derechos, es adecuada en contextos de debilidad o inestabilidad institucional y se sostiene sobre dos elementos esenciales: i) Las audiencias influyen en el comportamiento y ii) las Cortes se interesan en esa relación porque les permite obtener legitimidad. Su comportamiento es estratégico.

La propuesta es sencilla: Las decisiones de la Corte, generalmente, buscan coincidir con la Audiencia que les otorga legitimidad y respaldo con el objetivo de mantener vigente su institución y evitar ataques de otros actores. Aunque la lógica que asume la tesis es similar a otros trabajos de los “teóricos del apoyo público” (Trochev, 2008: 5), difiere de ellos en supuesto que motiva a las Cortes a buscar ese apoyo: Esta tesis propone que en contextos de debilidad institucional la motivación de la Corte está influida por la necesidad básica de mantenerse vigente y evitar ataques o clausura por parte de otros actores. Por el contrario, las propuestas alternativas asumen motivaciones que toman por superado la estabilidad judicial, como lo muestran Epstein y Martin (2012) al resumir el motivo de los Jueces que Friedman (2009) hizo en su trabajo y que es un reflejo de la postura que toman la mayor parte de los autores que analizan esta relación: “Friedman plantea que los jueces se moverán hacia los deseos de la gente porque la Corte requiere apoyo público para seguir siendo una rama *eficaz* del gobierno” (Epstein y Martín, 2012: 264. Traducción propia, cursiva

fuera del original). El buscar ser una Corte eficaz, o con más poder político (Staton, 2010) son motivos que presuponen que ciertos requisitos básicos y esenciales, como su propia estabilidad institucional, ya se han satisfecho, y como se mostró en la introducción de este trabajo, no es conveniente adoptar ese supuesto para las Cortes de la región por su alta inestabilidad institucional.

Todas las Cortes nacen con una Audiencia Inicial, identificable a partir de las características de la coyuntura crítica. Según sea la composición de esa primera audiencia (e.g. por una élite política, por el resto de la legislatura, por el público en general), así mismo será el nivel de legitimidad y poder judicial que obtengan (i.d. No todas las audiencias otorgan el mismo nivel de legitimidad y poder: La legitimidad que puede otorgar una Audiencia compuesta por la Judicatura, le permitiría a la Corte tener un respaldo suficiente para innovar, por ejemplo, en argumentos jurisprudenciales, pero no sería suficiente para constreñir al Ejecutivo y Judicial.). Esta tesis asume que la audiencia que otorga el nivel más alto posible de legitimidad y poder judicial, es la conformada por la mayoría ciudadana, y en esa medida las Cortes desearían lograr su apoyo. A esa audiencia le llamo Audiencia Deseada.

Puede ocurrir que la composición de la Audiencia Inicial sea de actores distintos a la mayoría ciudadana. En ese caso, la Jurisprudencia de la Corte va a coincidir con las preferencias de esa audiencia, pero si las condiciones de contexto político son favorables (i.d. contextos de gobierno dividido) buscará ajustar sus sentencias a las preferencias de esa mayoría ciudadana con el objetivo de congraciarse con ese grupo y obtener así su apoyo y legitimidad¹³. La velocidad y facilidad de este proceso de

¹³ El proceso de cambio de audiencia puede ocasionar una Jurisprudencia contradictoria y errática, mientras se establecen las nuevas ideas y argumentos jurídicos que van a guiar las líneas jurisprudenciales para que estén acorde a las preferencias de la nueva audiencia. La descripción detallada de este proceso se presenta en la sección donde presento la interacción de las variables (Sección 2.5 de este capítulo)

transición dependerá de los mecanismos de reforzamiento que existan en el contexto de la Corte¹⁴.

Al considerar dos tipos de audiencia, inicial y deseada, es posible que ambas coincidan¹⁵, en cuyo caso se espera que en términos generales la Corte desarrolle una Jurisprudencia homogénea frente a un mismo grupo de derechos. Cuando no coinciden se prevé que frente al mismo derecho la jurisprudencia sea errática¹⁶. Lo homogéneo o errático se explica por el grado de uniformidad entre las dos audiencias de la Corte: cuando el Tribunal está alineado a una sola audiencia, hay uniformidad en sus decisiones porque el faro que guía su actuación en términos generales es uno solo. Cuando la Corte busca congraciarse con distintas audiencias, su jurisprudencia pierde coherencia¹⁷ como resultado de intentar alinearse con esas audiencias que pueden tener incluso preferencias contradictorias. La uniformidad de las decisiones se restablece una vez la Corte ha ganado el respaldo de la Audiencia Deseada y no

¹⁴ Los mecanismos de reforzamiento se presentan de manera general en la sección que desarrolla el argumento de *path dependence* y de manera específica en el capítulo de cada país.

¹⁵ Como lo explicaré en el siguiente capítulo, la Audiencia Deseada está conformada por el grupo de la mayoría ciudadana, mientras la Audiencia Inicial puede estar compuesta por una mayor variedad de grupos, entre los que se incluye también a la mayoría ciudadana, además de élites políticas y legales, grupos económicos, organismos públicos, entre otros. Si la Audiencia Inicial está compuesta por la mayoría ciudadana coincidiría con la Audiencia Deseada.

¹⁶ Lo homogéneo o errático se refiere a las características de una línea jurisprudencial en particular. Estos conceptos se diferencian del *comportamiento diferenciado* como tal, en la medida que este último compara los desarrollos jurisprudenciales *entre* derechos, mientras los dos primeros describen las características *al interior* de una misma línea jurisprudencial sin compararlas entre sí.

¹⁷ Estos casos ocurren cuando la Corte transita de la Audiencia Inicial a la Deseada (en los casos en que ambas no coinciden) donde debe congraciarse, casi simultáneamente, tanto con la Audiencia Inicial como con la Deseada, para empezar a ganar el respaldo y legitimidad de esta última.

requiere ya del apoyo de su Audiencia Inicial¹⁸, pues así vuelve a tener un único criterio a seguir.

Este argumento permitiría explicar dos aspectos del comportamiento judicial: i) por una parte, entender las razones que motivan el comportamiento diferenciado en la protección de derechos y, ii) explicar las características al interior de la jurisprudencia (i.d. líneas jurisprudenciales homogéneas y consistentes o erráticas y contradictorias). El primer aspecto se explica por las preferencias de la Audiencia de la Corte, y el segundo punto por las diferencias entre las audiencias, cuando la Inicial y la Deseada no coinciden (i.d. cuando la Audiencia Inicial está compuesta por un actor distinto a la mayoría ciudadana).

2.2 Variable dependiente: El comportamiento de las Cortes

Las Sentencias son el principal instrumento que tienen las Cortes para operar y representan un medio confiable a través del cual se puede observar el comportamiento judicial. Las Sentencias y su análisis a través de Líneas Jurisprudenciales fue el camino seleccionado para observar el comportamiento de las Cortes en estos dos derechos.

2.2.1 Selección de Sentencias

Para observar el comportamiento de las Cortes en la protección de derechos, se analizan las decisiones de Amparo o Tutela así como las que deciden la constitucionalidad de las leyes que tengan relación directa con los Derechos a la Salud

¹⁸ Aunque es factible que una Corte satisfaga los intereses de su Audiencia Inicial y Deseada de manera casi simultánea, es poco probable que lo haga por largo tiempo y de manera constante. Las exigencias de seguridad y estabilidad jurídica limitan su capacidad para cambiar de manera abrupta y reiterada su jurisprudencia, por lo que buscará vincularse a un solo criterio de preferencias. La necesidad de elegir entre los dos tipos de audiencia le lleva a largo plazo a preferir la Audiencia de la mayoría ciudadana (Audiencia Deseada), pues sus características especiales de legitimidad no se las brinda otro tipo de audiencia. Ese cambio de la Audiencia Inicial a la Deseada se facilita, como se muestra más adelante, en contextos de gobierno dividido, donde las Cortes logran mayor nivel de independencia judicial.

y de Minorías Sexuales Discriminadas, en el periodo que inicia con la coyuntura crítica (México 1994 y Colombia 1991) hasta el año 2013.

2.2.2 Análisis de Línea Jurisprudencial

Para realizar el análisis, primero se recopilieron todas las decisiones sobre los dos derechos durante todo el periodo y a partir de él se reconstruye, para cada uno, el desarrollo de la Línea Jurisprudencial a partir de la pregunta principal guía: ¿La decisión judicial expande el derecho? Se considera que el derecho se expande cuando ocurre al menos una de las tres condiciones: i) se aumenta la población que puede disfrutar de él, ii) se añaden beneficios, dimensiones o conceptualmente se hace más amplio el derecho con la decisión judicial, iii) se facilitan los mecanismos para acceder al derecho o disfrutar del mismo, ya sea por disminuirse los requisitos de acceso o disfrute o, por aumentar los mecanismos para reclamar el acceso o disfrute del derecho. Además de esta pregunta general, se usaron preguntas específicas para describir los distintos aspectos que la Jurisprudencia desarrolló en cada uno de los dos derechos.

En términos generales se sigue el método de análisis dinámico de precedentes constitucionales, explicado de manera clara por López Medina (capítulo 5, 2012) y que puede resumirse en 3 puntos: i) acotación del patrón fáctico del tema que se desea comprender, esto es, una “pregunta o problema jurídico bien definido”; ii) identificación de las sentencias relevantes que han dado respuesta o tratado el problema que se planteó en el punto anterior, y iii) construcción de la narración jurídica que dé cuenta de la relación entre las distintas decisiones del punto ii. (Medina, 2012: 140). Esta forma de observar el desarrollo jurisprudencial es muy útil para comprender el sentido y dirección que el acumulado de las sentencias le han dado a determinado derecho:

“La lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente

incomprensión de los mensajes normativos emanados del Derecho Judicial. La determinación de la sub-regla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes.”(López Medina, 140: 2012).

La construcción de la Línea Jurisprudencial con la que se observa el comportamiento de las Cortes en estos derechos es de tipo conceptual y no casuístico, pues seguir el patrón fáctico de las sentencias, a partir de un estudio casuístico, impide agrupar el total de decisiones bajo una sola línea. Se reconoce sin embargo la posibilidad de desprendimiento de sub líneas jurisprudenciales en los casos en los que una Corte amplíe un aspecto del derecho y a la vez restrinja otro. El desarrollo de la Línea Jurisprudencial procura capturar todas esas posibles alternativas de comportamiento sin considerar los aspectos casuísticos de los procesos judiciales.

Los casos en los que el número de sentencias de un derecho exceda las 200¹⁹ decisiones, se construirá la Línea Jurisprudencial a partir del análisis de citas de las sentencias producidas en el último año, y a partir de ahí se rastrearán las sentencias relevantes; este paso es llamado “ingeniería reversa” por López Medina (2012: 170): Se empieza de la más nueva a las más vieja. Si el número es menor a 200 decisiones, se realiza el análisis empezando por la sentencia más vieja a las más nuevas.

Una vez elaborada la Línea Jurisprudencial para cada uno de los dos derechos, se identifican los momentos de expansión o reducción del derecho, la tendencia, así como los periodos de estabilidad en las Cortes. Estos comportamientos judiciales deberán coincidir con cambios en las preferencias de la Audiencia de la Corte.

¹⁹ La decisión de este número de sentencias obedece a un criterio práctico y arbitrario: más de 200 decisiones judiciales constituye un gran número de decisiones para analizar.

2.3 Variable independiente: Audiencias Judiciales

El concepto de Audiencia Judicial se construyó a partir de los desarrollos de Baum (2008: 43) quien a su vez consideró las posturas de Golmand y Austin Sarat (1978: 336) y, se define en esta tesis como *el grupo de personas o instituciones a quienes la Corte respeta y de quienes busca su aprobación*. Esta definición se aparta de la concepción personal-individual de las audiencias, según la cual son los jueces, como individuos, los que buscan y tienen audiencias y en su lugar se asume a las Cortes, como colectivo, como las encargadas de buscar y asegurar la audiencia. El estudio de las audiencias a partir de los *jueces* es reemplazado en esta investigación por un estudio de las audiencias a partir de las *Cortes*. Un cambio de enfoque de personal a institucional²⁰.

Este cambio resuelve algunas dificultades que se presentan cuando la audiencia se observa a través del juez: 1) los problemas de agregación de preferencias cuando la decisión es adoptada en nombre de una colectividad: ¿Cómo establecer cuál es la audiencia a la que se dirige una decisión plural, que en principio es tomada considerando audiencias personales de cada juez? 2) la dificultad práctica para establecer y rastrear audiencias personales de un gran número de jueces en largos periodos y, 3) el problema de la variación y movimiento constante de las audiencias al depender del cambio o permanencia de los jueces.

Pensar en la Audiencia de *una Corte*, como conjunto o institución, soluciona estos problemas pero mantiene la dificultad para identificar cuál es la audiencia relevante

²⁰ Trabajos como los de Garupa y Ginsbur (2009) evitan estas exclusiones y lo resuelven considerando ambos tipos de audiencia: tanto la personal de los jueces, como la institucional de la Corte. Esta decisión permite una significativa ventaja en la explicación, al considerar de forma completa los distintos incentivos que produce cada tipo de audiencia en el comportamiento judicial. La decisión de seleccionar para esta tesis solo la Audiencia Institucional tuvo una motivación práctica más que teórica.

que la Corte considera a la hora de decidir. Esta cuestión se presenta tanto si la audiencia es asociada a las preferencias personales de los jueces como a la Corte en conjunto (Baum, 2008: 43).

Para simplificar la búsqueda de la audiencia relevante para la Corte, se propone clasificar la audiencia en dos tipos: *audiencia inicial* y *audiencia deseada*²¹.

2.3.1 Audiencia Inicial

Toda Corte viene provista desde su origen de una *audiencia inicial* a la que dirigirse y corresponde al grupo de personas o instituciones para quienes fue pensada y creada la Corte²². Este grupo es su motivo de existencia y constituye su primera fuente de apoyo y legitimidad. El diseño institucional en el que se desenvuelve la Corte, como se explicará en el apartado de *path dependence*, sirve como indicador para observar el tipo de mecanismos de refuerzo que se da entre ella y su audiencia: sus facultades legales están intencionalmente dirigidas y diseñadas para que sirvan en mayor medida a las preferencias de ese grupo, pues es generalmente la Audiencia Inicial la que está autorizada para interponer acciones ante ella. Los mecanismos institucionales reforzadores dificultan y retrasan el cambio de la Audiencia Inicial a la Audiencia Deseada cuando ambas no coinciden.

²¹ Se entiende que son posibles otros tipos y criterios para clasificar las Audiencias Judiciales (Garoupa y Ginsburg, 2011). Sin embargo considero que la clasificación que acá propongo es i) útil, al permitir una explicación parsimoniosa del comportamiento judicial y ii) clara, por obedecer a criterios razonables que pueden ser fácilmente replicables.

²² Se debe distinguir entre *quién instituye* y *para quién se instituye*. Es posible que existan grandes semejanzas entre ambos, pudiendo ocurrir que quien instituye lo haga para él mismo, pero no podemos suponer que siempre sea así. Una Asamblea Constituyente no garantiza una audiencia de la mayoría ciudadana para la Corte, como tampoco una Reforma Constitucional hecha por un “grupo de notables” garantiza una audiencia compuesta por una élite política.

La Audiencia Inicial se constituye en coyunturas críticas²³, que en el caso de México ocurrió en 1994 y Colombia en 1991. La composición de la Audiencia Inicial puede abarcar un amplio grupo de actores, entre los que se incluyen: otras ramas del Estado, como el Congreso y el Poder Ejecutivo, las élites políticas, la ciudadanía tanto en grupos minoritarios como mayoritarios, la comunidad jurídica nacional e internacional (lo que incluye otras Cortes internacionales y extranjeras). Este listado de miembros de la Audiencia Inicial es enunciativa y su configuración depende de las características de cada Estado.

2.3.2 Audiencia Deseada

La *audiencia deseada*, por el contrario, está conformada por el sector mayoritario de la ciudadanía. Este grupo de personas otorga a la Corte un tipo de apoyo y legitimidad de características superiores a la que brinda otro tipo de audiencias. Una de esas características es darle mayor poder judicial (Vanberg, 2015; Staton, 2011) lo que le permite implementar mejor sus decisiones, incluso contra la voluntad de actores con gran poder como las mayorías parlamentarias (Vanberg, 2005).

Las características y necesidad de contar con la mayoría ciudadana como fuente de apoyo y legitimidad ha sido explorada por un nutrido grupo de literatura entre los que se encuentran: Mondak y Smithey (1997); Gibson, Caldeira y Baird (1998); Grosskopf (2000) para el apoyo público a Cortes Internacionales; Secheb y Lyons (2001); Fletcher y Howe (2001); Ríos-Figueroa (2002); McGuire y Stimson (2004); Giles, Blackstone y Vining (2008); Clark (2009); Friedman (2009); Epstein y Martin (2012) además de los ya mencionados Staton (2010) y Vanberg (2015, 2005, 2000). Los variados argumentos con los que se ha mostrado la importancia del apoyo público para la Corte (también conocida como opinión pública), lleva a asumir como supuesto teórico de esta investigación que el respaldo de la mayoría ciudadana da mayor

²³ El concepto de coyuntura crítica se desarrolla en el apartado dedicado al *path dependence*. En esta investigación se consideran coyunturas críticas los momentos de profundos cambios y Reformas Constitucionales.

legitimidad y poder a la Corte que cualquier otro tipo de audiencia, y por ese motivo buscarán ganar el respeto y aprobación de este grupo.

La importancia del Apoyo y la Legitimidad²⁴ para el sistema político en general, y para sus instituciones en particular, tuvo un importante desarrollo inicial en los trabajos de Easton (1965, 1957). Estos conceptos son tan relevantes que la existencia del sistema político depende de ellos, y donde el principal, más no el único mecanismo de las instituciones para obtener ese apoyo es a través de las decisiones. Estas decisiones deben buscar fortalecer los lazos entre la institución y los miembros del sistema, y para ello deben satisfacer las peticiones que le hagan, aunque esto no signifique que deban garantizarse todas todo el tiempo²⁵.

Lo que en los trabajos de Easton era un elemento implícito, o muy evidente para ser aclarado, para los estudios del comportamiento judicial tuvo un carácter explícito: El

²⁴ Aunque los conceptos de Apoyo y Legitimidad implican niveles distintos de respaldo, ambos con profundos desarrollos teóricos, se usan en este trabajo de manera amplia, entendiendo al Apoyo como el concepto amplio, y a la Legitimidad como un aspecto más profundo y abstracto que el Apoyo (Easton -1957- usó únicamente el concepto de Apoyo *-support-* y distinguía los dos sentidos que podía tener: el Apoyo reflejado con acciones externas y el Apoyo de orientación o estados de ánimo *-supportive states of mind-*. También hacía una distinción frente al nivel del Apoyo, que podía ser i) difuso y ii) concreto. El Apoyo difuso es lo que se conoce también como Legitimidad, y es el respaldo a una institución sin importar la decisión particular en un momento dado. El Apoyo concreto es el respaldo a una institución en una decisión específica. Ambos tipos de Apoyo pueden tener distintos niveles en un mismo momento, pudiendo ocurrir que una Corte tenga gran Apoyo difuso y bajo Apoyo concreto, o un Apoyo difuso alto y un Apoyo concreto alto, Apoyo difuso bajo y Apoyo concreto alto –esto ocurriría en Cortes nuevas, que aún no han logrado adquirir Legitimidad- y Apoyo difuso y concreto bajos (Gibson, Caldeira y Baird, 1998: 344).

²⁵ Este punto, como se mostró en el capítulo introductorio, también fue mencionado por Trochev (2011: 6): No es necesario que todas las decisiones judiciales favorezcan al grupo que respalda a la Corte, e incluso algunas pueden ir en contra de las preferencias de esa audiencia. Esto se debe a que las instituciones pueden alcanzar reservas de Apoyo (Easton, 1957:396) que les permiten contar con respaldo incluso cuando toman decisiones impopulares.

Apoyo ciudadano tiene un papel importante para las Cortes. De esta literatura en específico se pueden extraer varios puntos²⁶:

1) Aunque las Cortes pueden encontrar una fuente de Legitimidad en otras instituciones del sistema político (Easton, 1976), dado que las instituciones no deben considerarse aisladas sino como parte de un todo (sistema político) y la Legitimidad de unas irradia a las otras, lo cierto es que esta concepción nos permite entender fenómenos en los cuales las Cortes requieren una fuente de apoyo externa al sistema político para resistir presiones, ataques o lograr que sus decisiones sean acatadas por otras instituciones al interior de ese sistema: ese tipo de Legitimidad solo lo provee el Apoyo ciudadano (Vanberg, 2015, 2005).

2) Se cree que las Cortes están a merced de la buena voluntad del público y son instituciones débiles. Los tres factores que las hacen más vulnerables que otras instituciones (Grosskopf, 2000) son: i) Están desprovistas de la legitimidad que otorga una elección popular directa (a esto Easton llama Apoyo por acciones externas). ii) En el caso de las Cortes Constitucionales, el mismo ejercicio de invalidar normas aprobadas por una mayoría electa popularmente puede ser un obstáculo para su propia legitimidad (Linares, 2008). iii) Carecen del poder “de la espada o la bolsa” para hacer cumplir sus decisiones (Hamilton, Madison y Jay, 1994), por eso requieren alto nivel de legitimidad para constreñir incluso a otras instituciones que sí cuenten con esos poderes.

3) La adquisición del Apoyo (ciudadano) es un proceso dinámico, en el entendido que sus niveles de intensidad fluctúan con el tiempo: Cortes con más años de funcionamiento -Cortes establecidas- pueden convertir más fácilmente las buenas

²⁶ No me refiero a que sean reglas aplicables de manera general a todas las Cortes del mundo, pues la mayoría de estos hallazgos solo pueden ser predicados a países específicos en los que se hicieron los estudios. Mi intención es presentar algunos avances en el conocimiento sobre la interacción de las Cortes y el Apoyo ciudadano.

sentencias en altos niveles de legitimidad, mientras que en las Cortes recién establecidas esos buenos resultados para el público se transforman en altos niveles de Apoyo concreto, pero no en Apoyo difuso -legitimidad- (Gibson, Caldeira y Baird, 1998).

4) El Apoyo ciudadano es esencial para establecer y proteger la integridad de la Corte y garantizar su autoridad, así como para asegurar el cumplimiento de sus decisiones²⁷ (Vanberg 2000; 2005; 2015. Staton 2010, 2004. La misma explicación, pero en un sentido negativo -cuando las Cortes no tienen el respaldo ciudadano- es dada por Clark, 2009).

5) Las decisiones de la Corte son a menudo más congruentes que incongruentes con la opinión pública (Mondak y Smithey, 1997; Friedman, 2009; McGuire y Stimson, 2004; Giles, Blackstone y Vining 2008).

6) Las reacciones negativas de la ciudadanía afectan con mayor fuerza el apoyo institucional a las Cortes que las reacciones positivas (Mondak y Smithey, 1997).

Los anteriores puntos y la abundante literatura sobre el tema, permiten asumir el supuesto según el cual el Apoyo ciudadano representa un elemento central para la legitimidad de las Cortes, por lo que es buscado y deseado por ellas.

Otro aspecto que debe considerarse es la posibilidad que con la coyuntura crítica se asigne como *audiencia inicial* de la Corte a la mayoría ciudadana. En ese caso, tanto la Audiencia Inicial como la Deseada coincidirían, pues estarían conformadas ambas por

²⁷ Para Ura y Wohlfarth (2010), la constricción que puede tener el Congreso frente a la Corte no se puede explicar únicamente por el Apoyo público que esta última tiene (e.g. propuesta de Vanberg). Para ellos, el apoyo que el Congreso puede darle al poder institucional de Corte sería una función del Apoyo público en la legislatura, así como una evaluación de la legislatura.

el grupo mayoritario de la ciudadanía. Cuando eso ocurre, se espera que las Líneas Jurisprudenciales que la Corte desarrolla frente a los derechos relevantes para esa mayoría sean internamente homogéneos y coherentes, sin cambios abruptos entre decisiones y en caso de que existan, darían justificación y razones con el fin de explicarle a su audiencia el motivo de dicho cambio. Sin embargo, cuando la *audiencia inicial* y la *deseada* no coinciden, se espera que las Líneas Jurisprudenciales de los derechos en los que ambas audiencias tienen preferencias disonantes, sean erráticas como resultado del intento de la Corte por agradar a ambos grupos de audiencia.

2.3.3 Identificación de las Audiencias y sus preferencias

Los beneficios que la audiencia puede ofrecer a las Cortes o a los jueces varía según el tipo de audiencia que se trate. Una audiencia conformada por académicos o las barras de abogados, ofrecen un beneficio distinto a la audiencia conformada por el público en general:

“Un juez con buena reputación con los medios de comunicación tendrá más oportunidades para ser visto. Un juez con buena reputación con abogados y profesores de Derecho será más probable que tenga un legado mucho más perdurable y puede incluso ser recordado después de su muerte, como los grandes jueces del *common law* tales como Coke, Blackstone y Holmes. Un juez con buena reputación con cierta audiencia política o ideológica será capaz de tener mayor influencia cuando aquel grupo esté en el poder”. (Garoupa y Ginsburg, 2: 2009).

Por lo tanto, no todas las audiencias ofrecen los mismos beneficios para la Corte, ni tienen la misma influencia en ella. Para conocer la manera en que una audiencia influye en la Corte, se debe conocer cómo está compuesta y qué preferencias tiene, para así tener una idea del tipo de influencia que puede desarrollar en la Corte (e.g. Una audiencia con una marcada tendencia conservadora, influenciaría a la Corte a favorecer los aspectos conservadores de cada derecho por encima de los aspectos liberales, o una audiencia conformada por una élite económica va a generar una

influencia en la Corte para que esta garantice los derechos que den mayor protección a la propiedad privada y libertad de mercado por encima de otros).

2.3.3.1 Identificación de la Audiencia Inicial y sus preferencias

La *audiencia inicial* se identifica por dos vías: i) a través del diseño institucional de la Corte establecido en la Constitución y ii) a través de las discusiones de los constituyentes o reformadores de la Constitución, consignadas en las actas de deliberación sobre los aspectos específicos de la Corte. En estas dos fuentes documentales se busca establecer cuál es el grupo para el que se pensó el diseño de la Corte, qué funciones debía asumir y qué tan fácil resulta acceder a su jurisdicción. Esta información permite establecer el tipo de audiencia que el constituyente asignó a la Corte, cuáles fueron los actores que se establecieron para tener influencia en ella, ya sea por estar autorizados para interponer recursos jurídicos o por ser el objeto principal de protección hacia donde ella tiene dirigidas sus facultades legales.

Una vez conocido el grupo que compone la *audiencia inicial*, se debe identificar cuáles son sus preferencias. El procedimiento y las fuentes de información para conocerlas varía según el tipo de actor que la integre: Una Audiencia Inicial conformada por la mayoría ciudadana tiene preferencias que pueden ser captadas a través de encuestas, mientras una Audiencia integrada por un actor como el Congreso tiene preferencias que pueden ser observadas por medio de sus actas de discusión o por sus comunicados de prensa. Por lo tanto, las formas para identificar las preferencias de esta audiencia cambian según el tipo de actor que la conforma.

2.3.3.2 Identificación de la Audiencia Deseada y sus preferencias

La *audiencia deseada* al ser un supuesto teórico no tiene dificultad para ser identificada pues, como se mencionó, está integrada por la mayoría ciudadana. La dificultad está en identificar de forma clara sus preferencias, por lo que se recurre a encuestas de opinión pública hechas en el rango de años estudiado y que brinden

información sobre los derechos que se estudian. Las preferencias de esta audiencia no deben ser confundidas con las opiniones expresadas por medios de comunicación: Las preferencias de la mayoría ciudadana se conocen también como “opinión pública” y debe diferenciarse de la “opinión publicada”²⁸. La primera se puede captar a través de encuestas de opinión, mientras la segunda se rastrea mediante lo expresado en medios de comunicación.

Considerando el casi ilimitado número de temas sobre los que la Audiencia, tanto Inicial como Deseada, puede tener preferencias, se decide limitar el ámbito de posibilidades a solo dos grupos de derechos: i) Minorías Sexuales Discriminadas²⁹ y ii) Derechos a la Salud³⁰. Los motivos para la selección de estos dos derechos se explican más adelante.

2.4 Variable Interviniente

Las características del contexto político, específicamente el nivel de cohesión del gobierno (dividido o unificado), tiene influencia en el comportamiento judicial (e.g. Ríos-Figueroa: 2007; Iaryczower, Spiller y Tommasi, 2002). Un contexto de gobierno unificado se presenta cuando el partido del gobierno controla la mayoría del Congreso (mayoría absoluta o mayoría simple)³¹. Cuando esto no ocurre, diremos que

²⁸ Agradezco al profesor Julio Ríos por estos dos conceptos que ayudan a clarificar la diferencia.

²⁹ Bajo esta denominación se incluyen los derechos relacionados con la comunidad LGBTI.

³⁰ Dadas las múltiples dimensiones que involucra el Derecho a la Salud, se va al análisis de los aspectos de este derecho que no han sido garantizados por desarrollos normativos previos (Saffon y García-Villegas, 2011), específicamente sobre dos puntos: i) discusión sobre tratamientos y medicamentos de alto costo financiero y ii) discusión sobre las personas que deben ser beneficiarias del Sistema de Salud.

³¹ Rodríguez-Raga (2010) expone distintas alternativas para observar el poder político del Ejecutivo, “es decir, la habilidad del gobierno para formar una coalición que adopte medidas que frenen a la Corte. Naturalmente, para construir una coalición como ésta, el Presidente necesita suficiente apoyo del Congreso” (Rodríguez-Raga, 2010: 154) y muestra las debilidades que tiene cada uno de los indicadores que generalmente se usan. En esta tesis se adoptó por observar la variable a través de la

se presenta un contexto de gobierno dividido. Se asume en esta investigación que la cohesión del gobierno afecta la relación entre la Corte y su Audiencia: entornos de gobierno dividido serían más propicios para generar y acelerar los procesos de transición de la Audiencia Inicial a la Deseada, cuando ambas no coinciden, mientras que en un gobierno unificado se haría dificultosa y lenta la transición. Esto se debe a que un gobierno fragmentado tiene menos poder de presión y menos capacidad para construir una coalición que pueda frenar las decisiones de la Corte (Rodríguez-Raga, 2008), permitiéndole al Tribunal actuar de manera más libre al tener menos elementos de *facto* que puedan limitar su independencia o revertir sus decisiones. Como se mencionó antes, cuando una Corte tiene la posibilidad de elegir libremente el tipo de audiencia que desea agrandar (esa libertad es más probable en contextos de gobierno dividido), va a preferir a la mayoría ciudadana sobre cualquier otra.

La importancia de la intervención de la variable “contexto político” consiste en establecer la facilidad y velocidad con que la Corte puede cambiar de audiencia. Se asume por lo tanto que la variable es relevante para el proceso de transición entre las audiencias de la Corte. Aunque es posible que esa variable pueda tener otros efectos sobre el comportamiento judicial, como facilitar, o no, el desarrollo de determinado grupo de derechos sobre otro, (e.g. más facilidad para ampliar derechos de mayor contenido prestacional en contextos de gobierno dividido), no se consideran en esta tesis esas otras alternativas de influencia que puede tener la variable, sino que se concentra en el efecto sobre el proceso de transición entre audiencias por parte de la Corte.

cantidad de curules en el Congreso que obtuvo el partido del Presidente, pues permite replicar fácilmente la observación en ambos países y disminuye los errores de la información que pueden generarse a través de las encuestas de opinión realizadas por encuestadoras distintas (la colombiana y mexicana) con distintos métodos y en momentos distintos del año.

2.5 Mecanismos de interacción de las variables

El comportamiento diferenciado de la Corte en la protección de derechos es explicado a partir del tipo de audiencia: Se espera que las Cortes otorguen mayor protección a los derechos que están más próximos a las preferencias de su audiencia y menor protección a aquellos que le sean contrarios. En términos más precisos, la Audiencia Inicial induce a la Corte a seguir un camino específico, un *path* que es elegido al comienzo de su creación y va acorde con esa audiencia. Ese camino inicial marca una tendencia para las decisiones posteriores, generando una dinámica de auto-reforzamiento entre la Corte y la Audiencia Inicial lo que hace más difícil el proceso de transición entre audiencias (de la Audiencia Inicial a la Deseada cuando ellas no coinciden), aún cuando exista un contexto político propicio para esa transición (i.e. contextos de gobierno dividido). Aunque como se mostró en la introducción, en algunos casos las Cortes pueden usar la Legitimidad acumulada para producir decisiones controvertidas (Trochev, 2011: 2) e incluso contrarias a la audiencia que les respalda, se espera que estos eventos sean poco comunes. Esta lógica de comportamiento por audiencias también supone que la Corte a largo plazo tiende a garantizar y estar más alineada a las preferencias de la Audiencia Deseada aún a costa de su Audiencia Inicial.

Considerando lo anterior es posible plantear dos posibles escenarios en los que se desenvuelve una Corte, como se muestra en la Tabla 1: i) la Audiencia Inicial y Deseada son iguales, como ocurre en el caso colombiano que se presenta en el capítulo siguiente y, ii) la Audiencia Inicial y Deseada son distintas, como ocurrió en la Corte mexicana –ver capítulo 4-. En el escenario 1 se espera que su jurisprudencia sea más homogénea y compacta que en el escenario 2, pues en este último caso debe considerar las preferencias tanto de la Audiencia Inicial como Deseada, llevándola a modificar constantemente su decisiones para conservar el apoyo de la Audiencia

Inicial e ir acercándose a la Audiencia Deseada³². Es importante destacar que a largo plazo, en el escenario 2, la Corte deje paulatinamente su Audiencia Inicial para acercarse y conquistar la Audiencia Deseada.

Tabla 1. Combinación de los tipos de Audiencia y sus intereses

		Audiencia Inicial	
		Mayoría Ciudadana	Otros Actores
Audiencia Deseada	Mayoría Ciudadana	Coinciden (Corte Constitucional Colombiana) -Escenario 1-	No coinciden (Suprema Corte de Justicia de México)
			-Escenario 2- Frente a un tema pueden tener iguales preferencias Frente a un tema pueden tener distintas preferencias

Fuente: Elaboración propia

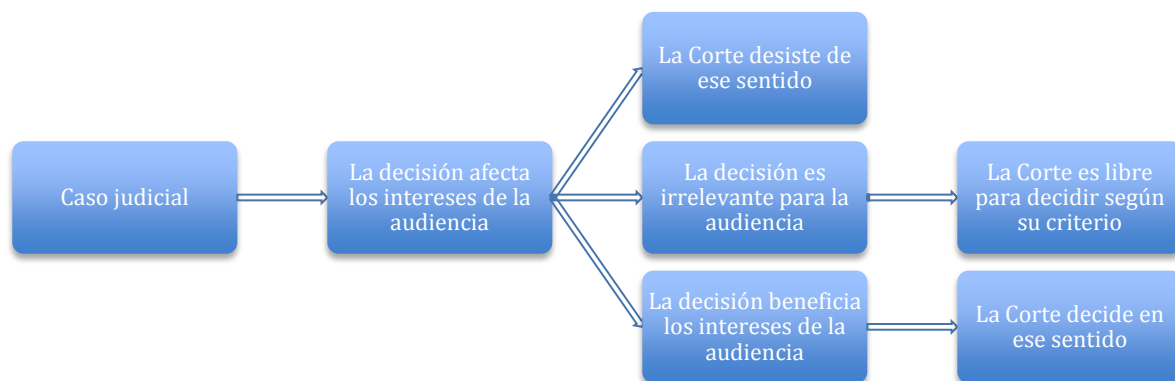
Cuando una Corte inicia el proceso de transición de la Audiencia Inicial a la Audiencia Deseada (escenario 2), sus sentencias deben considerar las preferencias de ambas, con un cambio paulatino en la influencia que tiene cada audiencia sobre la Corte: De manera gradual va cobrando más importancia las preferencias de la Audiencia Deseada hasta dejar sin relevancia los de la Audiencia Inicial. La velocidad de esa transición va a depender tanto de los mecanismos de refuerzo así como del contexto político en que se desenvuelven las Cortes, siendo esta última una variable

³² Sin embargo, es posible que las preferencias de ambas audiencias sean iguales en un tema particular. Una Audiencia Inicial conformada por la élite política, así como la Audiencia Deseada compuesta por la mayoría ciudadana, pueden estar ambas interesadas en un mayor reconocimiento y protección de los Derechos Humanos: la primera con el objetivo de ganar legitimidad y respaldo internacional o nacional y la segunda para disfrutar de mayores derechos. En ese caso, aunque las audiencias son distintas, la Corte puede desarrollar una jurisprudencia homogénea frente al tema de los Derechos Humanos (mayor ampliación), pues con un mismo sentido decisional puede complacer a dos grupos distintos.

interviniente en la explicación: se espera que contextos de gobierno dividido facilite y acelere el proceso de transición de la Audiencia Inicial a Deseada. Por lo tanto, el tipo de contexto político influye en la forma en que se relaciona la variable independiente y dependiente. En caso de coincidencia entre la Audiencia Inicial y Deseada la Corte tendrá un comportamiento a largo plazo más estable, donde los cambios jurisprudenciales deberían obedecer a cambios en las preferencias de esa audiencia.

