

# Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala

Análisis de sentencias para el control de convencionalidad



**SUPREMA CORTE  
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**



NACIONES UNIDAS



**NACIONES UNIDAS  
DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*México*

## Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

D150.190  
T462t

Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala : análisis de sentencias para el control de convencionalidad / [la compilación de esta obra fue elaborada por la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ; la edición y diseño de las páginas interiores estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; el diseño de la portada estuvo a cargo de la Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Juan N. Silva Meza ; Introducción Javier Hernández Valencia]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.  
xxiv, 232 p. ; 22 cm.

ISBN 978-607-468-448-3

1. Derecho internacional de los derechos humanos – Control de convencionalidad – Sentencias – América Latina 2. Armonización legislativa – Estudio de casos 3. Tribunal constitucional – Derecho comparado 4. Jerarquía normativa – Recursos procesales 5. Libertad de expresión – Legislación 6. Derecho a la salud – Impartición de justicia 7. Derechos sexuales 8. Derechos reproductivos 9. Derechos de las mujeres 10. Despenalización del aborto 11. Planeación familiar 12. Derechos de los indígenas 13. Derecho a la identidad cultural 14. Medios de comunicación 15. Activismo judicial 16. Identidad sexual 17. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 18. Buenas prácticas judiciales I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia II. Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Comunicación y Vinculación Social VI. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- V. Hernández Valencia, Javier

Primera edición: agosto de 2012

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc  
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos  
Alejandro Dumas núm. 165  
Colonia Polanco, Delegación Miguel Hidalgo  
C.P. 11560, México, D.F.  
[www.hchr.org.mx](http://www.hchr.org.mx)

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

La compilación de esta obra fue elaborada por la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La edición y diseño de las páginas interiores estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El diseño de la portada estuvo a cargo de la Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala

Análisis de sentencias para el control de convencionalidad



**SUPREMA CORTE**  
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



NACIONES UNIDAS



**NACIONES UNIDAS**  
**DERECHOS HUMANOS**  
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

*México*

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea  
*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

### **Segunda Sala**

Ministro Sergio A. Valls Hernández  
*Presidente*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

## OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Javier Hernández Valencia  
*Representante en México*

# Contenido

|   |     |        |
|---|-----|--------|
| Presentación .....  | XI  |        |
| Introducción <i>Javier Hernández Valencia</i> .....   | XXI |        |
| Derecho constitucional e internacional de los derechos humanos. Herramientas de armonización y práctica judicial. <i>Rodrigo Uprimny Yepes, Nelson Camilo Sánchez</i> ..... | 1   | —<br>v |
| I. Introducción.....  | 3   |        |
| II. La muestra de buenas prácticas.....   | 5   |        |
| 1. Guatemala .....  | 5   |        |

|   |    |
|---|----|
| 2. Colombia.....  | 8  |
| 3. México .....   | 11 |
| III. Las lecciones aprendidas.....  | 13 |
| 1. Identificación de la fuente normativa .....  | 15 |
| 2. La jerarquía y aplicación de la fuente internacional en la normativa interna.....  | 19 |
| 3. Determinación de la orden judicial concreta y remedio judicial .....   | 22 |
| IV. Conclusión.....   | 26 |
| V. Referencias.....   | 27 |
| La Libertad de expresión en el derecho comparado: aportes para una conceptualización desde el derecho internacional de los derechos humanos. <i>Zamir Fajardo Morales, Omar Gómez Trejo</i> ..... | 29 |
| I. Introducción.....  | 31 |
| II. El <i>corpus iuris</i> de la libertad de expresión: propuesta de sistematización .....  | 33 |
| 1. Titularidad de la libertad de expresión.....   | 35 |
| 2. Formas y medios de expresión protegidos.....   | 36 |
| 3. Protección especial de las/os periodistas y de los medios de comunicación social.....  | 40 |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Formas de expresión no protegidas y límites a la libertad de expresión.....   | 44  |
| III. Análisis de casos .....   | 55  |
| 1. Los tipos penales de injuria y calumnia en Colombia (sentencia C-442 de 2011).....  | 55  |
| 2. El delito de desacato en Guatemala .....  | 69  |
| 3. Vida privada y libertad de expresión en el derecho constitucional mexicano .....  | 74  |
| Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada. <i>Oscar Parra Vera...</i>   | 85  |
| I. Introducción.....   | 87  |
| II. Breve síntesis de los principales estándares internacionales .....   | 92  |
| 1. El contenido del derecho a la salud.....  | 92  |
| 2. Obligaciones respecto al derecho a la salud .....   | 97  |
| III. Utilización del derecho internacional de los derechos humanos para impulsar la justiciabilidad.....   | 101 |
| IV. El uso de estándares internacionales de conexidad e interdependencia como criterio de protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud ..... | 106 |

|   |     |
|---|-----|
| V. Las críticas a los criterios de conexidad y al énfasis en la protección del derecho a la salud a través de casos individuales .....  | 112 |
| VI. El activismo judicial dialógico y la intervención judicial para resolver los problemas estructurales; la sentencia T-760 de 2008 .....  | 118 |
| VII. Derecho a la salud, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad .....   | 130 |
| 1. Derecho a la salud y derecho a la identidad sexual .....   | 131 |
| 2. Otras aproximaciones a la relación entre autonomía personal y derecho a la salud en el derecho comparado .....   | 139 |
| VIII. Conclusiones.....   | 143 |
| Breve análisis comparado de algunas decisiones judiciales de México, Colombia y Guatemala en relación con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: el aborto y el uso de ciertos métodos de planificación familiar. <i>Yuria Saavedra Álvarez, María Elisa Franco Martín del Campo</i> ..... | 147 |
| I. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos...  | 151 |

|   |     |
|---|-----|
| 1. Derecho a la vida .....  | 155 |
| 2. Derecho a la integridad personal.....  | 160 |
| 3. Derecho a la salud sexual y reproductiva .....   | 163 |
| 4. Derecho a una vida libre de violencia .....  | 169 |
| 5. Derecho a una vida libre de discriminación.....  | 170 |
| 6. Derecho a la autonomía y a la privacidad .....   | 172 |
| <br>  |     |
| II. Análisis de las sentencias de Colombia, México y Guatemala en relación con la penalización del aborto y el uso de ciertos métodos de planificación familiar ... | 173 |
| <br>  |     |
| 1. Colombia: la despenalización del aborto en circunstancias específicas .....  | 174 |
| a. Ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada .....  | 175 |
| <br>  |     |
| 2. México: la despenalización en el Distrito Federal de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación .....                                   | 182 |
| a. Momento en el que se debe proteger la vida humana de acuerdo con la normatividad internacional.....  | 183 |
| b. La existencia y naturaleza normativa del concepto "vida" en la Constitución mexicana .....   | 185 |
| c. La interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto.....  | 185 |
| <br>  |     |
| 3. Guatemala: el uso de ciertos métodos de planificación familiar y la libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos .....                             | 187 |

|   |     |
|---|-----|
| a. Libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos y uso de métodos de planificación familiar.....   | 188 |
| b. El uso de métodos de planificación familiar y salud sexual y reproductiva .....  | 189 |
| III. Buenas prácticas judiciales y conclusiones.....  | 190 |
| Tres Cortes Constitucionales frente los derechos de los pueblos indígenas. <i>María de los Ángeles Arcos García</i> .....   | 195 |
| I. Introducción .....   | 197 |
| II. Primera sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, sobre el derecho de la persona indígena a la autoadscripción y a la consideración de su especificidad cultural al momento de aplicar la ley ..... | 200 |
| III. Segunda sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta previa y el derecho al territorio .....  | 209 |
| IV. La Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo .....   | 221 |
| V. Conclusiones generales.....  | 225 |

## Presentación

La reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en junio del año pasado por el Congreso de la Unión, ha traído consigo un cambio fundamental en la manera de impartir justicia en el país. Los cambios introducidos en ella son múltiples y los retos, particularmente para el Poder Judicial de la Federación, de gran envergadura.

Si bien algunos de temas que incorporó aquella reforma constitucional ya eran una obligación para el Estado mexicano y en consecuencia para las autoridades que lo conforman, resultado de la ratificación de diversos tratados internacionales en la materia, lo cierto es que la reforma constitucional de derechos humanos vino a explicitarlos en la norma de mayor jerarquía del país.

Si este escenario pudiera imaginarse muy complicado, lo cierto es que México no es el único país que se ha enfrentado a la nece-

sidad de incorporar fuentes de origen internacional al marco interno, o a la obligación de aplicar el principio *pro persona* o a que la interpretación de las normas internas deba hacerse a través del principio de interpretación conforme o aplicando control difuso de convencionalidad. Tampoco somos el único país que debe retomar las características intrínsecas de los derechos humanos y cumplir con las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, así como las de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos.

Nos encontramos, sin duda, ante un escenario de desafíos, pero esta realidad no es exclusiva de México, distintos países de la región ya han dado pasos en aquel sentido.

Muestra de ello ha sido la recepción del derecho internacional, tema transversal a las fronteras. En todas las regiones del planeta nos encontramos con "diálogos normativos" entre los marcos internos y las normas de fuente internacional, caracterizados no por la exclusión de unos por otros, sino por la complementariedad de ambos, privilegiando el estándar más favorable para las personas.

Frente a esa realidad no exclusiva de México, el derecho comparado es un referente muy importante para conocer la experiencia comparada de otros poderes judiciales frente a la internacionalización del derecho internacional, así como de los obstáculos enfrentados y las fortalezas obtenidas por ellos.

Por otra parte, la universalización del discurso de los derechos humanos ha generado una transnacionalización de criterios. Cada vez es más recurrente que una Corte Constitucional retome criterios y precedentes desarrollados por otras Cortes, no sólo de las internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sino también de Cortes nacionales.

Es así como muchas de las sentencias que se emiten por distintas Cortes Constitucionales, no sólo retoman sus respectivos marcos jurídicos además de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, sino también argumentos e interpretaciones dados por otros tribunales internacionales y nacionales.

De esa forma, el diálogo jurisprudencial entre Cortes, a través de sus sentencias, se ha convertido en un referente reciente de la labor jurisdiccional.

Si bien es cierto que hay temas transnacionales, también lo es que las regiones del planeta, a partir de contextos políticos, sociales, económicos y culturales similares, comparten la exigencia de ciertos derechos humanos.

El caso de América Latina ilustra sociedades con recientes democracias en construcción o consolidación, con una presencia relevante de poblaciones indígenas, con desigualdades sociales muy marcadas y preocupantes índices de pobreza. Sociedades pues, donde la garantía de los derechos civiles y políticos y de los sociales, económicos y culturales, es un pendiente.

Teniendo como marco los elementos mencionados, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha planteado con total seriedad impulsar las medidas a su alcance para coadyuvar en la implementación de la reforma constitucional de derechos humanos, entre otros aspectos, a través de la generación de herramientas que sirvan para apoyar la labor jurisdiccional que desempeñan las y los juzgadores federales. En este proceso, ha contado con la colaboración valiosa de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Bajo esta premisa, ambas instituciones diseñaron la publicación que ahora se presenta, como un compendio de ensayos que analizará las sentencias de tres tribunales constitucionales (la Corte Constitucional de Guatemala, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México) sobre varios temas relacionados con derechos humanos destacando las buenas prácticas judiciales implícitas en aquellas.

De esa forma, se analizaron sentencias sobre integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional, libertad de expresión, derecho a la salud, derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y derechos de los pueblos indígenas.

Especialistas en cada materia se dieron a la tarea de analizar tres sentencias sobre un mismo tema, emitidas por los tribunales constitucionales referidos.

De esa forma, Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez identifican en las tres sentencias analizadas aspectos que consideran como buenas prácticas de la intervención judicial, entre las que se encuentran, la correcta identificación de las fuentes normativas aplicables, la ubicación de la jerarquía interna de las normas internacionales y el uso creativo del derecho internacional para el remedio judicial. La constatación de estos elementos lleva a los autores a concluir que las sentencias revisadas representan experiencias exitosas de diálogo entre estándares internacionales de protección y su relación con los ordenamientos nacionales, de incorporación de los estándares a la práctica judicial local.

Por su parte, Zamir Fajardo Morales y Omar Gómez Trejo, partiendo del reconocimiento del papel que desempeña el ejercicio pleno de la libertad de expresión en cualquier sistema democrático, describen algunos argumentos que consideran buenas prácticas respecto de la tutela judicial efectiva de ese derecho. Para ello, y luego de sistematizar el *corpus iuris* sobre libertad de expresión, hacen una revisión de cómo las Cortes Constitucionales interpretaron la injuria y la calumnia (en el caso de Colombia), el delito de desacato (en Guatemala) y la protección a la vida privada (en México) en conflicto con la libertad de expresión. Debe destacarse que en las sentencias revisadas el uso de los estándares internacionales de derechos humanos es una herramienta para los operadores jurídicos para darle contenido al derecho humano y determinar sus límites legítimos. Asimismo, la sentencia colombiana es un ejemplo de cómo ejercer control de constitucionalidad/convencionalidad, conjuntando y armonizando ambas fuentes del derecho.

Sobre el derecho a la salud, y luego de una síntesis a profundidad de los principales estándares en la materia, Oscar Parra Vera destaca aspectos presentes en las sentencias revisadas que representan buenas prácticas judiciales: la recuperación de estándares internacionales sobre el tema, el papel del derecho internacional de los derechos humanos en la justiciabilidad del derecho, el uso de los criterios de conexidad e interdependencia para impulsar la protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud y los remedios judiciales estructurales contra la intervención judicial en derechos sociales concentrada en casos individuales.

Es particularmente interesante, además de pertinente en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, el análisis que realiza Oscar Parra sobre el "activismo judicial dialógico" a través del cual la Corte Colombiana ha ordenado la revisión general de una política pública que tiene impacto en la violación masiva de derechos. Retomando conceptos como el "estado de cosas inconstitucional" se proponen remedios estructurales a través de los cuales se busca terminar no con la vulneración de un derecho individual, sino transformar una política pública que tiene repercusiones en la violación de derechos de manera masiva.

Yuria Saavedra Álvarez y María Elisa Franco Martín del Campo analizan tres sentencias que abordan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, concretamente el aborto y el uso de métodos anticonceptivos de planificación familiar. Retomando el contenido de estos derechos en el derecho internacional de los

derechos humanos y su vínculo con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud sexual y reproductiva, a una vida libre de violencia y libre de discriminación, y a la autonomía y a la privacidad, analizan cada una de las sentencias destacando los debates implícitos en la decisión judicial, entre ellos la ponderación de derechos. De igual forma que en los otros temas, las autoras destacan como buenas prácticas el uso de instrumentos internacionales tanto del Sistema Interamericano como del Universal, y de la interpretación que los órganos facultados para ello han realizado de aquellos.

Finalmente, María de los Ángeles Arcos García examina dos sentencias y una opinión consultiva desde el punto de vista de los derechos de los pueblos indígenas. Destaca como buena práctica de las sentencias de México y Colombia el fundamentar con base en instrumentos internacionales, en particular el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En el caso de la sentencia mexicana, debate los criterios de autoadcripción y lengua como definitivos para identificar a una persona como indígena y resalta la obligatoriedad de los jueces de considerar las especificidades culturales de la persona procesada al tomar una decisión judicial. De la sentencia colombiana destaca el derecho a la consulta previa de comunidades indígenas y afrodescendientes, entendido como derecho constitucional en razón de que el Convenio 169 es norma integrante del bloque de constitucionalidad colombiano, en materias como territorio, aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de

recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades, temas de gran actualidad en el escenario mexicano, pero no sólo.

Debe señalarse que las sentencias fueron seleccionadas bajo la consideración de que en ellas se incorporan buenas prácticas judiciales, que pueden ser consideradas por otros tribunales.

Resulta muy interesante que, a pesar de las particularidades y especificidades normativas de cada país, los ensayos recuperan prácticas comunes en las distintas Cortes Constitucionales, lo que reitera lo señalado párrafos arriba en el sentido de temas más allá de las fronteras de cada país en torno a los cuales poder establecer un diálogo entre Cortes.

Un agradecimiento especial a las y los especialistas que participaron en la obra, sus análisis serán de gran ayuda para los operadores jurídicos en la labor de armonizar el derecho interno con el internacional.

La armonización del derecho interno y el internacional es una tarea que involucra a todas las autoridades del Estado, sin embargo, los jueces nacionales juegan un rol central en esa tarea. En palabras de Rodrigo Uprimny y Nelson Camilo Sánchez, "(...) de los jueces depende que los Estados logren corregir las vulneraciones de derechos en el orden interno, dado que son ellos los llamados a investigar y juzgar los casos que las involucran y, si lo hacen de conformidad con lo exigido en los estándares inter-

nacionales, podrían evitar la intervención de los sistemas internacionales de protección".

La Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, espera que esta obra sea una contribución en esa ruta.

Ministro Juan N. Silva Meza  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



## Introducción

El Dr. Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, subrayaba hace algunos años que un elemento central del debate contemporáneo sobre los derechos humanos (y debiera añadir "desde" los derechos humanos) debía necesariamente ser la ampliación del marco ajustadamente legalista o, siendo más generoso, jurídico, en el que se había privilegiado su desarrollo y, por reflejo, incluso su propia crítica. Debíamos evitar "encerrar prematuramente el concepto en una estrecha caja",<sup>1</sup> y más bien propulsar nuestras discusiones al más amplio, más exigente y más dinámico posible de los escenarios, el del "razonamiento público del mundo contemporáneo".

---

<sup>1</sup> Sen, Amartya, *Human Rights and the limits of Law*, Cardozo School of Law, Yeshiva University, New York, Sept., 2005.

En un periodo histórico de particulares y serios retos, México emprendió también un rumbo de ambiciosas transformaciones políticas, institucionales y jurídicas, entre las cuales destacan con peso propio las reformas constitucionales sobre amparo y derechos humanos de junio de 2011. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH-México) asumimos el compromiso conjunto de alinear nuestros esfuerzos para la mayor y mejor promoción y difusión de derechos humanos en el contexto de las referidas reformas constitucionales. La presente publicación es un producto que se suma a un fecundo camino de sostenido trabajo compartido, al cual se unen además el apoyo de las Oficinas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de Colombia y Guatemala.

A partir de dicha plataforma multi-institucional, identificamos prontamente que existe una marcada tendencia en los Altos Tribunales respectivos a apropiarse del rol rector en la adecuación del derecho interno de sus respectivos países a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Ahora bien, el contenido y sentido de las rutas adoptadas merecía someterse a escrutinio, lo cual se presentaba como un campo de nuevas y poco exploradas oportunidades para el análisis jurídico. Contábamos para ello, a nuestro favor, con un dinámico diálogo judicial y activos desarrollos del derecho comparado, así como con sólidas y bien establecidas relaciones entre las Altas Cortes entre sí y correspondientemente con las Oficinas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en las tres naciones.

Nos propusimos entonces la tarea de producir una publicación que constituyera una primera entrega de análisis de algunas decisiones de los Tribunales Constitucionales de México, Guatemala y Colombia alrededor de cinco temas específicos, cuya recurrencia o cuya irrupción en los debates constitucionales de estos países, pero seguramente también en el espacio más amplio de nuestra región, dan cuenta de su importancia: la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos en el derecho doméstico; la libertad de expresión; el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada; el derecho de las mujeres a la salud y a la libertad sexuales y reproductivas; y, más ampliamente, el derecho a la salud.

Las y los juristas que fueron invitados a hacer posible esta publicación se sintieron muy estimulados por la propuesta conceptual y todos sus ensayos emplean metodologías analíticas que delimitan el problema jurídico que buscó resolver cada una de las Altas Cortes en su respectiva sentencia, para luego proceder a identificar los principales estándares internacionales relacionados y finalmente examinar si la decisión adoptada responde explícita o implícitamente a los mandatos normativos contenidos en dichos estándares internacionales.

Los textos abonan ese campo con saldo positivo, sin prescindir de las particulares de cada país, pero también sin renunciar al desafío del análisis jurídico comparado, crítico y contextualizado de las decisiones de las Altas Cortes. Pero la compilación de visiones se pone así a disposición de los lectores con un propósito

explícito, que es el de apostar a haber configurado en esta obra una identificación adecuada de respuestas positivas que constituyan una "buena práctica judicial", en tanto se trata de decisiones conforme a los estándares internacionales de derechos humanos y, adicionalmente, subrayar la intención de que algunos de los elementos conceptuales transversales empleados por las y los juristas participantes, sean un punto de partida útil y recurrente para quienes, en sus distintos roles de operadores jurídicos, deban abordar directamente las tareas referidas a la incorporación de los estándares internacionales sobre derechos humanos en la solución de casos concretos. Nos proponemos por tanto dejar una contribución que potencie y presente contenidos al *control de convencionalidad* en asuntos relacionados con los derechos humanos que la reforma constitucional mexicana del año pasado ha puesto en la agenda de los togados.

Dejo expreso testimonio de mi agradecimiento sincero a las y los especialistas que acompañaron este proyecto, que con sus contribuciones apuntalan los esfuerzos y visión compartidos de la SCJN y la OACNUDH-México para la plena vigencia y disfrute de los derechos humanos en este país.

Javier Hernández Valencia  
*Representante en México de la Alta Comisionada  
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

Derecho constitucional  
e internacional de  
los derechos humanos  
Herramientas de armonización  
y práctica judicial



Rodrigo Uprimny Yepes  
Nelson Camilo Sánchez\*

\* Los autores se desempeñan como Director e Investigador Principal del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad – Dejusticia, respectivamente; y como profesores de la Universidad Nacional de Colombia, en Bogotá.

## I. Introducción

**D**urante las últimas dos décadas nuestra región ha experimentado un proceso de acercamiento entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Este acercamiento se debe, por un lado, a que en virtud de las obligaciones jurídicas que emanan de los tratados de derechos humanos, actualmente el derecho internacional tiene un impacto significativo y directo en los ordenamientos jurídicos nacionales. Y, por otro lado, a que el desarrollo del derecho constitucional ha acompañado este proceso internacional creando distintas figuras para incorporar estas normas en el ordenamiento interno, bien sea de manera directa o indirecta.

No obstante, la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos no ha sido homogénea en los diferentes Esta-

dos que se han comprometido internacionalmente a cumplirlos. Esta situación se debe, en parte, a que distintas autoridades de varios Estados latinoamericanos se han mostrado reticentes a dar cumplimiento a este compromiso jurídico y político. Generalmente, los Estados que han sido reticentes a esta incorporación han esgrimido tres tipos de argumentos. En primer lugar, algunas autoridades han argumentado que no existe relación vinculante entre derecho internacional y derecho nacional. En segundo lugar, algunos Estados que admiten dicha interrelación han limitado la incorporación de estándares a través de la jerarquía normativa con la que estos estándares se integran al derecho nacional. Finalmente, otro número de autoridades han reducido el proceso de incorporación de los estándares interamericanos frente a dudas respecto de las normas que conformarían estos parámetros y cuáles de ellas podrían integrarse al sistema nacional.

En otros casos, la falta de implementación se debe a que los funcionarios encargados de ésta tienen dudas dogmáticas o metodológicas sobre cómo realizar dicha incorporación en la práctica. En efecto, difíciles preguntas surgen cuando un funcionario judicial se enfrenta a la aplicación del compendio de normas que hoy en día conforman el derecho internacional de los derechos humanos: ¿Cuáles son esas normas y cómo se determinan? ¿Cuál es la relación entre esas normas y las disposiciones expresas de la Constitución del país? ¿Cuál es la relación entre el deber del Juez de aplicar las normas incorporadas del derecho internacional y el deber de respetar el principio de legalidad, en materias como por ejemplo el derecho penal?

Afortunadamente, la práctica judicial de algunas Altas Cortes Supremas y constitucionales de la región ha hecho esfuerzos impor-

tantes por reducir esta indeterminación y presentar metodologías que permitan armonizar, en la práctica, los dos sistemas normativos. En este texto destacaremos tres experiencias de implementación judicial que se constituyen en verdaderas nuevas prácticas que merecen ser estudiadas, no sólo por las judicaturas de los respectivos países, sino como modelos de intervención judicial posible para otros contextos similares. Nos basaremos entonces en dos decisiones de amparo, una de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y la otra de la Corte Constitucional colombiana, y una reciente consulta resuelta por la Suprema Corte de la Nación de México.

Para identificar estas buenas prácticas, dividiremos nuestro texto en tres partes. En la primera presentaremos de manera breve cada una de las decisiones que destacaremos como buenas prácticas judiciales. En la segunda presentaremos las razones por las cuales consideramos que estas decisiones presentan metodologías de incorporación que valen la pena ser resaltadas. Finalmente, cerraremos el texto con unas conclusiones breves.

## II. La muestra de buenas prácticas

### 1. Guatemala<sup>1</sup>

El caso se originó a partir de una solicitud de amparo a los derechos a la vida, de defensa, al debido proceso, petición y libre

---

<sup>1</sup> Corte de Constitucionalidad en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo. Expediente 30-2000. Magistrado Presidente: Conchita Mazariegos Tobías.

acceso a los tribunales, presentada por una persona que había sido condenada a pena de muerte tras un proceso penal por la comisión del delito de plagio o secuestro. En la solicitud de amparo se alegó que la imposición de la pena de muerte era violatoria de los derechos del procesado en la medida en que dicha sanción era incompatible con el artículo 4.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Según el accionante, al momento en que Guatemala aceptó y ratificó la Convención Americana, solo se imponía la pena capital por el delito de plagio o secuestro cuando moría la víctima. Alegó que en su caso el ofendido no había fallecido y, por tanto, el Estado no podía aplicarle legítimamente la pena capital.<sup>2</sup>

La autoridad impugnada se opuso a estos argumentos, alegando que no se había cambiado la estructura de la figura delictiva de plagio o secuestro, ya que es la misma conducta que tenía antes de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que prevalecía en el caso. En síntesis, el argumento del Tribunal demandado era que el delito de plagio y secuestro —conducta principal— establecía la posibilidad de la aplicación de la pena de muerte desde la época de ratificación del tratado. Por tanto, al aplicar este tipo jurídico no se estaba extendiendo la aplicación de una sanción prohibida.

---

<sup>2</sup> El artículo 4.2 de la CADH, establece que "[e]n los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente". En virtud de ello, los Estados no pueden aplicar la pena de muerte a delitos que no estipularan dicha sanción a la fecha de entrada en vigencia del tratado para el Estado respectivo.

La Corte de Constitucionalidad, en calidad de tribunal extraordinario de amparo, inició la revisión del problema jurídico a partir del análisis de la validez del derecho internacional en el derecho interno guatemalteco. Sobre el punto concluyó —como se explicará con mayor detalle en una sección posterior— que el derecho internacional, ya sea consuetudinario o convencional, se integra al sistema internacional guatemalteco por previsión expresa de la Constitución. En segundo lugar, la Corte examinó cuál es la jerarquía normativa de dicha integración. En esta materia, la Corte señaló que la Convención Americana, al ser un tratado de derechos humanos tenía preeminencia sobre la legislación ordinaria, en virtud de expreso mandato constitucional.

Respecto de la controversia específica, la Corte analizó la orden expresa establecida en el artículo 4,2 de la Convención Americana con la historia legislativa penal sobre el delito de plagio en Guatemala. En este estudio, la Corte encontró que el delito sancionado con pena de muerte en el Código Penal antes de la vigencia del Pacto de San José era un delito complejo en cuyo tipo configuraban dos conductas punibles: a) el plagio o secuestro de persona, y b) la muerte de la víctima. La Corte encontró entonces que una de estas conductas (plagio más muerte de la víctima) era un delito distinto al plagio simple. Así, aunque no hubiese variado el nombre del delito, las dos conductas correspondían a dos cosas distintas pues el primero de ellos se había establecido para la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido era la libertad individual. En consecuencia, a juicio de la Corte "[n]egar que existen diferencias de

sustancia en los tipos penales simplemente porque la figura no se introdujo en la descripción sino en la penalidad, podría significar una vulneración del principio de legalidad que no admite la extensión analógica de los tipos de infracción".

Con base en estas consideraciones, la Corte encontró que la pena de muerte se había extendido a una conducta que no se encontraba sancionada con dicha pena a la fecha de entrada en vigencia del tratado, aun cuando dicha sanción hubiera sido establecida para una conducta adicional dentro de un mismo tipo jurídico. En virtud de ello, la Corte concedió el amparo solicitado, dejando en suspenso la sentencia proferida por el juzgador penal y ordenando la modificación de la misma conforme a los límites establecidos por la Convención Americana.

## 2. Colombia<sup>3</sup>

La controversia se originó a partir de una acción de tutela (recurso de entidad similar al amparo) interpuesta contra el Ministerio del Interior y el Ministerio de Relaciones Exteriores por una ciudadana cuyo hijo fue víctima de desaparición forzada, presuntamente cometida por agentes del Estado. La demandante había concurrido previamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitando protección a su derecho a la vida e integridad personal, con base en el mecanismo de medidas cautelares de protección previstas en el Reglamento de la CIDH. La Comisión

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Interamericana ordenó al Estado colombiano que implementara las medidas de protección necesarias para garantizar la integridad de la familia "dignidad de la persona y, por supuesto, el derecho a la vida". Solicitud que fue reiterada en dos oportunidades posteriores, sin que el Estado adoptara las medidas solicitadas. De hecho, alegó la peticionaria, en vigencia de las medidas cautelares, agentes estatales entraron a su casa de manera ilegal y torturaron a uno de los miembros de su familia. La acción de tutela se promovió entonces con el objeto de que el Juez constitucional ordenara al Estado el cumplimiento de las medidas de protección solicitadas en sede internacional.

El Ministerio de Relaciones Exteriores contestó la demanda argumentando que había sido diligente en lo que a su competencia correspondía. Sobre este punto, el Ministerio recalcó que sus funciones se limitaban a transmitir a las autoridades nacionales competentes las decisiones adoptadas por la CIDH y a informar a esta última los avances que se presentaran en cuanto a la ejecución de las mismas en el orden interno.

La Corte Constitucional, en virtud de su función de revisión eventual de los fallos de tutela, asumió competencia para revisar la decisión de los tribunales de instancia que habían parcialmente concedido el amparo solicitado. Al analizar la materia objeto de petición, la Corte encontró que el caso enfrentaba cinco problemas jurídicos complejos: i) determinar cuál es la naturaleza jurídica de los diversos actos emanados de las Organizaciones Internacionales y cuál en particular aquella de las medidas cautelares decretadas por la CIDH; ii) establecer la manera en la

que las medidas cautelares se integran al ordenamiento jurídico colombiano; iii) determinar las autoridades públicas internas que están llamadas a participar en la ejecución de las medidas; iv) establecer si la acción de tutela procede para garantizar la eficacia de unas medidas cautelares decretadas por la CIDH; y el caso concreto, v) decidir la procedencia o no de la acción solicitada.

Para resolver estas cuestiones, la Corte empezó por realizar un detallado estudio de las fuentes del derecho internacional público. Con base en este determinó la entidad y alcance de las "recomendaciones" emitidas por la CIDH, tanto a través de sus informes como mediante el decreto de las denominadas medidas cautelares. En segundo lugar, la Corte determinó que, debido a su naturaleza, las medidas cautelares se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico colombiano, dadas sus "particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar". En cuanto al tercer interrogante, la Corte sentó los criterios que conforme al derecho interno, vinculan a distintas instituciones estatales en el cumplimiento mancomunado y armónico de la implementación de las medidas. En cuarto término, la Corte encontró que las medidas cautelares y la acción de tutela tenían importantes semejanzas, siendo la principal su naturaleza cautelar. Si bien la Corte encontró que la acción de tutela no había sido concebida para garantizar el cumplimiento interno de las medidas cautelares, señaló que nada obstaba para que en casos determinados, los dos mecanismos pudieran complementarse. Finalmente, y con base en las consideraciones anteriores, la Corte determinó que el comportamiento omisivo de las autoridades involucradas —el no

cumplimiento de las medidas internacionales— constituía una amenaza para los derechos de la demandante y, en consecuencia, tuteló sus derechos y ordenó a distintas entidades públicas medidas precisas para que dentro de sus competencias garantizaran el cumplimiento de lo solicitado por la CIDH.

### 3. México<sup>4</sup>

A diferencia de las anteriores, esta sentencia no se relaciona con una solicitud de amparo, sino con una consulta surgida al interior de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es decir, en este caso el tribunal actuó oficiosamente para determinar su rol dentro de la implementación de sentencias internacionales sobre derechos humanos recaídas contra el Estado. El antecedente inmediato de la sentencia fue la publicación en el *Diario Oficial* mexicano de la sentencia del caso Radilla Pacheco contra México, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el citado caso, la Corte ordenó, entre otras medidas, que el Estado mexicano debía: i) conducir eficazmente con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación, y en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada; ii) continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata de la víctima, y iii) adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010. Ministra Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A partir de estas órdenes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió iniciar el procedimiento para analizar, en primera instancia, el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para posteriormente establecer cuáles son las obligaciones concretas que resultan para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano.

En su análisis, la Suprema Corte señaló, como primera medida, que no era competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana era correcta o incorrecta. La Suprema Corte reconoció que las sentencias de la Corte Interamericana constituyen cosa juzgada y, en consecuencia, debían las autoridades mexicanas acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. De esto se deriva, a juicio de la Suprema Corte, que para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve el litigio.

La Suprema Corte entró entonces a ahondar en esta interpretación para dar lineamientos claros sobre cómo los Jueces deben cumplir con este principio. Así, la Suprema determinó que:

...los Jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte,

así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

Para ello la Corte acudió a la conocida figura doctrinaria y jurisprudencial del control de constitucionalidad, concentrado y difuso, la cual adaptó al concepto de la Corte Interamericana del "control de convencionalidad", lo que le permitió llegar a una novedosa fórmula de integración normativa e interpretativa a la que denominó "Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad".

En el caso concreto, la Corte decidió que dada la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, tenía tres obligaciones: i) los Jueces debían llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad; ii) debía restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos; iii) el Poder Judicial de la Federación debía implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

### III. Las lecciones aprendidas

Si se parte del hecho de que los derechos humanos son derecho positivo vinculante, es necesario contar con una dogmática general que ofrezca herramientas para resolver los problemas de

derechos humanos en la práctica judicial. En trabajos anteriores hemos propuesto una dogmática que si bien no pretende ser original, busca ser pedagógica y analógicamente está relacionada con la teoría del daño (Uprimny *et al*, 2008). En esta teoría el primer paso de análisis es (i) la determinación de si existe o no perjuicio (si existe una situación fáctica que *prima facie* está prohibida por la normatividad de derechos humanos). Constatado ello, es necesario establecer (ii) si la persona está obligada o no (lo cual remite a la tesis de imputación o nexo de causalidad correspondiente), pero (iii) incluso, constatado el daño, surge el debate sobre si existen razones que exculpen al responsable (como la culpa de la víctima), lo cual significa, en materia de derechos humanos, analizar si la restricción se encuentra o no justificada. Finalmente, (iv) en la teoría del daño, una vez constatado el perjuicio, se procede a determinar la indemnización correspondiente; en materia de derechos humanos, una vez constatada la violación, es indispensable proceder a analizar el eventual remedio judicial.