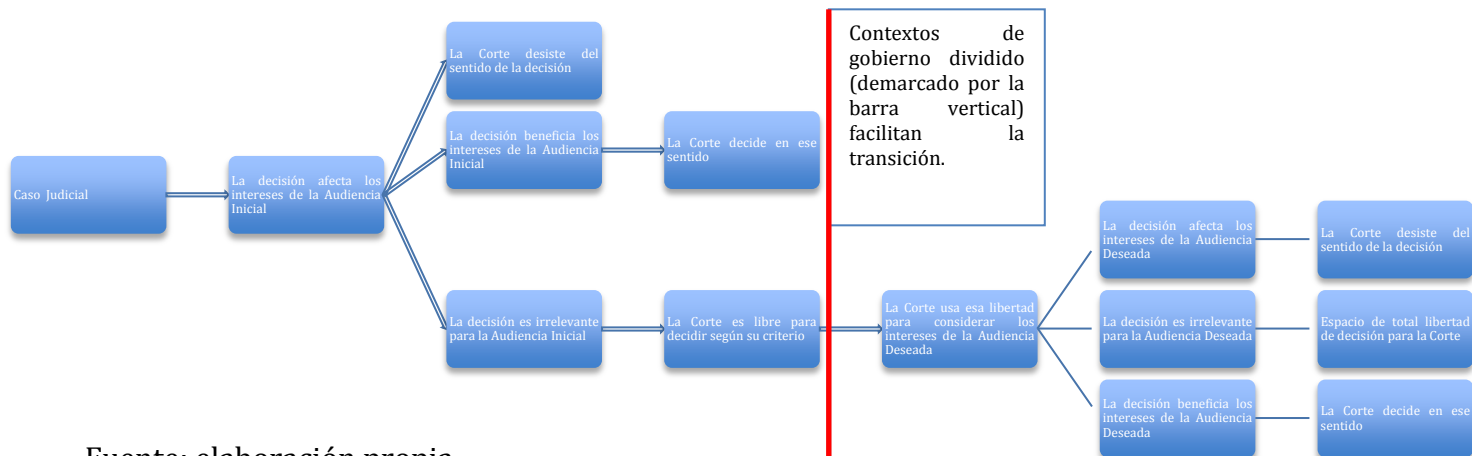
No todos los temas son relevantes para las audiencias (tanto en la inicial como la deseada): En los temas sobre los que la audiencia no tenga una preferencia formada o le sea irrelevante, la Corte decidirá según su propia agenda. Las Cortes son más libres para decidir en situaciones donde la Audiencia Inicial esté compuesta por la mayoría ciudadana y el tema resulte irrelevante para esa mayoría. Cuando la Audiencia Inicial y Deseada son distintas, la Corte analizará qué temas son irrelevantes para su Audiencia Inicial y en ellos observará si tienen importancia para su Audiencia Deseada: En aquellos temas irrelevantes para la Audiencia Inicial e importantes para la Audiencia Deseada la Corte decidirá considerando a esta última audiencia. La figura 1 muestra la forma esperada de comportamiento judicial cuando las audiencias coinciden, esto es, cuando la Audiencia Inicial está formada por la mayoría ciudadana y, la figura 2 muestra el proceso de transición entre la Audiencia Inicial y Deseada cuando ambas no coincidan.

Figura 1. Comportamiento Judicial cuando la Audiencia Inicial es la mayoría ciudadana



Fuente: elaboración propia.

Figura 2. Proceso de transición cuando las audiencias no coinciden (escenario 2)



Fuente: elaboración propia

2.6 Path Dependence

El argumento causal de la investigación es de *path dependence*. Esta aproximación de carácter historicista, va contra el postulado tradicional según el cual las mismas fuerzas operativas producirían los mismos resultados en todas partes, y en cambio propone que el “efecto de esas fuerzas serían mediadas por las características del contexto de una situación dada que a menudo son heredadas del pasado. Por su puesto, las más significativas de esas características son de naturaleza institucional” (Hall y Taylor, 1996: 9. Traducción propia).

En esta lógica causal, la secuencia y característica de los eventos juegan un papel importante en la explicación, en especial aquellos que producen cambios sustanciales o puntos de bifurcación en las instituciones, llamados también “coyunturas críticas” (Capoccia y Kelemen, 2007). Aunque las coyunturas no tienen por sí solas capacidad explicativa, sirven de referencia para observar el punto de partida o de formación de un proceso, donde los primeros eventos o decisiones que se toman, por pequeños que sean, importan mucho más que los posteriores pues marcan un curso de acción, un

“camino”³³ (Pierson, 2004: 18). Para algunos autores el elemento central de esta lógica causal, más que la importancia misma de la historia (tan cierto como trivial), está en el alto costo para revertir o cambiar un camino ya tomado (Levi, 1997: 28). Pierson (2004), le llamó a ese fenómeno retroalimentación positiva. La idea de retroalimentación positiva (*positive feedback*), se vincula estrechamente con el concepto económico de *rendimientos crecientes* (Pierson, 2004). Estas ideas son esenciales para comprender la lógica causal de *path dependence*, pues permiten explicar i) que los costos de cambiar un camino ya tomado aumentan con el tiempo, con lo que se refuerza cada vez más el camino adoptado y, ii) al poner atención sobre los problemas del tiempo y la secuencia, ayudan a diferenciar los momentos coyunturales o formativos, de aquellos que sirven para reforzar la decisión o el camino (Pierson, 2000).

La naturaleza de un argumento causal de este tipo permite incluir en la explicación de un fenómeno actual la inercia de decisiones tomadas en situaciones pasadas. Esa característica resulta apropiada para entender el funcionamiento de instituciones como la judicial, específicamente de Cortes Supremas o Constitucionales, que por su tarea de control, establecimiento y unificación de jurisprudencia nacional, deben

³³ Pierson (2004) describe el modelo experimental del matemático Geroge Póyla, conocido como “Urna de Póyla”. Para Pierson, el proceso de la Urna de Póyla es un claro ejemplo que representa de manera cercana la esencia del proceso del *path dependence*. Dentro de los modelos de urnas, la de Póyla consiste en tener una urna con a bolas azules y b blancas, de la que se extrae una al azar y se la repone agregando además c bolas del mismo color que la extraída. Luego se repite el procedimiento. Con este experimento de probabilidad, llamados también modelos de contagio, permiten mostrar cómo la ocurrencia de un suceso tiene el efecto de aumentar la probabilidad de las posteriores ocurrencias de ese mismo suceso, tal como ocurre en la lógica de *path dependence*, en donde los primeros sucesos determinan un camino adoptado y el resto de las decisiones que se siguen tomando siguen reforzando esa primera decisión. La Urna de Póyla contiene entonces tres elementos implicados en el *path dependence*: i) los primeros sucesos importan más que los posteriores porque deciden el camino adoptado, ii) los posteriores sucesos siguen reforzando cada vez más la tendencia que se indicó con el primer suceso y iii) cualquier camino tenía la probabilidad de haber sido tomado.

garantizar altos estándares de coherencia y homogeneidad en las decisiones más que otras instituciones, por lo que el peso de las decisiones pasadas tiene notoria influencia en las presentes. Por esas características propias de las Cortes resulta adecuado el uso del *Path Dependence*, por encima de otras lógicas³⁴ que no otorgan al pasado y a la secuencia de eventos un papel explicativo central.

Como se mencionó, tanto la secuencia como las características de los eventos tienen gran importancia en esta lógica causal, pues es a partir de ellos que se reconstruye la concatenación de eventos que desembocan en el asunto que deseamos explicar: esa secuencia y relación de eventos, sumado a la teoría y la lógica que se asume, son en sí mismas la explicación del fenómeno³⁵. Sin embargo, ¿qué eventos deben ser considerados como relevantes para incluirse en la explicación y cuáles no? ¿Qué criterios deben usarse para seleccionarlos? Estas preguntas son parte del núcleo central de la lógica del *path dependence* y los autores que lo han usado han propuesto distintas estrategias para dar respuesta, con un elemento esencial común: distinguir los momentos coyunturales o formativos del *path*, de aquellos que lo refuerzan

³⁴ Un buen trabajo que compara metodológicamente la elección racional y el análisis histórico (del que hace parte el *path dependence*) se puede ver en Levi (1997). En el mismo sentido se encuentra el trabajo de Beach y Burn (2013) que compara el método de *process-tracing* frente a otros como los derivados de la elección racional. Un panorama sobre la comparación entre métodos cuantitativos y cualitativos (con una inclinación hacia el método cualitativo), que es uno de los puntos donde pueden derivar la teoría de elección racional y del análisis histórico, se encuentra en Brady y Collier (2010). El trabajo de Thelen (1999) muestra los puntos de encuentro entre la elección racional y el institucionalismo histórico.

³⁵ En este sentido se puede decir que esta tesis sigue una metodología de *Process-Tracing* bajo una lógica de *path dependence* (Bennett y Elman, 2006). La causalidad en el *Process-Tracing* así como la que se asume en esta investigación es de *mecanismo causal*, en contraposición a la generada por *asociación de regularidades*. Beach y Brun (2013) definen el mecanismo causal como “una teoría de un sistema de partes interconectadas que transmiten fuerza causal de X a Y”. Esta definición implica por tanto que “El foco para entender el mecanismo de causalidad está en la dinámica, la influencia interactiva de las causas para producir el resultado y en particular en cómo las fuerzas causales son transmitidas a través de la serie de partes interconectadas de un mecanismo causal para contribuir a producir un resultado” (Beach y Brun, 2013: 25).

(Pierson, 2004: capítulo 2). Para desarrollar lo mejor posible un argumento de este tipo, presento una descripción en términos generales de estos dos tiempos, y los desarrollo de manera específica en el capítulo correspondiente a cada país:

i) Coyuntura crítica: Esta tesis asume como momento formativo o coyuntural los cambios constitucionales que crean o reforman a las Cortes. Estos momentos representan coyunturas críticas en los que se puede asumir que las instituciones se liberan de su pasado e inician un nuevo ciclo de decisiones, con lo que se evita el riesgo de tomar a la ligera puntos de inicio que en realidad representan la continuación de un camino tomado tiempo atrás.

ii) Mecanismos de reforzamiento: Las Reformas Constitucionales implican para las Cortes, entre otras cosas, la creación de una Audiencia Inicial y el establecimiento de mecanismos de refuerzo que dificulta su cambio. Estos mecanismos incluyen desde diseños institucionales que solo permiten la intervención de actores específicos ante la Corte, pasando por restricciones en las funciones jurisdiccionales del Tribunal que lo limitan a determinados temas y ámbitos, así como lógicas de la propia naturaleza de funcionamiento de las Cortes como son la necesidad de mantener líneas jurisprudenciales claras y constantes que den coherencia judicial para garantizar seguridad jurídica, sin dejar de lado el proceso mismo de reforzamiento positivo (*positive feedback*) de la Corte y su Audiencia Inicial, donde una vez la primera elabora una jurisprudencia alineada a las preferencias de la segunda, esta la compensa otorgándole Apoyo y Legitimidad, lo que lleva una vez más a la Corte a repetir el ciclo: Sentencia-Apoyo-Sentencia-Apoyo. Este proceso, en lenguaje económico, es llamado “rendimientos crecientes” y es el que dificulta el cambio de audiencia para la Corte.

Además de la importancia de esos dos momentos que resultan comunes en los estudios de *path dependence*, Bennett y Heman (2006) encuentran que pese a las divergencias en la forma como se usa esa lógica explicativa entre los politólogos, hay 4 rasgos que se encuentran en todos ellos y es el énfasis que se ponga en cada uno lo

que marca las diferencias: i) Posibilidad Causal, ii) Contingencia, iii) Encierre y iv) Constreñimiento. Estos cuatro puntos característicos son desarrollados primero por Pierson (2004, 2000), aunque con ligeros cambios en la denominación de cada momento: i) Múltiple Equilibrio, ii) Contingencia, iii) Rol Crítico del *Timing* y la Secuencia y, iv) Inercia. (Pierson, 2000: 263). En el proceso de interacción entre Cortes y Audiencias, que analizo con esta lógica, también se encuentran esos cuatro rasgos:

i) La Posibilidad Causal sugiere que más de un camino pudo haber sido tomado. Es decir, aunque en la práctica las Cortes adoptaron una ruta específica, les era posible seguir otras alternativas. Este aspecto resulta importante porque para entender por qué se tomó un *path*, hay que conocer por qué no se eligieron los otros (Levi, 1997). Una vez se crea o reforma una Corte, ella puede elegir entre tres posibles caminos: i) Ignorar la Audiencia Inicial y establecer su propia agenda judicial, contradiciendo los arreglos institucionales que le inducen a determinada postura y asumiendo los costos de una pérdida acelerada de legitimidad que pondría en riesgo su propia existencia, como ocurrió en la Corte Constitucional Rusa de 1992 cuando en una de sus primeras decisiones, sin haber alcanzado suficiente nivel de respaldo y legitimidad, declaró inconstitucional un referendo gubernamental, lo que produjo que el presidente de la época, Boris Yeltsin, la anulara (Epstein, Knight y Shvetsova, 2001: 136); ii) aceptar la audiencia establecida en el punto inicial y elaborar su agenda judicial considerando las preferencias de ese grupo³⁶, siendo el camino más seguro para obtener una fuente de legitimidad que le garantice estabilidad institucional; iii) Cuando las audiencias no coincidan, ignorar la Audiencia Inicial y establecer su agenda judicial considerando solo las preferencias de la Audiencia Deseada sin tomar en cuenta las preferencias de su Audiencia Inicial, con el riesgo de recibir fuertes ataques por parte del gobierno sin haber alcanzado un suficiente apoyo ciudadano para resistirlos.

³⁶ Es posible que la Audiencia Inicial y Deseada coincidan. En ese caso, ese camino elegido sería la vía más fácil para obtener y mantener altos niveles de legitimidad judicial.

ii) “La Contingencia implica que la historia causal es influenciada por el azar o un factor desconocido” (Bennett y Heman, 2006: 252). Una vez creada la Corte Constitucional en Colombia en 1991, o reformada la Suprema Corte de Justicia de México en 1994, no era posible anticipar el tipo de derecho que iba a ser garantizado en mayor medida para el año 2013, ni conocer el tipo de preferencias que iba a tener la audiencia de la Corte o qué tan estables éstas iban a en esta época. Aunque hoy podamos proponer una teoría que explique el vínculo entre la Audiencia y las Cortes, y con ella entender el comportamiento diferenciado en la protección de derechos, el desarrollo concreto y específico de la jurisprudencia en un momento dado, sigue siendo influido por elementos del azar que impiden acertar en un pronóstico, aunque podamos anticipar algunos posibles resultados, tal como ocurre con la Urna de Póyla.

iii) Aunque existan caminos alternativos que puedan ser tomados, las elecciones pasadas van haciendo cada vez menos probable o imposibles, determinados caminos. El encierre de los caminos se presenta de manera casi natural cuando las Cortes empiezan a elaborar sus Líneas Jurisprudenciales: cada vez se hace más costoso y menos probable los cambios de jurisprudencia y los cambios de audiencia.

iv) Los factores de constreñimiento operan para mantener el camino tomado haciendo costoso su cambio. También son conocidos como mecanismos de reforzamiento, *positive feedback*, entre otros términos. Para algunos autores, estos mecanismos son principalmente arreglos institucionales (Levi, 1997) mientras que otros lo atribuyen al concepto más amplio de “contexto” (Pierson, 2004). El diseño institucional para las Cortes, es sin duda un factor que constriñe y refuerza el camino: reglas de acceso a la jurisdicción, facultades y herramientas jurisdiccionales, reglas para establecimiento y cambio jurisprudencial, entre otros, son arreglos que dificultan los cambios de *path*. Sin embargo, también existen contextos que pueden cumplir la misma función: lo compacto o dividido del gobierno, el nivel de Apoyo y Legitimidad de la Corte, entre otros.

Aunque muchas de las anteriores características del *path dependence* dan la idea de una lógica útil para explicar solo la creación, estabilidad y permanencia de las instituciones, como generalmente se asume, lo cierto es que también puede ser usada para explicar su cambio: Los factores que dan cuenta del comportamiento inicial de una institución, pueden ser muy distintos de aquellos que explican el cambio, y se caracterizan generalmente por ser *shocks* exógenos que causan ruptura en los arreglos estables previos y abren la puerta a la innovación y cambio institucional (Thelen, 2004) . El *path dependence* permite entender y explicar tanto la permanencia de una Línea Jurisprudencial determinada, como el cambio que tienen, ambas atribuidas al tipo de preferencia de la audiencia judicial que tenga la Corte.

3. COLOMBIA

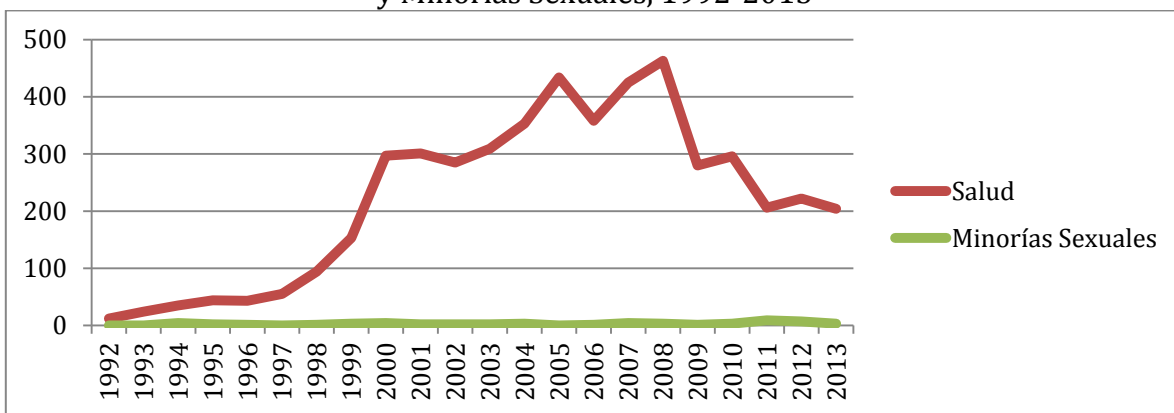
“(…) los cambios que se presentan en la sociedad de los cuales debe ser consciente el juez constitucional para efectuar un nuevo análisis sobre normas que fueron consideradas exequibles en un tiempo pero que a la luz de la nueva realidad pueden no serlo”.

Sentencia C-283/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.1 Comportamiento de la Corte Constitucional en Salud y Minorías Sexuales

La intervención de la Corte Constitucional colombiana en distintos aspectos económicos, sociales y políticos ha promovido importantes cambios no solo a nivel institucional sino también en la vida de muchos ciudadanos, especialmente en minorías y grupos sociales tradicionalmente excluidos (Saffon y García-Villegas, 2011). Sin embargo, no toda la protección y expansión de derechos ha sido con igual intensidad y nivel de desarrollo: El derecho a la Salud y los Derechos de Minorías Sexuales representan un claro ejemplo de un comportamiento diferenciado en la protección de derechos, que no solo se ve en el número de decisiones empleadas para tratarlos (ver gráfico 1.), sino también en el desarrollo sustancial que le ha dado a cada uno.

Gráfico 1. Número de Sentencias de la Corte Constitucional sobre el Derecho a la Salud y Minorías Sexuales, 1992-2013



Fuente: elaboración propia con información tomada de la Corte Constitucional.

Una sencilla comparación del desarrollo sustancial que la Jurisprudencia Constitucional ha dado a estos Derechos, deja ver notables diferencias: mientras que desde el año 1998 la Corte ya había desarrollado reglas para poder garantizar y otorgar por vía de la Acción de Tutela los medicamentos, tratamientos y aparatos médicos que estaban excluidos del Plan de beneficios de los afiliados al Sistema de Salud³⁷, en el 2000 avalaba la prohibición, que se mantuvo hasta el año 2006, de la afiliación como beneficiario al Sistema de Salud a la pareja homosexual de un afiliado³⁸. Mientras en el 2007 la Corte apenas daba inicio a un desarrollo jurisprudencial de apertura y garantía de los Derechos de las Minorías Sexuales, para el 2008 ya había desarrollado y consolidado las Líneas Jurisprudenciales que garantizaban y ampliaban casi todos los aspectos posibles del Derecho a la Salud: desde la población que debía ser cubierta por el Sistema, pasando por el Plan de beneficios a que se tiene derecho, así como proponiendo reformas estructurales para corregir las deficiencias de las políticas públicas en Salud.

¿Por qué ocurre ese fenómeno? ¿Qué explica ese comportamiento diferenciado en la Protección de Derechos tan marcado de la Corte Constitucional? La respuesta que propone esta tesis se sustenta en la Audiencia que tiene la Corte y la lógica del *path dependence*: es la mayoría ciudadana y sus preferencias frente a esos derechos lo que explica el comportamiento diferenciado del Tribunal y le dificulta cambiar de tendencia.

Para desarrollar esta idea el capítulo se divide en cuatro partes: i) primero se muestran las características de la coyuntura crítica que dio origen a la Corte y estableció su Audiencia Inicial; así como la descripción de las preferencias de esa Audiencia frente a los dos Derechos; ii) se presenta el papel que juega el gobierno dividido; iii) se muestra el comportamiento detallado de la Corte en la protección del Derecho a la Salud y de Minorías Sexuales para dejar en evidencia el tratamiento

³⁷ Sentencia T-236/98, M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁸ T-999/00, M.P. Fabio Morón Díaz y SU-623/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

desigual que ha desarrollado frente a ambos y por último, iv) se presenta la explicación a ese comportamiento a partir de las preferencias de su Audiencia Judicial.

3.2. Audiencias de la Corte Constitucional

3.2.1 Audiencia Inicial: mayoría ciudadana

La Corte Constitucional fue fruto de la coyuntura crítica que ocurrió en Colombia en 1990, con la que se impulsó una mayor apertura del sistema político y un nivel más alto de protección y relevancia de la ciudadanía como actor fundamental en la toma de decisiones. En este contexto se creó la Constitución de 1991 que a diferencia de todas las Constituciones elaboradas en el siglo XIX, no fue hecha por militares ni sólo por los líderes políticos, sino que:

“Por el contrario y como hecho único en la historia del país, al lado de los políticos y de los aristócratas de las regiones, tomaron asiento como constituyentes, personas venidas de los más diversos orígenes. Hubo allí estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, indígenas, afrocolombianos y sujetos de otros sectores, ejercitando una experiencia participativa jamás ensayada en el país.” (Quinche, 2010: 13).

Ese ambiente de mayor participación ciudadana y apertura política, sumado a las nuevas características institucionales establecidas en la Constitución de 1991, como la ampliación en el reconocimiento de Derechos, nuevos mecanismos de acceso y protección de los mismos, además de un diseño de la Jurisdicción Constitucional que permitió la participación de toda la población en distintos niveles a través de varios recursos, fueron una clara señal que le indicó a la Corte Constitucional que su Audiencia Inicial estaba compuesta por la mayoría ciudadana.

El fenómeno de descontento generalizado a finales de la década de los 80, fruto en gran medida de la exclusión social y el bloqueo político que limitaba la toma de decisiones a solo dos partidos, tuvieron en la coyuntura generada por el movimiento

de *la séptima papeleta* una oportunidad única para lograr un profundo cambio en la sociedad colombiana que se materializó con la Constitución de 1991.

El origen y sentido de esa nueva Constitución y las instituciones que con ella se crearon, tuvieron la intención clara de dar mayor espacio de participación a la ciudadanía en la vida política. El hecho de ser la primera Constitución en la historia del país elaborada por constituyentes elegidos democráticamente (Quinche, 2010: 18), además de los amplios canales de participación puestos al servicio de los ciudadanos, como la acción de Tutela, las Acciones Populares y de Grupo, la Consulta Popular, el Cabildo Abierto, la Revocatoria Popular del Mandato, la Iniciativa Legislativa, o instituciones como la Defensoría del Pueblo, entre otras, además del amplio número de Derechos constitucionalizados, fueron claros ejemplos de un cambio de concepción que pasó de una postura centralizada y restringida del poder, bajo la Constitución de 1886, a un nuevo paradigma donde los ciudadanos jugaban un rol protagónico en la toma de decisiones en la Constitución de 1991.

Dentro de la tendencia de mayor protección y participación ciudadana establecida en la nueva Constitución, la Corte Constitucional fue pensada y diseñada para ser la institución encargada por excelencia de custodiar los avances y logros que la ciudadanía había alcanzado, tal como se refleja en el mismo texto constitucional: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...)” (artículo 241 de la C.P.). Fueron múltiples los mensajes que le indicaron a la Corte que su Audiencia Inicial estaba conformada por la mayoría ciudadana: El desarrollo y origen ciudadano que impulsó la creación de la Constitución sumado a la primera elección popular de los constituyentes en la historia del país, que dio origen a una composición plural de la Asamblea Constituyente, además del mismo diseño institucional que promovía el fácil acceso ciudadano a la Jurisdicción Constitucional, fueron claras señales tanto institucionales como de contexto social y político.

En las secciones siguientes se presenta el proceso y las características de la coyuntura crítica que dio origen a la Constitución de 1991 y el diseño que se estableció para la Corte Constitucional, con el objetivo de mostrar el peso y la importancia de la ciudadanía en todos esos acontecimientos y dar más argumentos del por qué ese grupo fue la Audiencia Inicial de la Corte.

3.2.1.1 Coyuntura crítica que da origen a la Constitución de 1991

Colombia tuvo entre 1990 y 1991 un punto de inflexión en distintos aspectos, pero principalmente en tres: i) Social, ii) Político e ii) Institucional, que tuvieron como característica común una mayor relevancia e importancia de la ciudadanía.

i) Social: la sociedad tuvo amplia movilización con lo que ganó visibilidad y notoriedad, al punto de exigir y lograr que se convocara a una Asamblea Constituyente aún cuando ese procedimiento de reforma no estaba establecido en la Constitución de 1886. Esa movilización estuvo motivada en gran medida por los altos niveles de violencia entre 1980 y 1990, donde el asesinato de cuatro candidatos presidenciales (Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo, Carlos Pizarro y Luis Carlos Galán) da una clara imagen del nivel de violencia en el país.

ii) Político: la élite política fue forzada a abrir canales institucionales para dar participación a otros actores antes excluidos, como ex combatientes reinsertados de grupos guerrilleros, grupos religiosos no católicos y a la misma ciudadanía, entre muchos otros. Un ejemplo que permite observar el sistema cerrado con el que se tomaban las decisiones políticas en Colombia antes de 1991, es el artículo 218 de la Constitución de 1886:

“Artículo 218: La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un **Acto Legislativo**, discutido previamente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado

por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso.” (negritas fuera del texto original).

En ese artículo sólo se permitía la Reforma Constitucional a través de Acto Legislativo, excluyendo incluso a la misma ciudadanía para que de manera directa pudiera proponer una Reforma y lo dejaba exclusivamente en manos de la élite política representada en el Congreso. La movilización ciudadana de 1990, que pedía un cambio constitucional, forzó a las distintas instituciones (al Registrador Nacional del Estado Civil, al Presidente de la República y a la Corte Suprema de Justicia) para que se aceptara un cambio constitucional a través de procedimientos no establecidos en la Constitución de 1886 (Quinche, 2010: 21).

iii) Institucional: la Constitución de 1991 representó un profundo cambio frente a su antecesora. No solo se reconocieron constitucionalmente más derechos sino que se crearon más mecanismos para su protección y nuevas instituciones que fungieran como garantes, entre ellas la Corte Constitucional.

La Asamblea Nacional Constituyente encargada de redactar la Constitución que cambiaría sustancialmente el diseño institucional concebido en 1886, se instauró el 5 de febrero de 1991. Fue resultado de un amplio consenso de diversos sectores que reclamaban profundas reformas para dar participación a los grupos tradicionalmente excluidos. A diferencia de las seis Constituyentes que ha tenido Colombia (1828, 1863, 1886, 1905, 1910, 1953), la de 1991 no fue un pacto excluyente de las élites políticas sino que involucró una fuerte movilización ciudadana en la que los estudiantes

jugaron un rol fundamental³⁹: La masiva movilización, sumado a los altos niveles de violencia que vivió el país en la década del 80 con el narcoterrorismo, que costó la vida de importantes líderes, y el rechazo cada vez mayor al bloqueo político establecido en el diseño institucional, produjo un sentimiento generalizado de cambio al que debió ceder la élite política⁴⁰ y permitió la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

La Asamblea Constituyente de 1991 y la promulgación de la nueva Constitución el 4 de julio de 1991, significó un punto de quiebre institucional, una coyuntura crítica a partir del cual muchos de los procesos políticos y sociales precedentes se reconfiguraron. La Constituyente no solo fue un punto clave por la forma en que se convocó sino también por la inclusión que hizo de nuevos grupos sociales: se eligieron por voto popular 70 constituyentes de los cuales 25 eran del Partido Liberal, 19 de la Alianza Democrática M-19, 11 del Movimiento Salvación Nacional (un grupo disidente del Partido Conservador), 9 del Partido Social Conservador, 2 de Unión Patriótica, 2 de movimientos indígenas y 2 de Unión Cristiana (Uno del movimiento Unión Cristiana y otro del Partido Nacional Cristiano, ambos grupos políticos religiosos no Católicos). La inclusión de miembros de izquierda y ex integrantes de grupos insurgentes, así como

³⁹ Los estudiantes universitarios fueron el principal promotor del movimiento “la séptima papeleta”, conformado en 1989 y que tuvo como objetivo incluir en las elecciones generales de marzo de 1990, una séptima papeleta en la que se consultara a los ciudadanos para conformar una Asamblea Constituyente. Aunque el llamado a una Constituyente había sido uno de los principales temas en las negociaciones de desmovilización del grupo guerrillero M-19, el gobierno de Virgilio Barco (1986-1990) se había opuesto inicialmente a esta consulta ciudadana, pero dado el amplio respaldo y movilización que generó la propuesta estudiantil, decidió aprobarlo y convocar elecciones para conformar la Asamblea Nacional Constituyente. Una buena descripción del movimiento en ese momento está en la Revista Semana, del 11 de Junio de 1990, *La revolución de los sardinos*. Versión digital: <http://www.semana.com/especiales/articulo/la-revolucion-sardinos/13428-3>

⁴⁰ Para esto el respaldo de la Corte Suprema de Justicia al proceso resultó fundamental, por ser quién avaló la votación de la “séptima papeleta” que no había sido aceptada oficialmente hasta ese momento por el Consejo Electoral colombiano.

la participación de grupos indígenas y un sector religioso no católico, rompió con la tradicional toma de decisiones bipartidista (liberal-conservador) que se había adoptado hasta ese entonces, permitiendo incluir nuevas opiniones y voces, acabando así con el modelo de Reformas constitucionales anteriores que se caracterizaban por ser obra de solo un “grupo de notables”, representantes de los partidos políticos Liberal y Conservador.

Aunque la conformación de la Asamblea Constituyente aún estaba lejos de representar a todas las fuerzas de la sociedad (seguían estando por fuera otros importantes actores como grupos guerrilleros de las FARC y el ELN, aunque algunos de sus frentes desmovilizados pudieron participar a través del partido Unión Patriótica), fue una clara señal de apertura política que se simbolizó con la Presidencia Tripartita de la Asamblea en la que tuvieron participación actores tan disímiles como el Movimiento Alianza Democrática M-19, el Partido Conservador y el Partido Liberal, representados por Antonio Navarro Wolff, Álvaro Gómez Hurtado y Horacio Serpa Uribe, respectivamente. Esa pluralidad de concepciones políticas y sociales de los miembros de la Asamblea Constituyente se vio reflejada en la variedad de propuestas para el nuevo diseño institucional que buscaban generar un cambio profundo y distanciarse de la Constitución de 1886.

En términos generales, todas las propuestas para el diseño del control de constitucionalidad tomaron como punto de partida las atribuciones que la Constitución de 1886 le había dado a Corte Suprema de Justicia como juez constitucional, pero se diferenciaban entre ellas en las nuevas funciones que debían agregarse. Las propuestas sobre la institución que debía encargarse de ese control también tuvieron significativas diferencias que iban desde mantener a la Corte Suprema de Justicia como Juez constitucional, pasando por las propuestas de una sala especializada de ese Tribunal y las que incluían la creación de una Corte Constitucional propiamente dicha. El mecanismo de selección de sus integrantes

también tuvo notables diferencias que abarcaban desde procesos abiertamente políticos hasta métodos que buscaban asegurar decisiones jurídicamente neutras.

En los siguientes párrafos se presenta de manera abreviada las principales características del diseño constitucional establecido en la Constitución de 1886, con sus reformas, y las distintas propuestas que se hicieron para modificarla en 1991, resaltando 3 puntos: i) Funciones del control de constitucionalidad, ii) Institución que debía ejecutarlas y iii) el Sistema de elección de sus miembros.

El Control de constitucionalidad en la Constitución de 1886:

El diseño de Control constitucional vigente al momento de la Constituyente de 1991 establecía un control mixto de constitucionalidad: por un lado fijaba un control concentrado en cabeza de dos corporaciones: la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículos 214 y 215 de la Constitución de 1886 con sus reformas), donde este último ejercía un control residual (el Consejo de Estado tenía el control constitucional de todos los decretos del gobierno que no estaban asignados a la Corte Suprema). Adicional a esto se estableció un control difuso mediante la figura de *excepción de inconstitucionalidad*⁴¹, en el que cualquier juez podía dejar de aplicar una norma específica a un caso concreto cuando consideraba que su aplicación vulneraba la Constitución aunque los efectos solo se limitaban al caso particular.

El Control Constitucional tuvo distintas facultades repartidas entre los dos órganos. La Corte Suprema decidía sobre⁴²: i) la exequibilidad de los proyectos de ley que hubieran sido objetados por el Gobierno por inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. ii) La exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y aquellos referidos a los planes y programas de desarrollo económico y

⁴¹ Artículo 215 de la Constitución de 1886.

⁴² Artículo 214 de la Constitución de 1886.

social, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. iii) La exequibilidad de los decretos expedidos por el gobierno con motivo de Estados de Excepción, casos en los cuales cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la Constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren. El Consejo de Estado⁴³ por su parte, debía decidir sobre las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no estuviera asignado su control expresamente a la Corte Constitucional.

Es importante destacar que todas las propuestas presentadas por los constituyentes de 1991 tomaron como punto de partida *la acción pública de inconstitucionalidad*⁴⁴, incorporada desde 1910 y que la Corte Suprema de Justicia usó de manera continua, pues durante todo ese periodo solo en 1956, 1957 y 1968 no se invalidó ninguna ley por este mecanismo (Cepeda, 2008: 208).

Propuestas sobre el alcance del Control de Constitucionalidad.

Como se mencionó, las propuestas de reforma al Control de constitucionalidad fueron reflejo de la apertura política que se expresó en la pluralidad de actores que integraron la Asamblea Nacional Constituyente. Las propuestas fueron tan variadas que incluso los integrantes de un mismo grupo político presentaron alternativas de Control de constitucionalidad muy distintas entre sí, como se muestra en la Tabla 2.

⁴³ Artículo 216 de la Constitución de 1886.