Esa dogmática la usamos en este estudio para identificar de manera más sistemática los principales aciertos de las sentencias seleccionadas y, presentar con ello, los aspectos que pueden considerarse como buenas prácticas de intervención judicial. En este ejercicio, encontramos que las tres sentencias se destacan en tres aspectos específicos: la correcta identificación de las fuentes normativas aplicables; la correcta ubicación de la jerarquía interna de las normas internacionales; y el uso creativo del derecho constitucional para establecer el remedio judicial. Veamos.

## 1. Identificación de la fuente normativa

El primer paso para una dogmática adecuada de derechos humanos es la determinación de las fuentes normativas aplicables a un caso concreto. Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han consolidado un conjunto de fuentes jurídicas que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar las posibles tensiones entre derechos. Así, el primer paso para resolver una cuestión concreta de derechos es entonces tomar en consideración todas las fuentes jurídicas relevantes, de tal manera que se pueden precisar de antemano las posibles subsunciones y los conflictos entre normas y estándares aplicables. Determinados los derechos en juego, se deben precisar las obligaciones correlativas que los hacen exigibles y que determinan su alcance.

Las tres sentencias estudiadas se destacan por iniciar su estudio a partir de la determinación concreta de la fuente jurídica internacional aplicable al caso concreto. Esta cuestión es trascendental pues una de las principales críticas que usualmente recibe la incorporación de estándares internacionales en casos concretos es que los tribunales constitucionalizan normas internacionales sin verificar adecuadamente su grado de vinculatoriedad, con lo cual se generan grandes riesgos, en términos de seguridad jurídica, de afectación del principio democrático o de arbitrariedad judicial, pues para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo.

En los casos analizados, los tres tribunales ubicaron correctamente el tipo de norma de la cual se desprende la prestación concreta y su grado de obligatoriedad. En todos ellos el tipo de

norma era distinta. Así, en el caso de Guatemala, la Corte se basó en el uso directo de una norma de *Hard Law* (el artículo 4.2 de la Convención Americana), la Suprema Corte mexicana se refirió a una decisión específica de la Corte Interamericana derivada de una sentencia en un caso contencioso, y la Corte Constitucional colombiana hizo uso de medidas de protección cautelar emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos derivadas del Reglamento Interno de la CIDH.

Distinguir correctamente entre cada una de estas fuentes jurídicas es pues uno de los primeros aciertos de estas paradigmáticas decisiones. Sobre esta materia vale la pena destacar el pormenorizado estudio realizado por la Suprema Corte mexicana y la Corte Constitucional colombiana. Por un lado, para entrar a analizar la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana, la Suprema Corte hizo uso de la Convención Americana, especialmente de los artículos 62.3, 67 y 68 del citado instrumento. Con base en estas normas, la Corte señaló que las resoluciones pronunciadas por la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados que figuren como parte en los litigios concretos, y que la jurisprudencia resultante de sus demás resoluciones será orientadora para las decisiones que deban adoptarse en el orden jurídico interno. Además estableció que "para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio".

De este razonamiento se destacan varias consideraciones importantes. En primer lugar, la Corte establece la fuente normativa

originaria (la Convención Americana) y, a partir de ésta aclara que cuando un Estado le da competencia a un tribunal judicial para interpretar un tratado específico se convierte dicho tribunal en la fuente auténtica de interpretación, la cual no puede ser contrariada en sede interna. En segundo lugar, la Suprema Corte se refiere a las sentencias emitidas contra el Estado parte en concreto y señala que las decisiones son obligatorias en sus puntos resolutivos y, además, relevantes constitucionalmente en todos sus apartados y consideraciones, así no estén detalladas en los puntos resolutivos u órdenes. En tercer lugar, se hace referencia a la jurisprudencia general del tribunal, así no haya sido emitida en un caso relativo al Estado particular, y le da una relevancia interpretativa, a partir de la cláusula general de interpretación auténtica dada al tribunal internacional.<sup>5</sup>

La situación a la que se vio expuesta la Corte Constitucional colombiana tenía un grado adicional de complejidad. Ello pues en su caso no se hacía referencia a una competencia que se derivara directamente del tratado internacional (las medidas cautelares de la CIDH no están expresamente mencionadas en la Convención Americana) y no se trataba de un órgano judicial, sino de uno de tipo cuasijudicial.

---

<sup>5</sup> En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional colombiana al afirmar que: "el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada".

La Corte se adentró entonces en un estudio detallado de las diversas fuentes de derecho internacional. En primera medida la Corte encontró que la doctrina tradicional, e incluso las referencias normativas del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, no era explícita en cuanto al valor normativo de los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. No obstante, la Corte constató que:

...los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los Estatutos o los Reglamentos Internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos, como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además encontró que, pese a cierta incertidumbre terminológica en la doctrina y alguna ambigüedad conceptual, dichos actos se podían distinguir entre (i) los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser "sentencias", las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y "opiniones consultivas", desprovistas de tales efectos, y (ii) las decisiones y las recomendaciones.

En materia específica sobre las medidas cautelares, la Corte Constitucional se adentró en el estudio de las facultades de la CIDH estipuladas en el artículo 41 de la Convención, las cuales contrastó con la práctica internacional de la adopción de medidas cautelares. A partir de esta reflexión, la Corte señaló que las medidas cautelares son:

...un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado. La práctica de la CIDH en la materia muestra además que tales medidas, decretadas por un órgano de naturaleza cuasijurisdiccional, pueden ser adoptadas en el curso de un proceso que se adelante contra un Estado Parte o incluso sin que haya sido presentada aún la demanda, es decir, como una especie de medida cautelar previa.

Con base en esta conclusión, la Corte encontró sustento para derivar la obligatoriedad jurídica a nivel doméstico de estas medidas. Así, el estudio juicioso del derecho internacional se armoniza con la interpretación constitucional para la protección de derechos.

## 2. La jerarquía y aplicación de la fuente internacional en la normativa interna

La precisión de normatividad relevante para resolver un caso es notoriamente insuficiente si no es posible distinguir diversos alcances que pueden tener las normas seleccionadas. En otras palabras, la aplicación judicial de los derechos exige precisión sobre el grado de aplicación de una determinada norma. Ello incluye no sólo un estudio de las obligaciones que se derivan de tales normas, sino además la jerarquía de las mismas dentro del ordenamiento interno.

El derecho internacional no prescribe una técnica determinada de introducción de las normas internacionales en los ordenamientos

nacionales ni la jerarquía y autoridades que tendrán éstas en relación con la legislación interna. En este sentido, el derecho internacional otorga a los Estados un marco amplio para decidir cómo incorporar el derecho internacional en sus ordenamientos jurídicos y el rango jerárquico que éste tendrá en su relación con otras normas internas. Por tanto, la introducción de los estándares usualmente se presenta a través de normas con rango supraconstitucional, supralegal, legal o a través de reglas jurisprudenciales derivadas de la interpretación de normas constitucionales.

Las sentencias analizadas abordan este punto y, en todos los casos, aclaran que la integración normativa debe hacerse a partir de normas con jerarquía constitucional o, al menos, supralegal. En el caso sometido a conocimiento de la Corte Constitucional guatemalteca la cuestión era cardinal pues allí debía decidirse si la disposición contenida en la Convención Americana debía preferirse sobre una disposición legal expresa contenida en el Código Penal. En principio, la Corte parece reconocer una fuerza normativa supraconstitucional cuando determina que:

...la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado (artículo 204), exceptuándose todo lo que se refiera a la materia de derechos humanos, que por virtud del artículo 46, se somete al principio general de que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Sin embargo, la Corte no profundiza en este punto pues el conflicto normativo no se produce directamente entre el tratado internacional y la Constitución, sino entre el primero y una ley ordinaria. Al respecto, la Corte aclara que "la cuestión a despejar

es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal". En efecto, en razón de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, se reconoce preeminencia del Pacto sobre la legislación ordinaria en tanto el asunto sobre el que versare la controversia fuera materia de "derechos humanos". Bajo este entendido, queda determinado al menos que la Convención Americana prevalece en cualquier caso frente a disposiciones contenidas en las leyes guatemaltecas.

La Constitución colombiana también parece presentar una solución confusa en cuanto a la jerarquía normativa del derecho internacional. Ello pues, por un lado, establece que "la Constitución es norma de normas", mientras que, por otro, señala que los tratados de derechos humanos "prevalecen en el orden interno" y que "los deberes y derechos consagrados en [la Constitución], se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Para armonizar estas cláusulas, la Corte Constitucional colombiana ha hecho uso del concepto de bloque de constitucionalidad, el cual se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes o la protección judicial de derechos, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Uprimny, 2006). A partir de este concepto, en la sentencia estudiada, la Corte Constitucional colombiana determinó que si bien el Reglamento de la CIDH no se refiere a la forma en que las medidas cautelares deben ser

"incorporadas o recepcionadas en el ordenamiento jurídico interno", éstas se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico colombiano dado que "por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada al cumplimiento de los deberes constitucionales". En tal sentido, si bien no otorga una jerarquía suprallegal a estas medidas, la Corte determina que constituyen un parámetro constitucional de interpretación.

Una posición similar fue recientemente acogida por el Poder Constituyente mexicano en la modificación del artículo 1 de la Constitución Federal, publicada el 10 de junio de 2011. En dicha norma se establece directamente que "todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte", y que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". Así las cosas, la Carta Constitucional mexicana adopta el derecho internacional de los derechos humanos a partir de la integración directa de normas en rango constitucional, así como parámetro de interpretación de otras normas, como lo serían las normas y reglamentos infraconstitucionales.

### 3. Determinación de la orden judicial concreta y remedio judicial

La intervención judicial no tiene una vocación académica sino que tiene una pretensión práctica, que es intentar solucionar el

conflicto suscitado por esa afectación de un derecho fundamental. En tales condiciones, un último aspecto de cualquier discusión sobre derechos humanos en sede judicial es el relativo a los "remedios judiciales". Frente a las diversas situaciones concretas es siempre necesario reflexionar sobre cuál es la medida apropiada para reparar a las víctimas o para hacer cesar las prácticas vulneradoras de los derechos. La realización práctica de ese remedio judicial debe contener no sólo órdenes —simples o complejas— que puedan revertir la situación, sino además, debe establecer con la mayor claridad posible los responsables de llevar a cabo las acciones u omisiones requeridas para dar cumplimiento a lo ordenado.

De nuevo, en este punto las sentencias estudiadas marcan una pauta metodológica que puede ser aprovechada como una buena práctica judicial. Las diferencias de los tres casos son en sí mismas un buen ejemplo de los distintos escenarios a los que se puede enfrentar un juzgador a la hora de establecer las responsabilidades en el cumplimiento del remedio judicial. En primer término, la orden resultante de la incorporación de estándares normativos puede derivar en una orden sencilla dirigida a una sola autoridad con competencia directa, como fue el caso del amparo resuelto por la Corte Constitucional guatemalteca. En segundo lugar, la entidad de la vulneración o amenaza de un derecho puede obligar a la colaboración armónica entre autoridades públicas, como sucedió en el caso sometido a conocimiento de la Corte Constitucional colombiana. Finalmente, en otros casos, los tribunales se enfrentarán a decisiones internacionales que de manera genérica

ordenan el cumplimiento de ciertas medidas pero sin determinar con claridad cuál autoridad interna se debe encargar de llevarla a cabo y a través de cuál instrumento. Precisamente sobre esta materia se destaca, por su rigurosidad y creatividad metodológica, la decisión de la Suprema Corte de México y su doctrina del "Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad".

La cuestión a decidir en el caso era la siguiente: en casos en los que un estándar internacional —bien sea general o derivado de una orden genérica— se integra a la Constitución, pero no se encuentra expresamente estipulado en una norma interna ¿Cómo deberían actuar las autoridades judiciales y administrativas? Tomarse en serio la integración normativa sugiere que, como lo hemos venido exponiendo, los funcionarios públicos reconozcan la autoejecutabilidad de tales normas. Pero la pregunta es ¿a partir de cuáles herramientas se puede compatibilizar esta obligación con la doctrina constitucional?

Para resolver esta pregunta la Suprema Corte recurrió a una doctrina común de interpretación constitucional: el control de constitucionalidad difuso. De acuerdo con esta figura, todo funcionario que tenga la autoridad y deba resolver un caso concreto deberá tener en cuenta todas las normas directamente aplicables a dicho caso, y aplicarlas dependiendo su jerarquía normativa, y teniendo en cuenta los principios básicos del derecho, como es la interpretación *pro personae*. En el llamado neoconstitucionalismo, una

tendencia muy aceptada en el constitucionalismo latinoamericano,<sup>6</sup> la determinación de la normatividad aplicable debe hacerse iniciando por la Constitución, pues ésta se entiende como una norma directamente aplicable y no como una simple norma programática. Además, como ya lo hemos mencionado, en la medida en que determinados estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos se integran a dicha Constitución (en virtud de figuras como la del bloque de constitucionalidad), estas normas se vuelven igualmente necesarias para la determinación de la fuente normativa. Así las cosas, para la resolución de todo caso que involucre un tema de derechos humanos tanto la Constitución como los estándares del derecho internacional de los derechos humanos deberán ser tenidos en cuenta. Incluso, si existe una norma legal que contravenga estos estándares, la autoridad deberá preferir la aplicación de la norma constitucional entendida en su extensión ampliada a partir del concepto de bloque de constitucionalidad. Esta es entonces la metodología que conlleva el concepto de "Control de convencionalidad *ex officio*". Es decir, la idea de que la Convención Americana se convierte en una fuente normativa que deberá ser tenida en cuenta por cualquier autoridad –judicial o administrativa– a la hora de aplicar o interpretar el ordenamiento interno en un caso concreto.

---

<sup>6</sup> La idea de *neconstitucionalismo* generalmente se aplica a los regímenes constitucionales en donde se reivindica la fuerza normativa de los textos constitucionales. Así, estas Constituciones aspiran a ser textos que efectivamente gobiernen la vida en sociedad, por lo que incluyen mecanismos de justicia constitucional que aseguren que sus promesas de derechos y bienestar no sean meramente retóricas sino mandatos normativos con eficacia práctica. Para ver más acerca de la noción de neoconstitucionalismo se puede consultar Carbonell, (2003), Rodríguez y Uprimny (2007). Para una revisión de este concepto en el constitucionalismo latinoamericano ver: Uprimny, (2011).

## IV. Conclusión

En este texto presentamos algunas experiencias exitosas de diálogo entre estándares internacionales de protección, la relación de éstos con los ordenamientos nacionales y las prácticas y formas de incorporación posibles de estos estándares a la práctica judicial local. La guía analítica y metodológica que brindan las sentencias estudiadas es sumamente importante para que de manera rigurosa y democrática los funcionarios judiciales puedan seguir extendiendo esta armonización dinámica entre el derecho internacional y el derecho constitucional.

Si bien esta tarea incumbe a todas las ramas del poder de los Estados, los Jueces nacionales pueden jugar un rol trascendental en la integración del derecho internacional de los derechos humanos. De los Jueces depende que los Estados logren corregir las vulneraciones de derechos humanos en el orden interno, dado que son ellos los llamados a investigar y juzgar los casos que los involucran y, si lo hacen de conformidad con lo exigido por los estándares internacionales, podrán evitar la intervención de los sistemas internacionales de protección. Debido a ello, la incorporación judicial de estos estándares es vital en la articulación de las normas y decisiones internacionales en los ordenamientos jurídicos internos.

En este sentido, las decisiones estudiadas comprueban en la práctica judicial las importantes funciones que juega el sistema internacional de derechos humanos, y en particular el sistema interamericano, en la consolidación de los sistemas democráticos de la región y, particularmente, en los sistemas nacionales de jus-

ticia. De hecho, estas decisiones confirman que las decisiones de los órganos de protección (i) sirven como criterio de interpretación de los estándares internacionales; (ii) tienen una importancia como pauta para identificar acciones u omisiones contrarias a la dignidad humana, y (iii) constituyen parámetros de orientación para la adopción de medidas estatales que busquen garantizar la observancia de los derechos humanos, y prevenir futuras violaciones.

## V. Referencias

Carbonell, Miguel (Ed. 2003), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta.

Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo (2007), "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia", en Luis Eduardo Pérez, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá, DeJusticia.

Uprimny, Rodrigo, (2006), *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso penal*, Bogotá, Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.

Uprimny Yepes, Rodrigo, Inés Margarita Uprimny Yepes y Oscar Parra Vera (2008), *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla/IIDH/Fundación Social/ASDI.

Uprimny, Rodrigo, (2011), "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez, César (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, pp. 109–137.



**La libertad de expresión  
en el derecho comparado:**  
aportes para una conceptualización  
desde el derecho internacional  
de los derechos humanos



Zamir Fajardo Morales  
Omar Gómez Trejo\*

\* Los autores son funcionarios de la Unidad Jurídica y de Análisis de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH-México). Las opiniones presentadas por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la OACNUDH-México.

## I. Introducción

Los derechos humanos y la democracia son dos proyectos incabados que se condicionan y retroalimentan, de manera sincrética en unos casos, y de manera paradójica en otros. La anterior premisa implica reconocer que en América Latina la democracia, más que una realidad vívida, es un caro anhelo que orienta la acción política y jurídica de muchos actores, desde sus diferentes espacios y fronteras. De igual manera se debe entender que los derechos humanos en el hemisferio se encuentran en constante movimiento y cobran fuerza en la medida en que los Estados se comprometen (requeridos o no por la sociedad civil organizada) de manera cierta y eficaz con su pleno reconocimiento, respeto y garantía.

En la definición del alcance de este binomio democracia-derechos humanos, la Carta Democrática Interamericana reconoce que el primer elemento esencial de la democracia es "el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales" y establece que, *inter alia*, la libertad de expresión y de prensa es un componente fundamental para el ejercicio de la democracia. Así, una comunidad política organizada que no asegure el pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales no puede considerarse como una comunidad democrática y, consecuentemente, una comunidad política en la que no esté asegurada la libertad de expresión y de prensa no puede considerarse como democrática.

Por ello, el análisis comparado de una pequeña muestra de decisiones jurisdiccionales de algunos países del hemisferio nos servirá para identificar varios elementos jurídicos que delimitan el estado del debate sobre la protección judicial de la democracia, mediante la garantía de la libertad de expresión en tanto derecho humano especialmente protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

El presente texto busca aportar, de manera modesta y mediante elementos principalmente descriptivos, un conjunto de estándares internacionales sobre la libertad de expresión y a partir de dichos estándares analizar tres decisiones jurisdiccionales de las Altas Cortes de Colombia, México y Guatemala. Dicho análisis aportará algunos elementos generales que se desprenden de las sentencias y que podremos considerar como *buenas prácticas* respecto a la tutela judicial efectiva de la libertad de expresión.

## II. El *corpus iuris* de la libertad de expresión: propuesta de sistematización

En el DIDH existe un amplio conjunto de instrumentos internacionales que reconocen la libertad de expresión como derecho humano y que establecen sendas garantías para su pleno ejercicio. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconoce a todas las personas la libertad de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión<sup>1</sup> y en idéntico sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) reconoce a todas las personas la libertad de investigar, opinar, expresarse y difundir su pensamiento por cualquier medio.<sup>2</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección;<sup>3</sup> en tanto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>4</sup> amplía el contenido y alcance de esta libertad estableciendo también previsiones concretas respecto de sus restricciones.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Ver DUDH, art. 19.

<sup>2</sup> Ver DADDH, art. IV.

<sup>3</sup> Ver PIDCP, art. 19.

<sup>4</sup> Ver CADH, art. 13.

<sup>5</sup> Respecto del marco normativo interamericano es importante precisar que sus previsiones han buscado "reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas". En este sentido ver, Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 50. Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Considerando los diferentes grados de desarrollo y amplitud en la protección de este derecho por los diferentes instrumentos internacionales, corresponde a todas las autoridades públicas (en el marco de sus respectivas competencias y en virtud del principio *Pro Personae*) atender de manera prioritaria la norma o interpretación (de fuente nacional o internacional) que, en cada caso, favorezca de manera más amplia el goce y ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de ser el caso que lo limite en la menor medida posible.

La libertad de expresión en tanto derecho humano, como vimos, fundamenta el ejercicio de la democracia en las diferentes sociedades, de suerte que sus funciones principales<sup>6</sup> en este contexto están orientadas a la plena realización de la autodeterminación individual y social,<sup>7</sup> a la existencia de una opinión pública informada, al establecimiento de una cultura de transparencia y rendición de cuentas y a la consolidación de una ciudadanía activa; siendo especialmente relevante recordar que la libertad

---

(RELE-CIDH), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, CIDH, 2010, párr. 4.

<sup>6</sup> Para un desarrollo más amplio de las funciones de la libertad de expresión en las sociedades democráticas ver, Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, párr. 50; RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano ...*, *op. cit.*, párr. 7 y ss.

<sup>7</sup> Ver Corte IDH, *inter alia*, caso *Claude Reyes vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 85; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 116; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 86; Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 73; caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 105; caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 116; OC-5/85, *op. cit.*, párr. 70; CIDH, caso *Víctor Manuel Oropeza vs. México*, informe No. 130/99, 19 de noviembre de 1999, párr. 46.

de expresión constituye un prerequisite inexcusable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

...la libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad<sup>8</sup> y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones.<sup>9</sup>

## 1. Titularidad de la libertad de expresión

La libertad de expresión tiene una dimensión individual (todas las personas<sup>10</sup> pueden expresar pensamientos, ideas e información) y una dimensión colectiva<sup>11</sup> (la sociedad tiene derecho a estar

<sup>8</sup> Véanse Comité de Derechos Humanos (CDH), *caso Benhadj vs. Argelia*, Comunicación N° 1173/2003, Dictamen aprobado el 20 de julio de 2007; y *caso Park vs. la República de Corea*, Comunicación N° 628/1995, Dictamen aprobado el 5 de julio de 1996.

<sup>9</sup> CDH, *Observación general N° 34, Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 2.

<sup>10</sup> El ejercicio de este derecho por parte de funcionarias/os públicos presupone un conjunto de deberes especiales que ellas/os deben cumplir con ocasión y en desarrollo de sus funciones. Ver, RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano...*, párrs. 199-218.

<sup>11</sup> Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 53; *caso Claude Reyes, op. cit.*, párr. 75; *caso López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1° de febrero de 2006, párr. 163; *caso Herrera Ulloa, op. cit.*, párr. 108; *caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 146; *caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 77; *caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64; *Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit.*, párr. 30. También, CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informe Anual 1994, Título III, 17 de febrero de 1995; *caso Víctor*

bien informada). Las dos dimensiones de la titularidad de este derecho "deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos internacionales".<sup>12</sup>

## 2. Formas y medios de expresión protegidos

La delimitación, meramente ilustrativa que a continuación presentamos, de algunas *formas de expresión* que dan contenido a este derecho humano nos sirve como referente para entender su alcance y sus límites.

En el sistema interamericano encontramos reconocidas a través de diferentes decisiones judiciales y cuasi-judiciales las siguientes formas de expresión protegidas por el DIDH: el derecho a *hablar*<sup>13</sup> (inclusive el derecho a usar el idioma o dialecto de su elección);<sup>14</sup> el derecho a *escribir* (libros,<sup>15</sup> artículos periodísticos,<sup>16</sup> opiniones);<sup>17</sup> el derecho a *difundir*<sup>18</sup> estas expresiones (de manera

Manuel Oropeza vs. México, *op. cit.*, párr. 51; caso *Francisco Martorell vs. Chile*, Informe No. 11/96, párr. 53.

<sup>12</sup> Corte IDH, caso *Ricardo Canese*, *op. cit.*, párr. 80; caso *lvcher Bronstein*, *op. cit.*, párr. 149; caso *Olmedo Bustos*, *op. cit.*, párr. 67.

<sup>13</sup> Corte IDH, caso *López Álvarez*, *op. cit.*, párr. 164; caso *Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párr. 109; caso *Ricardo Canese*, *op. cit.*, párr. 78; caso *lvcher Bronstein*, párr. 147; caso *Olmedo Bustos*, *op. cit.*, párr. 65; Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 31.

<sup>14</sup> Corte I.D.H., caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 164.

<sup>15</sup> Corte IDH, caso *Palamara Iribarne*, *op. cit.*; y caso *Kimel vs. Argentina*, *op. cit.*

<sup>16</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa*, *op. cit.*

<sup>17</sup> Corte IDH, caso *Ricardo Canese*, *op. cit.*

<sup>18</sup> Corte IDH, caso *Palamara Iribarne*, *op. cit.*, párr. 73; caso *Herrera Ulloa*, párr. 109; caso *Ricardo Canese*, párr. 78; caso *lvcher Bronstein*, *op. cit.*, párr. 147; caso *Olmedo Bustos*, *op. cit.*, párr. 65; Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 31.

oral<sup>19</sup> y/o escrita) sin restricciones arbitrarias;<sup>20</sup> el derecho a la expresión artística o simbólica y a su acceso y difusión, y el derecho a buscar, recibir y acceder a todas las formas de expresión, entre otras.<sup>21</sup>

En el sistema universal encontramos como formas de expresión protegidas las siguientes: el pensamiento político,<sup>22</sup> los comentarios sobre los asuntos propios<sup>23</sup> y los públicos,<sup>24</sup> las campañas puerta a puerta,<sup>25</sup> la discusión sobre derechos humanos,<sup>26</sup> el periodismo,<sup>27</sup> la expresión cultural y artística,<sup>28</sup> la enseñanza<sup>29</sup> y el pensamiento religioso.<sup>30</sup> Puede incluir también la publicidad comercial. Asimismo están protegidas por el sistema universal la palabra oral y escrita y el lenguaje de signos, y expresiones no

---

<sup>19</sup> Corte IDH, *caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009.

<sup>20</sup> Corte IDH, *caso Palamara Iribarne*, párr. 73; *caso Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párr. 109; *caso Ricardo Canese*, *op. cit.*, párr. 78; *caso Ivcher Bronstein*, *op. cit.*, párr. 147; *caso Olmedo Bustos*, *op. cit.*, párr. 65; Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 31.

<sup>21</sup> Para un desarrollo más amplio de éstas y otros **formas de expresión** que definen el alcance del derecho humano a expresarse libremente. Ver, RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano...*, *op. cit.*, párr. 19-29.

<sup>22</sup> CDH, *caso Mika Miha vs. Guinea Ecuatorial*, Comunicación N° 414/1990,

<sup>23</sup> CDH, *caso Fernando vs. Sri Lanka*, Comunicación N° 1189/2003, Dictamen del 31 de marzo de 2005.

<sup>24</sup> CDH, *caso Coleman vs. Australia*, Comunicación N° 1157/2003, Dictamen del 17 de julio de 2006.

<sup>25</sup> CDH, Observaciones finales sobre el Japón (Documento CCPR/C/JPN/CO/5).

<sup>26</sup> CDH, *caso Velichkin vs. Belarús*, Comunicación N° 1022/2001, dictamen del 20 de octubre de 2005.

<sup>27</sup> CDH, *caso Mavlonov y Sa'di vs. Uzbekistán*, Comunicación N° 1334/2004, Dictamen del 19 de marzo de 2009.

<sup>28</sup> CDH, *caso Shin vs. la República de Corea*, Comunicación N° 926/2000, Dictamen del 16 de marzo de 2004.

<sup>29</sup> CDH, *caso Ross vs. el Canadá*, Comunicación N° 736/97, Dictamen aprobado del 18 de octubre de 2000.

<sup>30</sup> *Ibid.*

verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos.<sup>31</sup> Los medios de expresión comprenden los libros, los periódicos,<sup>32</sup> los folletos,<sup>33</sup> los carteles, las pancartas,<sup>34</sup> las prendas de vestir y los alegatos judiciales,<sup>35</sup> así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas.

La protección de las diferentes formas de expresión es una obligación del Estado en el marco de sus compromisos internacionales. Así, la regla general debe ser la protección de **todas** las formas de expresión y la excepción (en aras del principio *pro personae*) es la limitación de algunas formas de expresión especialmente lesivas de bienes de interés público internacional.<sup>36</sup> Así, la protección de la libertad de expresión no requiere que la forma de expresión sea socialmente aceptada o que sea inofensiva; de esta suerte, el Estado debe asegurarse de que sean protegidas las opiniones, ideas e informaciones que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas<sup>37</sup> o perturbadoras para los funcionarios, los candidatos a ejercer cargos públicos, o a un

<sup>31</sup> CDH, caso *Shin vs. la República de Corea*, *op. cit.*

<sup>32</sup> CDH, caso *Zundel vs. el Canadá*, Comunicación N° 1341/2005, Dictamen del 20 de marzo de 2007.

<sup>33</sup> CDH, caso *Shchetoko y otros vs. Belarús*, Comunicación N° 1009/2001, Dictamen del 11 de julio de 2006.

<sup>34</sup> CDH, caso *Kivenmaa vs. Finlandia*, Comunicación N° 412/1990, Dictamen del 31 de marzo de 1994.

<sup>35</sup> CDH, caso *Fernando c. Sri Lanka*, *op. cit.*

<sup>36</sup> En este listado encontramos principalmente la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituyen incitación a la violencia; la incitación directa y pública al genocidio; la pornografía infantil y la apología a la comisión de crímenes internacionales.

<sup>37</sup> Ver Corte IDH, caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia del 26 de mayo de 2010, párr. 172. caso *Ríos y otros*, *op. cit.*, párr. 105 y caso *Perozo y otros*, *op. cit.*, párr. 116.

sector cualquiera de la población;<sup>38</sup> lo cual no implica que las personas que se desempeñan como funcionarios públicos, como políticos y como candidatos a ejercer cargos públicos no puedan ser protegidos en cuanto a su honor, cuando éste sea sujeto de ataques injustificados, pues de hecho si debe haber una protección acorde con el principio de pluralismo democrático,<sup>39</sup> pero en todo caso evitando que dicha protección genere inhibición de las expresiones y/o autocensura. En palabras de la Corte IDH, resulta

...lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen, en los términos del artículo 13.2 [de la CADH], de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.<sup>40</sup>

Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha señalado que, el simple hecho de considerar que una declaración insulta a una figura pública no basta para justificar la imposición de sanciones, aunque las personalidades públicas también pueden beneficiarse de las disposiciones del Pacto.<sup>41</sup> Además, todas las figuras públicas, incluso las que ejercen los cargos políticos de mayor importancia, como los Jefes de Estado o de Gobierno, pueden ser objeto

<sup>38</sup> Corte IDH, caso Kimel, *op. cit.*, párr. 88; caso Olmedo Bustos, *op. cit.*, párr. 69; caso Ivcher Bronstein, *op. cit.*, párr. 152; caso Ricardo Canese, *op. cit.*, párr. 83; caso Herrera Ulloa, *op. cit.*, párr. 113; caso Ríos y otros, párr. 105; caso Perozo y otros, *op. cit.*, párr. 116. CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato...*, *op. cit.*

<sup>39</sup> Corte IDH, caso Herrera Ulloa, *op. cit.*, párr. 128.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 47; caso Palamara Iribarne, *op. cit.*, párr. 83; caso Herrera Ulloa, *op. cit.*, párr. 82.

<sup>41</sup> *Ibid.*

legítimo de críticas y oposición política.<sup>42</sup> Asimismo, en el ámbito de los procesos electorales, debe protegerse la libertad de expresión y de prensa, ya que éstas se vinculan inescindiblemente con los derechos políticos<sup>43</sup> fortaleciendo además el debate democrático electoral.

### 3. Protección especial de las/os periodistas y de los medios de comunicación social

La Corte IDH, en el paradigmático caso Herrera Ulloa, precisó que en un sistema democrático el periodismo representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información, considerando que las/os periodistas y los medios de comunicación proveen a la sociedad la información necesaria para el debate público abierto e informado.<sup>44</sup> De otro lado, la RELE-CIDH, nos recuerda que, según la jurisprudencia interamericana, los medios de comunicación "cumplen un papel esencial en tanto vehículos o instrumentos para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática".<sup>45</sup>

<sup>42</sup> CDH, *caso Marques de Morais c. Angola*, Comunicación N° 1128/2002.

<sup>43</sup> El Comité de Derechos Humanos ha señalado que es inherente a la esencia de las sociedades democráticas "que sus ciudadanos puedan informarse sobre sistemas y partidos políticos distintos a los que están en el poder y criticar y evaluar abiertamente y en público a sus gobiernos sin temor a ser objeto de interferencia o de castigo, dentro de los límites establecidos en el párrafo 3 del artículo 19". Ver, CHD, *caso Aduayom et al. vs. Togo*, Comunicaciones 422/1990, 423/1990 y 424/1990, Dictamen del 12 de Julio de 1996, párr. 7.4. En idéntico sentido ver, Corte IDH, *caso Canese*, *op. cit.*, párrs. 88-90.

<sup>44</sup> Corte IDH, *caso Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párrs. 117 y 118; *caso Olmedo Bustos*, *op. cit.*, párr. 68.

<sup>45</sup> La Relatoría precisa además que son condiciones indispensable para el adecuado funcionamiento de los medio de comunicación: i) la pluralidad de medios; ii) aplicación

Así, el periodismo (sea profesional o no)<sup>46</sup> está inescindiblemente vinculado con la libertad de expresión<sup>47</sup> y no puede ser sometido a restricciones ilegítimas;<sup>48</sup> así que el Estado debe adoptar medidas especiales de protección cuando "la libertad de expresión se vea ilegítimamente restringida por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan".<sup>49</sup>

Dentro de los principales derechos de las/os periodistas se encuentran:<sup>50</sup>

- a) El derecho a investigar y difundir hechos de interés público (inclusive información de la prensa extranjera);
- b) El derecho a informar libremente sobre las actividades estatales y criticar al gobierno;
- c) El derecho a mantener en reserva sus fuentes de información.
- d) El derecho a contar con condiciones de libertad e independencia;

---

efectiva de normas antimonopólicas; y iii) plena garantía de la libertad e independencia de las/os periodistas que trabajan en ellos. Ver, RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano...*, *op. cit.*, párrs. 171 y 197. Respecto a la prohibición de monopolios u oligopolios (públicos y/o privados) sobre la propiedad o la administración de los medios de comunicación. Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva OC5/85, *op. cit.*, párrs. 33-34.