⁴⁴ Incorporada con el acto legislativo N0. 3 de 1910, diseñada por una Asamblea Constituyente integrada por destacados miembros del partido liberal y conservador, constituyó un valioso aporte al constitucionalismo a nivel mundial, por la temprana y amplia apertura a los ciudadanos para participar en el control de la actividad legislativa (Moreno, 2010)

Tabla 2. Propuestas para el Control Constitucional

Actor que hace la propuesta	Institución encargada del Control Constitucional	Nombramiento de los Magistrados	Periodo	Número de Magistrados
Gobierno	Corte Constitucional	Elegidos por el Senado, la tercera parte de los candidatos propuestos por el Presidente; la tercera parte de los candidatos propuestos por el Consejo de Estado; la tercera parte de los candidatos propuestos por la Corte Suprema	9 años	
Diego Uribe Vargas (liberal)	Corte Constitucional	Tres por la Cámara de Representantes. Tres por la Corte Suprema. Tres por el Presidente	7 años	9
Antonio Navarro y otros (M-19)	Corte Suprema de Justicia	Sistema de cooptación de lista elaborada por el Consejo Superior de la Judicatura. La mitad de sus miembros deben pertenecer a la carrera judicial	Vitalicio (Hasta la edad de retiro forzoso)	Impar, definido por ley
Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño (conservador)	Corte Constitucional	Tres elegidos por la Cámara de lista enviada por el Presidente. Seis por el Consejo Nacional de Administración de Justicia	6 años	9
María teresa Garcés (M-19)	Corte Constitucional	Sistema de cooptación, de lista enviada por el Consejo Superior de la Carrera Judicial	10 años	7
Corte Suprema	Corte Suprema de Justicia	Sistema de cooptación, por el señalamiento de dos candidatos por el Presidente de la República, el presidente de la Corte Suprema, el presidente del Consejo de Estado, la Academia de esta disciplina, el Procurador General de la Nación y el Consejo Superior de la Administración de Justicia. El magistrado se elegirá por mayoría de las dos terceras partes		
Misael Pastrana y otros (Conservador)	Sala Constitucional de la Corte Suprema	Cooptación de la Corte Suprema, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura		
Consejo de Estado	Corte Suprema o Corte Constitucional	Sistema de cooptación, de entre los candidatos que reúnan los requisitos en un concurso elaborado por el organismo organizador de la carrera judicial		
Arturo Mejía Borda (Unión Cristiana)	Corte Suprema de Justicia	La Corte Suprema de Justicia será elegida por un Colegio Electoral Nacional, integrado por noventa y un miembros, escogidos así: el Presidente de la República, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Senado de la República y el Parlamento Ciudadano, elegirán 11 cada uno: 10 elegidos por un Colegio Electoral integrado con los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades colombianas, 11 elegidos por un Colegio Electoral Integrado con los presidentes de las asociaciones de abogados: 75 designados por las Asambleas Regionales, razón de 3 por cada una. En caso de que quede Integrado por un número par, el residente elegirá uno adicional para que el número quede impar.		
Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes	Corte Constitucional	Los elige el Congreso, donde al menos la mitad deberán ser de carrera judicial, de una lista enviada por el Presidente de la República.	8 años	
Senador Ignacio Molina Giraldo	Corte Constitucional	Cuatro elegidos por el Senado, de ternas enviadas por el Presidente y tres elegidas por la Cámara, de ternas enviadas por la Corte Suprema		7
Alfredo Vázquez Carrizosa y Aída Avella (Unión Patriótica)	Corte Suprema de Justicia			

Jaime Fajardo y otro (Liberal)	Corte Suprema de Justicia (sección de Control Constitucional)			Determinados por la ley orgánica
Hernando Herrera Vergara (liberal)	Corte Constitucional	Sistema de cooptación, de ternas presentadas por el Consejo Superior de la Administración de Justicia	Vitalicio (hasta la edad de retiro forzoso)	8
Antonio Galán Sarmiento (liberal)	Corte Constitucional	Elegidos por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.	8 años	

Fuente: elaboración propia.

Las propuestas más homogéneas vinieron de integrantes del Partido Liberal que coincidieron en establecer una Corte Constitucional como órgano encargado de la guarda de la Constitución, sin embargo desentonaban frente al número de magistrados que la debían componer, el procedimiento para su nombramiento y tipo de funciones que debía tener. Los miembros del Partido Conservador presentaron propuestas que iban desde crear una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia hasta una Corte Constitucional propiamente dicha. Los miembros de la izquierda política, M-19 y Unión Patriótica, así como de la Unión Cristiana, propusieron que fuera la Suprema Corte de Justicia la encargada del Control Constitucional, mientras que otros miembros del M-19 propusieron crear una Corte Constitucional.

El Diseño Institucional de la Corte Constitucional

El diseño de la Corte Constitucional se estableció en los artículos 239 a 245 de la Constitución de 1991. Está integrada actualmente por 9 magistrados⁴⁵, elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de 8 años de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Dentro de sus funciones hay unas de Acceso y protección ciudadana directa que son:

⁴⁵ El número de magistrados se encuentra establecido en el artículo 44 de la ley 270 de 1996–Estatutaria de la Administración de Justicia-

- Decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución.
- Revisar las decisiones judiciales relacionadas con la Acción de Tutela de los Derechos Constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución.

Otras, de protección ciudadana indirecta ejercida automáticamente por la Corte:

- Resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.
- Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional.
- Ejercer el Control constitucional sobre los Decretos Legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los Estados de Excepción.

Otras que son para dirimir controversias políticas y funciones administrativas:

- Decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra Proyectos de Ley y de manera integral y previa respecto a los Proyectos de Ley Estatutaria aprobados por el Congreso.
- Resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Constitución.

Y otra de Protección de la Soberanía Nacional:

- Decidir sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben.

De todo lo anterior se puede concluir que: i) la Constitución de 1991 representó una coyuntura crítica que produjo un cambio institucional profundo, ii) caracterizado por la apertura del Sistema político que dio cabida a actores excluidos, pero principalmente dando protección y relevancia a la ciudadanía para la que se crearon un sinnúmero de instituciones y derechos a su favor. iii) Para proteger y preservar los

logros alcanzados por y para la ciudadanía se creó la Corte Constitucional como institución insignia de protección ciudadana, principalmente a través de la Acción Pública de Inconstitucionalidad y de la revisión de la Acción de Tutela. iv) Por lo anterior, se puede afirmar que la Audiencia Inicial de la Corte está conformada por la mayoría ciudadana, coincidiendo así con la Audiencia Deseada.

3.2.2 Audiencia Deseada: coincidencia con la Audiencia Inicial

La Corte Constitucional colombiana representa un caso en que la Audiencia Inicial y Deseada coinciden. En la coyuntura crítica se estableció como Audiencia Inicial a la mayoría ciudadana, lo que facilitó a la Corte la elaboración de Líneas Jurisprudenciales claras y estables: como se muestra en detalle en la sección 3.5 de este capítulo, la Jurisprudencia en Salud tuvo un sostenido desarrollo incremental en distintos aspectos del Derecho con gran coherencia y pocas contradicciones. Por otra parte, la Jurisprudencia en Minorías Sexuales tuvo solo un notable cambio en el año 2007: pasó de ser una Jurisprudencia con mínimos desarrollos de protección a ser más protectora de muchos aspectos de ese derecho. Como se muestra a continuación, la estabilidad en el desarrollo incremental de la Jurisprudencia en Salud se debe a las preferencias constantes de la mayoría ciudadana que deseaba más y mejor servicio de salud; mientras que el Cambio Jurisprudencial del año 2007 en los Derechos de Minorías Sexuales se debió al cambio en la percepción ciudadana sobre estas minorías, que a partir del año 2005 fueron de menor rechazo, permitiéndole a la Corte elaborar una Jurisprudencia de mayor protección sin correr el riesgo de perder respaldo de su Audiencia.

3.2.3 Preferencias de la Mayoría Ciudadana, 1991-2013

Para identificar las preferencias de la Audiencia se usaron los datos de la Encuesta Mundial de Valores⁴⁶, específicamente los resultados sobre la percepción ciudadana

⁴⁶ Aunque se consideraron los datos de LAPOP y Latinobarómetro, se eligió la WVS por tener observaciones de un periodo de tiempo más largo sobre la opinión sobre

frente a los Derechos de Minorías Sexuales, pues resulta más claro suponer que las preferencias de este grupo están a favor del Derecho a la Salud, pero no puede asumirse lo mismo frente a los Derechos de Minorías Sexuales.

3.2.3.1 Preferencias frente al Derecho a la Salud

Resulta convincente asumir que las preferencias de la Mayoría Ciudadana tienden a estar de acuerdo con un mayor disfrute del Derecho a la Salud que un menor disfrute, por lo que serán bien vistas y contarán con su apoyo las iniciativas o propuestas para mejorar o ampliar cualquier aspecto de ese derecho. En 1993, antes de la Ley 100 que estableció el Sistema de Seguridad Social, menos del 20% de la población tenía cobertura a un Seguro de Salud, para el año 2001 la cobertura había aumentado a un 57% de la población (Restrepo, 2002: 22); en el año 2010 ya había alcanzado más del 88% (GES, 2011: 6) y en la actualidad se ha alcanzado una cobertura cercana al 100%. Estas cifras sin embargo aun están lejos de reflejar el pleno disfrute de este derecho en Colombia: todavía persisten barreras en el acceso al servicio que dificultan el disfrute del derecho, que son mucho más altas para la población afiliada a través del régimen subsidiado que para los afiliados por el régimen contributivo (GES, 2011: 8). La casi total cobertura en el aseguramiento al Sistema de Salud fue alcanzada 13 años después de la fecha que se había previsto en la Ley 100 de 1993⁴⁷. Sin embargo y como se ha mostrado en distintos estudios (Ayala, 2014; GES, 2011), la cobertura no es garantía de poder disfrutar del Derecho a la Salud, pues intervienen distintos factores que dificultan el acceso a este derecho, tal como ha ocurrido en Colombia. Esta somera descripción del desarrollo de la cobertura y acceso al sistema de Salud, permite afirmar que el Derecho a la Salud es aún un tema relevante y que debe aún ser mejorado para la mayoría ciudadana.

minorías sexuales. Los datos están disponibles en su página de internet: <http://www.worldvaluessurvey.org>

⁴⁷ En esta ley se había proyectado un aseguramiento universal de la población para el año 2000, sin embargo para ese año solo se había alcanzado un aseguramiento que cubría al 57% de la población.

3.2.3.2 Preferencias frente a los Derechos de Minorías Sexuales

La percepción ciudadana sobre las minorías sexuales fue incluida en la WVS a partir de 1994⁴⁸, y presenta una tendencia en la que es cada vez menor el porcentaje de personas que encuentran como *nunca justificable la homosexualidad*, que pasó del 61% en el periodo 1994-1998, al 45% para 2005-2009 y llegó al 44% entre el 2010-2014.

Tabla 3. Nivel de aceptación de la homosexualidad en Colombia, 1994-2014

Justificable: Homosexualidad	1994-1998	2005-2009	2010-2014
Nunca justificable	61%	45%	44%
2	6%	6%	8%
3	5%	4%	6%
4	4%	4%	5%
5	10%	13%	13%
6	4%	5%	6%
7	2%	5%	4%
8	2%	6%	4%
9	1%	3%	2%
Siempre Justificable	5%	8%	5%
No responde	*	-	1%
No sabe	1%	1%	2%
(N)	6,025	3,025	1,512

Fuente: Encuesta Mundial de Valores.

Los datos de Latinobarómetro reportan una tendencia más marcada en la disminución del rechazo a las minorías sexuales (En periodo entre 2002 y 2009), que pasó de un 70% de la población que veía el homosexualismo con una condición que nunca era justificable en el 2002, a sólo el 27% en el 2009. Lo importante que se registra en

⁴⁸ A través de otras preguntas de la encuesta para el mismo periodo se observa que las percepciones sobre este tema son mucho más complejas. Al parecer la sociedad colombiana tiende a polarizarse menos frente a las minorías sexuales en términos generales y abstractos, pero a ser más conservadora cuando tienen contacto directo con ese grupo social y adquiere forma concreta. El razonamiento que parece seguir es el de tolerar al diferente siempre y cuando haya contacto con él. Esto se desprende de las preguntas sobre “vecinos no deseados”, donde el 15% de los colombianos encuestados consideraban así a estas minorías sexuales en el periodo 1994-1998, y se incrementó al 46% en el periodo 2005-2009.

ambas encuestas es que el rechazo a las minorías sexuales disminuyó después del año 2005, lo que coincide con un movimiento de la Corte hacia un Cambio Jurisprudencial de mayor protección y desarrollo de los derechos de esas minorías. El Cambio Jurisprudencial, como se muestra en la sección 3.4, se observa de manera clara en el año 2007, dos años después del cambio en las preferencias de su audiencia.

3.3 Gobierno dividido en Colombia

En el periodo analizado Colombia tuvo 3 gobiernos unificados: dos de ellos con mayorías absolutas, ocurridas en el periodo presidencial de César Gaviria (1991-1994) y con Ernesto Samper (1994-1998), ambos del Partido Liberal; y una con mayoría relativa en el Gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014). Ver Tabla 4. Aunque el gobierno de Álvaro Uribe, en los dos periodos presidenciales, contó con amplios respaldos mayoritarios en el Congreso, estos fueron fruto de alianzas y coaliciones partidistas que no caben en la definición que se usa en esta investigación para definir a un gobierno unificado; sin embargo algunos autores clasifican esos periodos como de gobierno unificado a partir de una coalición mayoritaria:

“Durante los dos periodos gubernamentales de Álvaro Uribe Vélez se constituyó un gobierno unificado a partir de una coalición mayoritaria amplia. En el primer periodo la coalición incluyó a más de veintiséis partidos y logró aglutinar el apoyo del 68% de los Senadores y 70% de los Representantes a la Cámara. (...) Por las características de los partidos (en su mayoría surgidos por agrupación de Congresistas, con excepción del Partido Conservador que tiene una tradición desde el siglo XIX), con predominio de los Congresistas, divididos y débilmente organizados, las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo siempre se adelantó de forma individualizada, elevándose los costos de las búsquedas de apoyo en términos de concesiones de prebendas y favores personales.” (Duque, 2012: 223)

Tabla 4. Cohesión de los Gobiernos en Colombia. 1991-2014.

Periodo	Partido Político del Presidente	Mayoría en el Senado	Mayoría en la Cámara	Cohesión del Gobierno
1991-1994	Liberal (César Gaviria)	Si (54%)	Si (53%)	Si
1994-1998	Liberal (Ernesto Samper)	Si (54%)	Si (52%)	Si
1998-2002	Alianza para el Cambio (Andrés Pastrana)	No	No	No
2002-2006	Movimiento Primero Colombia (Álvaro Uribe)	No	No	No ⁴⁹
2006-2010	Movimiento Primero Colombia (Álvaro Uribe)	No	No	No
2010-2014	Partido Social de Unidad Nacional (Juan Manuel Santos)	Si (27%)*	Si (28%)*	Si*

Fuente: elaboración propia con datos tomados de Roll (2002) para los periodos 1990 a 1998 y de la Registraduría Nacional del Estado Civil para los periodos posteriores a 1998 (consultada en <http://www.registraduria.gov.co/-Historico-de-Resultados-.html>). * Lo es por mayoría simple, pues el Partido Social de la Unidad Nacional obtuvo 28 escaños en la Cámara de Senadores y 48 en la Cámara de Representantes, siendo el partido que más escaños obtuvo en el Congreso. (A diferencia de la mayoría absoluta, que es la mitad más uno, la mayoría simple se configura cuando una de las partes obtiene más escaños -votos, puntos, etc.- que las otras, sin que esto implique necesariamente que ha obtenido la mitad más uno. Por ejemplo, si se deben repartir 10 escaños entre A, B y C y A obtiene 4, B obtiene 2 y C obtiene 3, diremos que A cuenta con una mayoría simple pero no la mayoría absoluta que serían 6 escaños.

Considerando que los efectos de variable interviniente se limitaron en esta tesis al proceso de transición de la Corte entre sus audiencias, el papel de la cohesión del gobierno solo cobra sentido en los casos en los que la Audiencia Inicial y Deseada son diferentes, pues sirve como señal que indica el momento en que la Corte tiene el mejor contexto político para transitar de una a otra. Al ser la mayoría ciudadana la

⁴⁹ Bajo la definición que se adoptó para observar la cohesión del gobierno (ver capítulo metodológico), no es posible clasificar ninguno de los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe (2002-2004, 2004-2008) como “gobierno unificado”, pues aunque contó con el respaldo de amplias mayorías en el Congreso, estas fueron fruto de coaliciones y alianzas. Para ver de forma detallada las alianzas y coaliciones en ambos periodos ver Duque (2012: 231-233)

Audiencia Inicial de la Corte Constitucional colombiana, no se hace necesaria la transición y el papel de la variable interviniente pierde vigencia. Aunque es posible que la variable “gobierno unificado” tenga efectos sobre otros aspectos adicionales al proceso de transición, estos no fueron considerados en esta investigación.

3.4 Comportamiento Detallado de la Corte Constitucional

El masivo uso que los ciudadanos le han dado a las Acciones de protección constitucional, especialmente a la Tutela, con 4.200.357 acciones interpuestas en todo el país hasta el 2013, de las cuales la Corte ha seleccionado más de 16.000 para su revisión, sumado a las numerosas Sentencias de Constitucionalidad que llegan a más de 5.700, han hecho de la Corte Constitucional colombiana uno de los Tribunales con mayor carga y producción jurisprudencial en el país y el mundo (Cepeda, 1998). La Tabla 5 muestra el total de decisiones de Tutela que llegan a la Corte para su eventual revisión⁵⁰ así como el número de Sentencias, tanto de Tutela como de Constitucionalidad, que profiere cada año.

Tabla 5. Número de Tutelas en Colombia y Sentencias de la Corte Constitucional, 1992-2014.

AÑO	Total Tutelas en el país	Crecimiento anual de Tutelas en el país. %	Sentencias de Tutela revisadas por la C.C.	Sentencias de Constitucionalidad	Total Sentencias de la C.C.
1992	10.732		182	52	234
1993	20.181	88,05	394	204	598
1994	26.715	32,38	360	222	582
1995	29.950	12,11	403	227	630
1996	31.248	4,33	370	347	717

⁵⁰ Todas las decisiones de Tutela que se deciden en el país llegan a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión. La selección de estos casos se hace al azar, sin perjuicio que cualquier ciudadano pueda pedir directamente a la Corte la revisión de una tutela particular. Si se niega esa solicitud, pueden insistir a un magistrado de la misma Corte, el Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo para que sea revisada. Aunque en el primer año de funcionamiento de la Corte la revisión de sentencias de Tutela llegó a abarcar el 90% de su producción jurisprudencial, en los años siguientes y hasta 1997 se auto reguló para ir igualándose con las decisiones de control abstracto de constitucionalidad (Cepeda, 1998). Sin embargo, a partir de 1998 y hasta la actualidad, las decisiones de Tutela siguen abarcando la mayor carga de trabajo de la Corte.

1997	33.663	7,73	376	305	681
1998	38.248	13,62	565	240	805
1999	86.313	125,67	705	288	993
2000	131.764	52,66	1340	396	1736
2001	133.272	1,14	976	368	1344
2002	143.887	7,96	784	340	1124
2003	149.439	3,86	868	338	1206
2004	198.125	32,58	898	327	1225
2005	224.270	13,20	1061	261	1322
2006	256.166	14,22	845	248	1093
2007	283.637	10,72	903	204	1107
2008	344.468	21,45	997	260	1257
2009	370.640	7,60	760	209	969
2010	403.380	8,83	872	182	1054
2011	405.359	0,49	784	197	981
2012	424.400	4,70	874	216	1090
2013	454.500	7,09	716	196	912
2014	-	-	373	158	531
Total	4.200.357		16406	5785	22191

Fuente: elaboración propia con datos tomados del informe de la Defensoría del Pueblo (2013) y la relatoría de la Corte Constitucional colombiana.

Esa gran carga de trabajo de la Corte se debe en buena medida al Derecho a la Salud, que ha sido uno de los derechos más tutelados en Colombia. El número de Tutelas interpuesto es tan alto que probablemente es el país con más acciones anuales *per capita* de este tipo frente al Derecho a la Salud en el mundo⁵¹ (Mæstad, Rakner y Ferraz, 2011). Aunque hay una tendencia a la baja después del 2008, donde más del 40% de las Tutelas del país invocaban ese derecho, aún sigue siendo uno de los derechos más demandados por vía judicial (Defensoría del Pueblo, 2013: 207).

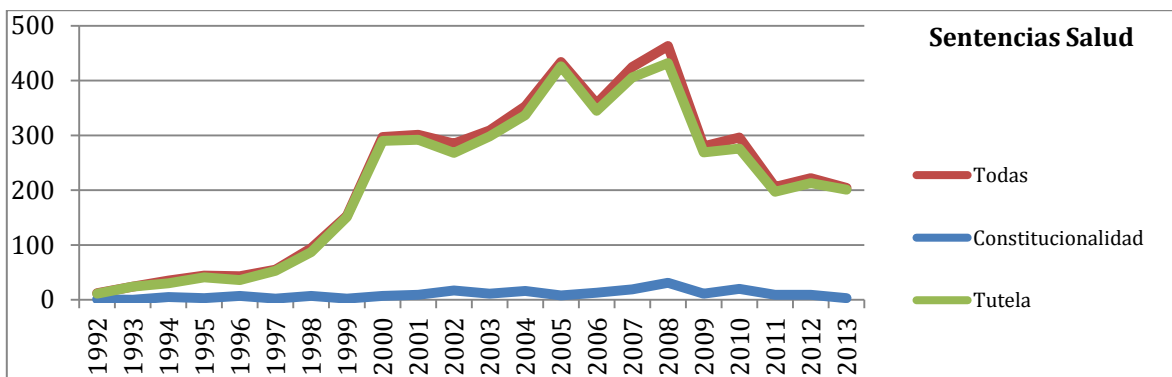
La Corte Constitucional desde su creación hasta el año 2013 ha proferido más de 4800⁵² sentencias relacionadas directamente con el Derecho a la Salud, de las cuales

⁵¹ El estudio de Mæstad, Rakner y Ferraz (2011), al comparar a Colombia, Brasil, Costa Rica, Argentina, Sudáfrica e India, encontró que el número de casos de Derechos a la Salud *per capita*, con datos aproximados para el 2008, eran significativamente más altos en Colombia que en los demás países, con 3289 Sentencias por cada millón de habitantes seguido muy de lejos por Brasil con 206, Costa Rica con 109, Argentina con 29, Sudáfrica con 0.3 e India con 0.2. Estas cifras permiten dimensionar el nivel de judicialización que el Derecho a la Salud ha tenido en Colombia.

⁵² Para identificar el total de Sentencias de Salud y Minorías Sexuales, se analizó año por año la tabla de identificación de sentencias que la Relatoría de la Corte Constitucional Colombiana hace (disponible en:

210 son decisiones de constitucionalidad (el 4.2%). La tendencia del número de Tutelas sobre el Derecho a la Salud interpuestas en todo el país se ve reflejado en el número de decisiones revisadas por la Corte: un proceso acelerado en el aumento de Sentencias de Tutela decididas por ella que va de 1992 hasta el 2008, año en el que se inicia un proceso gradual de disminución, como se muestra en el gráfico 2. El año en que se invierte la tendencia coincide con la elaboración de la Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda, una decisión estructural de la Corte que dejó en evidencia las fallas estructurales del Sistema de Salud y propuso alternativas para remediarlas, además de buscar alternativas para disminuir el elevado número de Tutelas que pedían amparar el Derecho a la Salud.

Gráfico 2. Sentencias de la Corte Constitucional en Salud, 1992-2013



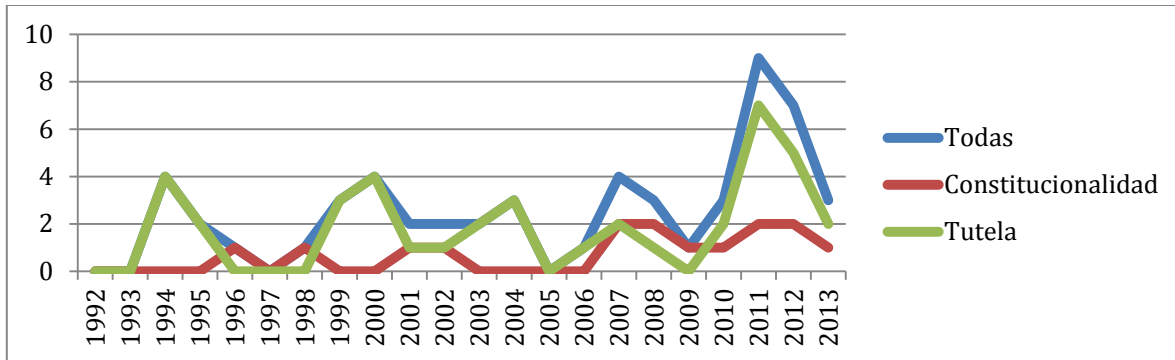
Fuente: elaboración propia, con datos de la Corte Constitucional colombiana.

En claro contraste con el alto nivel de judicialización de ese derecho se encuentran los de las minorías sexuales, donde aproximadamente solo 55 decisiones de la Corte Constitucional se han ocupado expresamente de ellos entre 1992 y el 2013, de las cuales 15 han sido de constitucionalidad (el 27%). Las primeras decisiones de minorías sexuales aparecieron en 1994 y en los años de 1997 y 2005 no se expidió ninguna Sentencia. Solo a partir del 2009 hubo una clara tendencia en el aumento de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>) y a partir del resumen que ellos elaboran se seleccionaron aquellas que mencionaban expresamente alguno de los dos derechos.

decisiones de este derecho que alcanzó el mayor número en el 2011 para volver a caer al año siguiente, como se muestra en el gráfico 3.

Gráfico 3: Sentencias de la Corte Constitucional en Minorías Sexuales, 1992-2013.



Fuente: elaboración propia, con datos de la Corte Constitucional colombiana.

Puede argumentarse que la gran diferencia en la actividad jurisprudencial entre ambos derechos no es atribuible directamente a la Corte, pues en materia de revisión de constitucionalidad no controla su agenda por lo que solo puede pronunciarse sobre los temas que a ella llegan⁵³, y en revisión de Tutela puede resultar razonable que los Derechos más tutelados en el país sean los que más se seleccionen para su revisión en la Corte. Además de eso, ambos Derechos tienen universos diferentes: el Derecho a la Salud involucra a todos los colombianos, mientras los Derechos de Minorías Sexuales a solo esas minorías⁵⁴.

Sin embargo hay al menos dos elementos que sugieren una clara influencia de los jueces en el nivel de judicialización de estos Derechos: i) Los argumentos que usó la Corte en las Sentencias enviaron un claro mensaje a los potenciales demandantes frente a lo factible de exigir el Derecho vía judicial o recurrir a otras formas: los primeros criterios que la Jurisprudencia Constitucional adoptó para la protección del

⁵³ Aunque existe el control automático de constitucionalidad, tanto previo como posterior, este mecanismo no es relevante para los Derechos que acá se analizan.

⁵⁴ Agradezco esta, y otras muchas valiosas observaciones, a Camila Gianella.

Derecho a la Salud se interpretaron de manera amplia gracias a los conceptos generales como “conexidad” o “mínimo vital” (Rodríguez, 2012), mientras que la Jurisprudencia sobre los Derechos de Minorías Sexuales adoptó criterios de interpretación más restringida. ii) El sentido de la decisión puede ser el incentivo más contundente para alentar, o no, a los potenciales demandantes: las Sentencias de Tutela en el país sobre Salud tuvieron una probabilidad de éxito de un poco menos del 75% en 1999, frente a un 35.2% que tuvieron las decisiones de la Corte sobre minorías sexuales en un periodo similar (1992 al 2001), y que disminuye aún más si se observan los cuatro primeros años de actividad de la Corte en estos Derechos, donde la tasa de éxito fue de solo 14.28%. Estos dos elementos dan pistas para una explicación del por qué se presentaron tantas acciones de protección en el Derecho a la Salud y tan pocas en los Derechos de Minorías Sexuales y constituyen factores de reforzamiento en el camino adoptado: entre más Sentencias favorables haya en el Derecho a la Salud, más ciudadanos estarán incentivados a solicitar por vía judicial la protección de este derecho, y lo contrario frente a los Derechos de Minorías Sexuales.

Pero las diferencias de tratamiento judicial entre el Derecho a la Salud y de Minorías Sexuales no solo se observan en las estadísticas sino que son mucho más claras en el desarrollo sustancial que la jurisprudencia dio a cada derecho. En términos generales, el Derecho a la Salud tuvo transformaciones jurisprudenciales más profundas y a una mayor velocidad que el Derecho de las Minorías Sexuales. Aunque este último derecho goza en la actualidad un amplio desarrollo, su protección solo se hizo con mayor contundencia en el periodo más reciente. Como se ha venido mostrando, esta tesis argumenta que las diferencias en la protección jurisprudencial de estos derechos son debidas al papel de las Audiencias Judiciales junto a la lógica de *path dependence* que subyace al comportamiento judicial. En los párrafos siguientes presento evidencia empírica general que fortalece esta idea y en la siguiente sección muestro de manera detallada el desarrollo jurisprudencial de ambos derechos para que puedan ser constatadas estas afirmaciones.

La Corte Constitucional con sus primeras decisiones sobre el Derecho a la Salud se encontró ante la encrucijada de proteger y desarrollar el derecho o, rechazar las pretensiones de las demandas y dejar su desarrollo en manos del Ejecutivo y Legislativo. Ambos caminos eran posibles para la Corte⁵⁵. La alternativa de ampliación y desarrollo de la Salud implicaba alinearse con las preferencias de su Audiencia Inicial (que es a su vez la Deseada), conformada por la mayoría ciudadana, que veía como positivo una mayor protección a ese Derecho, trayéndole como beneficios el respaldo y legitimidad de ese grupo. Ese camino sin embargo, tenía al menos dos costos que la Corte debía asumir: uno Político, relacionado con el equilibrio de poderes y los potenciales ataques del Poder Ejecutivo y Legislativo a causa de las decisiones judiciales de alto impacto fiscal como las que garantizan el Derecho a la Salud; y el segundo Jurídico, pues el Derecho a la Salud no había sido contemplado en la Constitución de 1991 como un Derecho fundamental y por tanto susceptible de ser protegido a través de la Acción de Tutela, que era el mecanismo más factible que tenía la Corte para desarrollar ese derecho en particular.

El segundo camino factible que tuvo la Corte, era rechazar las pretensiones de las demandas sobre el Derecho a la Salud y dejar exclusivamente en manos del Ejecutivo y Legislativo el desarrollo y ampliación de ese Derecho. En esta alternativa la Corte estaría alineada a las preferencias de la élite política, representada en el Congreso y el Presidente, con lo que disminuiría las probabilidades de ataque por parte de estas instituciones, pero asumiría el riesgo de quedar sin respaldo en los casos en que tome decisiones contrarias a las preferencias de ese grupo pues no contaría con el apoyo de su Audiencia Inicial y Deseada, conformadas en ese caso por la mayoría ciudadana.

⁵⁵ Un requisito para usar adecuadamente el método del *path dependence* es tener posibilidad real de elegir al menos entre dos caminos viables. En el capítulo metodológico se presentaron tres alternativas teóricas posibles que tienen las Cortes para elegir frente a las Audiencias Judiciales. Las dos alternativas prácticas que ahora presento, están dentro de las tres posibilidades teóricas descritas en el capítulo 2.

Igual encrucijada inicial tuvo la Corte frente a los Derechos de las Minorías Sexuales, donde debió decidir entre ampliar esos derechos o rechazar las demandas y dejarlos en manos del Ejecutivo y Legislativo para que fueran ellos quienes lo desarrollaran. Tomar el camino de ampliación y desarrollo a través de su jurisprudencia, llevaba a la Corte a distanciarse de su Audiencia Inicial pues, en esa época, las preferencias de la mayoría ciudadana estaban mayoritariamente en contra de los derechos de ese grupo. El segundo camino lleva a la Corte a estar alineada con las preferencias de la mayoría ciudadana y mantener su respaldo; sin embargo, es posible que a largo plazo y frente a una minoría organizada que tenga una estrategia de litigio y comunicación pública fuerte, una postura restrictiva de la Corte frente a esos derechos pueda ser mal vista frente a la misma audiencia de la mayoría ciudadana.

Con el Análisis Jurisprudencial que se hizo, detallado en la siguiente sección, es posible conocer el camino que eligió la Corte ante la encrucijada que le plantearon ambos derechos: frente a la Salud, la Corte decidió alinearse a las preferencias de su Audiencia Inicial, la mayoría ciudadana, y desarrollar ampliamente el derecho. Para lograrlo, debió desarrollar nuevos argumentos jurisprudenciales que le permitieran amparar a través de la Acción de Tutela un Derecho no fundamental, como la Salud. Esas estrategias jurídicas que empleó la Corte, sumado a los altos costos fiscales de sus decisiones en ese derecho, le valieron una serie de constantes ataques por parte de los otros Poderes (Duque, 2012), aunque sin mayores repercusiones para la institucionalidad del Tribunal, que disfrutaba de buenos niveles de respaldo ciudadano (Gallup, 2014) debido en buena medida por las decisiones que beneficiaban a su audiencia. Por otro lado, el camino inicial que eligió la Corte frente a los Derechos de las Minorías Sexuales fue de no desarrollarlos. Con esa posición, la Corte no contrariaba las preferencias de la mayoría ciudadana que, según las encuestas reportadas anteriormente, eran poco tolerantes de esas minorías, permitiéndole mantener buenos niveles de respaldo y apoyo ciudadano. Sin embargo, las preferencias ciudadanas frente a las minorías sexuales no permanecieron iguales durante el periodo estudiado. Como se mostró antes, a partir del año 2005 hubo una

disminución en el rechazo ciudadano a estas minorías, que coincide con un cambio jurisprudencial hacia una mayor protección de estos derechos que hizo la Corte a partir del año 2007.

El comportamiento de la Corte Constitucional en ambos derechos ayuda a validar la hipótesis de las Audiencias Judiciales y la lógica del *path dependence* que está detrás de ella. Como se esperaba, la Corte alineó su jurisprudencia en ambos casos a las preferencias de su audiencia, la mayoría ciudadana, configurándose un tipo de relación que Piersons (2004) denomina como de *rendimientos crecientes*, pues con cada nueva Sentencia que ampliaba y garantizaba el Derecho a la Salud se generaba un mayor apoyo y respaldo ciudadano a la Corte e incentivaba a más personas a recurrir al Tribunal para desarrollar este derecho, creándose un mecanismo cíclico de constante reforzamiento entre la Corte y su audiencia, un juego de resultado “gana-gana”: la audiencia se beneficiaba de una jurisprudencia alineada a sus preferencias y la Corte disfrutaba de un amplio respaldo ciudadano y por tanto una mayor legitimidad. Un fenómeno similar ocurrió con los Derechos de las Minorías Sexuales: el primer comportamiento de la Corte fue rechazar las pretensiones de las demandas que buscaban ampliar estos derechos, lo que desincentivó a este grupo minoritario a acudir masivamente a la justicia como una vía para ampliar sus derechos. Sin embargo, ese era el comportamiento que la Audiencia Inicial esperaba del Tribunal, pues para ese entonces había un rechazo mayoritario de la sociedad frente a estas minorías. Solo a partir del año 2005 hubo una disminución sustancial en el rechazo ciudadano a las minorías sexuales, permitiéndole a la Corte iniciar un proceso de apertura y desarrollo del derecho sin perder el respaldo de su audiencia. El cambio jurisprudencial solo se hizo visible a partir del año 2007, pues la inercia institucional que se explica con la lógica del *path dependence* le dificultaron realizar cambios abruptos y repentinos.