<sup>46</sup> La Corte IDH ha definido al periodista profesional como la persona que ejerce su libertad de expresión en forma continua, estable y remunerada. Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 72-74; caso *Fontevicchia y D'Amico*, *op. cit.*, párr. 46.

<sup>47</sup> Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párr. 78.

<sup>48</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*

<sup>49</sup> Corte IDH, caso *Manuel Cepeda*, *op. cit.*, párr. 172.

<sup>50</sup> RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano...*, *op. cit.*, párrs. 174-198.

- e) El derecho a no ser blanco de acoso judicial u otro tipo de represalia por causa de su trabajo;
- f) El derecho a ser protegido por el Estado frente a circunstancias que puedan amenazar su seguridad, integridad personal o su vida o a la de su familia;
- g) El derecho a que los funcionarios públicos se abstengan de hacer declaraciones que generen o aumenten el riesgo de agresiones por particulares.

Asimismo, la especial protección de los periodistas y los medios de comunicación social (inclusive los medios de radiodifusión comunitaria),<sup>51</sup> imponen a éstos una alta responsabilidad social de la que derivan deberes éticos insoslayables; al respecto la Corte IDH ha señalado que:

...[d]ada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar

<sup>51</sup> Según la Relatoría Especial de la CIDH sobre Libertad de Expresión, la normatividad estatal sobre radiodifusión comunitaria debe reconocer las características especiales de estos medios y contener, como mínimo, los siguientes elementos: a) la existencia de procedimientos sencillos para la obtención de licencias, b) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos para la solicitud de "espacio", y c) la posibilidad de autofinanciamiento mediante la publicidad. Ver, RELE-CIDH, *Marco jurídico...*, op. cit., párr. 235.

condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.<sup>52</sup>

Respecto al ejercicio periodístico, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido en su jurisprudencia constante el derecho de las y los periodistas de contar con la protección necesaria para recibir la información que les sirva de base para cumplir su cometido periodístico.<sup>53</sup> La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres y capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública.<sup>54</sup> El público tiene también el correspondiente derecho a que los medios de comunicación le proporcionen los resultados de su actividad.<sup>55</sup> Dichos resultados son de especial relevancia para los miembros de las minorías étnicas y lingüísticas por lo que corresponde a los Estados promover medios de comunicación independientes y diversificados.<sup>56</sup>

Considerando que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, ha

<sup>52</sup> Corte IDH, caso *Ríos y otros*, *op. cit.*, párr. 106; caso *Kimel*, *op. cit.*, párr. 57; y caso *Fontevicchia y D'Amico*, *op. cit.*, párr. 45.

<sup>53</sup> CDH, caso *Gauthier c. el Canadá*, Comunicación N° 633/95.

<sup>54</sup> CDH, Observación General N° 25 (1996) artículo del PIDCP (la participación en los asuntos públicos y el derecho al voto), párr. 25.

<sup>55</sup> CDH, caso *Mavlonov y Sa'di c. Uzbekistán*, *op. cit.*

<sup>56</sup> CDH, *Observación general N° 34*, *op. cit.*, párr. 2.

cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo, generando una red mundial en la que se intercambian ideas y opiniones, los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso de los particulares a la información que estos proveen.

#### 4. Formas de expresión no protegidas y límites a la libertad de expresión

En general, todas las formas de expresión deben ser protegidas por el Estado estando prohibida la censura previa. Esta regla tiene como excepción la protección moral de la infancia y la adolescencia cuando se trata de espectáculos públicos y la obligación del Estado de prohibir *toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza color, religión, idioma u origen nacional*. Esta prohibición implica la reprobación *ab initio* de dichas expresiones, de manera que éstas no son formas de expresión protegidas por el DIDH pues atentan contra el fundamento mismo de los derechos humanos (la dignidad humana y la igualdad esencial de las personas). Sin embargo, se debe precisar en este punto que la prohibición de *censura previa*<sup>57</sup> es una regla gene-

<sup>57</sup> La Corte IDH ha entendido que la *censura previa* tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado. Ver, Corte IDH,

ral que impone una interpretación restringida de sus excepciones y que implica consecuentemente el deber al Estado de asegurarse de que las restricciones legítimas a la libertad de expresión (sin perjuicio de la prohibición *ab initio* de las formas de expresión no protegidas) deban analizarse bajo el concepto de *responsabilidades ulteriores*.<sup>58</sup>

Así, bajo la premisa de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto<sup>59</sup> podemos entender las restricciones admisibles y legítimas a las que este derecho humano puede estar sujeto. En este punto analizaremos brevemente los requisitos mínimos

---

caso *Palamara Iribarne*, *op. cit.*, párr. 68. Por su parte la CIDH considera que la censura previa es una "suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias". Ver, CIDH, *caso Matus Acuña vs. Chile*, Informe de Fondo No. 90/05, 24 de octubre de 2005, párr. 35.

De otro lado, la *censura indirecta* se encuentra expresamente prohibida en el artículo 13.3 de la CADH. El listado de posibles restricciones indirectas del artículo 13.3 de la CADH no debe ser entendido como *numerus clausus*, considerando que el orden jurídico interamericano es un derecho vivo que debe adecuarse a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales. Por esta razón, la Corte IDH ha señalado que se debe considerar en sentido amplio la expresión "cualesquiera otros medios" incorporando, por ejemplo, las restricciones derivadas del uso de las nuevas tecnologías. Asimismo, las restricciones indirectas en tanto violaciones de la libertad de expresión pueden derivar de actuaciones de terceros cuando el Estado omite su deber de debida diligencia en la garantía de este derecho o cuando conoce el riesgo de la restricción por acciones u omisiones de los particulares y no interviene así como cuando es omiso justamente por la expectativa de obtener un beneficio por tal restricción cometida por un particular. Ver, Corte IDH, *caso Ríos y otros*, *op. cit.*, párrs. 107-110 y 340; *caso Perozo y otros*, *op. cit.*, párrs. 118-121 y 367.

<sup>58</sup> Al respecto ver, Corte IDH, *caso Kimel*, *op. cit.*, párr. 54; *caso Palamara Iribarne*, *op. cit.*, párr. 79. CIDH, *caso Francisco Martorell*, *op. cit.*, párr. 58; *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato...*, *op. cit.*

<sup>59</sup> Corte IDH, *caso Kimel*, *op. cit.*, párr. 54; *caso Palamara Iribarne*, *op. cit.*, párr. 79; *caso Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párr. 120; *caso Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 110; *caso Ríos y otros*, *op. cit.*, párr. 106; *caso Perozo y otros*, *op. cit.*, párr. 117; CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato...*, *op. cit.*

que deben cumplirse para que la libertad de expresión pueda estar sometida a restricciones (legítimas). Estos requisitos deben ser entendidos como dirigidos a todas las autoridades, considerando que:

...todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o de gobierno, cualquiera que sea su nivel (nacional, regional o local), pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado [por violar derechos humanos]. El Estado parte también puede incurrir en esa responsabilidad en determinadas circunstancias respecto de actos realizados por entidades semiestatales. En cumplimiento de esta obligación, los Estados partes deben cerciorarse de que las personas estén protegidas de los actos de particulares o de entidades privadas que obstan al disfrute de las libertades de opinión y expresión en la medida en que esos derechos del Pacto sean susceptibles de aplicación entre particulares o entidades privadas.<sup>60</sup>

Entonces, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda justificar la restricción del derecho a la libertad de expresión son, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de PIDCP y 13 de la CADH, los siguientes:

- 46 a) *Excepcionalidad*: En desarrollo del principio *pro personae*, las limitaciones o restricciones a los derechos humanos deben ser de interpretación y aplicación excepcional,<sup>61</sup> buscando en todo tiempo la mayor protección de los derechos

<sup>60</sup> CDH, *Observación general N° 34*, op. cit., párr. 7.

<sup>61</sup> Ver, CDH, *Observación General N° 34*, op. cit., párr. 22. Además Corte IDH, caso *Fontevicchia*, op. cit., párr. 43.

humanos. Tanto la Corte IDH como la CIDH "han examinado si las limitaciones puntuales se insertan dentro de un patrón o tendencia estatal en el sentido de limitar o restringir indebidamente el ejercicio de este derecho, caso en el cual serán inadmisibles por carecer de dicho carácter excepcional".<sup>62</sup>

- b) *Adoptadas por objetivos legítimos*: La libertad de expresión sólo puede ser limitada legítimamente mediante medidas necesarias para:
- i) asegurar el respeto a los derechos<sup>63</sup> o a la reputación de los demás;<sup>64</sup>
  - ii) asegurar la protección de la seguridad nacional,<sup>65</sup> del orden público<sup>66</sup> o la salud o la moral públicas.<sup>67</sup>

<sup>62</sup> RELE-CIDH, *Marco jurídico interamericano...*, *op. cit.*, párr. 98.

<sup>63</sup> El término "derechos" comprende todos los derechos contenidos en la normativa internacional de los derechos humanos. Ver, CDH, *Observación general N° 34*, *op. cit.*

<sup>64</sup> Respecto a este punto es importante considerar que el Estado debe "ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública". Así, la expresión "los demás" puede referirse a otras personas a título individual o como miembros de una comunidad, por ejemplo a una comunidad definida por su fe religiosa o a un grupo étnico. Ver, Corte IDH, caso *Tristán Donoso*, *op. cit.*, párr. 123. Asimismo es importante considerar para efectos de las responsabilidades ulteriores el artículo 14 de la CADH que establece el alcance jurídico del derecho de rectificación o respuesta.

<sup>65</sup> Los principios de Johannesburgo nos permiten precisar qué se entiende por seguridad nacional en este contexto. Así, para definir genuinamente la seguridad nacional debemos entender que ésta se refiere al propósito de "proteger la existencia de un país o su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, sea de una fuente externa, tal como una amenaza militar, o de una fuente interna, tal como la incitación al derrocamiento violento del gobierno". Así, no serán legítimas las restricciones cuyo "propósito genuino o su efecto demostrable es el de proteger intereses inconexos con la seguridad nacional, incluso, por ejemplo, el de proteger a un gobierno de una situación embarazosa o de la revelación de algún delito, o el de ocultar información sobre

Estos objetivos, aunque abstractos, deben ser interpretados de manera restringida, es decir, considerando que este listado es *numerus clausus* y no puede ser ampliado por los Estados.

---

el funcionamiento de sus instituciones públicas, o el de afianzar una ideología en particular, o el de suprimir la conflictividad industrial". Ver, *Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información*, Londres, 1996, principio No. 2.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la libertad de expresión cuando se suprime información de interés público o se impide al público el acceso a ésta, o cuando se procesan periodistas, investigadores, ecologistas, defensores de los derechos humanos u otros por haber difundido esa información, alegando como objetivo la "seguridad nacional". Ver, Observación General 34, *op. cit.*, párr. 28).

<sup>66</sup> Respecto al concepto de *orden público* la Corte IDH, en el marco de la CADH, ha entendido "que hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones, sobre la base de un sistema coherente de valores y principios". Así, la Corte precisó que el concepto de *orden público* reclama que "dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. *La libertad de expresión se inserta en el orden público primario de la democracia*, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. [...] También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información". Ver, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, *op. cit.*, párrs. 64 y 69.

De otro lado, los Principios de Siracusa, señalan que la expresión *orden público* se puede definir como "el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que se basa dicha sociedad. El respeto de los derechos humanos es parte del orden público". Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984.

<sup>67</sup> Respecto al concepto de "moral", el CDH en su Observación General N° 22, puntualizó que "el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición". CDH, Observación General No. 22, *Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179, 1993, párr. 8.

- c) *Necesidad*: La necesidad de la medida no debe confundirse con su utilidad, pertinencia, conveniencia o importancia; por ello, el Estado debe justificar que no hay medidas distintas a la restricción del derecho a la libertad de expresión, que sean capaces de salvaguardar los derechos de terceros u otro objetivo legítimo. En todo caso, para demostrar la necesidad de una medida que restrinja la libertad de expresión, corresponde a las autoridades la carga de demostrar la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción,<sup>68</sup> siendo éste un criterio fundamental de análisis. Asimismo, la medida restrictiva que se adopte, en su caso, deben representar el medio menos gravoso para "proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro".<sup>69</sup>
- d) *Proporcionalidad*: La medida adoptada debe resultar proporcional al *objetivo legítimo*<sup>70</sup> que se invoca y debe afectar en la menor medida posible el ejercicio legítimo de la libertad de expresión;<sup>71</sup> así que, el sacrificio de la libertad de

<sup>68</sup> Corte IDH, caso *Fontevéchia* op. cit., párr. 54; Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit., párrs. 41-46.

<sup>69</sup> Ver, Corte IDH, caso *Tristán Donoso*, op. cit., párr. 119. caso *Kimel*, op. cit., párr. 76. Además, CDH, *Observación General N° 34*, op. cit., párr. 22.

<sup>70</sup> Según la Corte IDH, para establecer la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión cuando ésta se restringe con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario —grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión. Ver, Corte IDH, caso *Kimel*, op. cit., párr. 84.

<sup>71</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, op. cit., párr. 83; caso *Palamara Iribarne*, op. cit., párr. 85; caso *Herrera Ulloa*, op. cit., párr. 123; Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit., párr. 46. En idéntico sentido CDH, *Observación General No. 27, Artículo 12 - La libertad de circulación*, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202, 1999, párr. 14.

expresión no debe ser desmedido<sup>72</sup> frente a las ventajas que con tal sacrificio se obtienen.<sup>73</sup>

En este punto se debe precisar que requiere de un escrutinio especialmente riguroso el análisis de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión cuando se trata de expresiones respecto de asuntos de interés público, o de discursos políticos o sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o sobre candidatos a ejercer cargos públicos, entre otros.<sup>74</sup> La RELE-CIDH ha señalado que se debe tener en cuenta los siguientes elementos:

- 1) el mayor grado de protección del que gozan las expresiones atinentes a la idoneidad de los funcionarios públicos y su gestión o de quienes aspiran a ejercer cargos públicos;
- 2) el debate político o sobre asuntos de interés público —dada la necesidad de un mayor margen de apertura para el debate amplio requerido por un sistema democrático y el control ciudadano que le es inherente—; y

<sup>72</sup> En todo caso, se debe considera también que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto que tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público. Ver, Corte IDH, caso *Fontevicchia*, *op. cit.*, párr. 58.

<sup>73</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, *op. cit.*, párr. 83.

<sup>74</sup> Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein*, *op. cit.*; caso *Herrera Ulloa*, *op. cit.*; caso *Ricardo Canese*, *op. cit.*; caso *Palamara Iribarne*, *op. cit.*; caso *Kimel*, *op. cit.* CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato...*, *op. cit.*

- 3) el correlativo umbral de mayor tolerancia a la crítica que las instituciones y funcionarios estatales deben demostrar frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de tal control democrático.
- e) *Reserva de Ley*: Las limitaciones deben estar establecidas de manera previa, clara y expresa en la ley.<sup>75</sup> Así, las causales de responsabilidad ulterior deben estar claramente definidas en la ley para que las personas puedan regular su comportamiento de conformidad con ella.<sup>76</sup> Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión.<sup>77</sup> Respecto de limitaciones establecidas en el derecho penal se debe aplicar el principio de estricta legalidad, de manera que la tipificación de un delito relacionado con la libertad de expresión debe realizarse "en forma expresa, precisa, taxativa y previa".<sup>78</sup>
- f) *No discriminatorias*: Las limitaciones a la libertad de expresión no deben tener por propósito o por resultado conductas discriminatorias.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Corte IDH, caso *Palamara Iribarne*, op. cit., párr. 79; caso *Herrera Ulloa*, op. cit., párr. 120; caso *Tristán Donoso*, op. cit., párr. 117; Opinión Consultiva OC-5/85 op. cit., párrs. 39-40. CIDH, caso *Francisco Martorell*, op. cit., párr. 55; Informe sobre la *Compatibilidad entre las Leyes de Desacato...*, op. cit.

<sup>76</sup> CDH, caso *Groot vs. los Países Bajos*, Comunicación N° 578/1994, Dictamen del 14 de julio de 1995.

<sup>77</sup> CDH, Observación General No. 27, op. cit., párr. 13.

<sup>78</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, op. cit., párr. 54; caso *Palamara Iribarne*, op. cit., párr. 63.

<sup>79</sup> Corte IDH, caso *López Álvarez*, op. cit., párr. 170; caso *Ríos y otros*, op. cit., párr. 349; caso *Perozo y otros*, op. cit., párr. 380.

## a. La protección de la honra y la reputación

El DIDH reconoce, entre otros, el derecho de todas las personas a la honra y a la vida privada, prohibiendo explícitamente todas las injerencias arbitrarias o abusivas en ella por parte de terceros o de la autoridad pública.<sup>80</sup> En el reciente caso *Fontevicchia* la Corte IDH especificó que el artículo 11 cubre el derecho a la intimidad, el cual "comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público",<sup>81</sup> incluyendo además el derecho a la propia imagen<sup>82</sup> (control sobre las imágenes y fotografías personales). El derecho a la intimidad impone al Estado la obligación de adoptar medidas que protejan a las personas de "las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas, incluyendo los medios de comunicación".<sup>83</sup>

La protección de la honra y reputación (inclusive el derecho a la intimidad personal)<sup>84</sup> puede ser un motivo para fijar responsabili-

<sup>80</sup> Corte IDH, *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 193-194; *caso Tristán Donoso*, *op. cit.*, párr. 55; *caso Fontevicchia*, *op. cit.*, párr. 48.