Este comportamiento de la Corte Constitucional de Colombia no podría ser explicado con las hipótesis alternativas que ofrecen modelos como el actitudinal o legal pues

como se observa con la evidencia empírica que detallo más adelante, los jueces decidieron de forma distinta a como lo preveían esas hipótesis: un mismo grupo de jueces que amplió y garantizó varios derechos liberales, negó el desarrollo a un derecho liberal como lo es el de las minorías sexuales. Pese a que los Derechos de las Minorías Sexuales tenían mayor jerarquía constitucional, por decirlo de algún modo, al ser reconocidos en la misma Constitución del 91 como un Derecho Fundamental, contrario a la Salud que no lo era, y por tanto se esperaba (bajo el modelo legal) que le dieran más desarrollo al primero que al segundo, en la práctica se observó lo contrario. En la siguiente sección se presenta y analiza el tratamiento jurisprudencial detallado que la Corte dio a cada uno de estos dos derechos, que sirve como evidencia de las ideas anteriores.

3.4.1 Jurisprudencia en Salud

La Corte Constitucional desde el primer año de funcionamiento en 1992, se pronunció sobre el Derecho a la Salud y a partir de ese momento el número de Sentencias tuvo un exagerado crecimiento hasta el año 2008, cuando empieza una tendencia a la baja en el número de decisiones. De 1992 al 2013 la Corte decidió 4893 casos⁵⁶ sobre el Derecho a la Salud, convirtiéndose en uno de los derechos más analizados constitucionalmente.

Con la primera sentencia, T-484/92 M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte dejó en claro que el Derecho a la Salud conformaba, por su misma naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que podían agruparse en dos bloques: en el primero se encuentran los elementos que vinculan la Salud como un Derecho Fundamental por las características

⁵⁶ Incluye decisiones de Constitucionalidad y Tutela. Esta base fue construida siguiendo procedimiento descrito en el capítulo metodológico. Otros estudios establecen que hay más de 10.000 sentencias de Tutela sobre Salud expedidas por la Corte Constitucional (Dueñas, 2012: 55), aunque esa cantidad resulta demasiado alta considerando que para el año 2012 –año en que se publicó la investigación de Dueñas, el total de Sentencias de Tutela en todos los derechos expedidas por la Corte eran de 15.317.

de conexidad con la vida. En el segundo bloque están los elementos que otorgan a la Salud las características de un Derecho asistencial. La protección constitucional que la Corte otorgaba a la Salud era únicamente cuando estaba en conexidad con Derechos Fundamentales, como la vida. A ese respecto la Corte dijo:

“La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela.” (Sentencia T-484/92, M.P. Fabio Morón Díaz.)

El que no fuera considerado por sí mismo un Derecho Fundamental no fue obstáculo para la amplia protección que recibió el Derecho a la Salud (Arango, 2007: 91; Glauser, 2007; Arrieta, 2002), por vía de Acción de Tutela, de parte de todos los jueces del país en general y los magistrados de la Corte Constitucional en particular, lo que se vio reflejado en la alta probabilidad de éxito que tuvieron las tutelas que invocan ese derecho. El criterio de *conexidad*⁵⁷ que usó la Corte para amparar el Derecho a la Salud que inicialmente no era considerado como fundamental⁵⁸ permitió, por la vaguedad

⁵⁷ El criterio de *conexidad* fue expresado claramente en la sentencia T-571/92, M.P. Jaime Sanín Freiffenstein: “Los Derechos Fundamentales por Conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el contexto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. *Es el caso de la Salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida*” (Cursiva fuera del texto original).

⁵⁸ La protección por vía de Tutela solo se puede solicitar frente a Derechos considerados constitucionalmente como Fundamentales y la Salud en principio no lo era. Pero el Derecho a la Salud no fue el único “derecho fundamental por desarrollo jurisprudencial”. Glauser describe los distintos derechos que pese a no estar incluidos en el capítulo I título II de la Constitución, dedicado a los Derechos Fundamentales, han sido tratados como tales a través de desarrollos jurisprudenciales: Derechos de los niños, Derecho a la administración de justicia, Derechos Innominados –entre los que se encuentran el Derecho a la Dignidad Humana, Derecho al Mínimo Vital, Derecho a la Seguridad Personal-, Derechos de los sujetos especiales de protección –entre los que

del concepto, incluir un sinnúmero de solicitudes de protección que iban desde la protección de aspectos del derecho legalmente reconocidos pero negados por las entidades encargadas de brindarlo, hasta la solicitudes de ampliación propiamente dicha del derecho con peticiones sobre aspectos de la Salud que no habían sido reconocidos legalmente por el Sistema de Seguridad Social.

En un intento por unificar y restringir el significado del concepto *conexidad* y como medida para frenar el alto número de decisiones de Tutela, la Corte elaboró en 1997 la Sentencia SU-111/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, con la que “intentó contrarrestar la vaguedad y amplitud del criterio de conexidad mediante otro: el de “mínimo vital”, que define el conjunto de condiciones básicas de bienestar material que le dan contenido al estándar de “vida digna” (Rodríguez, 2012: 515). Este nuevo concepto de *mínimo vital* siguió siendo interpretado de manera tan amplia como el de *conexidad*, y el número de Acciones de Tutela interpuestas por los ciudadanos para amparar el derecho siguió aumentando al igual que la probabilidad de éxito de las tutelas (Defensoría del Pueblo, 2013.).

se encuentran los Derechos de la mujer embarazada y cabeza de familia, Derechos de los adolescentes, Derechos de las personas de la tercera edad, Derechos de las personas con discapacidad, Derechos de los trabajadores, Derechos de los grupos étnicos, Derechos de las personas privadas de la libertad, Derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado, Derechos de las personas en situación de indigencia, Derechos de las personas con diversa orientación sexual, aunque como se muestra en la sección siguiente tiene grandes restricciones este Derecho (Glauser, 2007: 63), entre muchos otros. Este amplio Desarrollo Jurisprudencial de la Corte no puede ser explicado adecuadamente a través del modelo legal, pues aunque se encontraran razones constitucionales para justificar esa incorporación, que no estaba autorizada explícitamente en el texto constitucional, no se podría explicar considerando solo razones legales, el por qué hay distintos niveles de protección entre esos derechos fundamentales de creación jurisprudencial: por ejemplo, los Derechos de la población desplazada y los Derechos de personas de diversa orientación sexual difieren dramáticamente en el grado de protección que reciben de la Corte Constitucional, donde los primeros tienen amplio desarrollo y garantía y los segundos, un desarrollo tardío y lento.

Como respuesta a ese masivo fenómeno de exigir el cumplimiento y aumentar el núcleo de este derecho por vía judicial a través de la Acción de Tutela, con el consecuente impacto fiscal que ocasionaba, el Gobierno propuso una Reforma a la Justicia (Acto Legislativo No. 10 de 2002, Senado), con la que se pretendió, entre otras cosas, restringir las facultades de la Acción de Tutela limitándolas de manera expresa a la Protección a los Derechos Fundamentales contemplados en el Capítulo I del Título II de la Constitución⁵⁹ que establece expresamente los Derechos Fundamentales, (Glauser, 2007: 21; Arango, 2007: 119; García-Villegas y Uprimny, 2002). Aunque la propuesta no logró materializarse en una Reforma Constitucional, sí dejó en evidencia el nivel de tensión que ese tipo de decisiones provocaba en los otros poderes públicos⁶⁰. Este tipo de comportamientos “arriesgados” de la Corte invita a pensar que en el cálculo estratégico en sus decisiones no se consideran únicamente las reacciones de los poderes políticos relevantes (i.e. Poder Ejecutivo o Legislativo), sino también otro tipo de actores (e.g. el respaldo de su propia Audiencia)⁶¹.

⁵⁹ El trabajo de Arango presenta un claro resumen de esa reforma: “Las siguientes son las consecuencias de dichas modificaciones para el Derecho a la Salud:

a. No procedencia de la Acción de Tutela para garantizar el Derecho a la Salud, *incluso el derecho fundamental a la salud de los niños* (art. 3 del proyecto que modifica el art. 86 de la C.P.). Ello porque los derechos tutelables se limitan en el proyecto a los fundamentales incluidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución, mientras que el Derecho a la Salud y los Derechos Fundamentales de los niños se encuentran en el Capítulo II del Título II de la Constitución.

b. No procedencia de la Acción de Tutela para garantizar el Derecho a la Salud en *conexidad con otros derechos fundamentales* contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución, como, por ejemplo, el Derecho a la Vida o a la Integridad Personal (art. Del proyecto que modifica el art. 86 de la C.P). (...)” (Arango, 2007: 119).

⁶⁰ El trabajo de Duque (2012: 65), muestra cómo en términos generales, los distintos gobiernos han reaccionado con cuestionamientos frente a algunas decisiones de la Corte, que han incluido propuestas de Reforma Constitucional para limitar su poder – como ocurrió en el gobierno de César Gaviria- o revertir algunas decisiones – como se quería proponer en el referendo del gobierno de Álvaro Uribe- , sin embargo siempre se han acatado sus decisiones judiciales.

⁶¹ Esta afirmación se corrobora con las encuestas de opinión pública de la firma encuestadora Gallup (2014) sobre la Corte Constitucional colombiana: en todas las encuestas realizadas desde al año 2000 hasta el 2014, la opinión ciudadana sobre la Corte Constitucional ha sido mayoritariamente favorable, a excepción de la encuesta

El notable desarrollo que la Jurisprudencia Constitucional le otorgó a este Derecho puede verse reflejado a través de 4 puntos: i) la amplitud en la definición del Derecho, ii) protección del Derecho a un mayor número de personas, iii) ampliación de los servicios y medicamentos que deben ser garantizados para amparar el Derecho a la Salud, iv) lineamientos al tipo de políticas públicas y diseños legales que regulan y desarrollan este Derecho.

3.4.1.1 Amplitud en la definición del Derecho

Como se mencionó antes, el Derecho a la Salud se convirtió en un Derecho Fundamental por Desarrollo Jurisprudencial y no por enunciado constitucional (Glaser, 2007: 32). Esa nueva definición del Derecho a la Salud como Derecho Fundamental fue posible gracias a 3 criterios que usó la Corte: i) conexidad, ii) subjetivo y iii) material. A través del concepto de *conexidad* (T-571/92, M.P. Jaime Sanín Freiffenstein) y más adelante con la precisión del *mínimo vital* (SU-111/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional transformó el concepto del Derecho y permitió así que pudiera ser protegido a través de la Acción de Tutela cuando en un caso concreto tuviera relación o conexión con otros Derechos Fundamentales como la vida, la integridad, o en términos generales como el mínimo vital (Arango, 2007: 95).

Pero la conexidad no fue el único criterio para que este Derecho fuera catalogado por la Corte como Fundamental: el criterio subjetivo y el criterio material también fueron considerados para cumplir el mismo propósito. *“El criterio subjetivo puede ser de orden iuspositivo explícito, como en el caso de los menores de edad por voluntad del propio constituyente, o de orden interpretativo, cuando la Corte ha reconocido el Derecho Fundamental Autónomo a personas o grupos especialmente protegidos, como es*

de agosto del 2014 en la cual la opinión desfavorable fue ligeramente superior que la favorable (43% de los consultados tuvieron una opinión desfavorable de la Corte frente al 41% que tuvo una opinión favorable).

el caso de personas con discapacidades (T-850/02) o personas de la tercera edad, también denominados “adultos mayores” (T-1219/03)” (Arango, 2007: 95). Por otra parte, la Corte también estableció, a través del criterio material, que la prestación de salud que ya ha sido reconocida por una ley o un plan obligatorio de salud adquiere por ese hecho el carácter de Fundamental.

Sin embargo, a partir de la Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda, la Salud es considerada un Derecho Fundamental Autónomo, es decir, ya no es necesario demostrar conexidad con otro Derecho Fundamental para poder ser protegido a través de la Acción de Tutela. Sin embargo, esto no significó una protección automática en todas las acciones, pues se mantuvieron ciertos requisitos para lograr su protección constitucional: requisitos administrativos, como que existieran una orden médica por parte del médico tratante adscrito a la Entidad Promotora de Salud y la negativa por parte de esa entidad; requisitos económicos, en los que la Corte analiza la viabilidad financiera de la petición: suponiendo que esa orden sería generalizada por efecto de la igualdad, la Corte observa si con su decisión se pone en riesgo la sostenibilidad fiscal del Sistema de Salud (T-009/14, M.P. Nilson Pinilla Pinilla). También se considera la capacidad económica del accionante al momento de ordenar medicamentos o tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud: cuándo el accionante tiene medios económicos para adquirir los medicamentos que se encuentran fuera del Plan Obligatorio de Salud, no se vulnera su Derecho a la Salud cuando estos no le son brindados por el Servicio de Salud (T-1279/01, M.P. Manuel José Cepeda; T-689/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

3.4.1.2 Protección del Derecho a un mayor número de personas

Además de la definición general como Derecho Fundamental que la jurisprudencia de la Corte dio al Derecho de la Salud, también estableció de manera específica una protección especial para los grupos discriminados o marginados y para las personas con debilidad manifiesta. Con esas decisiones la Corte amplió la base real de personas

con cobertura del Servicio de Salud, que en 1997 era del 56,9% de la población y pasó en el 2012 al 90.8% (Ayala, 2014). Aunque este aumento en la cobertura no puede ser atribuible al desarrollo jurisprudencial, sí facilitó la rápida inclusión de personas y grupos vulnerables. Los siguientes son algunos ejemplos que muestran cómo la Corte amplió la cobertura del Derecho a la Salud a través de su jurisprudencia: la Salud como Derecho Fundamental para menores de edad⁶², aunque en este punto aclaró que en principio la obligación de brindar los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud está en primer lugar a cargo de los padres de familia y, en los eventos en que se demuestre que su capacidad económica no les permite adquirirlos, deberá ser asumido por el Sistema de Salud (T-421/01, M.P. Álvaro Tafur Galvis). Para personas con pronóstico no favorable de curación⁶³; para mujeres embarazadas o luego del parto⁶⁴; para minorías étnicas⁶⁵; para enfermos de Sida⁶⁶; para personas privadas de la libertad⁶⁷, para personas desplazadas por la violencia⁶⁸; para personas en situación de indigencia.⁶⁹

⁶² Algunos ejemplos son las Sentencias: T-001/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-043/95, M.P. Fabio Morón Díaz; SU-225/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-920/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶³ Algunos ejemplos de Sentencias son: T-001/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-043/95, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶⁴ Algunos ejemplos de Sentencia son: T-844/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-662/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-694/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶⁵ Ejemplo de Sentencia: C-088/01, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

⁶⁶ Algunos ejemplos de Sentencias: T-484/92, M.P. Fabio Morón Díaz; T-505/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-271/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-328/98, M.P. Fabio Morón Díaz; T-436/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶⁷ Algunos ejemplos de Sentencias: T-153/1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-535/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-606/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-575/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-233/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁶⁸ Algunos ejemplos de Sentencias son: SU-1150/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-327/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁶⁹ Sentencia de ejemplo: T-436/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil

3.4.1.3 Ampliación de los servicios y medicamentos que deben ser garantizados

Las características y los términos en los que deben garantizarse el Servicio de Salud en Colombia, se establecieron a partir del Sistema de Seguridad Social fijado en la Ley 100 de 1993. Este diseño institucional creó dos regímenes de cubrimiento: el régimen contributivo y el subsidiado. “*El primero, destinado a afiliados con capacidad de pago, entendiéndose por tales los empleados y los trabajadores independientes, a cargo de los cuales está el pago mensual de aportes al sistema. Al segundo, se encuentran afiliadas las personas sin capacidad de pago y su vinculación al sistema es subsidiada por el propio sistema*” (Arango, 2007: 101). También estableció que los procedimientos y medicamentos que el sistema debía brindar a sus afiliados estarían especificados en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

La Corte Constitucional, especialmente a través de la Acción de Tutela, no solo se concentró en garantizar el pleno cumplimiento de los beneficios que los afiliados tienen derecho por ley, sino que también amplió significativamente los procedimientos y medicamentos a los que pueden acceder, los tiempos en los que estos deben ser otorgados y unificó muchos de los beneficios de ambos regímenes⁷⁰. Aunque en términos generales la Jurisprudencia de la Corte ha estado más centrada en garantizar derechos adquiridos que en otorgar nuevos (Saffon y García-Villegas, 2011), en el Derecho a la Salud ha desarrollado una clara jurisprudencia para ampliar los beneficios establecidos en la ley (Arango, 2007: 102), garantizando así los Derechos de la vida, dignidad e integridad de la persona por sobre los acuerdos contractuales de los seguros médicos:

i) Fundamentándose en el *principio de integralidad*, ha facilitado a los usuarios disfrutar de un plan de beneficios mucho mayor que los establecidos en el POS. Estos

⁷⁰ El Sistema de Seguridad Social estableció distintos planes de beneficio en Salud según el tipo de afiliación que tuvieran las personas (si eran afiliados a través del régimen contributivo o subsidiado).

beneficios han incluido, por ejemplo, ordenar terapias no incluidas en ese Plan Obligatorio en Salud pero necesarias para la plena recuperación de los pacientes⁷¹, en las que se han incluido procedimientos poco convencionales como la equinoterapia⁷² (T-802/14, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Medicamentos para la impotencia sexual que puedan afectar la vida digna (T-926/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz), el suministro de audífonos para personas de la tercera edad con deficiencias auditivas (T-004/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), o el suministro de prótesis para personas que han perdido alguno de sus miembros (T-941/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Estas sentencias representan solo una pequeña muestra de la gran variedad de tratamientos, procedimientos, instrumentos o medicamentos que pese a estar por fuera del POS, la Corte ha ordenado su autorización. En la sentencia T-236/98, M.P. Fabio Morón Díaz, se establecieron las reglas para conceder jurisprudencialmente los medicamentos y tratamientos excluidos del Plan de beneficios del Sistema de Salud. Muchos de los tratamientos, medicamentos o dispositivos médicos no estaban incluidos en el POS debido a la poca actualización que este plan de beneficios tenía, por lo que la Corte con la Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda, ordenó que el Sistema debía contar con un mecanismo de autorización periódica para evitar así actualizarlo jurisprudencialmente.

“Se ordenará a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la revisión integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS), garantizando la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud. Como una medida complementaria, se ordenará a la Comisión de Regulación en Salud la revisión de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley (de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema –artículo 162, parágrafo 2, Ley 100 de 1993). La Comisión presentará

⁷¹ Por ejemplo en las Sentencias T-179/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-133/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁷² Para estos tratamientos médicos poco convencionales, la Corte condiciona su otorgamiento a que la entidad prestadora del Servicio de Salud que lo niega, justifique científicamente su negativa. En caso de no encontrar razones científicas para negar ese procedimiento, deberá otorgarse.

un informe anual a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, durante el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas y de sostenibilidad financiera. En el evento de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada, el cumplimiento de estas órdenes corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (*ver apartado 6.1.1.2.*)” (Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda).

ii) A través del *principio de oportunidad de la prestación*, la Corte entró a regular no solo que los medicamentos o procedimientos sean efectivamente otorgados, sino también que se hagan en un tiempo razonable: Demoras injustificadas en la atención médica, quirúrgica, hospitalaria o cualquier otro tipo de procedimientos que requieran los pacientes en los casos concretos, constituyen violaciones al Derecho Fundamental de la Salud⁷³:

“Las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios asistenciales de salud y de seguridad social en salud, deben, directamente o mediante un tercero, suministrar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exija el caso concreto de cada paciente, teniendo muy en cuenta su estado de gravedad; el Estado es responsable de garantizar que las entidades de previsión social estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios.” (Sentencia T-347/96, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez)

iii) Mediante el *principio de continuidad de la prestación*, la Corte protegió el Derecho de los afiliados que ya había iniciado un tratamiento médico que, aunque no estaba incluido en el POS, la Entidad Prestadora de Salud lo otorgó pero después decidió retirarlo, argumentando altos costos o la desafiliación posterior del usuario. Ejemplos de esos casos pueden encontrarse en las órdenes que dio la Corte para la continuidad en el tratamiento de infertilidad (T-572/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la

⁷³ Por ejemplo en las Sentencias T-046/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-347/96, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez; T-260/98, M.P. Fabio Morón Díaz; T-344/02, M.P. Manuel José Cepeda

continuidad en el tratamiento a los enfermos de SIDA (T-411/03, M.P. Jaime Córdoba Triviño) o cuando se ordenó mantener el tratamiento médico a una persona que al ser desafiliado le fue cancelado su tratamiento:

“La Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991. Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va a ser suspendido luego de haberse iniciado bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad.” (Sentencia T-214/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

iv) Con la Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda, la Corte inició un proceso de desmonte de las diferencias en el plan de beneficios que tenían los afiliados según el tipo de régimen al que pertenecían: subsidiado o contributivo. Esas desigualdades entre regímenes quedaron desmontadas para los niños y niñas con esa Sentencia y se deberá establecer un mecanismo y cronograma para acabar con las desigualdades en la prestación del servicio para el resto de la población:

“La Corte estima que después de 15 años de haber sido expedida la Ley 100 de 1993, es constitucionalmente inadmisibles que no se haya previsto superar la desigualdad entre el plan subsidiado y el contributivo y que esta diferencia es más gravosa para los menores de edad. El Estado ha desconocido el derecho a la salud de las personas beneficiarias del régimen subsidiado, por cuanto no existen actualmente programas ni cronogramas que muestren un esfuerzo para avanzar en ese sentido. En consecuencia, se ordenará a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado (...)” (Sentencia T-760/08)

3.4.1.4 Lineamientos al tipo de políticas públicas y diseños legales que regulan el Derecho a la Salud

Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Salud se caracterizó por ser casuística, resolviendo fallas puntuales en el Sistema de Seguridad Social, no fue hasta el año 2008 con la Sentencia T-760/08, que propone una Reforma Estructural a la Política Pública de Salud, haciendo un llamado de atención a todos los actores encargados de garantizar este Derecho y generar alternativas de corrección a los graves problemas sistemáticos del sistema y que la misma Corte había venido resolviendo a partir de casos individuales de Tutela. Esta Sentencia tuvo principalmente dos objetivos: i) promover una discusión y una serie de profundas reformas que buscaban dar soluciones definitivas a dificultades sistemáticas en el acceso a la Salud, generar igualdad de beneficios sin importar el tipo de acceso por el que se ingresa al Sistema de Salud⁷⁴, establecer mecanismos de actualización del Plan Obligatorio de Salud (POS) y diseñar procedimientos internos en el mismo Sistema de Salud para resolver las controversias que se presenten y evitar que se sigan resolviendo en instancias judiciales mediante acciones de Tutela, entre muchas otras. ii) Las anteriores reformas debían tener como efecto una disminución en el elevado número de peticiones que llegan a los jueces.

Con el segundo objetivo además de disminuir significativamente la carga de trabajo y con ello la disminución de los riesgos que implica la masiva Jurisprudencia Constitucional (Cepeda, 1998), también busca evitar los problemas que trae una estrategia de resolución casuística de los problemas que solo lograban soluciones

⁷⁴ El sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia se puede acceder por dos vías: Por medio de una cotización que se establece según el nivel salarial de la persona y que cubre a su grupo familiar, o por medio de un subsidio con el que se busca amparar a la población desempleada o de muy bajos recursos que no pueden cotizar al sistema. Esas dos vías de acceso recibieron como nombres: Régimen contributivo y Régimen subsidiado.

temporales y focalizadas y que pueden generar políticas públicas paralelas o a petición de parte (Valderrama, 2010) y que para el caso específico de la Salud han generado inequidad en el acceso a los beneficios del Sistema de Salud por la concentración de los litigios en la clase media y alta (Uprimny y Duran, 2014). Aunque los casos que se vuelven “precedentes” también pueden beneficiar a los no litigantes, se requiere que ese avance judicial sea conocido y difundido, cosa que comúnmente no ocurre, lo que dificulta la expansión efectiva del Derecho a los ciudadanos que no son partes del proceso. Esta crítica no solo se predica del litigio en el Derecho a la Salud, sino en general de las intervenciones de la Corte en políticas públicas a través de sentencias de constitucionalidad con enfoque casuístico.

En términos generales se puede decir que las Sentencias en Salud no han producido una jurisprudencia socialmente polémica, contrario a otros temas como el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la despenalización del consumo de droga en dosis personal, aunque sí ha tenido profundos detractores, especialmente de actores político-económicos, que han incluso propuesto limitar las funciones de la Acción de Tutela para evitar que ella pueda ordenar gastos fiscales, como lo que ocurre en Salud (Arango, 2007: 119; García-Villegas y Uprimny, 2002). Las decisiones de la Corte en este tema ha sido generalmente clara, reiterada y considerada como garantista (Dueñas, 2012), con ampliaciones sistemáticas del Derecho a la Salud, aunque gran parte de su actividad se ha focalizado en garantizar los beneficios en Salud ya otorgados legalmente aunque desconocidos en la práctica, siguiendo así la misma tendencia que ha tenido la Corte frente a los derechos sociales en general (Saffón y García-Villegas, 2011). Sin embargo, algunos aspectos en la protección del derecho que desarrolló la Corte tuvieron un claro sentido discriminatorio: en la década del 90 la Acción de Tutela solo concedía medicamentos que se encontraban por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) a los miembros del régimen contributivo en Salud excluyendo a los integrantes del régimen subsidiado. Esto cambió en el año 2000 a través de un decreto presidencial que abrió la posibilidad para que todo medicamento no POS se entregue por igual tanto al régimen subsidiado como el

contributivo. En el 2008 la Corte busca acabar totalmente con las diferencias de beneficios entre ambos regímenes, iniciando por los menores de edad como se mencionó atrás.

3.4.2 Jurisprudencia en Minorías Sexuales

Desde 1994, cuando la Corte Constitucional elaboró la primera Sentencia sobre minorías sexuales, hasta el 2013, se han elaborado aproximadamente 55 decisiones de las cuales 15 han sido de control de constitucionalidad y 40 de revisión de Tutela. La probabilidad de éxito acumulada en los casi 20 años fue del 67%⁷⁵ con variaciones muy significativas en los distintos momentos de la Corte⁷⁶: durante la “Corte de transición” no se elaboró ninguna Sentencia sobre este tema; en la “primera Corte” la probabilidad de éxito de las demandas en este Derecho fueron del 35.29%; en la “segunda Corte” ascendió al 75% y en la “tercera Corte” al 86%.

El bajo nivel de éxito de las demandas en la primera Corte⁷⁷ (35.29%) resulta especialmente llamativo porque contrasta con los profundos avances jurisprudenciales que en ese mismo periodo ocurrieron frente a los Derechos liberales: la despenalización del consumo de dosis personal drogas (Sentencia C-221/94, M.P. Carlos Gaviria Díaz) y la legalidad de la Eutanasia en el entendido de un

⁷⁵ La probabilidad de éxito de las sentencias sale de dividir el número de sentencias que tuvieron un resultado favorable en la Corte (i.e. El demandante logró las pretensiones de la demanda), entre el número total de decisiones que se expidieron en ese mismo Derecho o aspecto del derecho que nos interesa y multiplicar el resultado por cien (100).

⁷⁶ La Corte Constitucional desde 1992 al 2013 ha tenido 4 cambios generales de sus miembros por la sustitución natural de los magistrados que tiene un periodo de nombramiento de 8 años. Esto ha llevado a hablar de distintas “Cortes” dentro de la Corte para identificar las distintas conformaciones que ha tenido: La Corte de transición ocurrió de 1992 a 1993 (establecida por el artículo transitorio número 22 de la Constitución de 1991; la segunda Corte va de 1993 al 2001, la tercera Corte va del 2002 al 2009 y la cuarta Corte del 2010 en adelante.

⁷⁷ Se considera a partir de la segunda Corte porque la Corte de transición no elaboró ninguna sentencia sobre derechos de minorías sexuales. Las primeras decisiones ocurrieron en 1994.

consentimiento informado del paciente (Sentencia C-239/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz), son claros ejemplos de los avances de esa Corte en ese tipo de derechos y que contrastan sin embargo con el escaso desarrollo a los Derechos de Minorías Sexuales. Este contraste permite descartar una explicación de comportamiento judicial que propone el modelo actitudinal, pues aunque los tres Derechos son liberales: posibilidad de consumir drogas, posibilidad de terminar asistidamente con la vida en circunstancias que afectan la dignidad humana y posibilidad de decidir libremente la orientación sexual con iguales derechos que las orientaciones mayoritaria, solo los dos primeros recibieron una protección judicial temprana y contundente mientras el último solo logró un adecuado nivel de protección varios años después bajo otra “Corte”.

En términos generales la judicialización de los Derechos de Minorías Sexuales fue impulsada principalmente por medio de demandas de abogados especializados y posteriormente por organizaciones sociales⁷⁸, que promovieron muchas de las causas que terminaron en Sentencias de la Corte. Aunque en la actualidad los Derechos de Minorías Sexuales han logrado importantes desarrollos jurisprudenciales, muchos de ellos se han hecho a un ritmo mucho menor que los avances obtenidos en otros Derechos como Salud, Eutanasia o Aborto, por mencionar algunos. Aunque solo en

⁷⁸ Uno de los abogados que ha liderado la judicialización de los Derechos de Minorías Sexuales es Germán Humberto Rincón Perfetti (Lemaitre, 2009), y Organizaciones como Colombia Diversa (www.colombiadiversa.org) y Dejusticia (www.dejusticia.org), entre otras, quienes han usado de manera consistente los recursos judiciales para ampliar y garantizar los derechos de la comunidad LGBTI. Aunque muchas de esas demandas iniciales no constituyen propiamente un ejemplo de litigio estratégico, por carecer de una campaña de incidencia (debo estas precisiones a los comentarios de Camila Gianella), sí son un ejemplo de una mayor organización de este grupo social, pues usó de manera sofisticada las demandas para mejorar sus derechos (por recurrir a abogados especializados para elaborar y presentar sus peticiones), en contraposición a otros grupos también marginados, como la población desplazada (Valderrama, 2010) o los propios usuarios del Sistema de Salud, donde las tutelas fueron elaboradas y presentadas mayoritariamente, principalmente por las mismas personas que veían vulnerados sus derechos, sin recurrir a apoderados judiciales.

1998 la Corte avanzó en la protección de no discriminación contra homosexuales en centros de educación, para 1994 ya había legalizado el consumo de drogas en dosis personales. ¿Por qué pudo tomar decisiones tan trascendentales como la despenalización del consumo de drogas de manera más temprana y, sin embargo, llevarle más tiempo con decisiones aparentemente más sencillas como la protección contra la discriminación a homosexuales en el ámbito educativo? ¿Por qué una Corte que ha logrado profundos y rápidos avances en la protección de algunos derechos, le ha tomado tanto tiempo alcanzar desarrollos similares en los Derechos de Minorías Sexuales?

Desarrollo Jurisprudencial:

Para describir la Jurisprudencia de la Corte en este tema propongo clasificarla en cuatro grupos según el ámbito⁷⁹ en que se desarrolle el derecho: i) ámbito educativo, ii) ámbito laboral, iii) ámbito de la seguridad social y vi) ámbito de la familia. Cada grupo incluye subtemas que permiten mostrar un panorama más preciso. Los dos primeros grupos, ámbito educativo y del trabajo, lograron un desarrollo jurisprudencial temprano y contundente. Los dos últimos, seguridad social y familia,

⁷⁹ Se eligió *ámbito* en lugar de *derechos* para no confundirlo con los derechos esenciales con los que se han protegido a las minorías sexuales: libertad de expresión, igualdad, libre desarrollo de la personalidad. Lo que busca definir este término es propiamente el espacio o aspecto que se ha protegido del derecho. Esta clasificación deja de lado otros aspectos sobre los que se ha pronunciado la Corte, como en protección a minorías sexuales en cárceles, en espacios públicos, entre otros, que no fueron incluidos por ser aspectos poco controversiales del derecho y con escaso desarrollo jurisprudencial. Excelentes revisiones del desarrollo jurisprudencial en Colombia para los derechos de las personas homosexuales han sido hechas por Azuero (2009) y Albarracín (2011). En esas revisiones al igual que esta, registran un cambio jurisprudencial sustancial en el año 2007, específicamente con la Sentencia C-075 del 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) que da reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo y, a partir de la cual se inicia una apertura y mayor reconocimiento a los Derechos de las minorías homosexuales. Sin embargo, Ceballos, Ríos y Ordóñez (2012) encuentran que aunque en el 2007 hubo un gran avance, fue solo hasta el año 2011 que la Corte reconoce que las parejas homosexuales constituyen familia, (Sentencia C-577/11, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) representando un verdadero cambio en la doctrina constitucional.

por el contrario tuvieron un desarrollo tardío, menos amplio y a menor velocidad. Por la variedad de temas y aspectos que se desarrollan en las Sentencias es posible plantear otros múltiples criterios de clasificación. Sin embargo, considero que el que se adopta acá logra resaltar aspectos centrales del argumento: el apoyo o rechazo que la Audiencia de la Corte, compuesta por la mayoría ciudadana, da a cada uno de los aspectos de ese derecho explica el nivel de protección judicial que recibe de la Corte Constitucional.

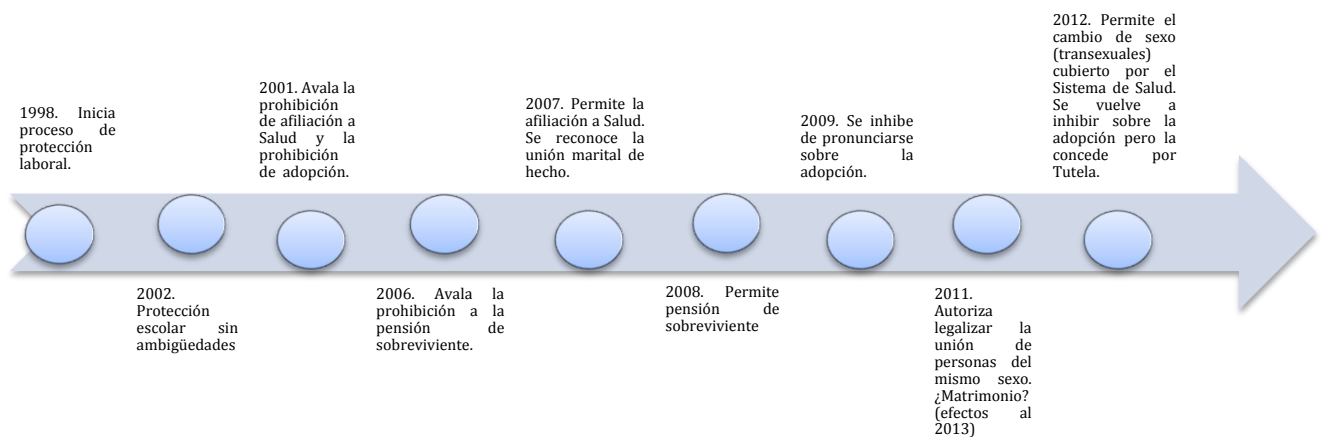
La intención de describir detalladamente el proceso de desarrollo jurisprudencial de la Corte en los Derechos de las Minorías Sexuales tiene 4 objetivos: i) Mostrar que la Jurisprudencia Constitucional empezó a ampliar significativamente estos derechos solo a partir del 2007. ii) Ese proceso de ampliación no obedeció a un cambio de "Corte" y que en el periodo de una misma "Corte" hubo cambios significativos de jurisprudencia. iii) El punto ii indica que la mayor o menor protección de un derecho, al menos en este caso, no podría por lo tanto explicarse adecuadamente por posturas ideológicas (como lo propone el modelo actitudinal), la cultura legal o el tipo de formación de los jueces, pues muchos cambios jurisprudenciales ocurrieron en el periodo de una misma Corte. iv) como se muestra al final de este capítulo, el cambio jurisprudencial del 2007 que acá se describe, se explicaría por la variación en las preferencias de la mayoría ciudadana que se registró en el 2006.

En términos generales, las primeras decisiones de la Corte Constitucional pese a que argumentaron que la condición de homosexualidad no era reprochable en sí misma, establecieron que la postura mayoritaria de la sociedad (heterosexual) era la "normal" y que esa escala de valores era la que debía ser protegida y garantizada por el Estado y la sociedad civil⁸⁰. Solo a partir del 2007 la Corte inicia un proceso de mayor apertura del derecho, aunque en los aspectos más controversiales, como la familia, su desarrollo siguió un curso mucho más lento con ampliaciones al final del periodo

⁸⁰ Sentencias T-539/94, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-569/94, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-037/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

observado. Este proceso se muestra en la figura 3, donde a partir de una línea de tiempo que va de 1992 al 2013 se muestra el Desarrollo jurisprudencial de la Corte en este derecho. Para facilitar la comprensión y exponer de manera resumida el Desarrollo jurisprudencial que tuvo la Corte en cada ámbito del derecho, presento al inicio de ellos una tabla con las principales Sentencias que desarrollaron las distintas posturas.