<sup>81</sup> Corte IDH, *caso Fontevicchia*, *op. cit.*, párr. 48.

<sup>82</sup> Corte IDH, *caso Fontevicchia*, *op. cit.*, párrs. 67 y 70.

<sup>83</sup> Corte IDH, *caso Fontevicchia*, *op. cit.*, párr. 48. En idéntico sentido la Corte IDH cita: Corte Europea de Derechos Humanos, *caso Von Hannover vs Alemania*, sentencia del 24 de junio de 2004, párr. 57; y Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1165 sobre el derecho a la privacidad, 26 de junio de 1998, art. 12.

<sup>84</sup> Corte IDH, *caso Fontevicchia*, *op. cit.*, párrs. 59-60. En este caso la Corte declaró que los estándares que ha utilizado respecto a la protección de la libertad de expresión

dades posteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión.<sup>85</sup> Sin embargo, la garantía del ejercicio simultáneo de los derechos a la honra y a la libertad de expresión (siempre que éstos entren en colisión) se debe realizar mediante una ponderación que, en cada caso, atienda todas las circunstancias que lo rodean,<sup>86</sup> considerando principalmente que en una sociedad democrática las instituciones o entidades del Estado están sometidas al escrutinio y la crítica de todas las personas, pues sus actuaciones deben hacer parte del **debate público**.

Respecto a los derechos en disputa, muchos casos enfrentan la honra y la reputación de las personas naturales o jurídicas con diferentes formas de expresión particularmente sensibles. En estos casos, sin perjuicio del deber de ponderar las circunstancias específicas de cada caso, *prima facie* debe prevalecer la libertad de expresión y en caso de proceder responsabilidad ulterior y no ser suficiente con la rectificación y/o respuesta, se debe analizar la existencia de una "real malicia", esto es la existencia de una conducta dolosa, caracterizada por el pleno conocimiento de

---

en los casos de los derechos a la honra y a la reputación son aplicables, en lo pertinente, a casos sobre intimidación, considerando que ambos derechos están protegidos en el artículo 11 de la CADH. Específicamente en el caso *Fontevicchia* la Corte retoma dos criterios relevantes de su jurisprudencia respecto a la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan. En el caso *Fontevicchia* la Corte IDH analiza el derecho a la libertad de expresión contrastado con el derecho a la intimidad del ex presidente argentino Carlos Menem. En este sentido, la Corte precisó que "[e]l diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo cual lo puede llevar a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su derecho a la vida privada".

<sup>85</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, *op. cit.*, párr.71; caso *Tristán Donoso*, *op. cit.*, párr. 118.

<sup>86</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, *op. cit.*, párr. 51; caso *Tristán Donoso*, *op. cit.*, párr. 93.

estar difundiendo información falsa o con evidente desprecio por la verdad de los hechos y con una intención de causar un daño.<sup>87</sup> En este punto es importante precisar que, como nos recuerda la RELE-CIDH, el *onus probandi* en casos de responsabilidad ulteriores recae en quien alega afectaciones a su honra, debiendo probar la falsedad de las expresiones y los daños producidos;<sup>88</sup> de esta suerte, las eventuales responsabilidades ulteriores de las personas cuyas expresiones se cuestionan supone reconocer que la aplicación del principio *onus probandi incumbit actori* da a la libertad de expresión una protección inicial prevalente respecto de otros derechos como la honra y la reputación; de esta suerte, dicha protección inicial debe ser desvirtuada demostrando los elementos previamente explicados.

La Corte IDH ha establecido que "no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones".<sup>89</sup> En el mismo sentido, en el reciente caso *Fontevicchia* sostuvo que "tampoco estima contraria a la Convención Americana una medida civil a propósito de la expresión de informaciones u opiniones que afecten la vida privada o intimidad personal";<sup>90</sup> la Corte exige que esta clase de medidas civiles que generan responsabilidades ulteriores por expresiones lesivas de la honra y la dignidad de las personas, deben ser aplicadas de manera restringida "ponderando la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, las características del daño alegadamente causado y otros datos que pongan de manifiesto

<sup>87</sup> Corte IDH, caso *Tristán Donoso*, op. cit., párr. 125; caso *Usón*, op. cit., párr. 86.

<sup>88</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ulloa*, op. cit., párr. 132; caso *Tristán Donoso*, op. cit., párr. 120.

<sup>89</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, op. cit., párrs. 55 y 78; caso *Fontevicchia*, op. cit., párr. 55.

<sup>90</sup> Corte IDH, caso *Fontevicchia*, op. cit., párr. 56.

la necesidad de recurrir a la vía civil".<sup>91</sup> En este sentido, la Corte IDH determinó que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley civil deben realizar un *control de convencionalidad*, en el marco de sus respectivas competencias, para lograr que la ley general y abstracta **sea interpretada de conformidad** con los derechos humanos establecidos en la CADH.<sup>92</sup>

El principio de *ultima ratio* del derecho penal cobra especial relevancia en el análisis de los límites legítimos a la libertad de expresión. Así, esta fórmula que materializa el principio *pro personae* implica, en palabras de la Corte IDH, que *excepcionalmente* se puede recurrir al derecho penal para responsabilizar personas que incurrir en un ejercicio abusivo e ilegal de su libertad de expresión, pero esta posibilidad de sanción penal "se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales".<sup>93</sup>

### III. Análisis de casos

#### 1. Los tipos penales de injuria y calumnia en Colombia (sentencia C-442 de 2011)<sup>94</sup>

En este caso la Corte Constitucional colombiana debió examinar y determinar el alcance de la libertad de expresión y el alcance

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> Corte IDH, caso *Fontevicchia*, *op. cit.*, párr. 93.

<sup>93</sup> Corte IDH, caso *Kimel*, *op. cit.*, párrs. 63 y 78.

<sup>94</sup> Corte Constitucional colombiana, sentencia C-442/11, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de mayo de 2011.

del principio de estricta legalidad penal, como referentes inmediatos para resolver la acción pública de inconstitucionalidad respecto a los tipos penales de injuria y calumnia que fueron cuestionados por los demandantes. Así, una vez determinada positivamente la aptitud de la demanda, la Corte reconoce como punto de partida que "los tipos penales de injuria y calumnia pueden ser considerados, eventualmente, como una limitación a la libertad de expresión"<sup>95</sup> y procede a determinar el contenido y alcance de este derecho partiendo del artículo 20 de la Constitución Política de Colombia y de los artículos 13 de la CADH y 19 de PIDCIP.<sup>96</sup> De estas normas la Corte desprende ocho rasgos que determinan el contenido del derecho a la libertad de expresión, a saber:

- a) Su titularidad es universal, sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión. La expresión "toda persona" define el carácter universal del derecho (inclusive las personas jurídicas y especialmente los medios de comunicación) y en tanto acto de comunicación se en-

<sup>95</sup> Sin perjuicio de lo anterior, la Corte aclara que su jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto y que es especialmente relevante reconocer que la libertad de expresión no incluye un *derecho al insulto*. Así lo sostuvo en la sentencia C-010 de 2000.

<sup>96</sup> De la naturaleza "plurinormativa" de estos artículos la Corte deriva dos categorías de libertad de expresión: *en sentido estricto* y *en sentido amplio*. Además, la Corte especifica que la libertad de expresión es un derecho que ocupa un lugar privilegiado en el catálogo de derechos fundamentales por: a. consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; b. razones derivadas del funcionamiento de las democracias; c. motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; d. consideraciones sobre la preservación y el aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y e. motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.

tiende que tanto el emisor como el receptor (puede ser incluso la colectividad)<sup>97</sup> son titulares del derecho. La Corte reconoce que la libre expresión es un instrumento para el ejercicio de otros derechos fundamentales como, *inter alia*, la libertad religiosa, la participación política y el libre desarrollo de la personalidad.

- b) Existe una presunción de cobertura de "toda forma de expresión", sin perjuicio de ciertos tipos de expresión prohibidos, a saber: la propaganda en favor de la guerra; la apología al odio en sentido amplio; la pornografía infantil; y la incitación directa y pública al genocidio.<sup>98</sup>
- c) Existen diferentes grados de protección<sup>99</sup> de los discursos amparados por la libertad de expresión, lo que incide directamente sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control de constitucionalidad al que se han de sujetar las limitaciones.

---

<sup>97</sup> La Corte sostiene que "[e]n una democracia, los intereses de los que reciben el influjo de distintas expresiones son primordiales, puesto que de ello depende la formación de sus preferencias como ciudadanos".

<sup>98</sup> La Corte sintetiza este rasgo de la libertad de expresión señalando que, con excepción de los cuatro tipos de expresión prohibidos, "la presunción constitucional de cobertura por la libertad de expresión, y *la sospecha correlativa de inconstitucionalidad* de toda limitación a la expresión, se aplican en principio a toda forma de expresión humana".

<sup>99</sup> Según la Corte, gozan de mayor protección las expresiones relacionadas con el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales dentro de los que se encuentran ocho tipos de discurso: i. la correspondencia y demás formas de comunicación privada; ii. Los discursos estéticos, morales, emotivos o personales; iii. La exposición de convicciones y la objeción de conciencia; iv. El discurso religioso; v. el discurso académico, investigativo y científico; vi. Las expresiones realizadas en el curso de

- d) Protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional.
- e) La expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, ya que esta libertad protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión;
- f) Esta libertad cubre tanto las expresiones socialmente aceptadas como las consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las posturas y creencias mayoritarias (se protege tanto el contenido como el tono de las expresiones);
- g) El ejercicio de esta libertad conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; y
- h) De esta libertad se derivan obligaciones a todas las autoridades del Estado y deberes para los particulares.

La Corte aborda el análisis de los tipos penales de injuria y calumnia en tanto restricciones a la libertad de expresión y como medidas de protección a los derechos fundamentales a la honra

---

manifestaciones públicas pacíficas; vii. El discurso cívico o de participación ciudadana; y viii. El discurso de identidad que expresa y refuerza la propia adscripción cultural o social.

y al buen nombre. Al respecto, la Corte reitera su jurisprudencia según la cual la honra y el buen nombre<sup>100</sup> constituyen derechos fundamentales que se protegen tanto en sede de acción de tutela, como a través de las instancias civiles y penales.<sup>101</sup>

La Corte precisó que:

...la afectación al buen nombre se origina, básicamente, por la emisión de información falsa o errónea y que, a consecuencia de ello, se genera la distorsión del concepto público. Por el contrario, la honra se afecta tanto por la información errónea como por las opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a la conducta privada de la persona o sobre la persona en sí misma.

Así, la Corte sostiene que, sin perjuicio de reconocer la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión frente a estos dos derechos en Colombia "históricamente se ha entendido que los tipos penales de injuria y calumnia son medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre";<sup>102</sup> lo anterior, considerando que estos derechos se encuentran reconocidos tanto en la Constitución Política como en diversos tratados internacionales de derechos humanos y que están ligados al respeto de la dignidad humana. La Corte analiza los

---

<sup>100</sup> La Corte Constitucional ha señalado que el buen nombre se refiere a la apreciación que se otorga a las personas por asuntos relacionales mientras que la honra se refiere más a la apreciación de la sociedad hacia una persona a partir de su propia personalidad y comportamientos privados directamente ligados con ella. Uno y otro derecho están íntimamente ligados con la dignidad humana.

<sup>101</sup> Al respecto la Corte cita sus sentencias T-1319 de 2001 y C-489 de 2002.

<sup>102</sup> Ver en este sentido la sentencia C-417 de 2009.

trabajos preparatorios del Código Penal, en punto a la tipificación de la injuria y la calumnia y concluye que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar estos delitos "es proteger el derecho fundamental a la honra y que la posibilidad de la despenalización fue desechada debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados"; concluyendo de esta manera que los tipos penales demandados persiguen una finalidad legítima. En este punto la Corte introduce un elemento relevante a la discusión: la libertad de configuración del legislador y los límites de ésta.

El principio de estricta legalidad, en el derecho penal se ve fortalecido con la premisa de que la criminalización de una conducta sólo puede operar como *ultima ratio*. La Corte parte de dos extremos de análisis respecto a la tipificación de los delitos, precisando que derivados del orden constitucional y del DIDH el Estado está obligado a tipificar ciertas conductas como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas y que en el extremo opuesto está obligado a no tipificar conductas que se desenvuelven en ámbitos de libertad garantizados como derechos humanos; y al respecto concluye la Corte que:

...[a]l margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena.<sup>103</sup>

<sup>103</sup> En este punto la Corte enfatiza que la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Asimismo, la Corte reconoce que el principio de legalidad penal tiene un amplio alcance que incluye por lo menos los siguientes elementos:

- a) La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- b) La prohibición de usar el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- c) La prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*);
- d) La prohibición de delitos y de penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*);
- e) El principio de lesividad del acto (*nullum lex poenalis sine iniuria*);
- f) El principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*);
- g) El derecho penal de acto y no de autor.

Bajo este marco analítico la Corte plantea que "la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales", de manera que sólo deben ser tipificadas conductas que afecten bienes jurídicos con relevancia constitucional.

En este punto la Corte Constitucional hace un análisis del caso *Kimel vs. Argentina* de la Corte IDH y de su relevancia para resolver la acción de inconstitucionalidad *sub lite*. Como punto de

partida para este análisis la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia constante respecto al alcance del bloque de constitucionalidad señalando que "la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar [los tratados internacionales] constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales". Así, la Corte especifica claramente que "la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional **que integra el parámetro de control de convencionalidad**"<sup>104</sup> (énfasis agregado).

La Corte Constitucional precisa que en la sentencia del caso Kimel la Corte IDH hizo referencia a que en ciertos casos la libertad de expresión puede ser limitada para proteger la honra y la reputación, de manera que en dicha sentencia se reconoce que excepcionalmente el derecho penal puede ser utilizado para restringir la libertad de expresión, siempre y cuando se trate de una medida estrictamente necesaria, frente a los ataques más graves y que la descripción típica sea clara y precisa. La Corte Constitucional enfatiza el reconocimiento que hace la Corte IDH en el caso Kimel respecto a que ésta

...no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero

<sup>104</sup> En el mismo sentido ver Sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010. La Corte Constitucional ha desarrollado una importante jurisprudencia respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, reconociéndola como "fuente de derecho internacional vinculante para Colombia". Al respecto ver la Sentencia C-370 de 2006.

dicha posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

Pese a que la Corte Constitucional reconoce expresamente el valor de las sentencias de la Corte IDH como fuentes de derecho, en la lógica de un sistema de precedentes considera que la sentencia del caso Kimel

...no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de **un control de convencionalidad** que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales (énfasis agregado).

De esta manera, la Corte Constitucional realiza el análisis de constitucionalidad/convencionalidad demandado, partiendo de una revisión integral del sistema jurídico colombiano, teniendo como referente la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales sobre la materia, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, de la Corte Suprema de Justicia y la suya propia.

Específicamente la Corte Constitucional reconoce que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha desarrollado los delitos de injuria y calumnia defendiendo una interpretación restringida del

tipo penal que favorece la *vis expansiva* de la libertad de expresión. Al respecto precisa la Corte que "la interpretación reiterada de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones constituye derecho viviente que permite delimitar el contenido normativo de las disposiciones sometidas a control de constitucionalidad". Así, la Corte Constitucional precisa que la jurisprudencia de la Corte Suprema y la suya propia determinan el contenido y alcance de los tipos penales acusados y reitera que dicha jurisprudencia está de acuerdo con el contenido del derecho a la libertad de expresión y de esta manera concluye que esta jurisprudencia es obligatoria para los Jueces cuando interpreten y apliquen los tipos penales de injuria y calumnia en un caso concreto.

De otro lado, la Corte Constitucional precisa que es errado sostener que la tipificación de la injuria y la calumnia *per se* son una vulneración de la libertad de expresión, lo cual, no ha sido sostenido ni por ella misma, ni por la Corte IDH. En este sentido, la Corte Constitucional concluye que:

...las medidas de carácter penal, son idóneas para proteger los derechos fundamentales, o en general bienes constitucionalmente protegidos, porque están diseñadas para prevenir la ocurrencia de las conductas que potencialmente pueden lesionarlos, precisamente por los efectos disuasorios que tiene la amenaza de la sanción penal.

Asimismo, la Corte precisa que:

...los delitos de injuria y calumnia pretenden tutelar los derechos a la honra y al buen nombre sin distinguir el sujeto activo

de la conducta tipificada, es decir, no sólo son tipos penales de sujeto activo calificado cuya comisión esté reservada a comunicadores o periodistas. Igualmente estos delitos tampoco fueron diseñados para proteger la honra y el buen nombre de los servidores públicos, sino que van dirigidos a preservar los derechos fundamentales de cualquier persona residente en Colombia, en esta medida cumplen importantes propósitos dirigidos a preservar la paz social y a evitar la justicia privada.