Figura 3. Comportamiento General de la Corte Constitucional en Minorías Sexuales, 1992-2013



Fuente: elaboración propia.

i) Minorías Sexuales en el ámbito educativo

La pregunta general que debió resolver la Corte en este ámbito fue: ¿Pueden las Instituciones educativas sancionar válidamente las conductas homosexuales de sus estudiantes?

¿Pueden las Instituciones Educativas sancionar válidamente las conductas homosexuales de sus estudiantes?			
En Instituciones Educativas Militares		En Instituciones Educativas Civiles	
No	Sí	No	Sí
T-097/94			T-569/94
	T-037/95	T-101/98	
		T-435/02	

La Jurisprudencia Constitucional de Minorías Sexuales en el ámbito educativo fue poco homogénea en sus inicios, con claras Sentencias tanto de ampliación como de retroceso del derecho. En total fueron 6 decisiones⁸¹ de Tutela en las que la Corte Constitucional trató ese aspecto del Derecho, abarcando tanto Instituciones educativas civiles como militares, con una probabilidad de éxito de las demandas del 50%.

No fue hasta 1998, con la Sentencia T-101/98, M.P. Fabio Morón Díaz, que se establecieron algunos parámetros de protección contra la discriminación para las minorías sexuales en el ámbito educativo, aunque solo en el 2002, con la Sentencia T-435/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil, los argumentos jurisprudenciales tuvieron un sentido contundente de protección, sin ambigüedades.

La primera decisión de la Corte frente al Derecho de Minorías Sexuales se desarrolló en torno al Derecho a la Educación (Sentencia T-097/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), específicamente en Instituciones militares. Esa Sentencia, que analizó la expulsión de un estudiante de la Escuela de Carabineros por sus conductas homosexuales, tuvo como núcleo argumental la violación al debido proceso más que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero sirvió para fijar por primera vez la posición de la Corte: *“la condición de homosexual, por sí misma, no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada”*. Aunque la idea fue seguida en Sentencias

⁸¹ Las Sentencias que trataron el ámbito laboral fueron la T-097/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. ; T-569/94, M.P. Hernando Herrera Vergara; T-037/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-101/98, M.P. Fabio Morón Díaz; T-416/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz; y la T-435/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

como la T-101/98, M.P. Fabio Morón Díaz, que extendió la protección a Instituciones educativas públicas, se mantuvo la línea argumental según la cual el “ser” homosexual no debe acarrear ninguna discriminación, aunque el “comportarse” como tal tiene limitaciones: *“Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia.”*⁸². A pesar del argumento sobre los límites a la exteriorización de la conducta homosexual, la Sentencia de 1998 (T-101/98, M.P. Fabio Morón Díaz) afianzó la protección a las minorías sexuales en centros educativos que se inició en 1994 y se terminó de perfeccionar en la Sentencia T-435/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sin embargo ese proceso no estuvo exento de posiciones que justificaban claros retrocesos al Derecho a la Educación de las Minorías Sexuales. Si las Sentencias que garantizaban el Derecho a la Educación incluían decisiones tanto para la formación educativa militar como civil, las decisiones de la Corte que limitaban ese derecho para los homosexuales también lo hicieron en esas dos áreas. Ejemplos de ello son la Sentencia T-569/94, M.P. Hernando Herrera Vergara, que conoció de la negativa de un colegio por reintegrar a un alumno homosexual y la T-037/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que resolvió la expulsión de un miembro de la Escuela de la Policía por prácticas igualmente homosexuales. Con la primera decisión se refuerza la idea del “ser” y el “hacer”, donde la Corte argumenta que solo la primera opción, el “ser” homosexual, debe ser protegido, pero la segunda, el “hacer” o comportarse como homosexual, debe tener limitaciones. Esa Sentencia permite ver cómo la Corte está a la defensa de un tipo específico de sociedad y costumbres:

⁸² Este argumento se dio por primera vez en la Sentencia T-539 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, que decidió sobre la censura hecha por la Comisión Nacional de Televisión a un comercial que mostraba a dos hombres besándose. Esa decisión fue quizá una de las más conocidas en ese momento y aunque avaló la censura, empezó a desarrollar más los argumentos para la protección a las minorías sexuales, aunque con rasgos que aún conservaban las concepciones sobre “prácticas homosexuales”, según la cual no se prohíbe el “ser” sino el “hacer”.

"De esta manera si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquéllas no pueden admitirse ni tolerarse. En el caso presente, el menor al presentarse al Colegio con zapatos de tacón, maquillado, etc. no solo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección, **cuando optó por estas actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad.**" (Sentencia T-569/94, M.P. Hernando Herrera Vergara. Resaltado fuera del original)

En la Sentencia sobre Educación militar también se elaboró una posición que limitaba notablemente el Derecho a la Educación de las Minorías Sexuales al establecer que *"(...) tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquéllos deben ser oportuna y ciertamente castigados."* (Sentencia T-037/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

ii) Minorías Sexuales en el ámbito Laboral

La Jurisprudencia que desarrolló el ámbito laboral de las minorías sexuales lo hizo mayoritariamente en Sentencias de Constitucionalidad, pues de las cuatro⁸³ decisiones que se ocuparon expresamente de ese aspecto del Derecho, tres fueron de ese tipo. Se destaca la uniformidad de jurisprudencial donde todas las Sentencias de Constitucionalidad ampliaron el Derecho de las Minorías Sexuales, teniendo así una probabilidad de éxito de las demandas del 75%⁸⁴.

⁸³ Las cuatro sentencias que se ocuparon del ámbito laboral de las minorías sexuales fueron la C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-507/99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-373/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño y la T-152/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ Solo se negó el Derecho de amparo a una persona transexual que alegó no ser contratada por una empresa por su condición sexual. La Corte justificó su decisión

La pregunta general que la Corte debió resolver a lo largo de sus decisiones fue: ¿La orientación sexual debe considerarse como Criterio de elección o sanción en el ámbito laboral?

¿La orientación sexual debe considerarse como Criterio de elección o sanción en el ámbito laboral?	
No	Sí
C-481/98	
C-507/99	
C-373/02	

La tendencia expansionista del Derecho en el ámbito laboral se inició con la Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que declaró Inconstitucional la norma que regula la profesión docente y en la cual se establecía como causal de mala conducta el homosexualismo. Debe mencionarse que esta decisión dejó una ambigüedad sobre la protección para profesores homosexuales en Instituciones privadas:

“(...)El argumento de la protección al pluralismo educativo y a la autonomía de los establecimientos privados no es entonces relevante en este caso, sin que la Corte, en esta precisa oportunidad, deba entrar a examinar si resulta inconstitucional que un colegio particular excluya del plantel a un educador, por el hecho de ser homosexual, por cuanto esa discusión no es necesaria para tomar una determinación frente a la norma acusada. **La Corte simplemente recuerda que la Carta reconoce el pluralismo educativo y el ordenamiento confiere una cierta autonomía a los establecimientos educativos privados para manejar sus asuntos, pero obviamente dentro del estricto marco de la Constitución.**” (Sentencia C-481/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Negrillas fuera del texto original.)

En igual sentido de protección la Corte en la Sentencia C-507/99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, condiciona la norma que regula el Régimen disciplinario de las fuerzas militares, que establece como falta contra el Honor militar ejecutar actos de

argumentando que con las pruebas aportadas no se podía demostrar una discriminación laboral. Sentencia T-152/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

homosexualismo y decide que esa disposición deberá ser entendida como “*actos sexuales, sean ellos de carácter homosexual o heterosexual, que se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, propiamente dichas.*” Pues para la Corte...

“Incluir como falta contra el honor militar el hecho de “ejecutar actos de homosexualismo”, comporta un estigma a la opción homosexual y, al mismo tiempo, desconoce aspectos que corresponden a la esfera íntima del individuo, los cuales, si se ejercen en forma responsable y en el estricto ámbito de su privacidad, no tendrían por qué interferir con su condición de militar. Con relación a lo primero, es decir, la estigmatización del homosexual, la norma incluye una clara discriminación por cuanto sanciona única y exclusivamente a quienes detentan esa condición, como si la opción sexual, cualquiera que ella sea, pudiera asumirse como criterio sancionatorio.” (Sentencia C- 507/99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

La tendencia de esta Jurisprudencia Protectora de los Derechos de Minorías Sexuales en el ámbito laboral, abarcó también la carrera notarial, al declarar Inconstitucional la norma que sancionaba las conductas homosexuales en los Notarios (Sentencia C-373/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

iii) Minorías Sexuales en el ámbito de la Seguridad Social

Este es el ámbito en el que la Corte se ha pronunciado el mayor número de veces, con 18 decisiones⁸⁵ en total, de las cuales 15 son decisiones de Tutela entre las que hay una de Unificación, y tres de Constitucionalidad. La probabilidad de que sea

⁸⁵ Las Sentencias que se ocuparon del ámbito en Seguridad Social de las Minorías Sexuales fueron la T-618/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-999/00 Fabio Morón Díaz; SU-623/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-349/06, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-811/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-856/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-336/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1241/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-029/09, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-911/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-051/10, M.P. Mauricio González Cuervo; T-592-10, M.P. Mauricio González Cuervo; T-346/11, M.P. María Victoria Calle Correa; T-716/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-860/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-876/12, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-918/12, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-357/13, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

concedida la protección por parte de la Corte en este ámbito es de las más altas, con un 82.3% de probabilidad de éxito.

La Corte se ha pronunciado sobre dos aspectos de la Seguridad Social de las Minorías Sexuales. De una parte sobre el Derecho a la Salud, específicamente a poder ser afiliado al Servicio de Salud como beneficiario de su pareja homosexual cotizante y recibir tratamientos médicos para la reasignación de sexo (transexuales), y por otro lado sobre el Derecho a la pensión, específicamente frente al Derecho de tener el mismo beneficio que las parejas heterosexuales a la pensión de sobreviviente.

Salud: En el tema de Salud de Minorías Sexuales la Corte debió resolver dos cuestiones: 1) ¿Pueden las personas homosexuales afiliarse a sus parejas al Sistema de Salud en calidad de beneficiarios, tal como lo pueden hacer las parejas heterosexuales? Y 2) ¿El procedimiento de cambio de sexo debe ser cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud?

¿Pueden las personas homosexuales afiliarse a sus parejas al Sistema de Salud en calidad de beneficiarios, tal como lo pueden hacer las parejas heterosexuales?		¿El procedimiento de cambio de sexo (en transexuales) debe ser cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud?	
No	Sí	No	Sí
No estaba contemplado por la ley desde 1993 (Ley 100 de 1993, del Sistema de Seguridad Social Integral)		No estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud (Ley 100 de 1993)	
La Corte interpretó este vacío legal como una negativa a esa posibilidad. Esa interpretación estuvo desde el año 2000 hasta el 2006 (Sentencias T-999/00 y SU-			Fue garantizado por la Corte desde el año 2012 (Sentencias T-876/12 y T-918/12)

623/01)			
	Garantizado por la Corte (Sentencia C- 811/07)		

Desarrollo de la Corte frente a la pregunta 1 en Salud: la primera Tutela sobre el Derecho a la Seguridad Social de Minorías Sexuales que revisó la Corte fue sobre el Derecho a la Salud, específicamente por haber cancelado la afiliación al Servicio de Salud a la pareja homosexual de un afiliado (Sentencia T-618/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Aunque la decisión fue fallada en favor del peticionario, no aumentó los Derechos de las Minorías Sexuales pues los argumentos de la Corte estuvieron alrededor de la violación al debido proceso en el proceso de desafiliación y no en el derecho mismo de las personas homosexuales para afiliarse a sus parejas al Servicio de Salud.

En las Sentencias siguientes, la Corte Constitucional construye un argumento alrededor del Derecho de afiliación al Servicio de Salud de parejas del mismo sexo, según el cual estas personas no tienen derecho a ser afiliadas al Servicio de Salud como beneficiarias de su pareja homosexual (Sentencias T-999/00, M.P. Fabio Morón Díaz; SU-623/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil). Esa imposibilidad de ampliar el Derecho de Salud (afiliación) a los homosexuales, se estableció por la Corte en el año 2000 y fue reforzada en el año 2001 por una decisión en pleno con la Sentencia de Unificación SU 623/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esa postura va hasta el año 2007 y puede resumirse así:

"Podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en Seguridad Social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque la ampliación paulatina de la cobertura del Servicio de Seguridad Social

en Salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.” (Sentencia SU-623/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Esa posición jurisprudencial fue cambiada en el año 2007 con la Sentencia C-811/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que condicionó la interpretación de la norma que establecía quiénes eran los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud para que pudiesen ser incluidos bajo el término “familia” a las parejas del mismo sexo. Con esa Sentencia, las personas del mismo sexo pueden afiliar a sus parejas al Sistema de Salud como sus beneficiarios. Sobre esa norma la Corte decidió “*condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del Sistema de Seguridad Social en Salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo*”. (Sentencia C-811/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Las decisiones siguientes fueron un esfuerzo de la Corte por garantizar la afiliación de las minorías sexuales al Sistema de Salud como beneficiarios de sus parejas, dadas las reiteradas negativas de distintas instituciones para aplicar ese Derecho (T-856/07, M.P. Humberto Antonio Cierro Porto).

Desarrollo de la Corte a la pregunta 2 en Salud: a partir del 2012⁸⁶ la Corte resolvió dos casos de reasignación voluntaria del sexo (Sentencia T-876/12 y T-918/12), en los que estableció que el procedimiento quirúrgico y hormonal del paciente debía ser cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud. El argumento jurisprudencial se puede resumir así:

“La “reasignación sexual” a la que una persona decide someterse, con el objeto de adecuar su estado psicosocial al físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, constituye, de forma innegable, una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales. Por ello, resulta contrario a tales garantías constitucionales mantener a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su realidad externa a su identidad, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a tratamientos hormonales que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada. Lo anterior, debido a que, sólo a partir del respeto a su identidad sexual es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir.

En este punto, resulta necesario resaltar que el derecho a la salud no se limita a la salud física de la persona, es decir, a que no padezca una enfermedad física, sino que va más allá, a fin de comprender también su salud mental sexual, porque sólo de esta forma la persona obtiene un estado de bienestar general.” (Sentencia T-918/12, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Pensión: La pregunta que debió resolver la Corte en el Derecho a la Seguridad Social en pensiones para las Minorías Sexuales fue si las parejas del mismo sexo tenían igual derecho que las parejas heterosexuales a ser beneficiarias de la pensión de superviviente tras el fallecimiento de su pareja.

⁸⁶ Con anterioridad se habían presentado casos de reasignación de sexo pero fueron excluidos en la selección de Sentencias por constituir patologías propiamente dichas: hermafroditismo e hipertrofia genital.

¿Tienen las parejas del mismo sexo derecho a la pensión de sobreviviente de su compañero fallecido?		
No	Sí	
T-349/06		
	C-336/08	
	¿Los efectos de la decisión C-336/08 son sólo hacia el futuro o ampara situaciones pasadas?	
	Sólo hacia el futuro	Pasado y Futuro
	T-911/09	
		T-592/10

La primera petición de una persona homosexual para que la pensión de sobreviviente de su pareja le fuera otorgada, llegó a la Corte en el año 2006 y fue resuelta negativamente en la Sentencia T-349/06, M.P. Rodrigo Escobar Gil. El argumento inicial es similar al que se usó para negar el Derecho de afiliación a la Salud en parejas homosexuales: familia es la conformada por una pareja heterosexual estable y *“las parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto y en el que no aparecen razones objetivas que justifiquen, per se, hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia.”* (Sentencia T-349/06), sin embargo la postura de la Corte cambió en el 2008 con la Sentencia C-336/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en la que se demandó la norma que no incluía como beneficiarios de la pensión de sobreviviente a la pareja del mismo sexo. Llama la atención que los argumentos usados en esa decisión sean totalmente contrarios a los que empleó 2 años antes:

“A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido

conformar una pareja con una persona de su mismo género.” (Sentencia C-336/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

La siguiente cuestión que debió resolver la Corte, fue ¿Qué hechos cobija esa Sentencia, sólo hacia el futuro o también situaciones previas a esa decisión? Este interrogante fue planteado con la Sentencia T-911/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la que el peticionario solicitaba que le fuera concedida la pensión de sobreviviente de su pareja homosexual que había muerto antes de proferida la Sentencia C-366/08. En esa oportunidad la Corte negó la petición explicando...

“que no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007. Esta sola consideración es suficiente para descartar totalmente la posibilidad de conceder el amparo frente al caso aquí planteado y haría innecesario recabar sobre otras razones que igualmente conducirían en la misma dirección.” (Sentencia T-911/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Aunque esa postura fue cambiada en el 2010 con la Sentencia T-592/10, M.P. Mauricio González Cuervo, que ampliaba los efectos de la Sentencia C-366/08 a hechos ocurridos antes de la expedición de la Sentencia, con lo que el Derecho queda totalmente afianzado con esa decisión.

iv) Minorías Sexuales en el ámbito de la Familia:

Este ámbito del derecho es el más complejo por el amplio número de aspectos que involucra y el nivel de controversia que despierta, además de haber sido objeto de litigio estratégico de forma sistemática, reflejado en las 12⁸⁷ acciones de

⁸⁷ Las Sentencias de la Corte sobre el ámbito Familiar de Minorías Sexuales fueron: T-290/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-098/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-814/01, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-725/04, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-075/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-798/08, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-029/09, M.P. Rodrigo

Inconstitucionalidad (el 80% de todas las decisiones de Inconstitucionalidad que se interpusieron ante la Corte) que interpusieron los actores que buscaban ampliar los Derechos de esta minoría por vía judicial. El mejor ejemplo del tipo de litigio estratégico que emplearon los actores, fue la demanda que dio origen a la Sentencia C-029/09, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Con esa demanda, que aprovechó el Cambio Jurisprudencial de la Corte en el 2007, se presentaron cargos contra un sinnúmero de normas que otorgaban menos derechos a las parejas homosexuales que a las heterosexuales⁸⁸, y pretendió generar una verdadera Reforma de los Derechos de esta población por vía judicial.

La Jurisprudencia sobre este aspecto tuvo grandes cambios y abarcó distintos puntos de la Familia en Minorías Sexuales: el matrimonio, la adopción de hijos y los aspectos patrimoniales de las uniones de parejas del mismo sexo, entre otros. Aunque la probabilidad de éxito fue del 72% en este ámbito, un análisis detallado de la Jurisprudencia muestra un desarrollo retardado.

La pregunta general que tuvo que resolver la Corte Constitucional en este ámbito fue: ¿Pueden ser consideradas como Familia las parejas homosexuales? Una vez responde esa pregunta, surgen otra serie de interrogantes que vienen vinculados a ella: ¿Esa Familia tiene Derechos patrimoniales? ¿Puede conformarse por vínculos matrimoniales? ¿Pueden adoptar hijos? ¿Tienen Derechos de sucesión? y las demás cuestiones que pueden predicarse de las familias heterosexuales.

Escobar Gil; C-802/09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-886/10, M.P. Mauricio González Cuervo; C-283/11, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub; C-577/11, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-276/12, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub; C-710/12, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub; C-238/12, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-120/13, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁸ Esta observación fue hecha por el abogado y activista de la comunidad LGBTI, Germán Humberto Rincón Perfetti, en una conversación en agosto del 2014.

Unión Marital de Hecho: La primera cuestión que debió resolver la Corte en el ámbito familiar de las Minorías Sexuales fue si la unión permanente de una pareja del mismo sexo daba Derecho a ser considerada Unión Marital de Hecho, con los beneficios patrimoniales que esto conlleva, tal como ocurre con las parejas heterosexuales.

¿Tienen las parejas homosexuales estables reconocimiento de Unión Marital de Hecho y Derechos Patrimoniales que esto conlleva, tal como ocurre con las parejas heterosexuales?	
No	Sí
Ley 54 de 1990	
Reforzada por la Sentencia C-098/96	
	C-075/07
	C-029/09 (sólo Derechos Patrimoniales -Derecho a la afectación de vivienda familiar-)
	C-283/11 (sólo Derechos Patrimoniales -Derecho a la porción conyugal-)

Con la Sentencia C-098/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte estableció que no es posible desarrollar el Derecho de la Unión Marital de Hecho para las parejas del mismo sexo, pues el concepto de Familia solo se predica de las parejas heterosexuales y no podría extenderse válidamente a los homosexuales.

“La Constitución colombiana es amplia en lo que respecta a la conformación de la familia, pero esa amplitud alude al origen matrimonial o extramatrimonial de ella, ya que reconoce su surgimiento de “vínculos naturales o jurídicos” y sanciona como válida toda decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o de conformar una familia por la voluntad responsable, también de un hombre y una mujer. Mal podría admitirse el homosexualismo como origen válido, lícito y constitucional de la familia. Esta, por su misma esencia, está basada en la procreación, la cual no es posible sino sobre el supuesto de la pareja heterosexual. De modo que la permisividad en materia de uniones con pretensión de “conformar familia”, establecidas entre homosexuales, atenta contra la idea misma de familia.” (Sentencia C-098/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Once (11) años después, con la Sentencia C-075/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte hace un cambio en la Jurisprudencia fijada en la Sentencia C-098/96, y establece que

las parejas del mismo sexo que cumplieran con los mismos requisitos exigidos a las parejas heterosexuales tendrían Derecho a que se reconozca su Unión Marital de Hecho, junto con los Derechos Patrimoniales que eso conlleva. Aunque esta decisión representó un cambio abrupto en la forma en que la Corte había definido los Derechos de las Minorías Sexuales, no fue una Sentencia controversial al interior de la Corte, pues tuvo 8 votos a favor y solo 1 en contra. En igual sentido se decidió la Sentencia C-029/09, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que extendió los Derechos Patrimoniales entre personas del mismo sexo (posibilidad de afectar de un bien inmueble a vivienda familiar en parejas homosexuales). Así mismo, en la Sentencia C-283/11, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub, se otorgó el Derecho a la porción conyugal, que tiene las parejas heterosexuales, también a las parejas homosexuales. En esa oportunidad exhortó al Congreso de la República para que legislara de forma ordenada y sistemática los Derechos de las parejas del mismo sexo y sus uniones maritales de hecho.

Adopción de hijos: La pregunta que debió resolver la Corte en estos casos fue: ¿Pueden las parejas homosexuales adoptar hijos?

¿Pueden las parejas homosexuales adoptar hijos?	
No	Sí
Decreto Ley 2737 de 1989	
T-290/95	
C-814/01	
	T-276/12

La primera decisión de la Corte que resolvió un caso sobre la adopción de parejas del mismo sexo fue en 1995 (T-290/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz). En esa ocasión, la Corte decidió retirar la custodia a un hombre homosexual que se encargaba del cuidado y la crianza de un menor en calidad de padre adoptivo, con el argumento de extrema pobreza del padre adoptante. Sin embargo no fue hasta el 2001 que se planteó ante la Corte la posibilidad de declarar Inconstitucional la norma que impide la adopción de hijos por parte de personas del mismo sexo. Esa petición se decidió en la Sentencia C-

814/01, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que no solo negó esa pretensión sino que además limitó la posibilidad del Congreso para regular en el futuro la adopción por parte de parejas del mismo sexo:

“Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta.

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. **Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.**” (Sentencia C-814/01, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Negrillas fuera del texto original.)

En el año 2009, aprovechando una oleada de cambios jurisprudenciales de la Corte sobre este tema, un grupo de activistas de estos derechos volvieron a interponer una Demanda de Inconstitucionalidad para que las parejas del mismo sexo pudieran adoptar hijos; sin embargo, la Corte se inhibió de decidir el caso con la Sentencia C-802/09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, dejando sin ampliar el Derecho de adopción de las familias homosexuales pero manteniendo abierta la posibilidad de adquirirlo en el futuro. Igual postura Inhibitoria asumió en la Sentencia C-710/12, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub, cuando se intentó nuevamente una demanda en ese sentido. Esta estrategia de Inhibirse se presenta también en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo y puede tener como posible explicación, la necesidad de la Corte por tener más información sobre las preferencias de su Audiencia, o

simplemente esperar a que cambien las preferencias de su Audiencia, lo que la lleva a postergar la decisión definitiva e Inhibirse en la decisión presente.

Resulta interesante que en un contexto en que la Corte evita pronunciarse de manera general y abstracta sobre la Constitucionalidad de las leyes que dificultan la adopción de hijos por parte de parejas del mismo sexo, decida positivamente un caso de Tutela con el que se concede el Derecho de adopción definitiva de dos hermanos por parte de un hombre con pareja homosexual (T-276/12, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub). Este caso sirve para fortalecer el argumento según el cual el modelo actitudinal no podría explicar adecuadamente el comportamiento de los jueces en estos derechos, pues un mismo magistrado es ponente de dos Sentencias que deciden sobre el mismo asunto cuestiones distintas: en una Sentencia propone Inhibirse sobre la Demanda y en la otra propone Conceder el Derecho. El comportamiento en ese caso puede ser estratégico, más no sincero.

Matrimonio: Al igual que en el Derecho de adopción de hijos por parejas del mismo sexo, la Corte decidió declararse Inhibida en la Sentencia C- 886/10, M.P. Mauricio González Cuervo, para decidir sobre la norma que restringe el matrimonio a un hombre y una mujer excluyendo a las minorías sexuales. Esta postura cambió un año después con la Sentencia C-577/11, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, donde la Corte exhortó al Congreso a legislar para una fecha determinada sobre las minorías sexuales y disminuir de esta forma los vacíos de protección que tienen y dado el caso que no lo hiciera para esa fecha, daba la posibilidad a las parejas del mismo sexo para formalizar y solemnizar su Vínculo contractual ante un juez o notario.

3.5 Conclusión: Comportamiento de la Corte y las preferencias de la mayoría ciudadana.

Teniendo a la mayoría ciudadana como Audiencia, la Corte Constitucional estructuró a partir de las preferencias de ese grupo gran parte de su agenda judicial. Conocer esas preferencias sirve para explicar el comportamiento diferenciado de la Corte en la protección del Derecho a la Salud y de Minorías Sexuales entre 1992 y 2013.

Como se mostró en los puntos anteriores, hubo un claro comportamiento diferenciado de la Corte entre el Derecho de Salud y los de Minorías Sexuales. Sobre el primer Derecho, la Jurisprudencia Constitucional fue en términos generales garantista, masiva y amplió desde muy temprano muchos de los aspectos del Derecho a la Salud. Por el contrario, la Jurisprudencia sobre Minorías Sexuales no tuvo el mismo comportamiento, pues solo a partir del 2007 empezó a desbloquear el acceso y ampliar el Derecho. ¿Por qué ocurrió ese comportamiento diferenciado en la protección de estos Derechos? La respuesta que propone la tesis se relaciona directamente con el tipo de Audiencia de la Corte y sus preferencias. Tras la coyuntura crítica de 1990 con la que se rediseñó todo el Sistema Institucional colombiano dando origen a la Constitución de 1991, también se estableció como Audiencia Inicial de la Corte Constitucional a la mayoría ciudadana. Las preferencias de este grupo varían según el Derecho: i) frente a la Salud, y habiendo mostrado las dificultades para el acceso a ese Derecho, es factible asumir que es un tema de interés para esa Audiencia y sus preferencias están dirigidas en buscar la ampliación y un máximo nivel de protección del derecho. ii) Frente a los Derechos de las Minorías Sexuales su preferencia cambió a lo largo del periodo: antes del año 2005 tenía una clara postura de rechazo pero cambió después de ese año, mostrando menor oposición a ellos.

La Corte Constitucional, conociendo a su Audiencia y sus preferencias, desarrolló una Jurisprudencia encaminada a alinearse a ella, con lo que buscaba mantener y aumentar su nivel de Apoyo y Legitimidad. Debido a esto, creó desde sus inicios una

Jurisprudencia Garantista del Derecho a la Salud, a la vez que limitaba las pretensiones de las minorías ciudadanas hasta el año 2006. El Cambio Jurisprudencial hacia una apertura de los Derechos que tuvo la Corte en el 2007 frente a las minorías sexuales, se debió precisamente al cambio de preferencia de su audiencia, que a partir de ese año tuvo menos rechazo a ese grupo lo que le permitió a la Corte desarrollar el derecho sin perder el respaldo de la mayoría ciudadana.

Pero la relación de la Corte Constitucional con su Audiencia de la mayoría ciudadana no solo se observa de manera indirecta, a través de las encuestas, sino también mediante el reconocimiento explícito que hace la misma Corte en su Jurisprudencia cuando explica el motivo de los cambios jurisprudenciales en el tema de minorías sexuales, y que ella atribuye a cambios del *contexto normativo*, que no son otra cosa que los "cambios que se presentan en la sociedad de los cuales debe ser consciente el juez constitucional para efectuar un nuevo análisis sobre normas que fueron consideradas exequibles en un tiempo pero que a la luz de la nueva realidad pueden no serlo" (Sentencia C-283/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). El cambio en el *contexto normativo* es lo que en esta tesis se denomina Cambio en los *intereses de la audiencia*: cuando cambian los intereses de la Audiencia de la Corte (cambio en el contexto normativo, en el lenguaje de la Corte), la Jurisprudencia de la Corte también cambia, buscando alinearse a las nuevas preferencias para seguir contando con el respaldo de ese grupo.

4. México

4.1 Comportamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Salud y Minorías Sexuales.

Si bien la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) se ha caracterizado por ser más un árbitro de conflictos políticos que un Tribunal defensor de Derechos (Magaloni y Zaldivar, 2006; Ansolabehere, 2010; Sánchez, Magaloni y Magar, 2010; Helmke y Ríos-Figueroa, 2010), a partir del año 2007 se observó un proceso de mayor protección y garantía a los Derechos (Suárez, 2011). Sin embargo, no todos los Derechos han sido protegidos con igual grado de intensidad. Un claro ejemplo se presenta entre el Derecho a la Salud y los de las Minorías Sexuales: mientras se ha llegado a hablar de una “revolución sexual” en la Corte (Madrazo y Vela, 2011) debido al nivel de desarrollo que ha dado su Jurisprudencia en estos Derechos, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el Derecho a la Salud ha sido muy modesto: de las 5 tesis de Jurisprudencia reportados en la página del Semanario Judicial de la Federación que tratan directamente este derecho, solo en una se ha ampliado (Pleno de la SCJN, Tesis de Jurisprudencia 188/2008), mientras que en las otras cuatro se optó por mantener el diseño institucional previo sin otorgarle ningún desarrollo adicional.

Este capítulo tiene como objetivo mostrar que esas diferencias en la protección de derechos, se explican por una sofisticada estrategia de la Corte por interactuar con dos tipos de Audiencia: la Inicial, conformada por la élite política y la Deseada, compuesta por la mayoría ciudadana. Para ello el capítulo se divide en cuatro partes: i) se muestran las características de la coyuntura crítica que dio origen a la Corte y que establecieron su Audiencia Inicial; así como la descripción de las preferencias de esa Audiencia frente a los dos Derechos; ii) se presenta el papel que juega el gobierno dividido; iii) se muestra el comportamiento detallado de la Corte en la protección del Derecho a la Salud y de Minorías Sexuales para dejar en evidencia el tratamiento diferenciado y iv) por último se presentan las conclusiones del capítulo.

4.2. Audiencias de la Suprema Corte

4.2.1 Audiencia Inicial: Élite Política

La Suprema Corte de Justicia de la Nación fue creada en la Constitución de 1917⁸⁹, y ha tenido importantes cambios posteriores (1977, 1988, 1994). La Reforma Constitucional de 1994, hecha por el gobierno de Zedillo, modificó de forma sustancial el diseño y atribuciones de la SCJN y es considerada como punto esencial o momento hito para entender el nuevo funcionamiento de la Corte (Inclán, 2004: 51; Finkel, 2005 y 2008; Ansolabehere, 2007: 72; Magaloni, 2007; Inclán, 2009; Sánchez, Magaloni y Magar, 2010: 319; Pérez, 2013: 166). La trascendencia de esta Reforma y la razón por la que se toma como punto de partida, como coyuntura crítica, es que con ella se transformó a la Corte, “al menos por escrito, en un Tribunal Constitucional.” (Sánchez, Magaloni y Magar, 2010: 319) y por tanto puede considerarse un nuevo punto de inicio para ella.

Contrario a lo que ocurrió en Colombia, donde hubo gran participación ciudadana y de múltiples actores, la Reforma Constitucional mexicana fue un proceso restringido a la élite política, tanto en la propuesta como en los objetivos que se pretendieron con ella: i) la iniciativa y el proceso de Reforma Constitucional de 1994 fue esencialmente liderada por la élite política, específicamente por un pequeño grupo dentro del ejecutivo⁹⁰, sin que fuera siquiera consultado con abogados en la academia mexicana u otro tipo de actores dentro de la sociedad civil como empresarios, medios de comunicación, asociaciones de abogados o el público en general (Inclán, 2004: 88).

⁸⁹ Pérez (2013: 76 y siguientes) sostiene por el contrario que la Constitución de 1917, frente al diseño de la Suprema Corte de Justicia, fue un mecanismo de reproducción y no de creación, pues heredó en términos generales la estructura establecida en la Constitución de 1857.

⁹⁰ Inclán (2004: 87) sostiene que el equipo encargado de diseñar la Reforma estuvo compuesto por un pequeño grupo de jóvenes profesionales de Derecho y Economía, con experiencia en el sector público durante la administración de Salinas quienes, a través del Proyecto de Reforma, se hicieron parte tanto de la campaña de Zedillo como de su administración.

Aunque la propuesta de Reforma se discutió de manera inicial y casi privada entre miembros asesores del candidato ganador, Ernesto Zedillo del PRI, y algunos integrantes de la Corte, estas conversaciones tuvieron, al parecer, el objetivo de aclarar ante el Tribunal la posición del entonces Presidente Electo frente a algunas expresiones que pronunció durante su campaña electoral y que resultaron ofensivas y peligrosas para el Tribunal, por lo que la Corte decidió preparar otro diseño de Reforma (Inclán, 2004: 85). ii) Además de lo anterior, hay un consenso general en la literatura frente al objetivo que buscó y alcanzó la Reforma Constitucional de 1994: convertir a la SCJN en un Tribunal Constitucional enfocado principalmente en resolver conflictos políticos, en ser un árbitro político.

“La reforma de 1994, que precede a la transición a la democracia, tiene como principal objetivo proporcionar un canal institucional para la resolución de conflictos políticos entre los gobiernos estatales y locales y los órganos del gobierno controlados por distintos partidos políticos (Sánchez y Magaloni, 2001; Magaloni, 2008). Durante la era autoritaria, estos conflictos fueron resueltos a través de mecanismos informales del hegemónico Partido Revolucionario Institucional (PRI) y del Presidente, que también ejercía como líder de partido durante ese periodo. Con el advenimiento del multipartidismo en la década de los noventa, esta forma de arbitraje presidencial de los conflictos políticos se volvió ineficaz y los políticos acudieron a la Corte.” (Sánchez, Magaloni y Magar, 2010: 320)

El origen cerrado y elitista de la Reforma, guiado exclusivamente por el ejecutivo y los objetivos que se buscaron con ella, fueron una clara señal para la SCJN: su Audiencia Inicial estaba conformada por la élite política, no solo por ser el grupo que había impulsado y diseñado la Reforma sino también por el objetivo que se buscó con ella: convertir a la Corte en un “árbitro privilegiado del conflicto político” (Ansolabehere, 2007: 129) especialmente entre las élites políticas. Lo anterior, sumado al contexto político en que se desarrolló la Reforma, caracterizado por la hegemonía del PRI durante gran parte del siglo XX y el papel central de la figura del Presidente de la República, ayudaron a acentuar aún más las señales sobre la relevancia de la élite política para la Corte. La SCJN entendió ese mensaje y desarrolló una clara

Jurisprudencia enfocada en resolver de manera casi exclusiva, entre 1995 y 2006, conflictos políticos (Magaloni y Zaldivar, 2006; Magaloni, 2007; Ansolabere, 2007: 72; Sánchez, Magaloni y Magar, 2010) buscando así ganar el respaldo de su Audiencia Inicial, la élite política. Sin embargo, en el año 2007 hubo un importante Cambio Jurisprudencial⁹¹: la Corte dejó de estar enfocada principalmente en los conflictos políticos, olvidando al ciudadano común (Magaloni y Zaldivar, 2006), para iniciar un proceso en el que cada vez más los Derechos Humanos, juegan un papel central en su jurisprudencia (Suárez, 2011). Esa transformación, que benefició directamente a la mayoría ciudadana, fue motivada realmente por el cambio de preferencias de su audiencia inicial.