La Corte Constitucional parte de la premisa de que "existe una protección multinivel de los derechos al buen nombre y a la honra" y aclara que dentro de este diseño protector, los tipos penales de injuria y calumnia sólo son aplicados

...cuando se trata de vulneraciones especialmente serias de estos derechos fundamentales, frente a las cuales los otros mecanismos de protección resultan claramente insuficientes, lo que precisamente concuerda con la idea del derecho penal como *ultima ratio*.<sup>105</sup>

Por último, la Corte reconoce que la tendencia en el sistema interamericano es a la despenalización de esta clase de conduc-

---

<sup>105</sup> A este respecto la Corte precisa que "la manera como está diseñado el proceso penal respecto de estos delitos en particular, los cuales requieren querrela por parte del interesado y además las posibilidades de desistimiento en la querrela, la obligación de adelantar la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción penal y otras figuras previstas por la Ley 906 de 2004, reafirman la idea que la sanción penal sólo procedería como *ultima ratio* cuando se trata del juzgamiento de este tipo de delito, lo que resalta su adecuado diseño legislativo y repercute en el juicio de proporcionalidad de los artículos examinados"

tas, pero la Corte reconoce que en principio éste es un asunto reservado al legislador en el ejercicio de su potestad de configuración legislativa.

Bajo esta construcción argumentativa la Corte Constitucional declara exequibles las normas demandadas.

\* \* \*

Como vemos, este caso es un ejemplo de cómo una Alta Corte ejerce un control de constitucionalidad/convencionalidad, en el que evalúa de manera integrada las diferentes normas del derecho interno (de naturaleza penal y constitucional) de manera armónica con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Esto *per se* configura una buena práctica judicial. De esta suerte, es importante precisar que esta sentencia, implícitamente,<sup>106</sup> muestra un claro diseño metodológico respecto a cómo conjuntar y armonizar un análisis de constitucionalidad con un análisis de convencionalidad, incorporando las diferentes fuentes del derecho, tanto interno como internacional.

Así, podríamos compartir o no el sentido de esta decisión, pero no se puede desconocer que argumentativamente la sentencia retoma y aplica los principales estándares internacionales sobre libertad de expresión que fueron expuestos *supra*, e incluso propone desarrollos conceptuales de mayor alcance como son los elementos del principio de estricta legalidad penal, las razones

---

<sup>106</sup> Recomendamos a las/os operadoras/es judiciales y en general a quien tenga interés académico en ello leer esta sentencia y "deconstruirla" para identificar el esquema argumentativo que usa la Corte colombiana para sustentar sus conclusiones jurídicas, con ello tendrán un buen referente de cómo se realiza un control de convencionalidad/constitucionalidad en un caso concreto.

por las cuales la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado en el catálogo de derechos fundamentales; y la delimitación conceptual de los ocho rasgos que determinan el contenido de este derecho. Por lo que consideramos que este esfuerzo de delimitación teórico-jurisprudencial es una buena práctica que permite identificar la coherencia de la decisión y el alcance de la misma.

En tercer lugar, el análisis sobre el criterio de *ultima ratio* del derecho penal resulta relevante para entender por qué esta decisión es una buena práctica judicial. La Corte Constitucional hace explícito este entendimiento y postula la importancia de que se revise el "diseño legislativo" del procedimiento penal respecto a los tipos penales acusados y, como vimos, encuentra que la naturaleza querellable del delito, aunada a la obligatoriedad de la conciliación y a la interpretación restringida del tipo penal que han hecho la Corte Suprema colombiana y la propia Corte Constitucional muestran cómo la revisión de un problema jurídico constitucional puede y debe entender el derecho interno y el derecho internacional como dos componentes autónomos de un todo normativo que ofrece una solución conforme a la protección de los derechos humanos. No dudamos que una despenalización pura y simple de estas conductas sea la opción ideal respecto a la protección y garantía de la libertad de expresión,<sup>107</sup> pero no podemos

---

<sup>107</sup> Casos como el del periodista Luis Agustín González, quien fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, el pasado 29 de febrero de 2012, a 18 meses de prisión por el delito de injuria, nos permiten identificar los claros riesgos de mantener figuras punitivas como la injuria y la calumnia en el ordenamiento penal. Evidentemente el Tribunal no aplicó los criterios definidos por el DIDH y por la Corte Constitucional colombiana y generó una decisión abiertamente contraria a derecho, que justamente evidencia la actualidad y urgencia de asumir un debate profundo sobre el abuso del derecho penal con el propósito de silenciar la expresión y el pensamiento críticos. Para más información sobre este caso ver <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=885&IID=2>.

desconocer que la argumentación jurídica ofrecida por la Corte Constitucional supera con rigor los requisitos exigidos por el DIDH que identificamos antes y con ello salva la constitucionalidad de la norma, pero haciendo que este control de constitucionalidad-convencionalidad sea referente ineludible para la eventual aplicación del tipo penal en casos concretos en que se supera la querrela y la conciliación en el trámite de un proceso penal.

Respecto al muy sensible tema de la libertad de configuración del legislador, la Corte Constitucional colombiana aporta en este caso elementos muy valiosos en relación a los extremos en los que tal libertad de configuración se desvanece, reconociendo que a la luz del DIDH el Estado está obligado a tipificar ciertas conductas como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas y que en el extremo opuesto está obligado a no tipificar conductas que se desenvuelven en ámbitos de libertad garantizados como derechos humanos. La Corte delimita pues dichos extremos y reconoce una amplia libertad de configuración para las demás hipótesis. Sin duda que esta reflexión admite diferentes posiciones, divergentes y polémicas, pero para efectos de identificación de buenas prácticas judiciales consideramos que es razonable la construcción teórica ofrecida por la Corte y que en tanto que respeta los mandatos expresos del DIDH resulta un elemento valioso de análisis.

Contrario a lo que podría pensarse *prima facie* (respecto a la inaplicación que abiertamente hizo la Corte Constitucional del caso Kimel para resolver esta acción) es importante ver que la Corte colombiana reconoció expresamente que la jurisprudencia

de la Corte IDH contiene la interpretación autorizada respecto de la CADH, por lo que no puede sostenerse que la Corte Constitucional desconoció el efecto de la jurisprudencia interamericana en tanto fuente de derecho. Para nosotros resulta evidente que en esta sentencia se identificaron sendas diferencias entre los supuestos de hecho del caso Kimel *vis a vis* el caso que tenía en su conocimiento la Corte Constitucional, por lo que de manera razonada dicha Corte encontró que no se podía aplicar el precedente Kimel (justamente porque no había identidad de supuestos fácticos para que el precedente fuera aplicado). Este análisis, aunque polémico, permite mostrar cómo la Corte Constitucional reconoce la naturaleza jurídica de fuente de derecho a la jurisprudencia de la Corte IDH y explícitamente asume su deber argumentativo de justificar por qué en el caso concreto un precedente de la Corte IDH no es aplicable, lo que de suyo es una buena práctica judicial en nuestra opinión.

## 2. El delito de desacato en Guatemala<sup>108</sup>

En este caso la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CCG) evaluó la constitucionalidad de los artículos del Código Penal que regulaban el delito de Desacato<sup>109</sup>. Para delimitar el tema central del debate, la CCG precisó que la libertad de expresión es un derecho inherente a la persona humana de conformidad

<sup>108</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Acción de Inconstitucionalidad General Parcial 1122-2005, 1 de febrero de 2006.

<sup>109</sup> Tal delito se materializa mediante amenazas, injurias, calumnias u ofensas contra la dignidad de los Presidentes de los tres Organismos de Estado y respecto de cualquier autoridad en el ejercicio de sus funciones.

con "la regulación convencional internacional", específicamente con los artículos 18 de la DUDH, IV de la DADDH, 13.1 de la CADH y 19.2 del PIDCP. La Corte delimitó el contenido y alcance de la libertad de expresión retomando la OC-5/85 de la Corte IDH, reconociendo que existe una dualidad en el alcance tuitivo de este derecho (protege a las personas y a la sociedad en su conjunto).

Asimismo, de la interpretación directa de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH, la CCG concluye que las y los servidores públicos, por el desempeño de las funciones que les son propias, están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, de manera que las leyes que penalizan una expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos violan la libertad de expresión y el derecho a la información.

Sostiene la CCG que, aplicando un elemental principio de realismo, resulta insoslayable que la expectativa de ser sancionado penalmente por expresar opiniones puede desalentar su expresión; de manera que si bien la normativa penal no contempla una censura expresa, sí puede motivar la autocensura respecto del escrutinio de la función pública. La Corte realiza el análisis del principio de estricta legalidad penal según el cual el legislador tiene la obligación de determinar de la forma más clara y precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas acciones u omisiones que se consideran punibles, mediante una clara definición de la conducta incriminada y sus elementos, concluyendo en el caso *sub examine*, que la regulación de tipos y sanciones penales que propendan a una protección indebida e irrazonable de los funcionarios e impi-

dan con ello el escrutinio público de su labor pública (Auditoría Social), atentan contra el derecho a la libre expresión del pensamiento y, por ende, afrentan al propio régimen democrático. En ese sentido la Corte cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Handsyde vs. UK*).

Además de lo anterior, la Corte precisa que la protección misma de la libertad de expresión implica que del indebido ejercicio de ese derecho dimana responsabilidad, pero esta última, para el caso de señalamientos dirigidos a funcionarios públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos, sólo puede ser determinada y subsecuentemente sancionada a través de sanciones civiles, pues la existencia de una sanción penal podría inhibir el control de la función pública necesario en una sociedad democrática, al ser instrumentalizada esta sanción como un medio represivo de la crítica. Continúa la CCG estableciendo que la libertad de expresión, como todo derecho fundamental, está sujeto a limitaciones, como la protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

En este punto la Corte concluye que la responsabilidad en el ejercicio de la libre expresión del pensamiento encuentra asidero en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CADH y PIDCP principalmente), aclarando que no podría quedar exenta de responsabilidad toda expresión de pensamiento dirigida a autoridades y funcionarios públicos, si ésta se hace irrespetando su dignidad como personas, a tal grado de menoscabar sustancialmente ésta y hacer así nugatorio el imperativo categórico contenido en el artículo V de la DADDH. Por ende, la Corte concluye

y declara que constitucionalmente está exenta de responsabilidad penal la crítica que va dirigida al desempeño de la función pública. En suma, la Corte entiende que la responsabilidad que pudiera imputarse a una persona por haber realizado una crítica, señalamiento o imputación que pueda ser considerada como infamante contra un funcionario público, debe ser de tipo civil.

La Corte retoma el Informe de la CIDH sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la CADH en el que se estableció que tales leyes no son acordes con el criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos, por considerarse que se prestan para silenciar ideas y opiniones impopulares y reprimen el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas.<sup>110</sup> Respecto a la *exceptio veritatis* que establece el mismo código penal acusado, la Corte encuentra que éste establece una inversión de la carga probatoria carente de razonabilidad como condicionante para la absolución.

La CCG dio la razón a los demandantes y consecuentemente declaró inconstitucionales los artículos del Código Penal acusados.

\* \* \*

Este caso nos presenta una buena práctica judicial en la que se evalúan de manera concreta los efectos adversos de la legis-

---

<sup>110</sup> También acude la Corte al derecho comparado y cita el caso *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 254, 1964) de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el que ésta estableció que el Estado debe garantizar la libertad de expresión, incluso en sus leyes penales, considerando que las leyes que penalicen la difamación no se pueden referir a una crítica general al gobierno o de sus políticas, pues los ciudadanos son libres de divulgar información cierta sobre sus funcionarios.

lación penal restrictiva de la libertad de expresión a partir de la propia Constitución y del DIDH. La argumentación vertida en esta sentencia nos presenta un especial énfasis en los informes y recomendaciones de la Relatoría Especial de la CIDH sobre Libertad de Expresión obteniendo de esta Relatoría los principales elementos de análisis para ofrecer la solución del caso. Consideramos que este reconocimiento implícito de que la doctrina especializada de esta Relatoría es una fuente autorizada de interpretación de las obligaciones estatales establecidas en la CADH, es *per se* una buena práctica judicial que apunta a entender que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos cuenta con importantes herramientas para dar efecto útil a las normas de los tratados internacionales y en todo caso, para encontrar la interpretación que proteja en mayor medida a la persona humana (principio *pro personae*).

El especial énfasis de la Corte guatemalteca respecto a la proscripción de la sanción penal de aquellos casos en donde se hagan señalamientos dirigidos a funcionarios públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos y la aplicación de eventuales responsabilidades ulteriores de naturaleza civil nos parece una consideración muy positiva en aplicación de los principios *pro personae* y *ultima ratio* del derecho penal.

Respecto al criterio de *Auditoría Social* a los funcionarios públicos, utilizado por la CCG para definir la legalidad de un tipo penal y la relación de dicho criterio con la democracia, consideramos que es un desarrollo teórico muy importante de la Corte guatemalteca que además de ser una buena práctica judicial es un aporte conceptual oportuno y de alto nivel.

### 3. Vida privada y libertad de expresión en el derecho constitucional mexicano<sup>111</sup>

Esta sentencia resuelve un amparo directo en revisión respecto de la aplicación del tipo penal de *ataques a la vida privada*, establecido en la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. El periódico *La Antorcha* publicó una nota de prensa en la que se revelaban detalles precisados por un ex servidor público sobre presuntos actos de corrupción cometidos por el presidente municipal de un Ayuntamiento. Además la nota presentó cuestiones relacionadas con las deudas del referido presidente municipal y con conductas reprochables de éste (de índole sexual inclusive). El burgo-maestre presentó denuncia penal contra el director general del periódico alegando que era mentira todo lo que se había publicado y que tales afirmaciones le causaban deshonor, descrédito y perjuicio, y que lo desprestigiaba e invocando el tipo penal de ataques a la vida privada.

El director del periódico (el señor W) fue condenado y su sentencia fue confirmada en segunda instancia; contra esta decisión el ex servidor municipal interpuso un juicio de amparo directo que le fue negado y este juicio fue posteriormente conocido en revisión por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la Sala o PS-SCJN).

<sup>111</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Amparo Directo en Revisión 2044/2008, Ministro Ponente José Ramón Cossío Díaz, Primera Sala 17 de junio de 2009.

La PS-SCJN concedió el amparo de manera lisa y llana concluyendo que en este caso el señor W en realidad estaba ejerciendo legítimamente un derecho fundamental. El Alto Tribunal encontró que el razonamiento de la sentencia de amparo fue erróneo e inadecuado en el tratamiento de los derechos implicados en el caso y estableció que hubo una incorrecta interpretación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En un interesante análisis la PS-SCJN encontró que la sentencia revisada efectivamente trató el caso del "señor W" como una limitación (restricción) de la libertad de expresión.

En primer lugar la Sala precisó que los derechos fundamentales tienen estructura de principios y por ende no tienen acotadas previamente sus condiciones de aplicación y en ese sentido contienen un *mandato de optimización*<sup>112</sup> que en la práctica dependerá de otras normas jurídicas: los principios/derechos humanos están indefectiblemente llamados a ser *limitados* por los otros principios y reglas con los que entren en tensión. Estas limitaciones se encuentran explícitamente en la Constitución y se concretan en el orden público, la vida privada, los derechos de los demás y la moral.

Al respecto la PS-SCJN sostiene que aunque en el desarrollo ordinario de su función normativa el legislador puede dar especificidad a los derechos, su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución exige un análisis sustantivo, de suerte que "[n]o basta

---

<sup>112</sup> Entendido como la instrucción de que "algo" constitucionalmente establecido sea realizado en la mayor medida posible.

invocar la ley, señalar su existencia, y considerar que allí se termina la labor de un tribunal de constitucionalidad". La Sala precisó que la CPEUM, en Constitución "regulativa",<sup>113</sup> es "fuente del derecho" en sí misma considerada, por lo que debe aplicarse para el enjuiciamiento de los casos concretos.

Así, *inter alia*, la Sala identificó la obligación de la autoridad judicial de justificar la necesidad de acudir al derecho penal (al que califica como el instrumento más intenso y peligroso de limitación de derechos: herramienta de *ultima ratio*). Respecto al derecho al honor y a la vida privada de los funcionarios públicos *vis a vis* la libertad de informar de los periodistas, la Sala concluye que la sentencia que se revisaba entendió equivocadamente que existe una equivalencia automática entre "vida sexual" y "vida privada" y soslaya o mezcla los diversos significados de estas expresiones. Considerando que el denunciante era un *funcionario público* y el denunciado *un periodista*, sostiene la Sala que la ponderación a realizar en estos casos debe considerar el tipo de interés público asociado tanto a las actividades de los funcionarios públicos como a la actividad periodística *per se*.<sup>114</sup>

La Sala encuentra que el Tribunal Colegiado que resuelve el amparo que se revisa hace un uso inadecuado de los conceptos

---

<sup>113</sup> Esto es, que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que se deben respetar.

<sup>114</sup> La Sala, retomando jurisprudencia y doctrina internacional, declaró la protección especialmente enérgica de la expresión y difusión de informaciones en asuntos de interés público, inclusive los discursos políticos y electorales.

de vida privada, reputación e intimidad.<sup>115</sup> En este punto la Sala recuerda que el derecho a la vida privada está reconocido en declaraciones y tratados de derechos humanos que vinculan al Estado mexicano<sup>116</sup> y además reconoce, citando abundante jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que la noción de vida privada atañe a la esfera de la vida en la que las personas pueden expresar libremente su identidad ya sea en sus relaciones con los demás o solas y la vinculación de este derecho con un "amplio abanico de otros derechos".