Puede pensarse que el Cambio Jurisprudencial del 2007 obedeció a un cambio de Audiencia de la Corte, una transición de su Audiencia Inicial a la Deseada. Sin embargo el motivo resultó más sencillo: fue fruto de un cambio en las preferencias de su Audiencia Inicial. La élite política mexicana tuvo un proceso de reconfiguración que puede verse en tres etapas: i) la primera, que va desde la coyuntura crítica de 1994 hasta el año 1997, se caracteriza por la supremacía política del PRI, que gobernaba tanto el Ejecutivo como Legislativo. ii) La segunda inicia en 1997 y va hasta el año 2000, siendo el periodo en que el PRI empieza a perder poder político, reconfigurándose la composición de la élite política: en 1997 el PRI sigue en cabeza

⁹¹ Aunque muchos de los mecanismos de reforzamiento que garantizaban la relación entre la audiencia inicial y la SCJN permanecieron constantes (e.g. acceso a la jurisdicción constitucional limitado a la élite política, facultades de la Corte encaminadas primordialmente a resolver conflictos políticos, entre otras), el proceso mismo de reforzamiento positivo (*positive feedback*), que se produce cuando la Corte elabora una jurisprudencia alineada a las preferencias de su audiencia y esta la compensa otorgándole apoyo y legitimidad, se podía romper si la Corte no ajustaba su jurisprudencia a las nuevas preferencias de la audiencia. Los mecanismos de reforzamiento tienen el objetivo principal de mantener una relación estrecha entre la Corte y su audiencia, por lo tanto, cuando los intereses de la audiencia piden un cambio jurisprudencial en la Corte, esta debe iniciar un ajuste decisional para no caer en “rendimientos decrecientes” con su audiencia, lo que ocasionaría el rompimiento de su relación y la salida del *path* (sólo se puede hablar propiamente de *path dependence* en las relaciones donde hay rendimientos crecientes –Piersons, 2004-)

del Ejecutivo pero pierde las mayorías en la Cámara de Representantes, dando paso a nuevos actores. iii) el tercer momento inicia en año 2000, cuando el PRI pierde el control del Ejecutivo y es asumido por el Partido Acción Nacional (PAN), por lo que la composición de la élite política cambia profundamente.

Ese proceso de transformación al interior de la Audiencia Inicial significó también un cambio en las preferencias de ese grupo, específicamente frente a los Derechos Humanos. Ese cambio de preferencias se puede observar a partir del año 2000, cuando se inicia un proceso sistemático de reconocimiento y apertura legal y política hacia los Derechos Humanos promovido directamente por la élite política: en ese año el gobierno firma acuerdos de cooperación con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (OACDH) y para el 2002 la OACDH había establecido una oficina permanente en México. Además de eso:

“Del 2002 a 2005, el gobierno emprendió un programa nacional de derechos humanos y ratificó una serie de convenciones internacionales de derechos. México también aumentó su participación en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, creó una burocracia gubernamental de derechos humanos y aprobó prohibiciones constitucionales a la discriminación, además de una nueva ley sobre libertad de información.” (Ron, et al., 2014).

La estrategia de la élite para abrir el sistema político a los Derechos Humanos fue tan clara, que para el año 2007 el Estado Mexicano había suscrito todos los tratados internacionales de Derechos Humanos disponibles en la época, tanto del ámbito de las Naciones Unidas como del Sistema Interamericano, logrando el mejor desempeño de suscripción en América Latina, seguido de Argentina y Paraguay que en el 2008 suscribieron todos los disponibles, Bolivia desde el 2009 y Nicaragua desde el 2010 (Valderrama y Serrano, 2015). A raíz de esa postura de la élite política frente a los Derechos Humanos, que inició en el año 2000 y se consolidó en el 2007, la Corte debió hacer un proceso de ajuste de su Jurisprudencia para estar alineada a las nuevas preferencias de su Audiencia: incorporó en su agenda cada vez más los asuntos

relativos a la protección y garantía de Derechos Humanos, con el objetivo de seguir manteniendo el respaldo de su Audiencia Inicial.

El Cambio Jurisprudencial de la Corte se hizo visible desde año 2007, cuando los DH se vuelven un tema recurrente en sus decisiones (Suárez, 2011). Si bien la modificación de preferencias de su Audiencia empezó a observarse desde el año 2000, la inercia jurisprudencial de la Corte, encaminada a resolver casi exclusivamente conflictos políticos, le impidió realizar un ajuste inmediato de sus decisiones. El peso de las decisiones pasadas y la inercia que van generando, como lo explica la lógica del *path dependece*, hace que sea lento el proceso de “actualización” de su jurisprudencia a los nuevos requerimientos de la Audiencia Inicial. La influencia de la Audiencia, que actúa como una fuerza gravitatoria, marca la dirección y sentido que tendrán las Sentencias del Tribunal. Este comportamiento retrasado de la Corte, es evidencia que refuerza el argumento que las Cortes se comportan estratégicamente en búsqueda de legitimidad que le otorgan sus audiencias, pero restringidas por inercias institucionales y mecanismos de reforzamiento que les dificulta cambiar rápidamente el curso de sus decisiones. Para realizar ese cambio, la Corte tuvo como incentivo, no solo el satisfacer las preferencias de la Audiencia Inicial sino también las de su Audiencia Deseada, pues los DH benefician en gran medida a la mayoría ciudadana. En la sección 4.2.2, dedicada a la Audiencia Deseada, se muestra detalladamente la estrategia que usó la Corte para acercarse a su Audiencia Deseada y ganar su legitimidad.

4.2.1.1 Coyuntura crítica que da origen a la Reforma Constitucional de 1994.

El año de 1994 trajo para México importantes acontecimientos económicos, sociales y políticos que enmarcaron la Reforma Constitucional. Esta sección no tiene intención de mostrar cuáles son las causas que la originaron, sino presentar el ambiente político, social y económico en que se pensó y desarrolló.

Para ese año, el contexto político mexicano se caracterizaba por ser un régimen de partido hegemónico. Pese a que desde 1977 se había iniciado un proceso de apertura a otros partidos (Woldenberg, Salazar, Becerra, 2011: 77), la hegemonía del PRI seguía siendo indiscutible: había gobernado durante 65 años de manera ininterrumpida desde su creación, en 1929, y controlaba en ese momento la mayoría en el Congreso⁹² (Inclán, 2004: 83). Sin embargo, la estabilidad del partido en el gobierno no fue garantía para la estabilidad política en el país: el levantamiento armado en Chiapas de un grupo indígena el 1 de enero de ese año, que se tomó de forma temporal la ciudad de San Cristóbal y declaró la guerra al Estado Mexicano como reacción a la implementación del acuerdo económico TLCAN, fue el preludio de la agitación política que viviría México por gran parte de ese año (Woldenberg, Salazar, Becerra, 2011: 319). Tres meses después del levantamiento armado, es asesinado en un mitin político el candidato presidencial del PRI, Luis Donaldo Colosio, y ese mismo año sufre igual suerte el Secretario General de ese partido, Francisco Ruíz Massieu. Esta ola de violencia motivó una Reforma Electoral, tanto a nivel Legal como Constitucional, para dar mayor confianza ciudadana en las elecciones presidenciales de ese año (Ibíd. 326) y evitar la pérdida de credibilidad en el proceso, como ocurrió en las elecciones de 1988.

Tras el asesinato de Luis Donaldo Colosio, favorito para ganar las elecciones y primera opción del entonces presidente Salinas para ser su sucesor, Zedillo fue llamado a ocupar su lugar a través de “la tradicional e informal práctica política conocida como *dedazo*, en el que el saliente presidente seleccionaba su sucesor nominándolo como el candidato presidencial por su partido” (Inclán, 1994: 83). Tras su designación como candidato mediante “*dedazo*”, Zedillo gana las elecciones presidenciales de 1994 con una amplia diferencia de más de 7 millones de votos, frente al candidato más cercano del Partido Acción Nacional (PAN), en una de las contiendas electorales más transparentes de la historia.

⁹² Solo en el año de 1997 el PRI pierde el control de mayoría absoluta del Congreso y en el año 2000 pierde la presidencia frente al Partido de Acción Nacional (PAN).

El amplio respaldo ciudadano y el control de las mayorías en el Congreso a través de su partido político, el PRI, le permitieron a Zedillo elaborar y tramitar con éxito, celeridad y poca discusión pública, una Reforma Constitucional con la que se pretendió transformar la SCJN⁹³. Sin embargo, él no fue el único que buscó hacer esa Reforma, la misma Corte había empezado también y de manera previa a elaborar un paquete de reformas para modificar sus atribuciones y composición, aunque con menos pretensiones que la propuesta del Ejecutivo. Finalmente las propuestas de la Corte fueron un punto de partida para elaborar el Proyecto final que fue presentado por el Ejecutivo al Congreso (ibíd., 87).

Aunque la Reforma Judicial había sido una promesa de campaña (Reyes, 1994: 59), Zedillo la anunció por primera vez, en calidad de Presidente de la República, en su alocución televisada del 5 de Diciembre de 1994 y al día siguiente la envió al Senado para su discusión. A partir de ese momento hubo un vertiginoso proceso de trámite en el Congreso que duró sólo 16 días, y 9 días después de acabado el debate parlamentario se publicó en el Diario Oficial, el 31 de Diciembre de ese año, como se muestra en la Tabla 6.

Tabla 6. Fechas del Proceso de Análisis y Evaluación de la Reforma

Dic. 1, 1994	Posesión de Zedillo como Presidente
Dic. 6, 1994	Zedillo envía la Iniciativa de Reforma al Senado
Dic. 17, 1994	Senado aprueba la Iniciativa
Dic. 18, 1994	Senado envía la Iniciativa a la Cámara de Diputados

⁹³ Esta tesis no busca explicar los motivos de esa Reforma Constitucional. Inclán (2004 y 2009) y Finkel (2005 y 2008) proponen distintas explicaciones: mientras que para Inclán la Reforma obedeció más a una estrategia para garantizar y aumentar la legitimidad del ejecutivo, el argumento de Finkel va encaminado a mostrar que la Reforma seguía la tesis del aseguramiento.

Dic. 21, 1994	Cámara de Diputados aprueba la Iniciativa
Dic. 22, 1994	Cámara de Diputados envía la Iniciativa a las Legislaturas Estatales para su aprobación
Dic. 31, 1994	Publicación de la Reforma en el Diario Oficial de la Federación
Feb. 1, 1995.	Ejecución de la Reforma

Fuente: Inclán, 2004: 91.

Las amplias mayorías del PRI en el Congreso permitieron un trámite sin dificultades del Proyecto de Reforma Constitucional, que además contó con el respaldo del Partido Acción Nacional (PAN), la segunda fuerza política para ese momento (Inclán, 2004: 90) y casi sin ninguna oposición de grupos relevantes, incluyendo a la misma Corte. Contar con amplias mayorías parlamentarias permitió que la Reforma fuera tramitada sin casi ninguna discusión y su Aprobación se diera sin ningún cambio frente al Proyecto inicial que presentó el Ejecutivo.

Para Inclán (2004, capítulo 4 y 5), si bien el contexto previo a la Reforma se caracterizó por “un clima de inseguridad e impunidad, lo cual forzó a todos los candidatos a hacer promesas de campaña relacionadas con la justicia” (Ibíd., 88. Traducción propia), el motivo de la Reforma no fueron esas presiones por parte de grupos organizados de la sociedad civil, ni de una crisis de Derechos Humanos que hubiera motivado presiones internacionales para realizar Reformas al Sistema Judicial, sino que “respondió más al clima político y los problemas institucionales prevalecientes en 1994” (Ibíd., 88. Traducción propia), en donde se empezaba a consolidar la apertura política que derivó en la alternancia presidencial en el año 2000 (Ansolabehere, 2007: 115). Este ambiente político motivó al PRI a crear un árbitro creíble que pudiera dirimir los conflictos políticos y resolviera los actos y leyes inconstitucionales “en un intento por restablecer la supremacía constitucional sobre la supremacía presidencial” (Ibíd., 115) y además le sirvió para enviar un poderoso mensaje electoral de compromiso frente al derecho y de responsabilidad pública, todo eso para aumentar sus propios niveles de legitimidad (Inclán, 2004: 133).

La coyuntura crítica de 1994, en la que se desarrolló la Reforma Constitucional que modificó la Corte, se puede resumir en 4 puntos característicos: 1) el PRI era el partido hegemónico con control sobre las mayorías en el Congreso y llevaba ocupando la Presidencia de la República por 65 años consecutivos, garantizando un gobierno unificado que subsumía las autonomía de las otras ramas del Poder Público, incluyendo el Poder Judicial en cabeza de la SCJN; 2) los importantes brotes de violencia política en el país, que cobraron la vida de importantes líderes políticos nacionales, aumentaron la desconfianza en el gobierno lo que motivó una Reforma Electoral que devolviera la tranquilidad de los demás partidos que participarían en las elecciones presidenciales de ese año; 3) además de lo anterior, el PRI sintió la necesidad de proponer una Reforma Constitucional para transformar a la SCJN en un verdadero Tribunal Constitucional y un árbitro de conflictos políticos, dejando atrás el anterior Sistema informal para resolver con conflictos, cuyo árbitro era el mismo partido dominante, el PRI. Esta iniciativa tuvo el objetivo de ganar legitimidad frente a un sistema político que cada era vez era más abierto y plural y que vería con buenos ojos una Reforma que otorgara independencia a la Rama Judicial en general y a la Suprema Corte en particular. 4) Esa Reforma tuvo como principal característica, ser pensada y diseñada de manera exclusiva por la élite gobernante, sin debate o consulta relevante con otros actores políticos o sociales.

Diseño institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

El diseño de la SCJN se estableció en el capítulo IV constitucional (artículo 94 y subsiguientes). Integrada por 11 miembros, elegidos por el Senado entre los candidatos de una terna enviada por el Presidente de la República, con un periodo individual de 15 sin posibilidad de ser reelegidos, tuvo como función principal la de dirimir conflictos políticos entre gobiernos estatales, locales y los órganos del gobierno controlados por distintos partidos políticos (Magaloni y Sanchez, 2001; Magaloni, 2007). Debido a estos objetivos, los mecanismos de acceso a la justicia constitucional estaban muy restringidos: sólo los actores políticos de mayor

importancia (e.g. el 33% de los congresistas, el poder ejecutivo, el representante de un partido político con registro, el Procurador, son algunos, como se establece en el artículo 105 Constitucional) estaban legitimados para interponer acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, dificultando el acceso al público en general (Ansolabehere, 2009: 16), además se haberse restringido las facultades de la Corte en materia de amparo (Magaloni, 2007: 1) y de exigirle engorrosos procedimientos a los ciudadanos para interponer estas acciones (Pou, 2014), por lo que este diseño institucional deja por fuera a casi la totalidad de los ciudadanos corrientes. Estas características institucionales, sumado al proceso elitista de la reforma constitucional que transformo a la SCJN en una verdadero tribunal constitucional, fueron claras señales que le indicaron a la Corte que su audiencia inicial estaba conformada por la élite política.

4.2.2 Audiencia Deseada: mayoría ciudadana

El hecho de que la Reforma de 1994 fuera elaborada por y para la élite política, tuvo importantes implicaciones para la Corte al momento de acercarse a su Audiencia Deseada. Como se mostró en el apartado dedicado al *path dependence*, las primeras decisiones que se adoptan tras la coyuntura crítica ejercen gran influencia en las posteriores, al establecer una trayectoria de la que cada vez es más difícil salir. Esto fue lo que ocurrió con la SCJN: conociendo que su Audiencia Inicial estaba conformada por la élite política, sus primeras decisiones se enfocaron en desarrollar los temas relevantes para ese grupo, que no eran otros que los de arbitraje político. Esto originó una Jurisprudencia cada vez más robusta para resolver disputas políticas pero casi nula en el desarrollo y protección de Derechos Fundamentales de los ciudadanos corrientes (Magaloni y Zaldivar, 2006; Ansolabehere, 2010; Sánchez, Magaloni y Magar, 2010; Helmke y Ríos-Figueroa, 2010), con lo que se dificultó un acercamiento inicial de la Corte a su Audiencia deseada, la mayoría ciudadana.

Sin embargo, el desarrollo de una jurisprudencia enfocada en la élite política no significó que la Corte hubiese olvidado su Audiencia Deseada. Pese a que se habían

creado mecanismos de reforzamiento encargados de fortalecer la relación entre la SCJN y la élite política y que dificultaban el cambio de Audiencia, tales como el diseño legal que limitaba el acceso de los ciudadanos comunes a la Corte, o el hecho que *“la reforma constitucional de 1994 no estuvo pensada para que la Suprema Corte fuera un instrumento de defensa de los derechos fundamentales; es más, uno de los rasgos centrales de dicha reforma fue limitar la jurisdicción de la Corte en materia de amparo (...)”* (Magaloni, 2007: 1), la Corte buscó instrumentos alternativos que le permitieran acercarse a la mayoría ciudadana y a su vez seguir alineada a la élite política: con ese objetivo en mente decidió hacer uso de una estrategia de comunicación pública que la mostrara como una Corte imparcial y transparente ante la ciudadanía, con el objetivo de obtener de ella su confianza y legitimidad (Staton, 2010 y 2004). Esto lo hizo al mismo tiempo que desarrollaba una Jurisprudencia alineada a la élite política que le permitía conservar el respaldo de su Audiencia Inicial.

Aunque la Corte contaba con una Oficina de Comunicación Social desde 1988, no fue hasta el año de 1996 cuando inició una clara campaña de promoción de su imagen pública, donde la *“primera meta sustancial era distanciar la Suprema Corte de la rama del Ejecutivo”* (Staton, 2010: 58). Esto muestra que la SCJN usó inicialmente una doble estrategia para mantener el apoyo de su Audiencia Inicial y empezar acercamientos con su Audiencia Deseada: i) por un lado, desarrolló una Jurisprudencia alineada a las preferencias de su Audiencia Inicial, lo que le permitió contar con el respaldo y apoyo de la élite política. Esa estrategia queda en evidencia por el tipo de Jurisprudencia que elaboró inicialmente, centrada específicamente en resolver conflictos políticos. ii) Por otra parte, implementó una campaña publicitaria que pretendía mostrarla como una Corte neutral y técnica, distanciada del Poder Ejecutivo, dos características que la mayoría ciudadana ve como deseables en un Tribunal de justicia, buscando así ganar el respaldo y legitimidad de su Audiencia Deseada. Esa campaña de publicidad se hizo aún más fuerte a partir del 2005 cuando inició las transmisiones por televisión de las

Sesiones del Pleno, y se consolidó con la creación del canal de televisión propio, el Canal Judicial⁹⁴, que empezó transmisiones en mayo del 2006.

Adicional a esa estrategia publicitaria, la Corte contó con un evento fortuito que facilitó su acercamiento a la Audiencia Deseada, pero esta vez a través del desarrollo jurisprudencial: las preferencias de la élite política empezaron a cambiar a partir del año 2000, siendo más favorables en asuntos que también beneficiaban a la mayoría ciudadana: los Derechos Humanos. Como se mostró en la sección 4.2.1, a partir del año 2000 la élite política se abrió a los DH, lo que ocasionó que la Corte iniciara un proceso de giro jurisprudencial para lograr mantenerse alineada a la postura de su Audiencia Inicial. Esa nueva Jurisprudencia enfocada en los DH tuvo la ventaja de beneficiar también los intereses de la Audiencia Deseada. Ese golpe de suerte facilitó aún más el acercamiento de la Corte a la mayoría ciudadana y permite explicar el comportamiento diferenciado del Derecho a la Salud y de las Minorías Sexuales: Aunque ambos son DH, la Corte desarrolló muy poco el Derecho a la Salud pues, aunque favorecían a la mayoría ciudadana, afecta los intereses de su Audiencia Inicial en la medida la implementación de esas decisiones judiciales implican altos costos financieros, lo que disminuye la capacidad de disposición del gasto público de la élite política y puede ser interpretado como un desequilibrio de poderes por los demás actores. Sin embargo, decidió dar mayor protección a los Derechos de las Minorías Sexuales a pesar de que contrariaban las preferencias de la élite política nacional, en cabeza del PAN, lo eran en menor medida que los derechos a la salud a la vez que no eran rechazados por la mayoría ciudadana. La lógica de este comportamiento se explica en detalle más adelante.

⁹⁴ En el año 2005 se crea la Dirección General Adjunta del Canal Judicial, que era la entidad encargada de la difusión televisada de las actividades del Poder Judicial. A partir del 1 de Abril del 2006, por decisión del pleno de la SCJN, esa entidad se convirtió en la Dirección General del Canal Judicial.

4.2.3 Preferencias de las Audiencias

A diferencia de la Corte Constitucional colombiana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México debió considerar un entramado de preferencias entre dos audiencias para poder establecer el tipo de jurisprudencia que debía desarrollar en cada derecho. Como se mostró en las secciones anteriores de este capítulo, la Jurisprudencia de la Corte no tuvo en sus inicios mayores desarrollos en la protección de derechos, pues los intereses de la Audiencia Inicial estaban puestos en un Tribunal que fungiera como árbitro político más que como defensor de derechos. Es a partir del año 2000 que la Audiencia Inicial desarrolla preferencias por los Derechos Humanos, y junto a las preferencias de la Audiencia Deseada, terminan explicando el comportamiento diferenciado de la Corte frente al derecho a la Salud y a los Derechos de las Minorías Sexuales.

4.2.3.1 Preferencias de la Audiencia Inicial frente a los Derechos a la Salud

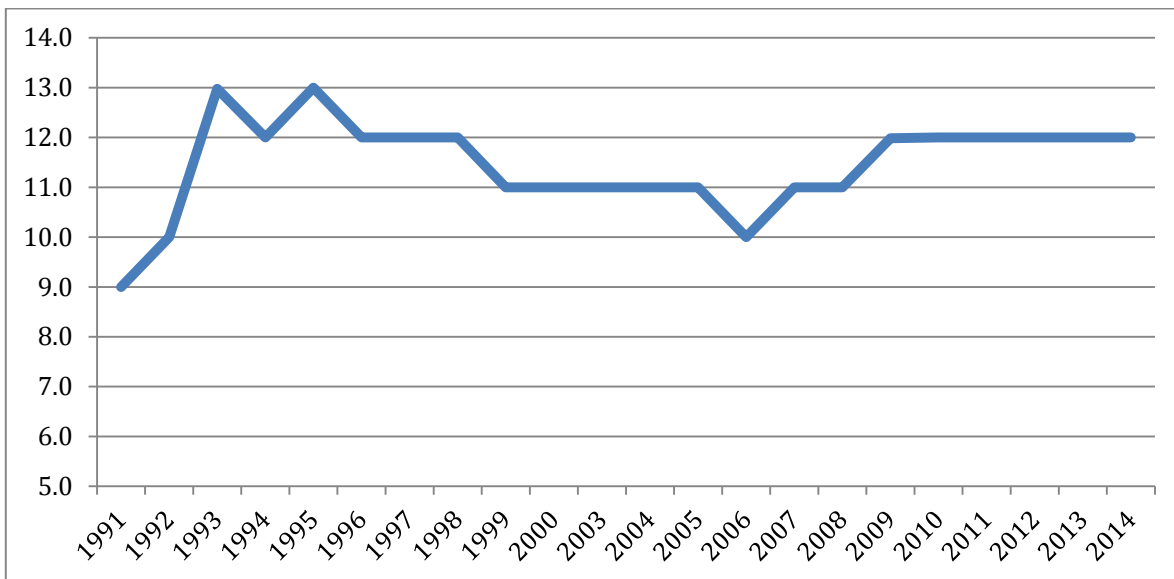
Si bien todos los derechos son positivos, en el sentido que su protección implica la actuación y gasto por parte del Estado (Holmes y Sunstein, 2011: 55), se ha generalizado la idea según la cual:

“Sólo son costosos los derechos sociales (los nuevos, “de segunda generación”, relacionados con la vivienda, la salud, la educación). Esta pretensión sostiene que uno puede acercarse a los tribunales para pedir que levanten una acción de censura estatal o garanticen las elecciones o el debido proceso, pero no para que aseguren el derecho a la vivienda o a la salud de alguien, ya que estos últimos derechos son muy costosos, y su definición y cuidado deben estar a cargo de los poderes políticos, que tienen el control del presupuesto.” (Gargarella y Bergallo, 2011: 12).

En ese sentido, el desarrollo y la mayor protección del Derecho a la Salud se pueda realizar por vía judicial, no es bien recibido por los administradores y ordenadores del gasto público, la élite política, debido a los altos costos que esas decisiones judiciales implican. Aunque la élite política mexicana tuvo un cambio de preferencias a partir del año 2000, más abierta y cercana a los Derechos Humanos, esto no significó

necesariamente un apoyo incondicional a la protección por vía judicial de todos los derechos, especialmente de aquellos que se creen de alto impacto fiscal como la Salud, cuyo gasto para el 2014 comprometía el 2.79% del presupuesto público federal (Reyes, 2014). El rechazo de la élite a las decisiones judiciales de alto impacto fiscal, se debió en buena medida a las políticas de ajuste económico que se implementaron con motivo de las sucesivas crisis económicas (e.g. en los años de 1983, 1988, 1994, 2009). Esta políticas de ajuste esencialmente buscaban disminuir el gasto público y hacer recortes presupuestales, pues después de 1995 no se volvió a presentar un gasto en consumo final por parte del gobierno superior al 13% del PIB, como se muestra en el gráfico 4.

Gráfico 4: Gasto de consumo final del gobierno general como porcentaje del PIB.
1991-2014.



Fuente: Elaboración propia con datos tomados del Banco Mundial (Los valores fueron presentados sin decimales. Los valores en los años 2001 y 2002 no están disponibles)

4.2.3.2 Preferencias de la Audiencia Inicial frente a los Derechos de Minorías Sexuales

La composición de la élite política, como audiencia inicial, no fue la misma a lo largo de todo el periodo. En las secciones anteriores se mostró el proceso de

reconfiguración de la Audiencia Inicial, que pasó de estar conformada inicialmente por el PRI a estarlo por el PAN a partir del año 2000. Cuando la élite política estuvo conformada por la el PRI (1994-1999), la defensa de los derechos a través de la SCJN, no estaba dentro de sus intereses: pedía a la Corte ser sólo un árbitro político, y bajo esas consideraciones construyó su diseño institucional.

Como se mencionó, fue solo a partir del año 2000 que la élite política nacional, conformada ahora por el PAN, empezó a desarrollar claras preferencias por los Derechos Humanos, pero con matices entre Derechos que dependían principalmente del gasto económico que implicaba su desarrollo, aunque también de la cercanía con sus postulados ideológicos. Esa audiencia inicial, conformada ahora por el PAN, se opuso al desarrollo de los derechos de las minorías sexuales. Su inconformidad se observa en las posturas de rechazo frente a las propuestas que buscaban ampliar esos derechos, por ejemplo en el respaldó la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Procurador General de la República, que pretendía frenar la enmienda hecha en diciembre del 2009 al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal con la que se permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4.2.3.3 Preferencias de la Audiencia Deseada frente a los Derechos a la Salud.

Al igual que en el caso colombiano, resulta convincente asumir que la mayoría ciudadana en México prefiere tener más disfrute y protección del Derecho a la Salud que menos⁹⁵, más aún si se tiene en cuenta que el principal mecanismo de acceso al Sistema de Salud es a través del Sistema de Seguridad Social, pero solo la mitad de la población lo tiene. *“Además, en 2010 solo 34,9% de la población económicamente activa tenía acceso a los servicios de salud, un porcentaje aún menor que el de 2000, que*

⁹⁵ Un argumento distinto muestra que la población mexicana no asume los Derechos Humanos como derechos propiamente dichos, sino como favores o regalos del gobierno. Eso implica que exigir la protección del Derecho a la Salud no sea bien visto, por lo que la población se abstiene de hacerlo por no considerarse facultada para ese tipo de reclamaciones: *“La población en general, por otra parte, “se ofende cuando se le exige algo al gobierno”* (Ron, et al., 2014: 17).

llegaba al 35,5%. Por lo tanto, esta situación implica muchas barreras para conseguir una protección de salud completa para las familias mexicanas.” (Valencia, Foust y Tetreault, 2013: 29). La insatisfacción de la población mexicana frente a la calidad y cobertura que le brindan en el Derecho a la Salud, también se puede evidenciar a través las quejas de los ciudadanos ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)⁹⁶: La autoridad federal contra la que más quejas se interponen es el Instituto Mexicano de Seguro Social y el tema de la Salud es segundo sector con más quejosos, solo superado por el sector Seguridad. Estos datos ayudan a afianzar el supuesto de las altas preferencias de la mayoría ciudadana por el Derecho a la Salud y el número de quejas presentadas ante la CNDH debilitan el argumento según el cual el Derecho a la Salud no es visto por la ciudadanía como un derecho que pueda ser exigido.

4.2.3.4 Preferencias de la Audiencia Deseada frente a los Derechos de Minorías Sexuales.

Las preferencias de la mayoría ciudadana en México, registradas a través de la WVS, entre los años 1994 al 2014, muestran una clara tendencia al menor rechazo a esas minorías. A través de la encuesta, se puede observar que el número de personas que no les gustaría tener como vecino a una persona homosexual fue del 37% en el periodo 1994-1998 y para el 2010-2014 había bajado hasta el 23% (ver Tabla 7). La disminución en el rechazo a este grupo de la población también se refleja en el porcentaje de personas que nunca ven justificable la homosexualidad, que pasó del 51% en el periodo 1994-1998 a un 39% en el periodo 2010-2014 (ver Tabla 8). Estos datos permiten afirmar que la mayoría ciudadana en México no tiene una fuerte oposición a los Derechos de las Minorías Sexuales, mostrando una aptitud mucho más progresista si se compara con la postura de la mayoría ciudadana en Colombia, permitiendo así que la Corte desarrolle jurisprudencialmente estos derechos sin perder el apoyo y respaldo de la Audiencia Deseada.

⁹⁶ Información consultada de la página web del Sistema Nacional de Alertas de Violaciones a los Derechos Humanos (<http://200.33.14.34:1001/inicio.asp>)

Tabla 7. Vecinos no deseados en México: homosexuales

	1994-1998	1999-2004	2005-2009	2010-2014
No mencionados	63	55	70	77
Mencionados	37	45	30	23
(N)	2364	1535	1560	2000

Fuente: Encuesta Mundial de Valores.

Tabla 8. Nivel de aceptación de la homosexualidad en México, 1994-2014

Justificable: Homosexualidad	1994-1998	1999-2004	2005-2009	2010-2014
Nunca justificable	51%	48%	32%	39%
2	8%	3%	5%	4%
3	7%	3%	4%	4%
4	5%	2%	4%	3%
5	13%	11%	16%	18%
6	4%	4%	6%	5%
7	2%	4%	5%	5%
8	3%	4%	6%	6%
9	1%	2%	4%	3%
Siempre Justificable	4%	10%	12%	11%
No responde	2%	9%	5%	2%
No sabe	-	-	2%	0
(N)	2364	1535	1560	2000

Fuente: Encuesta Mundial de Valores.

4.3 Gobierno dividido en México.

Esta variable interviniente toma especial relevancia en México. Como se describió en la Sección del Método (capítulo 2), en los casos donde la Audiencia Inicial y Deseada no coinciden, como en México, se espera que el proceso de transición entre ellas se facilite por el contexto político de gobierno dividido. La fragmentación política en México ha servido para explicar aspectos del comportamiento judicial de la Corte (Ríos-Figueroa 2007), y permite explicar el (lento) tránsito de la Audiencia Inicial a la Deseada. El espacio de oportunidad que existió a partir del año 2000, o desde el año 1997 si se considera de forma restringida el concepto de gobierno dividido, como se muestra en la Tabla 9, solo empezó a ser usado por la Corte para iniciar la transición

de la Audiencia Inicial a la Deseada a partir del año 2010, con la Sentencia que resolvió la Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal, a partir de la cual se empezó a distanciar de los intereses de la élite política y acercarse aún más a los de la mayoría ciudadana.

Tabla 9. Cohesión de los Gobiernos en México. 1994-2014.

Periodo	Partido Político del Presidente	Periodo	Mayoría en el Senado	Mayoría en la Cámara	Cohesión del Gobierno
1994-2000	PRI (Ernesto Zedillo Ponce)	1994-1997	Si (74%)	Si (60%)	Si
		1997-2000	SI	Si (47.8%)*	Si
2000-2006	PAN (Vicente Fox Quesada)	2000-2003	No	No	No
		2003-2006	No	No	No
2006-2012	PAN (Felipe Calderón Hinojosa)	2006-2009	No	No	No
		2009-2012	No	No	No
2012-2018	PRI (Enrique Peña Nieto)	2012-2015	No	No	No

*En este periodo el PRI pierde por primera vez la mayoría absoluta en la Cámara de Representantes, pero sigue conservando la mayoría relativa con 239 escaños de 500.

Como se mostró antes, el Cambio Jurisprudencial iniciado en el año 2007, que pasó de resolver conflictos políticos a convertirse paulatinamente en garante de los DH, se debió a un cambio en las preferencias de su Audiencia Inicial y no a una estrategia de la Corte para cambiar de Audiencia. El Desarrollo Judicial Diferenciado en la Protección del Derecho a la Salud y de Minorías Sexuales, deja en evidencia que la Corte estuvo alineada por mucho tiempo a la Audiencia Inicial, incluso después de tener condiciones políticas favorables para iniciar la transición (i.e. contexto de gobierno dividido). La demora en iniciar el proceso de transición se explica por la inercia de las decisiones pasadas y los mecanismos de reforzamiento que dificultan los cambios jurisprudenciales abruptos y mantienen a la Corte en el camino tomado al inicio, como se describió en el capítulo 2 en la sección de *path dependence*. Ese largo apego de la Corte a la Audiencia Inicial es el responsable del poco desarrollo judicial del Derecho a la Salud. Sin embargo, la Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 02/2010 deja en evidencia el inicio de una Transición de Audiencias por parte de la Corte: Esa Sentencia resolvió de forma negativa la Demanda de Inconstitucionalidad

interpuesta por la Procuraduría General de la República (PGR) contra las modificaciones del Código Civil del Distrito Federal que permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo. La solicitud de la PGR estuvo avalada y respaldada por el Partido de Acción Nacional (PAN), que para ese momento tenía a cargo la Presidencia de la República y conformaba la élite política a nivel nacional. La declaratoria de Constitucionalidad de las normas demandadas, fueron un claro mensaje de distanciamiento de la Corte a la élite política nacional y el inicio de un acercamiento contundente mediante la Jurisprudencia a su Audiencia Deseada, la mayoría ciudadana, que necesitaba de un Tribunal que garantizara sus derechos.

Lo anterior es una muestra de la dificultad que tuvo la Corte mexicana para cambiar rápidamente de Audiencia, explicado por una lógica de *path dependence*, que deja en evidencia el éxito de los mecanismos de reforzamiento que garantizan la permanencia en el tiempo de una Audiencia específica: Pese a los esfuerzos de la SCJN por acercarse a su Audiencia Deseada, que la llevaron desde muy temprano a desarrollar una agresiva estrategia de comunicación pública para obtener el respaldo ciudadano (Staton, 2010), no logró separarse de ella fácilmente aún teniendo, desde el año 2000 (o 1997 si se quiere), un contexto político favorable de gobierno dividido. La Audiencia Inicial fue la responsable de que la Corte no desarrollara una amplia protección del Derecho a la Salud pese a que eso resultaba muy atractivo para la Audiencia Deseada, pues con eso interfería en la capacidad presupuestaria y ordenadora del gasto y de las políticas de recorte presupuestal que venía implementando de la élite política, por lo que la Corte se abstuvo de hacerlo para mantenerse alineada a los intereses de la élite y poder seguir contando con el apoyo de la Audiencia Inicial. La inercia de las primeras decisiones en las que la Corte decidió alinear su jurisprudencia a la élite política, sumado a los mecanismos de reforzamiento que incluían limitaciones constitucionales para el acceso del público a la Corte (Ansolabere, 2009: 16), además de los engorrosos procedimientos judiciales para que un ciudadano pudiera interponer un Amparo (Pou, 2014) y el tipo de argumentación que los jueces usan en sus Sentencias (Magaloni, 2007), ayudan a

explicar la permanencia de la Audiencia Inicial como grupo de influencia en el Tribunal por tantos años. Fue solo en el año 2010 que la Corte empezó un Proceso de Transición entre sus audiencias y que fue reforzado por las Reformas Constitucionales del año 2011 con las que se abrieron opciones reales para facilitar la transición.

Las dos importantes Reformas Constitucionales de 2011, sobre Derechos Humanos y en materia de Amparo, debilitaron los mecanismos de reforzamiento que se habían establecido en 1994 para garantizar el vínculo entre la Corte y su Audiencia Inicial. Con ambas Reformas se establecieron nuevas vías de acceso de la población a los jueces, fortaleciendo la capacidad de la Corte para relacionarse con la mayoría ciudadana. La Reforma en materia de Amparo permitió un espacio más amplio de acceso ciudadano a la justicia a partir de puntos concretos: i) Se amplió la procedencia del Amparo frente a normas generales, al permitirse su procedencia por violaciones a los Derechos Humanos que estén plasmados en los TI suscritos por México. ii) Se cambia el concepto de *interés jurídico* por *interés legítimo* tanto individual como colectivo, lo que permite que más personas en más variedad de casos estén legitimadas para interponer la acción de Amparo. iii) Se adoptan nuevos conceptos frente a la Violación de Derechos por Omisión de las autoridades, entre otros puntos. Por otro lado, y en el mismo sentido de ampliar los canales de relación entre la Corte y el público en general, la Reforma de Derechos Humanos reconoce la progresividad de los mismos e incluye una cláusula del principio *pro persona* como criterio de decisión e interpretación de las normas por parte de los jueces. Esta cláusula permite la aplicación de aquellas disposiciones que den mayor protección a las personas. Como se puede notar, ambas Reformas abren un espacio de comunicación entre la Corte y la mayoría ciudadana, por lo que rompen varios de los mecanismos de reforzamiento establecidos en 1994 que buscaban lo contrario: limitar el abanico de posibles audiencias de la Corte a solo una: la élite política. El acceso restringido a la Corte, tanto de personas como de temas, se modificó con estas Reformas que dieron más facilidades de acceso de los ciudadanos a la Corte. Esto hizo que la Corte tuviera más

herramientas para desarrollar una Jurisprudencia cercana a su Audiencia Deseada a través de la protección de los Derechos Humanos.

4.4 Comportamiento Detallado de la Suprema Corte de Justicia

Como se mostró antes, la SCJN desarrolló dos comportamientos claramente diferenciados. Desde la coyuntura crítica del año de 1994 y hasta el 2006, la corte jugó principalmente un rol de árbitro político con escaso papel en la Protección de Derechos. A partir del año 2007, la Corte inicia un Proceso de Cambio Jurisprudencial donde la protección a los Derechos Humanos empieza a jugar un mayor rol⁹⁷. Aunque este cambio estuvo motivado por la élite política, tuvo el efecto colateral de beneficiar en igual medida los intereses de la mayoría ciudadana. La Corte decide finalmente hacer una Transición entre Audiencias a partir del año 2010, pasando de su Audiencia Inicial a la Deseada. Esta sección tiene dos objetivos: i) presentar las razones de por qué, aunque la Jurisprudencia dio mayor protección y relevancia a los Derechos Humanos en términos generales a partir del año 2007, su desarrollo no fue homogéneo sino que dio un tratamiento diferenciado, específicamente, entre los Derechos a la Salud y las Minorías Sexuales, dando menor desarrollo a los primeros pero mayor tratamiento a los segundos, al punto de llegarse a hablar de una revolución sexual en la Jurisprudencia (Madrado y Vela, 2011), pero menor desarrollo al primero. ii) Describir el Desarrollo Jurisprudencial que dio la Corte a estos dos Derechos para mostrar el comportamiento diferenciado.

i) *Lógica de Comportamiento Judicial*: El desarrollo diferenciado entre el Derecho a la Salud y los Derechos de Minorías Sexuales se debió a un análisis estratégico de la Corte que buscó aumentar su legitimidad frente a sus dos Audiencias: la Inicial y la Deseada. Esa estrategia se puede resumir así: el Cambio Jurisprudencial en la Corte,

⁹⁷ Algunos desarrollos que la Corte ha hecho en la protección de derechos han sido descritos en la literatura: Derechos de género (Pou, 2010); Derechos sexuales y reproductivos (Madrado y Vela, 2011); Derecho a la libertad de expresión (Pou, 2013), Derecho al aborto (Cruz, 2009)

que pasó de ser exclusivamente un árbitro político a jugar un papel más activo en la protección de Derechos Humanos desde el año 2007, estuvo motivado por la modificación de las preferencias de la élite política en el año 2000, que deseaba abrir el Estado mexicano a los D.H. Con ese cambio de Jurisprudencia, la Corte buscó mantenerse alineada a las nuevas preferencias de su Audiencia Inicial. Sin embargo, esto no significó una política jurisprudencial expansiva y garantista de todos los DH por igual.

La protección de la Corte tuvo matices importantes que fueron el resultado de valorar cada derecho en particular frente a los intereses de su Audiencia Inicial en primer lugar, y luego los de la Audiencia Deseada. Como se explicó en el capítulo metodológico, en los contextos donde la Audiencia Inicial y Deseada no coinciden, la Corte debe analizar primero si la expansión judicial de determinado derecho agrada a su Audiencia Inicial, pues su objetivo es decidir lo más cercano posible a los intereses de ella. Si es así, procede a darle mayor protección y desarrollo jurisprudencial. En los casos en que el derecho es irrelevante para su Audiencia Inicial, pasa a analizar ese derecho frente a los intereses de la Audiencia Deseada, y lo expande si con ello logra agradar a la mayoría ciudadana (como se mostró en la figura 1 y 2). Ese tipo de secuencia en el razonamiento, sumando a la lógica de *path dependence* en el comportamiento de las Cortes, permite explicar por qué la Corte decidió otorgar mayor garantía a los Derechos de Minorías Sexuales y menos al Derecho a la Salud.

Esa lógica de decisión permite explicar el poco desarrollo que la Corte dio al Derecho a la Salud, pues su protección afectaba negativamente los intereses de su Audiencia Inicial, la élite política, dado que la protección de estos derechos implicaba altos costos fiscales e iba en contravía de la política de recorte presupuestal implementada por la élite (ver Gráfico 4). Hizo el mismo análisis frente a los Derechos de Minorías Sexuales, pero adicionó una segunda consideración: las preferencias de la mayoría ciudadana. Los Derechos de las Minorías Sexuales, aunque que también afectaban los intereses de la élite política, lo hacían en menor medida que los Derechos a la Salud,

fueron usados por la Corte para iniciar el Proceso de Transición y alejarse de su Audiencia Inicial para comenzar un acercamiento más decidido a su Audiencia Deseada, que frente a esos derechos particulares no veía contrariadas sus preferencias: como se mostró en la sección anterior, la mayoría ciudadana en México no se oponía a este grupo sexual minoritario. Bajo ese escenario decidió desarrollar de forma activa ese grupo de derechos, a sabiendas del gran nivel de visibilidad que le daría (por las características propias de estos derechos), lo que le permitiría mostrarse como una Corte protectora de derechos, aumentando de esa forma su legitimidad abstracta proveniente de la mayoría ciudadana, para quien una Corte protectora de derechos es más deseable que una que no lo es.

Si tanto el Derecho a la Salud como los de las Minorías Sexuales, aunque en mayor medida el primero que los segundos, contrariaban los intereses de la Audiencia Inicial, ¿por qué la Corte decidió apartarse de la élite política desarrollando solo el segundo grupo de derechos pero manteniendo alineada su Jurisprudencia a su audiencia inicial en el Derecho a la Salud? En otras palabras, ¿por qué la Corte decidió iniciar el Proceso de Transición de la Audiencia Inicial a la Deseada a través de los Derechos de las Minorías Sexuales y no del Derecho a la Salud? Una posible explicación sale del contexto político de gobierno dividido pero bajo un análisis más detallado. Como se explicó en el capítulo 2, el gobierno dividido garantiza un entorno político favorable de menor constricción para la Corte y le permite iniciar un cambio de audiencia más fácilmente. El gobierno dividido puede configurarse tanto horizontal (entre Ejecutivo Federal y Legislativo Federal) como vertical (entre Ejecutivo Federal y administraciones estatales). A partir del 1997, se inicia el deterioro de un gobierno unificado encabezado por el PRI, que se hace evidente y más profundo con el ascenso del PAN al poder en el 2000, pues no solo se configura un gobierno dividido de tipo horizontal, sino también de carácter vertical frente a la mayoría de los Estados de la República.

Resulta razonable asumir que la élite política, sin importar su composición, se opondría a una intervención judicial que implique gran carga presupuestal para su cumplimiento, como en los casos de desarrollo al Derecho a la Salud. En ese caso, aunque el gobierno esté dividido, los distintos grupos en que se fragmentó el poder (ya sea horizontal o vertical) tendrían un punto de unión: su desacuerdo frente a una intervención judicial de alto impacto fiscal, como el que ocurre en los casos de protección al Derecho a la Salud. Un proceso distinto ocurre en los casos donde el derecho involucrado implica una fuerte carga ideológica más que fiscal, como ocurre con los Derechos de las Minorías Sexuales. En esas situaciones, los distintos grupos en que se fragmentó el poder pueden tener posiciones contrarias frente al mismo derecho, con lo que se incrementa la división entre ellas dando así un margen más amplio de decisión a la Corte, que encuentra en la élite política un grupo fragmentado sin suficiente poder para revertir sus Sentencias en el caso en que estas sean adversas a ella.

La anterior es la posible explicación a por qué la Corte prefirió iniciar la Transición de Audiencias a partir del Derecho a las Minorías Sexuales y no a través del Derecho a la Salud: Los Derechos de Minorías Sexuales hicieron más profundas las divisiones del gobierno tanto a nivel horizontal como vertical. Mientras la élite política nacional encabezada por el PAN rechazaba estos derechos, algunas élites estatales, especialmente la del Distrito Federal encabezada por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) los respaldaba. Ese contexto de gobierno dividido verticalmente brindó una oportunidad que la Corte usó lentamente para hacer un tránsito de la Audiencia Inicial a su Audiencia Deseada, usando el Derecho de las Minorías Sexuales como su tema de transición. Esa oportunidad no podía ser usada a través del Derecho a la Salud, pues hubiera generado unos costos muy altos por el rechazo de la élite política en todos sus niveles, sin haber ganado aún un respaldo suficiente de su audiencia ciudadana que compensara los posibles ataques de las demás ramas, dejándola en una grave situación de debilidad institucional.

4.4.1 Jurisprudencia en Salud.

Las Sentencias de la SCJN sobre el Derecho a la Salud fueron recopiladas de la página del Semanario Judicial de la Federación⁹⁸, y se clasificaron en dos grandes grupos: aquellas decisiones que constituyen Tesis de Jurisprudencia y aquellas que son Tesis Aisladas⁹⁹. Las decisiones que constituyen Tesis de Jurisprudencia fueron 5, mientras que se encontraron 167 Tesis Aisladas, que en su mayoría no trataban directamente el Derecho a la Salud como tal, sino sus aspectos relacionados (e.g. delitos contra la salud como el narcotráfico) o aspectos donde el Derecho a la Salud no era propiamente desarrollado sino sólo mencionado.

La jurisprudencia propiamente dicha de la SCJN se agrupa a partir de 5 Tesis de Jurisprudencia¹⁰⁰ que permiten ver los consensos de la Corte frente a este derecho.

⁹⁸ El Link específico del que se tomó la información fue: <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>. El criterio de búsqueda que se usó fue el siguiente: se restringió la búsqueda solo a la novena y decima época de la Corte (que va del año 1995 a la fecha), se buscaron decisiones tanto del Pleno como de cada una de las dos Salas que contuvieran la palabra “salud”, y se restringió la búsqueda a las “tesis aisladas”. Para la búsqueda de las tesis de jurisprudencia en Salud, se tomó la compilación que ya tiene el Semanario Judicial de la Federación en el siguiente link: Enlace específico para conocer la jurisprudencia relativa al derecho a la Salud de la SCJN a través del Semanario Judicial de la Federación: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(ZuYka3z5xroKeYo RAxY35XiK-nr8l0QMEFLFGjhmD2sjNhMoYz5KkJHo NIWPdKCNr9EI7DET7adqJ8mmw OJHjFBLpX3SIROXpU4oqlwChKlm- 2-yg57P2xnOWz3UzTkJRDa80PDhUtTpy-0A91i9Jzfpq ThLoqA7ZCr8iNE1\)\)/Paginas/ResultadosV2.aspx?idTema=20&idRaiz=15&tabla=DRH&Clase=TematicaBL&bc=%20Tematica%20.Derechos%20Humanos.%20Derecho%20a%20la%20salud%20.&pnl=1&Expresion=&Dominio=Rubro](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(ZuYka3z5xroKeYo RAxY35XiK-nr8l0QMEFLFGjhmD2sjNhMoYz5KkJHo NIWPdKCNr9EI7DET7adqJ8mmw OJHjFBLpX3SIROXpU4oqlwChKlm- 2-yg57P2xnOWz3UzTkJRDa80PDhUtTpy-0A91i9Jzfpq ThLoqA7ZCr8iNE1))/Paginas/ResultadosV2.aspx?idTema=20&idRaiz=15&tabla=DRH&Clase=TematicaBL&bc=%20Tematica%20.Derechos%20Humanos.%20Derecho%20a%20la%20salud%20.&pnl=1&Expresion=&Dominio=Rubro)

⁹⁹ Esta clasificación esta totalmente vinculada al concepto de Jurisprudencia. Por lo tanto, resulta relevante hacer la distinción entre aquellas decisiones de la Corte que hacen jurisprudencia y las que no: las tesis de jurisprudencia de la SCJN constituyen jurisprudencia, y son decisiones cuyos criterios resultan obligatorios para los demás tribunales y juzgados del país, teniendo un efecto “general” sobre la forma en que se deciden los demás casos. Por otra parte, las tesis aisladas son decisiones que aún no se han convertido en Jurisprudencia, por lo que su efecto para influir en otras decisiones o generalizarse es mucho menor.

¹⁰⁰ Según el artículo 192 de la Ley de Amparo de México, las Tesis de Jurisprudencia resultan relevantes en la medida en que sus disposiciones resultan obligatorias para la

Este pequeño número de decisiones constituye por sí mismo un indicador claro del escaso desarrollo que la Corte le dio a este derecho, que se confirma tras observar el tratamiento sustancial de sus decisiones. En la tabla 10 se muestra la tendencia de la SCJN a estar ajustada a los intereses de la élite política en materia de Salud. Con excepción de la Tesis de Jurisprudencia 188 del 2008 del Pleno, que declaró inconstitucional la norma que permitía la suspensión de los beneficios de la seguridad social cuando había mora en los pagos, en general las directrices que la Corte envió al resto del sistema judicial a través de ese tipo de decisiones –Tesis de Jurisprudencia-, estaban encaminadas a mantener el diseño institucional establecido por su audiencia inicial, es decir, a no ampliar el Derecho a la Salud.

Tabla 10. Desarrollo Jurisprudencial de la SCJN frente al Derecho a la Salud.

Sentido de las Tesis de Jurisprudencia frente al Derecho a la Salud		
Restringe	Mantiene el Statu Quo	Amplía
	<p>Tesis de Jurisprudencia 136/2008 aprobada por el Pleno de la Corte. La protección del Derecho a la Salud es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados.</p>	
	<p>Tesis de Jurisprudencia 152/2008 aprobada por el Pleno de la Corte. La norma que establece que no se computará como tiempo de servicios la separación por licencia sin goce de sueldo y la que se conceda por enfermedad que excedan de un periodo de 6 meses, no conlleva una violación al Derecho a la Protección de la Salud ni a</p>	

misma SCJN, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. En definitiva, su importancia radica en que representan un criterio de decisión para los demás jueces del país en todos los niveles. Para que las resoluciones puedan constituirse en Jurisprudencia, se requiere que “lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.” (Ley de Amparo, artículo 192).

	la garantía de Seguridad Social.	<p>Tesis de Jurisprudencia 188/2008</p> <p>La norma que permite la suspensión de los beneficios de Seguridad Social por mora en los pagos, vulnera el Derecho a la Protección en Salud de los trabajadores y por tanto inconstitucional.</p>
	<p>Tesis de Jurisprudencia 50/2009, aprobada por la primera sala de la Corte.</p> <p>La regulación y control a las instituciones prestadoras del servicio de Salud que se establece en la ley general de Salud, es un medio idóneo para garantizar la calidad en el servicio y un medio para garantizar el Derecho a la Salud.</p>	
	<p>Tesis de Jurisprudencia 26/2011 aprobada por el pleno de la Corte.</p> <p>Se avala el uso de mecanismos de protección para el Derecho a la Salud de los no fumadores que usó el legislador, pese a que la Corte reconoce que hay mecanismos más efectivos para protegerlos.</p>	

Fuente: Elaboración propia con información tomada del Semanario Judicial de la Federación.

Además de las Tesis de Jurisprudencia, la Corte elaboró otras decisiones, condensadas en Tesis Aisladas, que también tenían como tema el Derecho a la Salud. Aunque las repercusiones de estas decisiones tienen un impacto mucho menor que las Tesis de Jurisprudencia, pues sus efectos se limitan a casos puntuales, pueden causar efectos positivos y desarrollar aspectos específicos y concretos del derecho, como ocurrió en el año 2014 cuando la Corte otorgó el amparo a 3 pacientes con VIH del Instituto Nacional de Enfermedades respiratorias, ordenando la adecuación de las instalaciones y la construcción del “pabellón 13”, para brindar un adecuado tratamiento a los pacientes con VIH (Amparo de Revisión 378/2014). Las siguientes, son un panorama general de las Tesis Aisladas de Jurisprudencia en las que la Corte trató el Derecho a la Salud, y que muestran un desarrollo mucho más variado que las Tesis de Jurisprudencia, pero sin que hayan verdaderas contradicciones con los intereses de

su Audiencia Inicial, aunque a partir del año 2010 se observan algunos efectos moderados del proceso de transición que empezó a desarrollar a través de los derechos de Minorías Sexuales. Las siguientes sentencias se agruparon en tres grandes bloques: aquellas que amplían el derecho, aquellas que lo mantienen igual y aquellas que limitan el derecho.

Ampliaron el derecho:

Una de las primeras decisiones en las que la Corte trató directamente el Derecho a la Salud, fue con la Tesis Aislada de Jurisprudencia número LIX/1999. En ella se declaró inconstitucional los mayores requisitos que se exigían a los hombres, frente a las mujeres, para poder ser beneficiarios del servicio de salud a través de sus esposas trabajadoras, con lo que se amplió el derecho al disminuir los requisitos de los hombres para ser beneficiarios:

“Ahora bien, no obstante que la Constitución prevé como derecho fundamental la igualdad ante la ley, y el derecho a que los familiares de los trabajadores de ambos sexos disfruten de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de **salud** proporcionados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según se trate de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, en el artículo [24, fracción V](#), de la ley que lo regula, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exija alguna otra condición, lo que evidencia una transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. de nuestra Carta Magna.” (SCJN, Sala Plena, Tesis aislada número LIX/1999).

Otras decisiones, como la Tesis Aislada número IX de 2003 de la Sala en Pleno, si bien ampliaron aspectos del Derecho a la Salud que el legislador había restringido (para la donación de órganos el legislador estableció que sólo era permitido entre parientes, a lo que respondió la Corte que también eran posibles esas donaciones entre

desconocidos), estos mayores desarrollos no requerían ningún tipo de gasto público para su implementación, lo que le permitió a la Corte congraciarse con su Audiencia Deseada sin que eso implicara ir en contra de su Audiencia Inicial, la elite política.

“Además, aunque la existencia de una relación de parentesco, de matrimonio o de concubinato permite presumir que una persona, ante la carencia de salud e incluso el peligro de que su pariente, cónyuge o concubino pierda la vida, le done un órgano movida por ánimo altruista, de solidaridad o afecto, es un hecho notorio que no sólo en ese tipo de relaciones familiares se presenta el ánimo de solidaridad y desinterés, sino también entre quienes se profesan amistad y aun entre desconocidos. Por tanto, cualquier persona que se sujete a los estrictos controles técnicos que establece la Ley General de Salud y tenga compatibilidad aceptable con el receptor, sin que vea afectada su salud y motivada por su ánimo de altruismo y solidaridad, podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita.” (SCJN, Sala Plena. Tesis aislada número IX/2003)

El proceso de transición entre audiencias, que inició la Corte desde el año 2010, se manifestó también en la jurisprudencia sobre el Derecho a la Salud. Aunque más que una ampliación en sí misma, la Tesis Aislada de Jurisprudencia número XV/2011, de la Sala Plena, constituye un anuncio de lo que se debe esperar que sea su jurisprudencia en materia de salud: más propositiva y con intención de desarrollar el derecho:

“Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una

dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.” (SCJN, Sala Plena. Tesis aislada número XV/2011).

En ese mismo sentido de ampliación¹⁰¹, la Tesis Aislada número XVI/2011, de la Sala Plena de la Corte, valiéndose de citas de tratados internacionales, argumenta que el Derecho a la Salud debe tener unos mínimos consensuados que se deben garantizar y menciona además, que existe la “fuerte presunción” de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas frente al Derecho a la Salud. Aunque siguen siendo sentencias tímidas en lo que respecta a las ordenes de ampliación del derecho (no dan ordenes de alto impacto fiscal), son una buena muestra del proceso de transición entre audiencias y la incorporación de un discurso más apegado a los Derechos Humanos.

Además de esto, la Corte también estableció que los particulares también tienen obligaciones frente al Derecho a la Salud: *“Así las cosas, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución, no resulta compatible concebir que los hospitales privados y su personal médico son regidos únicamente bajo figuras de derecho privado, en especial cuando estos sujetos obran en aras a la protección de la salud de las personas.”* (SCJN, Amparo en revisión 117/2012, M.P. Arturo Zaldívar Lelo). Además, estableció que para el disfrute de los ciudadanos a un nivel de vida digno, es necesaria la garantía de otros derechos fundamentales como la alimentación, vestido, vivienda, educación, salud (Sentencia SCJN, Amparo directo en revisión 1200/2014, M.P. Arturo Zaldívar Lelo). Con esa última sentencia la Corte amplió el Derecho a la Salud en la medida que

¹⁰¹ Otro tipo de ampliación se presenta en la sentencia de Amparo directo de revisión 10/2012, M.P. Arturo Zaldívar Lelo, donde la carga de la prueba para demostrar la debida diligencia médica, en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado por prestación deficiente en el servicio de salud, recae en las instituciones de salud. Así que el beneficiario sólo debe argumentar que sufrió un perjuicio por la mala práctica en el servicio de salud y las instituciones médicas deberán demostrar lo contrario.

este puede ser exigido a través del vínculo que tiene con otros derechos, como a la vida digna.

Sin embargo, no fue hasta finales del año 2014 con el Amparo en Revisión número 378/2014, M.P. Alberto Pérez Dayán, que la Corte elaboró una decisión, en la que por primera vez da órdenes que implican gasto directo por parte del Estado. Aunque las ordenes siguen siendo abstractas, ya hay una primera decisión donde abiertamente pide el cumplimiento en la satisfacción de mínimos frente al Derecho a la Salud.

“El artículo [2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo [12](#) del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.” (SCJN, Amparo en revisión número 378/2014, M.P. Alberto Pérez Dayán)

Mantuvieron igual el derecho

Aunque existieron otras decisiones de la Corte en las que se protegió el Derecho a la Salud, no pueden hablarse propiamente de un mayor desarrolló del derecho, sino de la protección a un beneficio ya adquirido o “pago de lo debido”, donde la Corte sólo promovió el cumplimiento de lo que ya estaba establecido por el legislador, y en ese

sentido mantenía el *statu quo* y no contrariaba intereses de su Audiencia Inicial. Un ejemplo de esa postura fue la Tesis Aislada número XIX/2000

“Deriva de lo anterior, **que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud**, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.” (Negrillas fuera del original. SCJN, Sala Plena. Tesis aislada número XIX/2000)

Cómo se mostró en la primera parte de este capítulo, la Audiencia Inicial tuvo un cambio en las preferencias a partir del año 2000, mostrándose más cercanas a los Derechos Humanos. Como respuesta a ello, la Corte buscó mover su jurisprudencia para estar alineada a esas nuevas preferencias. El cambio de la Corte se puede observar a partir del año 2007, siendo el Amparo en revisión número 173/2008, M.P. José Ramón Cossío¹⁰², un buen ejemplo de la forma como lo hizo. Un aspecto a resaltar es el nuevo vocabulario que usó y la frecuentes referencias a Tratados Internacionales de Derechos Humanos en las sentencias. Aunque en esta decisión solo se enuncian las obligaciones a las que ya se había comprometido México (por suscribir esos tratados), se puede observar la intención de la Corte por agradar a la mayoría ciudadana. Se transcribe en extenso la tesis aislada, para mostrar las múltiples declaraciones que hace el tribunal fundadas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

¹⁰² En igual sentido está el Amparo directo en revisión 2044/2008, M.P. José Manuel Cossío; La tesis aislada número LXVIII/2009 de la Sala Plena.

“Este Alto Tribunal ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado precepto constitucional tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano. Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.” (Amparo de revisión, número 173/2008, M.P. José Ramón Cossío).

Limitaron el Derecho:

La Tesis Aislada número XVIII/2011 del Pleno de la Corte, si bien no restringió el derecho a la Salud en si mismo, si limitó los efectos del Amparo. Aunque para esa fecha la Corte ya estaba en un proceso de transición entre audiencias, por lo que buscaba congraciarse cada vez más con la mayoría ciudadana, esta decisión sigue estando bajo la inercia de alineamiento a la Audiencia Inicial.

“La justiciabilidad del derecho a la salud no tiene manifestaciones idénticas cuando su violación se denuncia por los ciudadanos en vía de amparo y cuando se reclama por otras vías como por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad. Para determinar qué tipo de pretensiones pueden estudiarse en vía de amparo hay que constatar no sólo que se invoque la violación de un derecho fundamental que incorpora pretensiones jurídicas subjetivas, sino también que la invasión al derecho que se denuncia represente un tipo de vulneración remediable por dicha vía. Lo anterior es así, porque el juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad de actos y normas con efectos únicamente para el caso concreto, como lo establecen los artículos [103, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#) y [76 de la Ley de Amparo](#); sin embargo, ello no permite descartar que, en ciertas ocasiones, dar efectividad al amparo implique adoptar medidas que colateral y fácticamente tengan efectos para más personas que las que actuaron como partes en el caso concreto. Pero este tipo de efectos, que podrían denominarse ultra partes, deben ser colaterales y estar unidos por una relación de conexidad fáctica o funcional con los efectos inter partes, es decir, no pueden ser efectos central o preliminarmente colectivos. Ello es así, porque la Constitución General de la República reserva la posibilidad de impugnar las normas de manera que puedan ser declaradas inválidas con efectos erga omnes a una serie acotada de órganos legitimados, por la vía de las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.” (SCJN, Sala Plena. Tesis aislada número XVIII/2011).

4.4.2 Jurisprudencia en Minorías Sexuales

La búsqueda de Sentencias sobre Minorías Sexuales se hizo a través de la página del Semanario Judicial de la Federación¹⁰³, en el periodo comprendido entre 1994 a 2014,

¹⁰³ Página web del Semanario Judicial de la Federación:
[http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(ZuYka3z5xroKeYo_RAxY35XiK-nr8l0QMELFGjhmD2sjNhMoYz5KkJHo_NIWPdKCNr9EI7DET7adqJ8mmw_OJHjFBLpX](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(ZuYka3z5xroKeYo_RAxY35XiK-nr8l0QMELFGjhmD2sjNhMoYz5KkJHo_NIWPdKCNr9EI7DET7adqJ8mmw_OJHjFBLpX)

y permitió recopilar 7 Sentencias¹⁰⁴. Las Sentencias desarrollaron particularmente 3 ámbitos: i) Identidad y libre desarrollo de la personalidad; ii) Familiar, iii) Laboral y iv) Libertad de Expresión. La característica relevante de esa Jurisprudencia fue la marcada tendencia de protección y ampliación de esos derechos, donde ninguna Sentencia los restringió o desconoció, como se muestra en la Tabla 11.

Tabla 11. Desarrollo Jurisprudencial de la SCJN frente a los Derechos de Minorías Sexuales. 1994-2014.

Sentido de la decisión frente a los Derechos de Minorías Sexuales		
Restringe	Mantiene el statu quo	Amplía
		Amparo directo 6/2008. Permite la modificación en el registro de nacimiento para el cambio de sexo en personas transexuales, y garantiza la reserva de ese cambio para preservar la intimidad.
		Acción de Inconstitucionalidad 2 de 2010. Declara Constitucional la Reforma al Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal y ordena su validez en todo el país, además de otorgar el Derecho a esos matrimonios a la Adopción.
		Amparo en revisión 457/2012. Establece que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, que fija como finalidad del matrimonio la de “perpetuar la especie”, es contrario a la Constitución porque atenta contra la autodeterminación de las personas, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sean éstas parejas homosexuales o heterosexuales.
		Amparo en revisión 581/2012 Establece que un régimen “diferenciado” o “alternativo” al matrimonio para las parejas

3SlROXpU4oqlwChKlm_-2-yg57P2xnOWz3UzTkJRDa80PDhUtTpy-0A91i9Jzfpq_ThLoqA7ZCr8iNE1))/Paginas/tesis.aspx

¹⁰⁴ Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre minorías sexuales entre 1994 y 2014: Amparo directo 6/2008 del 6 de Enero de 2009; Acción de Inconstitucionalidad 02 de 2010; Amparo en Revisión 457/2012 del 5 de diciembre del 2012; Amparo de Revisión 581/2012, del 5 de diciembre de 2012; Amparo directo en Revisión 2806/2012 del 6 de marzo de 2013 ;Amparo en Revisión 152/2013 del 23 de abril de 2014; Amparo en Revisión del 263/2014 del 24 de septiembre de 2014.

		homosexuales, fijado por el legislador, es contrario a la Constitución, pues la figura jurídica debe ser la misma: el matrimonio.
		Amparo directo en revisión 2806/2012. Las expresiones homófobas, ya sea con términos hostiles o a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discurso del odio y puede constituirse en un elemento válido para criticar la pericia profesional de un determinado grupo de personas, pues tal opción personal representa un aspecto irrelevante para la realización de las labores profesionales.
		Amparo en revisión 152/2013 Vincular la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales .
		Amparo en revisión 263/2014. Los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a los concubinos heterosexuales deben reconocerse a las parejas homosexuales.

Fuente: Elaboración propia con sentencias de la SCJN recolectadas del Semanario Judicial de la Federación

i) Identidad y libre desarrollo de la personalidad: La primera decisión de la Corte sobre Minorías Sexuales Discriminadas se presentó en el 2008 con el Amparo Directo 6, M.P. Sergio A. Valls Hernández, y contó con el voto unánime del pleno de la Corte. En esa primera decisión la SCJN dejó clara su postura frente a los Derechos de ese grupo minoritario: debe ser de reconocimiento, Tutela y garantía de sus Derechos Humanos:

“Ante una realidad como la reseñada, tratándose de las personas transexuales que, por su condición, son objeto de rechazo y discriminación, el legislador debe implementar los mecanismos necesarios para el reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos fundamentales, para lo cual es de suma relevancia que puedan adecuar su sexo psicológico al legal, lo que solo se logra a través de la rectificación registral del nombre y el sexo. De lo contrario, se negaría su Derecho a la identidad personal y, de ahí, a su libre desarrollo, a partir de los cuales se afirman frente a sí mismos y frente a los demás, aunado a la vulneración de su Derecho a la intimidad y a la vida privada”. (Amparo directo 6/2008. M.P. Sergio A. Valls Hernández).

Esa primera postura de reconocimiento y protección al grupo, estuvo alineada a las preferencias de la Audiencia Deseada, que cada vez ofrecía menos rechazo frente a las minorías sexuales, y marcó la tendencia que sería seguida por las demás Sentencias en ese tema.

ii) Ámbito Familiar: Este ámbito fue el más desarrollado por la SCJN y puede ser considerado como punto de partida para el Proceso de Transición entre sus Audiencias, con un claro distanciamiento frente a la élite política y un acercamiento a la mayoría ciudadana a través de una Jurisprudencia que cada vez se mostraba más protectora de los Derechos Humanos. La Acción de Inconstitucionalidad 02/2010, M.P. Sergio A. Valls Hernández, marcó el sentido jurisprudencial de validar y proteger el matrimonio entre personas del mismo sexo que fue seguido y reforzado por las posteriores decisiones (Las Sentencias que siguen el mismo argumento son: Amparo en Revisión 152/13, M.P. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena; Amparo en Revisión 581/13, M.P. Arturo Zaldívar Lelo).

“(…) la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo, por lo que tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre con las heterosexuales, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no. En tal sentido, en respeto a la dignidad humana resulta exigible el reconocimiento por parte del Estado no solo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos o matrimonio), razón por la cual, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, lejos de contravenir los postulados fundamentales los refuerza, al igualar las uniones de las parejas, sean heterosexuales u homosexuales.” (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 02 de 2010, M.P. Sergio A. Valls Hernández).

Además de esto, otorgó el Derecho a que las familias monoparentales tengan el Derecho de Adopción:

“La protección al interés superior de los niños y las niñas consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un principio que exige su cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales y si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. constitucional que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o. constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del Derecho a una familia, deben protegerse.” (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 02 de 2010, M.P. Sergio A. Valls Hernández)

La postura de la Corte en esa sentencia fue más allá de solo validar el matrimonio entre personas del mismo sexo y otorgarles el Derecho de adopción, pues estableció que aunque existan figuras legales tales como “sociedades de convivencia” o “pactos de solidaridad” con las que se pueden reconocer las uniones de hecho de las personas del mismo sexo, este hecho no impide a las parejas homosexuales para acceder a la institución del matrimonio:

Así, la existencia previa de una figura legal distinta a la institución del matrimonio, no impide que se permita el acceso a este último, ya que no existe limitación constitucional alguna para que el legislador ordinario amplíe el concepto de matrimonio para comprender las relaciones heterosexuales y las homosexuales que, por igual, pueden resultar estables y permanentes. (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 02 de 2010, M.P. Sergio A. Valls Hernández).

Ambos argumentos que usó la Corte en esa primera Sentencia sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, fueron reforzados con la Sentencia de Amparo de Revisión 581/2012, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, que analizó el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. En esa decisión se estableció que:

“El matrimonio comporta el Derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el Derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, debido a que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca impide a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial, esta exclusión se traduce en una doble discriminación, pues no solo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos, sino también de los materiales, exclusión que también afecta a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de las parejas heterosexuales.” (SCJN. Amparo de Revisión 581/2012, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea).

Igualmente fijó que esa discriminación no se subsana con la creación de instituciones “similares” al matrimonio para que las parejas homosexuales puedan amparar sus uniones, sino que deben tener el Derecho de inscribirse en la misma institución del matrimonio como las parejas heterosexuales:

“Si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el hecho de que el legislador contemple un “régimen jurídico diferenciado” o un “modelo alternativo” a dicha institución al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse es discriminatorio, sin importar que ambos contemplen los mismos derechos y que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se le da. Ello es así, toda vez que la exclusión de las parejas homosexuales del acceso al matrimonio que el legislador intenta remediar con modelos alternativos implica la creación de un régimen de “separados pero iguales” que perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, lo que ofende su dignidad como personas.” (SCJN. Amparo de Revisión 581/2012, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea).

Sobre el mismo artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, la Corte a través del Amparo en Revisión 457/2012, M.P. José Ramón Cossío Díaz, profundizó más su

intervención al decidir que no era ajustado a la Constitución el establecer como una de las finalidades del matrimonio la de “perpetuar la especie”, tal como lo tenía establecido esa disposición del Código Civil. (Ese argumento es replicado en las siguientes decisiones: Amparo de Revisión 581/12, M.P. XXXX ; Amparo en Revisión 152/13, M.P. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena).

“El precepto legal citado define la institución del matrimonio a partir de cuatro elementos: a) es un contrato civil; b) celebrado entre un solo hombre y una sola mujer; c) que se unen para perpetuar la especie; y, d) dentro de sus objetivos también está la ayuda mutua que debe proporcionarse la pareja en la vida. Ahora bien, en relación con el tercero de esos componentes, si bien es cierto que históricamente la procreación ha tenido, en determinado momento, un papel importante para la definición del matrimonio y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas, también **lo es que en virtud de la dinámica jurídica, los cambios sociales y culturales**, así como la existencia de diversas reformas legales, se ha puesto en evidencia la separación del binomio matrimonio-procreación, pues la decisión de todo individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común deriva de la autodeterminación y del Derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada persona para la conformación de una familia, sin que tal decisión implique necesariamente el acuerdo de tener hijos en común. (...) por otra parte, implícitamente genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo (so pretexto de la imposibilidad biológica de cumplir con el propósito de procreación); de ahí que si se considera que la función reproductiva “potencial” del matrimonio civil y, por ende, la formación de una “familia con hijos”, no es la finalidad del matrimonio, debe declararse que dicha porción normativa es contraria a los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” (Negrillas fuera del original. SCJN, Amparo en Revisión 457/2012, M.P. José Ramón Cossío Díaz).

La anterior Sentencia deja entrever una de las razones que motivaron la postura jurisprudencial de protección a las minorías sexuales: la intención de la Corte por ajustarse a los cambios sociales, que no es otra cosa que alinear su jurisprudencia a las preferencias de la mayoría ciudadana, que cada vez eran más tolerantes, con el

objetivo de ganar su respaldo y obtener de ella su legitimidad. Esa misma postura¹⁰⁵ se puede observar en la declaración del Ministro de la Corte, Genaro Góngora Pimentel, al cerrar la sesión del 22 de enero de 2001 en la que la SCJN falló como Constitucional la Despenalización del Aborto en el Distrito Federal:

“Si la Suprema Corte de Justicia ha aprobado el aborto es por reflejo de la pluralidad de una nación como la nuestra, que igualmente se expresa en la conformación de los plenos, como es en este caso, México. La Suprema Corte de Justicia es un espejo de la diversidad de pensamientos y la votación que estamos presenciando demuestra exactamente esta diversidad de visiones.” (Genaro Góngora Pimentel, citado en Cruz, 2009: 3)

iii) Ámbito Laboral y libertad de expresión: Los desarrollos de la Corte también abarcaron el ámbito laboral y de libertad de expresión. A través de la Sentencia de Amparo Directo en Revisión 2806/12, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, la Corte estableció límites a la actuación de los demás ciudadanos al prohibir expresiones homofóbicas y establecer que la preferencia sexual no era un elemento válido para realizar una crítica a la pericia profesional de un grupo de personas.

La Corte estableció que la libertad de expresión de los ciudadanos debía limitarse en aquellos casos en los cuales se usen calificativos o valoraciones críticas frente a la condición de homosexualidad de una persona y su conducta sexual:

“Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio”.

¹⁰⁵ Como bien lo muestra el trabajo de Cruz (2009: 3), esa posición no era compartida por todos los jueces de la SCJN, donde algunos negaban la influencia de la opinión pública en las decisiones de la Corte.

(SCJN, Amparo Directo en Revisión 2806/12, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea).

En esa misma Sentencia la Corte estableció que las preferencias sexuales no podían ser un criterio válido para realizar críticas sobre el desempeño laboral de las personas, por ser un aspecto irrelevante en el plano profesional y representar un tipo de discriminación.

“En efecto, la pericia con la cual una persona despliega una labor determinada, bajo ningún supuesto puede ser cuestionada en razón de categorías personales que no tienen vínculo alguno con las tareas llevadas a cabo, máxime cuando la preferencia sexual se trata de un aspecto en torno al cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda cualquier tipo de discriminación. Admitir la postura contraria implicaría vincular la preferencia sexual a la falta de pericia profesional, generándose así una clara referencia a las personas **homosexuales** como integrantes de un plano de inferioridad, no solo personal, sino incluso profesional”. (SCJN, Amparo Directo en Revisión 2806/12, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea).

4.5 Conclusión: Comportamiento de la Corte y las preferencias de su Audiencia Inicial y Deseada

La SCJN tuvo un complejo desarrollo jurisprudencial para decidir frente al Derecho a la Salud y los Derechos de las Minorías Sexuales, debido a las dos Audiencias con las que debió interactuar: la élite política, como su Audiencia Inicial, y la mayoría ciudadana, como Audiencia Deseada. Este proceso puede dividirse en dos periodos: i) el primero, guiado por los intereses de la élite política y ii) el segundo caracterizado por la transición a la Audiencia Deseada.

El primer periodo, que va de 1994 hasta aproximadamente el año 2007, se caracteriza por una Jurisprudencia alineada a los intereses de la élite política. Como se mostró, las preferencias iniciales de esta audiencia buscaban en la Corte un árbitro político más que un Tribunal para garantizar derechos. Atendiendo a esos intereses, la Corte desarrolló una Jurisprudencia centrada en gran medida en resolver conflictos políticos con detrimento en su rol de protección de derechos. A partir del año 2000,

con una reconfiguración de la élite política que se inició en 1997 y se perfeccionó con el relevo del partido gobernante, las preferencias de la élite política cambiaron para buscar una mayor penetración y protección de los Derechos Humanos en el país. En atención a esas nuevas preferencias de su audiencia, la Corte, en un lento proceso de cambio jurisprudencial, debido a la inercia que toda su jurisprudencia en la que fungió como árbitro político le imprimía, logra mover el sentido de sus decisiones solo a partir del año 2007, donde logró alinearse nuevamente a la élite política a través de sentencias que resaltaban la protección a los Derechos Humanos.

El segundo periodo refleja el Proceso de Transición de la Corte entre sus dos audiencias: la Inicial, conformada por la élite política, y la Deseada, conformada por la mayoría ciudadana. El inicio de este proceso se puede rastrear con la Sentencia de Inconstitucionalidad 02/2010 que aprobó el matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo. Esa decisión representa una señal que muestra el inicio de un nuevo periodo jurisprudencial en el que la Corte empieza a alejarse de las preferencias de la élite política, que se oponía abiertamente a esos Derechos de las Minorías Sexuales, y a acercarse a las preferencias de la mayoría ciudadana que era cada vez más tolerante frente a estos grupos. Ese Proceso de Transición se ve reforzado aún más por las Reformas Constitucionales del 2011 que tienden a facilitar la interacción entre la Corte y la ciudadanía. La transición no ha sido automática, sino que es un proceso gradual debido a la inercia de todas las decisiones previas y a lo difícil que resulta para la Corte desprenderse totalmente de un apoyo que ha recibido por tantos años de la élite política, y en ese sentido sigue alineando su jurisprudencia en el Derecho a la Salud a los intereses de ese grupo, , aunque como se mostró en el análisis de las sentencias en ese derecho, a partir del año 2014 se empieza a notar un distanciamiento de su audiencia inicial frente al derecho a la Salud.

5. Conclusiones

La propuesta teórica para entender el comportamiento judicial a través de las audiencias judiciales, junto con el argumento causal del *path dependence*, ofrecen una explicación que resultó muy ajustada a los hallazgos empíricos en los casos de Colombia y México. La hipótesis consistía en que si un derecho es cercano a la Audiencia Inicial, se esperaba que la Corte le diera mayor protección que si no lo estuviera. También se esperaba que a largo plazo las Cortes se encontraran más alineadas a la audiencia deseada que a la audiencia inicial. Además de esto, el mecanismo causal que se propuso implicaba que las Cortes, a parte de estar determinadas por sus decisiones previas, tendrían altos costos para cambiar o revertir los caminos ya tomados, por lo que no se esperaba encontrar cambios repentinos en las trayectorias de su jurisprudencia, sino que por el contrario, que los cambios lentos y progresivos. En general, es posible afirmar en las Cortes de México y Colombia, que las audiencias funcionan como una fuerza gravitatoria, como un imán que influye en la dirección y sentido de la jurisprudencia, y pese a que estos efectos pueden tomar tiempo en observarse (como lo explica el *path dependence*), es posible saber el sentido que tendrán.

Tanto en México como Colombia, el papel de las coyunturas críticas resultó esclarecedor para comprender escenario en que se desenvolverían las Cortes. En Colombia, la coyuntura crítica de 1991 planteó un claro panorama: todas las señales, tanto institucionales como políticas y sociales, le indicaron a la Corte que su Audiencia Inicial estaba conformada por la mayoría ciudadana. Ese conocimiento le permitió desde el inicio, elaborar una jurisprudencia alineada a esa audiencia y recibir a cambio el apoyo de la mayoría ciudadana. Este proceso de reforzamiento de las relaciones entre la Corte y su audiencia (sentencias favorable-apoyo ciudadano-sentencia favorable-apoyo ciudadano), también llamado de *rendimientos crecientes*, permite explicar el por qué la Corte no desistía de las líneas jurisprudenciales que le

originaban constantes críticas y ataques por parte de otros actores políticos poderosos, especialmente del Ejecutivo: una vez la Corte había adoptado un camino jurisprudencial, la inercia y los mecanismos de reforzamiento hacían que fuera cada vez más costoso abandonar o cambiar esa vía, más aún si con ello lograba mantener y aumentar el apoyo ciudadano, pese a los ataques de otros actores a los que se exponía por esas decisiones.

Una vez la Corte Constitucional colombiana decidió alinearse a la mayoría ciudadana, las diferencias en el nivel de desarrollo que daría en su jurisprudencia a los distintos derechos eran de esperarse. Frente al Derecho a la Salud, la mayoría ciudadana tuvo un interés constante en su mayor protección y desarrollo. Esto hizo que la Corte desarrollara una jurisprudencia que amplió el derecho con el objetivo de ganar el apoyo de su audiencia, generándose una fuerte retroalimentación positiva (*positive feedback*) entre ellas y una inercia jurisprudencial tan grande que le impidió cambiar el curso incluso frente a las amenazas de otros actores políticos, (e.g. propuestas de reformas constitucionales para disminuir las facultades de la Corte frente a la Acción de Tutela, con las que se buscaron acabar con decisiones judiciales de alto impactos fiscal). Por otra parte, las preferencias de esa audiencia frente a los derechos de las Minorías Sexuales tuvieron cambios a lo largo de todo el periodo: entre el año 1991 y el 2004 tuvieron un fuerte rechazo, que fue correspondido por una jurisprudencia que limitó y bloqueó gran parte de los derechos de esas minorías. A partir del año 2005, la mayoría ciudadana mostró una menor oposición a las minorías sexuales, generando que la Corte iniciara un proceso de ajuste jurisprudencial en la que se empezaron a ampliar estos derechos (el proceso de ajuste tomó más de dos años entre el cambio de preferencias de la audiencia y la primera decisión de la Corte que dio inicio a un proceso de apertura jurídica de esos derechos). El objetivo de ese cambio era el de seguir manteniendo alineada su jurisprudencia a la mayoría ciudadana. La diferencia temporal entre el cambio de preferencias de la audiencia y el correspondiente ajuste jurisprudencial de la Corte, se explica por la dinámica misma del *path dependence*,

donde el peso de jurisprudencia pasada genera restricciones en la Corte para realizar cambios argumentales abruptos en sus sentencias.

En México, la coyuntura crítica de 1994 planteó un panorama distinto para la Corte: múltiples factores, especialmente políticos e institucionales, hicieron que su audiencia inicial estuviera conformada por la élite política. A diferencia del caso colombiano, la Corte mexicana no tuvo coincidencia entre audiencias, por lo que debió desenvolverse entre la audiencia inicial, conformada por la élite política, y la audiencia deseada, conformada por la mayoría ciudadana. El comportamiento que desarrolló fue complejo: inicialmente, decidió elaborar una jurisprudencia alineada a la audiencia inicial y desarrollar, de forma paralela, una estrategia de comunicación pública encaminada a ganar el respaldo ciudadano¹⁰⁶. Sólo al final del periodo analizado (a partir del año 2010), se pudo observar el inicio de un proceso de transición entre audiencias por parte de la Corte: dejar su audiencia inicial para estar alineada a la deseada.

La élite política nacional no estuvo conformada siempre por los mismos actores siempre. Los cambios en su composición influyeron directamente en la jurisprudencia de la Corte. Cómo se mostró en el capítulo 4, la élite política nacional tuvo dos cambios importantes en su composición: integrada primero por el PRI desde 1994 y a partir del año 2000 la conformó el PAN. En ese primer periodo, que va de año 1994 al 2000, la jurisprudencia dio en general poco desarrollo a los derechos. Para ese entonces, tanto los intereses de la audiencia inicial como los demás mecanismos de reforzamiento, llevaron a que la Corte funcionara como un árbitro político, más que como un tribunal de protección de derechos, sin embargo, ese comportamiento le aseguró contar con el apoyo de su Audiencia Inicial. Con el cambio en la composición de la élite política nacional, en el año 2000, también cambiaron las preferencias de la Audiencia Inicial, que ahora se mostraba abierta y dispuesta a dar un mayor

¹⁰⁶ Sin embargo, esta tesis se enfocó principalmente en la estrategia jurídica. Para conocer más sobre la estrategia de comunicación que usó la Corte, ver Staton, 2010.

desarrollo a los Derechos Humanos. Frente a esos nuevos intereses, la Corte debió ajustar su jurisprudencia, para seguir alineada a su audiencia inicial. Sin embargo, este proceso de “actualización jurisprudencial” fue tardado, debido a los fuertes mecanismos de reforzamiento (e.g. acceso restringido a la jurisdicción constitucional que impide el fácil acceso de peticiones con estas nuevas necesidades, requisitos de votación con mayorías calificadas para sentar nuevas tesis de jurisprudencia, además de toda la inercia jurisprudencial previa), por lo que sólo en el año 2007 se empiezan a observar sentencias ajustadas a las preferencias de esta nueva élite política.

Sin embargo, el desarrollo de los derechos que dio esta “nueva jurisprudencia”, no fue igual para todos, en específico, dio un mayor desarrollo a los Derechos de las Minorías Sexuales y muy poco al Derecho a la Salud. La causa de este fenómeno fue nuevamente su Audiencia Inicial: la élite política había iniciado un proceso de ajuste económico, que se evidenció con la disminución del gasto y recortes al presupuesto (ver Grafica 4), por lo que no eran bien recibidas las decisiones judiciales que implicaran una alta inversión fiscal para su desarrollo; la Corte, para mantenerse alineada a las preferencias de su audiencia, decidió no ampliar el Derecho a la Salud por sus altos costos. Por otro lado, a partir del año 2007 la Corte dio amplio desarrollo a los Derechos de las Minorías Sexuales: este derecho tenía la particularidad de generarle gran visibilidad a la Corte y de no tener un rechazo mayoritario de la población, como si ocurrió en Colombia, además de causarle muy poco perjuicio a la Audiencia Deseada con su desarrollo.

Finalmente, la SCJN decidió iniciar un proceso de transición que la alejaba paulatinamente de su Audiencia Inicial para alinearse a la Audiencia Deseada. Este proceso se observa a partir del año 2010 en las sentencias de minorías sexuales y en el año 2014 en las sentencias en Salud. El lento proceso de ajuste jurisprudencial y el largo tiempo que le tomó a la Corte iniciar el proceso de transición de audiencias, pese a tener un escenario político favorable para hacerlo, se debió fundamentalmente a los robustos mecanismos institucionales de reforzamiento, que le dificultaron salirse

fácilmente de una alineación con su Audiencia Inicial. Sin lugar a dudas, jugaron un papel muy importante las recientes Reformas Constitucionales en materia de Amparo que lograron debilitar estos mecanismos y le permitieron a la Corte continuar más fácilmente con su proceso de transición.

En términos generales, el modelo de comportamiento judicial a partir de audiencias judiciales, con una lógica causal de *path dependence*, constituye una aproximación útil para entender la forma en que se comportan las Cortes en contextos de debilidad institucional, específicamente, para entender el tratamiento diferenciado que pueden tener las Cortes en la protección de derechos. Sin embargo, sería útil en futuras investigaciones, poder observar la influencia que tienen otras “audiencias específicas”, (e.g. los grupos encargados de hacer litigio estratégico), pues sería difícil para las Cortes sostener por mucho tiempo una postura de bloqueo y restricción a determinados derechos, cuando hay peticiones judiciales bien elaboradas acompañadas de una fuerte campaña de visibilización pública, donde le pidan el desarrollo de determinados derechos.

6. Bibliografía

Albarracín, M. (2011). "Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia". SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 8, No. 14.

Ansolabehere, K. (2010). "More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico." En Hunneus, A; Couso, J; Sieder, R. "Cultures of legality. Political activism and judicialization in Latin America". Cambridge: Cambridge University Press.

----- (2009) "More power...more rights? Mexico and Colombia. A Comparative Analysis of the Judicial Treatment of Abortion.» México: FLACSO, 2009. 26.

----- (2007) "La política desde la justicia. Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México". Ciudad de México: Fontamara-Flacso

Arrieta, A. (2002). "Comentarios a la Creación de Jurisprudencia Constitucional. El caso del Acceso a los Servicios de Salud". Bogotá: manuscrito.

Arango, R. (2007). "El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional". En Cepeda, M. Montealegre, E. (Directores) y Estrada, A. (coord.) "Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ayala, J. (2014). "La Salud en Colombia. Más Cobertura pero Menos Acceso". Documento de Trabajo sobre Economía Regional, No. 2004. Banco de la República de Colombia.

Azuero, A. (2009). "Sentencia C-075/07. Corte Constitucional". En Azuero, A. y Albarracín, M. "Activismo social y derechos de los LGTB en Colombia". Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Bartels, B. y Mutz, D. (2009). "Explaining Processes of Institutional Opinion Leadership". The Journal of Politics, Vol. 74. No. 1.

Baum, L. (2006). "Judges and Their Audiences". Princeton: Princeton University Press

Beach, D.; Brun, R. (2013). "Process-Tracing Methods. Foundations and Guidelines". Estados Unidos de America: The University of Michigan Press.

Bennett, A.; Elman, C. (2006). "Complex Causal Relations and Case Study Methods: The Example of Path Dependence". Political Analysis, Vol. 14

Brady, H.; Collier, D. (2010). "Rethinking Social Inquiry. Diverse Tools, Shared Standards". Reino Unido: Rowman & Littlefield Publishers.

Capoccia, G; Kelemen, D. (2007). "The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism". *World Politics*, Vol. 59, No. 3

Ceballos, P.; Ríos, J. y Ordoñez, R. (2012). "El reconocimiento a las parejas del mismo sexo: El camino hacia un concepto de familia pluralista". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14, No. 2.

Cepeda, J. (2001) "Derecho Constitucional Jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional", Bogotá: Legis

----- (1998). "La Corte Constitucional, un balance estadístico positivo". En Cepeda, J.; Jaramillo, I; Rodríguez, C, Ed., "Observatorio de la Justicia Constitucional: Balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional, el año de la consolidación". Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

Chavez, R. (2004). "Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina". Stanford: Stanford University Press.

Clark, T. (2009). "The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy". *American Journal of Political Science*, Vol. 53, No. 4

Couso, J.; Hilbink, L. (2010). "Del quietismo al activismo incipiente: Las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile", en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., "Tribunales Constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación

Crowe, J. (2012). "Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development". Princeton: Princeton University Press

Cruz, J. (2009). "La relación entre las decisiones de la Suprema Corte de Justicia y la opinión pública en México: el caso de las discusiones sobre la despenalización del aborto, 2000-2009". Tesina. Director de la tesina: Julio Rios-Figueroa. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas

Defensoría del Pueblo (2013). "La tutela y los derechos a la salud y la seguridad social 2013". Bogotá, Imprenta Nacional.

Dueñas, O. (2012). "Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión". Bogotá: Universidad del Rosario.

Duque, J. (2012). "El Presidente y las Cortes. Las Altas Cortes en Colombia y sus Relaciones con el Poder Ejecutivo". Cali: Programa Editorial de la Universidad del Valle.

Easton, D. (1976). "Theoretical Approaches to Political Support". Canadian Journal of Political Science, Vol. 9, No. 3.

----- (1965). "A Sistem Analysis of Political Life". Nueva York: John Wiley.

----- (1957). "An Approach to the Analysis of Political Systems". World Politics, Vol. 9, No. 3.

Epp, C. (1998). "The Rights Revolution. Lawers, Activist and Supreme Courts in comparative perspective". Chicago: University of Chicago Press.

Epstein, L. y Knight, J. (1997). "The Choices Justices Make", Washington: CQ Press.

----- (2000). "Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead", Political Research Quarterly, No. 53 (3)

----- (2013) "Reconsidering Judicial Preferences", Annual Review of Political Science, No. 16 p.p 11-31

Epstein, L.; Knight, J. y Shvetsova, O. (2001). "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", Law & Society Review, Vol. 35, No. 1

Epstein, L; Martin, A. (2012). "Does Public Opinion Influence The Supreme Court? Possibly Yes (But We're Not Sure Why)". Whashington University in St. Louis. Legal Studies Research Paper Series. Paper no. 12-05-31

Finkel, J. (2008) "Judicial reform as political insurance: Argentina, Peru and Mexico." Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

----- (2005) "Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s", Latin American Politics and Society, Vol. 47, No. 1

Fletcher, Joseph y Howe, P. (2001) "Public Opinion and Canada's Courts," en Paul Howe and Peter H. Russell, eds., Judicial Power and Canadian Democracy. Montreal: McGill University Press, pp. 255-296

Friedman, B. (2009). "The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution". New York: Farrar, Straus y Giroux.

Gallup (2014). (<http://lasillavacia.com/archivos/historias/encuestas/gallup.pdf>) (consultado el 2 de julio de 2015)

García-Villegas, M. y Uprimny, R. (2002). “La Reforma a la Tutela: ¿Ajuste o Desmonte”? Revista Derecho Público, Universidad de los Andes. No. 15

Gargarella, R. y Bergallo, P. (2011). “Presentación”. En Holmes, S. y Sustain, C. “El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos”. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Garupa, N. y Ginsburg, T. (2011) “Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences” 28 Arizona Journal of International and Comparative Law 539.

----- (2009) “Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law”. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47

Grupo de Economía de la Salud –GES-. (2011) “Evolución de la Seguridad Social en Salud en Colombia: avances, limitaciones y retos”. Observatorio de la Seguridad Social, Universidad de Antioquia, No. 23.

Giles, M.; Blackstone, B. y Vining, R. (2008) “The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making”. The Journal of Politics, Vol. 70, No. 2.

Gibson, James; Caldeira G. y Baird V. (1998) “On the Legitimacy of National High Courts,” American Political Science Review, vol. 92, no. 2, pp. 343– 358

Ginsburg, T. (2003). Judicial Review in New Democracies. New York: Cambridge University Press.

Ginsburg, T. y Moustafa, T. (2008). “Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes”. New York: Cambridge University Press

Glauser, S. (2007). “Tutela de Derechos Enunciados en Otros Capítulos”. En Cepeda, M. Montealegre, E. (Directores) y Estrada, A. (coord.) “Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Grosskopf, Anke. (2000). “A Supranational Case Comparing Sources of Support for Constitutional Courts” (Ph.D. diss., University of Pittsburgh, 2000).

Hall, P. y Taylor, R. (1996). "Political Science and the Three New Institutionalisms". Documento de Trabajo, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.

Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. (1994 -1780-). "El Federalista". México: Fondo de Cultura Económica.

Helmke, G. (2010). "The Origins of Institutional Crises in Latin America", *American Journal of Political Science*, Vol. 54, No. 3.

----- (2003), "La lógica de la defección estratégica: las relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en Argentina en los periodos de la dictadura y democracia." *Desarrollo Económico. Revista de ciencias sociales.* Número 170, Vol. 43

Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., (2010). Introducción. "Tribunales Constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación

Helmke, G. y Staton, J. (2010). "El rompecabezas de la política judicial en América Latina: Una teoría sobre el litigio, las decisiones judiciales y los conflictos entre poderes" en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., (2010). "Tribunales Constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hilbink, L. (2012). "The Origins of Positive Judicial Independence" en *World Politics* vol. 64, no. 4

----- (2007). "Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile". New York: Cambridge University Press.

Holmes, S. y Sustain, C. (2011). "El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos". Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Hunneus, A; Couso, J. y Sieder, R. (2010). "Cultures of legality. Political activism and judicialization in Latin America". Cambridge: Cambridge University Press.

Iaryczower, M.; Spiller, P. y Tommasi, M. (2002). "Judicial Independence in Unstable Environments". *American Journal of Political Science*, Vol. 46, No. 4

Inclán, S. (2009). "Judicial Reform in Mexico: Political Insurance or the Search for Political Legitimacy?" *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 4

----- (2004). "Judicial Reform and Democratization: Mexico in the 1990s". Tesis Doctoral, Director: David Scott Palmer. Boston University

Kapiszewski, D. (2011). "Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases". *Law & Society Review*, Volume 45, Number 2

----- (2010). “Árbitro de conflictos, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición” en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., (2010). “Tribunales Constitucionales en América Latina”. México, Corte Suprema de Justicia de la Nación

Lax, Jeffrey R. (2011). “The New Judicial Politics of Legal Doctrine”, *The Annual Review of Political Science*, No. 14, pp. 131–57

Lemaitre, J. (2009). “El Amor en Tiempos de Cólera: Derechos LGBT en Colombia”. *Revista Sur*, Vol. 6. No. 11.

Levi, M. (1997). “A Model, a Method, and a Map: Rational Choice in comparative and Historical Analysis” en Lichbach, M. y Zuckerman, A. Eds. “Comparative Politics: rationality, Culture, And Structure”. Cambridge: Cambridge University Press.

Linares, S. (2008). “La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes”. Barcelona: Marcial Pons.

López Medina, D. (2012). “El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial”. Bogotá: Legis.

Madrazo, A. y Vela, E. (2011). “The Mexican Supreme Court’s (Sexual) Revolution?”. *Texas Law Review*, Vol. 89.

Magaloni, A. (2007). “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de los Derechos Fundamentales?”. Documento de Trabajo, Centro de Investigación y Docencia Económica –CIDE-. México, D.F.

Magaloni, A. y Sánchez, B. (2001). “Empowering Courts as Constitutional Veto Players: Presidential Delegation and the New Mexican Supreme Court”. Presentado en la Asociación Americana de Ciencia Política, San Francisco.

Magaloni, B. y Zaldívar, A. (2006). “El Ciudadano Olvidado”. *Revista Nexos*, núm. 342. México.

Maveety, N. (2003). “The pioneers of judicial behavior”. Ann Arbor: University of Michigan Press

McGuire, K. y Stimson, J. (2004). “The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences”. *The Journal of Politics*, Vol. 66, No. 4

Moreno, L. (2010). "El control de constitucionalidad en Colombia". *Civilizar* 10 (19): 75-92.

Mondak, J. y Smithey, S. (1997). "The Dynamics of Public Support for the Supreme Court". *The Journal of Politics*, Vol. 59, No. 4

Mæstad, O.; Rakner, L. y Ferraz, O. (2011) "Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. En Yamin A. y Glopper S. (eds.) "Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?". Cambridge: Harvard University Press.

Ramírez, M. (2008). "Procedural Perceptions and Support for the U.S. Supreme Court" *Political Psychology*, Vol. 29

Restrepo, J. (2002). "El Seguro de Salud en Colombia. ¿Cobertura Universal?". *Gerencia y Políticas de Salud*, No. 2

Reyes, F. (1994). "50 preguntas a los candidatos". México: Fondo de Cultura Económico.

Ríos-Figueroa, J. (2010). "Instituciones para la justicia constitucional en Latinoamérica" en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., (2010). "Tribunales constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

----- (2007). "Fragmentation of Power and the Emergence of an Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002." *Latin American Politics and Society* 49, no. 1

----- (2002) "Supreme Court's Responsiveness to Public Opinion. A Methodological Review". Aún no publicada.

Rodríguez, J. (2006). "La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia". Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Rodríguez, César (2012). "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones", en Bernal, O. y Gutiérrez, C. (Comp.) "La Salud en Colombia. Logros, Retos y Recomendaciones", Bogotá, Universidad de los Andes.

Rodríguez-Raga, J. (2010). "La estrategia de repliegue de la Corte Constitucional de Colombia, 1992-2006" en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., (2010). "Tribunales constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

----- (2008). "Strategic Constitutional Review in Latin America: The Case of Colombia, 1992-2006". Paper delivered at the 2008 Conference of the Midwest Political Science Association, Chicago (IL), abril 3-6.

Roll, D. (2002). "Rojo Difuso, Azul Pálido: Los Partidos Tradicionales en Colombia: Entre el Debilitamiento y la Persistencia.". Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Ron, J.; Golden, S.; Pandya, A.; Peek, S.; Sparling, L. y David Crow. (2014). "El sector de los derechos humanos en México: evidencias de los activistas, el público y las élites". (Trad. Mónica de la Colina). Documento de trabajo No. 2, Proyecto de Organizaciones de Derechos Humanos, Instituto de Asuntos Públicos Hubert H. Humphrey, Universidad de Minnesota. Disponible en <http://jamesron.com/Public-Polls.php>.

Rosenberg, G. (1991). "The hollow hope. Can courts bring about social change", Chicago: University of Chicago press.

Ruibal, A. (2008). "Definition of the New Institutional Role of the Supreme Court in Argentina, With Reference to the Mexican Case". Presentado en Anual Coloquium of the Academic Seminar "Perspectiva Democrática". Instituto de Investigaciones Sociales - Universidad Nacional Autónoma de México. May 28 - 29 de 2008.

Pérez, I. (2013). "Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Cambio Político e Institucional". Tesis de Maestría en Ciencia Política, En el Colegio de México. Director Rogelio Hernández Rodríguez. México.

Pierson, P. (2004). "Politics in Time. History, Institutions, And Social Analysis". Princeton: Princeton University Press.

----- (2000). "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics". The American Political Science Review. Vol. 94, No. 2

Pou, F. (2014). "El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?". Anuario de Derechos Humanos, No. 10, 2014, pp. 91-103

----- (2013). "La libertad de expresión y sus límites", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Steiner Christian(coords.): Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana. México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, SCJN, pp. 901-948.

----- (2010). "Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional." En *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, coord. Cruz, J. Vázquez, R.; pp. 45-101. México: Editorial Fontamara- SCJN

Pozas-Loyo, A. Y Ríos-Figueroa, J. (2013). "The Changing Political and Constitutional Roles of the Mexican Supreme Court: Jurisprudence on Military Jurisdiction, 1917-2012". Documento de trabajo. Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca.

Quinche, M. (2010). "Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de la Carta de 1991 y sus Reformas". Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Richards, M. y Kritzer, H. (2002) "Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making". *American Political Science Review*, Vol. 96, No. 2.

Reyes, M. (2014) "El Presupuesto Público Federal para la Función Salud, 2013-2014". México: Cámara de Diputados, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis

Sánchez, A.; Magaloni, B; Magar, E. (2010) "Legalistas Vs. Interpretativistas: La Suprema Corte y la Transición Democrática en México" en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., "Tribunales constitucionales en América Latina". México, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Saffon, María P. y García-Villegas, Mauricio. (2011). "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 13(1) enero-junio de 2011, pp. 75-107

Segal, J. (2008). "Judicial Behavior" en Keith Whittington, Daniel Kelemen y Gregory Caldeira. "The Oxford Handbook of Law and Politics". New York: Oxford University Press

Segal, J. y Spaeth, H. (1993). "The Supreme Court and the Attitudinal Model". New York: Cambridge University Press.

----- (2002). "The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited". New York: Cambridge University Press.

Sieder, R., Line Schjolden y Alan Angell, Coord., (2011). *La judicialización de la política en américa latina*. México : Centro de investigaciones y estudios superiores en antropología social : Universidad Externado de Colombia.

Scheb, J; Lyons, W. (2001). "Judicial Behavior and Public Opinion: Popular Expectations Regarding Factors That Influence Supreme Court Decisions". *Political Behavior*, Vol. 23, No. 2.

Smithey, S. (1999) "Strategic Assertions of Judicial Authority." Presentado en la reunión anual de *Midwest Political Science Association*, Chicago

Staton, J. (2010). "Judicial power and strategic communication in mexico". New york: Cambridge university press.

----- (2004). "Judicial Policy Implementation in Mexico City and Mérida". *Journal of Comparative Politics*. Vol. 37

Stone Sweet, A. (2000). "Governing with judges: constitutional politics in Europe". New York: Oxford University Press.

Stoutenborough, J.; Haider-Markel, D. y Allen, M. (2006). "Reassessing the Impact of Supreme Court Decisions on Public Opinion: Gay Civil Rights Cases". *Political Research Quarterly*, Vol. 59, No. 3

Solomon, P. (2007). "Courts and Judges in Authoritarian Regimes". *World Politics*, Vol. 60, No. 1.

Spiller, P. y Gely, R. (2007). "Strategic judicial decision making". Documento de trabajo 13321. National Bureau of Economic Research.

Suarez, A. (2011). "The Mexican Supreme Courts as a Protector of Human Rights". *Mexican Law Review*, Vol. 4, No. 2.

Thelen, K. (2004). "How Institutions Evolve: The Political Economy of Skills in Germany, Britain, The United States, and Japan". Estados Unidos de América, Cambridge University Press.

----- (1999). "Historical Institutionalism in Comparative Politics". *Annual Review of Political Science*. Vol. 2

Trochev, Alexei. (2011) "Judging Russia. Constitutional Court in Russian Politics 1990-2006". New York: Cambridge University Press

Uprimny, R. (2006) "The enforcement of social rights by the Colombian Constitutional Court: Cases And Debates", en *Courts and social transformation in new democracies. An institutional voice for the poor*. Eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, London, GB: Ashgate.

----- (2007). "Judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos", *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, No. 6, pp. 52-69.

Uprimny, R. y García-Villegas, M. (2005). "The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia", en Boaventura de Sousa Santos (ed.). *Reinventing Social Emancipation: Toward New Manifestos, Volume 1: Democratizing Democracy - Beyond the Liberal Democratic Canon*.

Uprimny, R. y Durán, J. (2014) "Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia". Serie Políticas Sociales, CEPAL. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Ura, J. y Wohlfarth, P. (2010) ““An Appeal to the People”: Public Opinion and Congressional Support for the Supreme Court”. *The Journal of Politics*, Vol. 72, No. 4

Valderrama, C. (2010). “Corte Constitucional colombiana: un actor relevante en el ciclo de las políticas. El caso de la política pública para la población desplazada por la violencia.” Tesis de Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Directores: Karina Ansolabehere y Julio Ríos-Figueroa. México.

Valderrama, C y Serrano, S. (2015) “Institucionalización y disfrute del derecho a la integridad física en América Latina”. Aún no publicado.

Valencia, E.; Foust, D. y Tetreault, D. (2013) “Sistemas de Protección Social en América Latina y el Caribe: México”. Documento de Proyecto, CEPAL. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Vanberg, G. (2015). “Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment”. *The Annual Review of Political Science*, No. 18.

----- (2005). “The politics of constitutional review in germany”. New York: Cambridge University Press

----- (2000) “Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers”. *Comparative Politics*, Vol. 32

Wilson, Bruce M. (2009) “Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Cost Rica and Colombia”, *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 1, No. 2, pp. 59-85.

----- (2010) “Protección de derechos y rendición de cuentas: La Sala Constitucional de la Suprema Corte de Costa Rica” en Helmke, G. y Ríos-Figueroa J. Coord., “Tribunales constitucionales en América Latina”. México, Corte Suprema de Justicia de la Nación.