La Sala precisó que el derecho a la vida privada<sup>117</sup> es un derecho variable (por *motivos internos* y *externos*)<sup>118</sup> e implica que las personas gozan de un ámbito de proyección de su existencia que queda reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellas y les provee de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y libertad—. Así, la Sala precisa que en relación a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos es claro

---

<sup>115</sup> La SCJN ha entendido el derecho a la vida privada como un concepto amplio que incluye honor, privacidad e intimidad. Sin perjuicio de esto la Sala señaló que hay motivos para hacer distinciones nítidas entre ellos.

<sup>116</sup> Refiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el PIDCP (artículo 17), la CADH (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16).

<sup>117</sup> La Sala precisa que la vida privada guarda relación clara con derechos conexos como el derecho al honor o reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a impedir la divulgación de ciertos hechos o la publicación no autorizada de cierto tipo de fotografías, la protección contra el espionaje, la protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, entre otros.

<sup>118</sup> Según la Sala, la variabilidad *externa* alude a la diferencia normal y esperada entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y la protección real que ofrecen en casos concretos una vez contrapesados y armonizados con otros derechos e intereses.

que ningún derecho es absoluto y que todos pueden ser restringidos siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional.

En la especie la Sala concluyó que:

...no es cierto que por el sólo hecho de referirse a aspectos sexuales de la vida de las personas, ciertos hechos o afirmaciones caigan dentro de un ámbito inquebrantable e intocable de privacidad, de manera que cualquier conducta que pueda ser vista como una mínima afectación a ellos deba ser por esa razón duramente sancionada, hasta por medios penales, con independencia de cualquier otra consideración.

En este punto la Sala precisa que la libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente esenciales en la estructura del Estado constitucional de derecho y para el adecuado funcionamiento de la democracia. En este punto la Sala retoma la jurisprudencia de la Corte IDH y precisa que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, lo que implica que los individuos no vean impedida su posibilidad de manifestarse libremente y además que se respete el derecho de la colectividad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual es *conditio sine qua non* para el adecuado funcionamiento de la democracia.<sup>119</sup> Asimismo, la Sala consideró que la libertad de expresión

<sup>119</sup> Siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH la Sala reconoce que los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial para el despliegue de la función co-

cobija tanto expresión de *opiniones* como aseveraciones sobre *hechos*.<sup>120</sup>

Respecto a la resolución jurídica de los conflictos entre libertad de información y de expresión y derechos de la personalidad, la Sala encuentra que tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen reglas claras para la resolución de dichos conflictos; entre tales reglas destaca aquélla que precisa que las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas, así como los candidatos a desempeñarlas, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos ordinarios frente a la actuación de los medios de comunicación de masas en ejercicio de los derechos a expresarse e informar. Al respecto la Sala retoma la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el umbral de protección del honor y los límites de la crítica aceptable respecto de un funcionario público.

---

lectiva de la libertad de expresión y concluye que el ejercicio efectivo de las libertades de expresión e información exige la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan y el mismo puede verse injustamente restringido por actos normativos o administrativos de los poderes públicos o por condiciones de facto que coloquen en situación de riesgo o vulnerabilidad a quienes la ejerzan. En este punto la Sala refiere el alcance de la OC 5/85 de la Corte IDH.

<sup>120</sup> La Sala consideró que respecto a las opiniones no tiene sentido predicar su verdad o falsedad; en cambio la información cuya obtención y amplia difusión está en principio constitucionalmente protegida es la información veraz e imparcial. La *veracidad* impone una exigencia de un razonable ejercicio de investigación y comprobación. La Sala entiende la imparcialidad como una barrera contra la tergiversación abierta, contra la difusión intencional de inexactitudes y contra el tratamiento no profesional de informaciones.

En el análisis de las *responsabilidades ulteriores* (criterio tomado del DIDH), la Sala considera que para el análisis de la necesidad idoneidad y proporcionalidad de estas medidas, deben satisfacerse al menos las siguientes condiciones:

- a) *Cobertura legal y redacción clara* (seguridad jurídica);
- b) *Intención específica, negligencia patente o real malicia*: exige que la expresión que alegadamente causa un daño a la reputación de un funcionario público haya sido emitida con la intención de causar ese daño, con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos, o con clara negligencia respecto de la revisión de la aparente veracidad o falta de veracidad de los mismos;
- c) *Materialidad y acreditación del daño*;
- d) *Doble juego de la exceptio veritatis*. La persona que se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos y, complementariamente, no puede ser obligada a probar que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos;
- e) *Gradación de medios de exigencia de responsabilidad*. Medidas leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves;
- f) *Minimización de las restricciones indirectas*.

La PS-SCJN consideró que la garantía de los derechos implicados en este caso imponía al Tribunal:

- a) Realizar una interpretación integral de la entrevista publicada: totalidad del contenido, contexto, propósito general y modo de presentación.
- b) Considerar que la protección de la intimidad y el honor de las personas que ocupan o han ocupado cargos de responsabilidad pública es siempre menos extenso, porque han aceptado voluntariamente exponerse al escrutinio público.
- c) Considerar el fuerte interés público ligado al hecho de que existiera un debate acerca de la regularidad o irregularidad de la gestión de un Presidente Municipal.
- d) Considerar las posibilidades de acceder a los medios de comunicación y reaccionar a expresiones o informaciones que los involucren.
- e) Considerar que la democracia exige conocimiento y escrutinio constante de las acciones y omisiones de los funcionarios del Estado, y que el umbral de intensidad de crítica y debate al que deben estar expuestas personas como la que eran objeto de referencia en la nota periodística analizada es un umbral muy alto, no fácil de traspasar por razones que abran la puerta a la imputación de responsabilidades civiles o penales.

- f) Identificar la imposibilidad de aplicar la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato al caso concreto, por representar una norma de limitación de derechos innecesaria y desproporcionada, que hacía imposible evaluar jurídicamente los hechos del caso de conformidad con los estándares de derechos humanos sintetizados a la luz del DIDH. La PS-SCJN concluyó que la ley y su aplicación no respetan la doctrina de la *exceptio veritatis*.

En suma, la Sala encuentra que el acumulado de estas cláusulas impone condiciones extraordinariamente exigentes y dejan a la norma fuera de los estándares de razonabilidad. La ley analizada hace prácticamente imposible escapar del procesamiento penal en ocasión de actos de ejercicio de las libertades de expresión y opinión que deberían considerarse completamente normales y deseables.

\* \* \*

Este caso muestra elementos fundamentales para realizar un control de constitucionalidad/convencionalidad respecto de la aplicación de la restricción más intensa de la libertad de expresión: el uso del derecho penal. La Primera Sala de la SCJN retoma los principales elementos de los estándares internacionales sobre libertad de expresión y realiza un *test* de necesidad y proporcionalidad de la medida penal concluyendo que dicha medida y la ley en que se sustenta son abiertamente inconstitucionales por violar las normas de derechos humanos. Este caso muestra cómo la autoridad judicial puede y debe proteger a las personas de la actua-

ción de otras autoridades (inclusive judiciales) que puedan afectar derechos humanos.

La Sala sustenta su decisión planteando un claro marco jurídico-conceptual del que desprende los argumentos y premisas que le permiten fundar y motivar la decisión de amparar al periodista que había sido condenado penalmente con lo cual impone el principio de supremacía constitucional como pilar tuitivo de los derechos humanos.

De especial relevancia es la valoración judicial que hace la Sala respecto de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato considerando sus efectos violatorios de la libertad de expresión y el deber de *desaplicarla* precisamente por oponerse a los derechos humanos como parte del orden constitucional vigente.

Sin duda que el uso de los diferentes estándares internacionales sobre derechos humanos que invoca la PS-SCJN en este caso permiten identificar una buena práctica judicial de armonización e integración de los estándares internacionales sobre derechos humanos con el derecho constitucional mexicano, permitiendo ver los cimientos jurisprudenciales de la consolidación de un bloque de constitucionalidad tuitivo de los derechos humanos.



**Derecho a la salud:**  
elementos preliminares  
para una aproximación  
comparada

Oscar Parra Vera\*

\* Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

## I. Introducción

A pesar de las diversas objeciones contra la protección judicial de los derechos sociales, en el ámbito internacional y comparado es posible encontrar numerosos ejemplos de formas directas e indirectas de protección judicial del derecho a la salud.<sup>1</sup> En los países donde se han alcanzado niveles impor-

---

<sup>1</sup> Una sistematización de un número importante de decisiones judiciales sobre derecho a la salud adoptadas en derecho internacional y comparado puede verse, entre muchos otros, en Iain Byrne, "Enforcing the Right to Health: Innovative Lessons from Domestic Courts", en Andrew Clapham y Mary Robinson, *Realizing the Right to Health*, Swiss Human Rights Book Vol. 3, University of Zurich, 2009; Malcolm Langford y Aoife Nolan, "The Right to Health", en *id.*, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights. Legal Practitioners Dossier*, Ginebra, The Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), 2006, pp. 88 a 106, Fons Coomans (ed.), *Justiciability of economic and social rights: experiences from domestic systems*, Antwerpen: Intersentia, 2006, y Christian Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, International Commission of Jurists, 2008.

tantes de justiciabilidad ello no hubiera sido posible sin la existencia de un contexto de alto protagonismo de los Jueces, en particular, a través de la judicialización de ciertos debates y políticas sociales en orden a lograr una mayor rendición de cuentas por parte de los poderes públicos.<sup>2</sup> En el caso particular del derecho a la salud, algunos estudios explican los altos niveles de protección judicial<sup>3</sup> como una respuesta a reformas de los sistemas de salud influidas por un sesgo neoliberal y donde prevalece la lógica del Mercado.<sup>4</sup> En estos contextos, algunos Jueces han utilizado

<sup>2</sup> Existe una amplia bibliografía sobre este protagonismo de los Jueces dirigido a una mayor rendición de cuentas por parte de los poderes públicos. Respecto al caso colombiano ver Rodrigo Uprimny Yepes, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, Conectas, 2007, pp. 52 a 69. En el derecho comparado ver Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Frank Cass, 2004. Este libro efectúa un análisis comparado del rol activo de los Jueces pero también ilustra algunos riesgos debido a la falta de rendición de cuentas por parte del poder judicial. Asimismo, ver Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angell (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005; Víctor Abramovich, "La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales" en Alicia Ely Yamin (coord.), *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, Plaza y Valdés/APRODEH/IDRC, 2006 y Christian Courtis, "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social", en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/IJ-UNAM, 2007, pp. 185 a 209.

<sup>3</sup> Teniendo en cuenta los casos de Colombia, Brasil, Costa Rica, Sudafrica e India, Siri Gloppen resalta que desde los años 90 ha incrementado el litigio en relación con el derecho a la salud y precisa que "Court decisions have been wide-ranging as well: throughout Latin America, in particular, courts have ordered governments and public authorities to provide treatment for a range of conditions and to include new groups of patients in existing schemes". Siri Gloppen, "Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health", en *Health and Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2008, pp. 21 a 36.

<sup>4</sup> Para el caso colombiano, ver Víctor de Currea Lugo, *El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones*, Bogotá, ILSA, 2003; Natalia Paredes Hernández, *El derecho a la salud: su situación en Colombia*, Bogotá, CINEP/GTZ, 2003 y Natalia Paredes y Mauricio Torres, "El caso colombiano: el mercado no es para todos y todas",

diversas opciones de protección judicial que han permitido ciertos tipos de acceso a la salud.

Sin embargo, no todas las intervenciones judiciales han sido objeto de una adecuada fundamentación o algunas no han tenido impacto real. En efecto, muchas órdenes judiciales se relacionan con casos individuales que no se proyectan en la modificación estructural de la situación que explica la violación del derecho. De otra parte, el alto costo económico de muchas decisiones judiciales ha sido utilizado como pretexto para su incumplimiento o para alterar políticas sociales en desmedro de muchas personas que no interponen reclamos por vía judicial. Asimismo, algunos autores critican que la discusión sobre políticas sociales se desarrolle en el escenario judicial y no en el escenario democrático, asociado a la discusión deliberativa en el Congreso y a la rendición de cuentas por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Por estas y otras razones, en el debate sobre la justiciabilidad de los DESC ha adquirido protagonismo la caracterización de algunos tipos de intervención judicial en la materia y la determinación de escenarios de protección judicial "óptima" de los mismos.<sup>5</sup>

---

en *El derecho a la salud. Situación en países de América Latina*, Bogotá, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo y Asociación Latinoamericana de Medicina Social, 2005.

<sup>5</sup> Ejemplos de este enfoque pueden verse en Víctor Abramovich, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados" en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 2, 2005, pp. 212 a 221 y Rodrigo Uprimny Yepes, "¿Existe una protección judicial óptima de los derechos sociales", documento de trabajo no publicado, Bogotá, Dejusticia, 2006.

Esta línea de investigación defiende la justiciabilidad pero no cualquier tipo de justiciabilidad, sino aquella que es sensible frente a la realización de los derechos pero también sensible al impacto institucional, económico y democrático que puede tener el control judicial de políticas públicas.

En el marco de dichos esfuerzos dirigidos a explorar buenas prácticas de protección judicial de los derechos sociales, el presente escrito analiza tres sentencias seleccionadas por la OACNUDH y la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que reflejan algunos de los debates existentes sobre la garantía del derecho a la salud en México, Colombia y Guatemala. Es claro que, a pesar de la importancia de estas tres sentencias, no es posible efectuar un análisis comparado a profundidad sobre la protección judicial del derecho a la salud en estos países a partir de una muestra tan limitada. Tal como lo señalan los dos proyectos más importantes sobre análisis comparado en materia de justiciabilidad del derecho a la salud (*Courting Social Justice*, coordinado por Varun Gauri y Daniel Brinks<sup>6</sup> y *Litigating Health Rights*, coordinado por Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen),<sup>7</sup> un análisis comparado del litigio no sólo exige la valoración de la dimensión normativa que explica y justifica la intervención de los Jueces. Además, es necesario valorar el contexto sociopolítico e institucional en el que surge la judicialización de estos derechos, la forma como la judicialización responde a problemas y oportunidades en el sistema de salud, cuál es la dinámica de la implementación de los fallos

<sup>6</sup> Cambridge University Press, 2008.

<sup>7</sup> Harvard University Press, 2011.

y cuáles son los impactos de la intervención de los Jueces, particularmente si el impacto es equitativo o inequitativo y quiénes son los realmente beneficiados con los casos.

Dada la complejidad del tema, el presente escrito tan sólo contribuye con reflexiones sobre cuáles aspectos de estas sentencias se relacionan con buenas prácticas judiciales. Para ello, en primer lugar, se efectúa un diagnóstico jurídico de los estándares internacionales más relevantes en el tema. En segundo lugar, se mencionan algunos ejemplos sobre el papel que juega el derecho internacional de los derechos humanos en el impulso de la justiciabilidad del derecho a la salud. En tercer lugar, tomando como punto de partida una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se analiza el uso de criterios de conexidad e interdependencia para impulsar la protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud. En cuarto lugar se reseñan algunas críticas a la utilización de estos criterios de conexidad y al énfasis en la protección judicial individual del derecho a la salud. Dichas críticas introducen el quinto segmento del artículo, en el que se analiza una decisión emitida por la Corte Constitucional de Colombia que visibiliza, a partir de un remedio judicial estructural, un tipo de intervención judicial que responde a críticas contra la intervención judicial en derechos sociales que se concentra exclusivamente en casos individuales sin tener en cuenta el impacto estructural de la judicialización y los problemas subyacentes a la masividad del litigio. En sexto lugar, a partir de una decisión emitida por la Suprema Corte de Justicia de México, se reseña el rol de una visión del derecho a la salud que tenga en cuenta sus relaciones con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

## II. Breve síntesis de los principales estándares internacionales<sup>8</sup>

### 1. El contenido del derecho a la salud

El derecho a la salud se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales<sup>9</sup> y en normas que constituyen derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional en la material.<sup>10</sup> Entre las principales interpretaciones autorizadas sobre

<sup>8</sup> En esta parte retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

<sup>9</sup> Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 11 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5.e.iv de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenios de la OIT en relación con la salud en el trabajo, artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>10</sup> El derecho internacional consuetudinario está constituido por (i) prácticas desarrolladas por los Estados, reconocidas por éstos como obligatorias y (ii) principios generales del derecho. Los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud que no son tratados tienen una fuerza persuasiva importante. En efecto, su promulgación es fruto de largas negociaciones entre los gobiernos y, además, son adoptados consensualmente por órganos políticos con autoridad supranacional como la Asamblea General de la ONU. Si bien es cierto que no tienen la naturaleza de un tratado y que su valor jurídico es variable, los siguientes instrumentos internacionales son fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional y son aplicados sistemáticamente por los Estados. Por esta razón, consolidan una práctica general y sistemática que nace de la aceptación generalizada de obligaciones jurídicas. Entre dichas normas se destacan: Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Declaración y Programa de Acción de Viena, Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Declaración de Alma-Ata

el alcance y contenido del derecho a la salud se encuentran la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>11</sup> (en adelante "Comité DESC"), la Recomendación General 24 sobre "la mujer y la salud" del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>12</sup> y los diversos informes del Relator Especial sobre el Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental.<sup>13</sup>

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha precisado que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Asimismo, el goce del máximo grado de salud

---

sobre la Atención Primaria en Salud, Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, y Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor.

<sup>11</sup> Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. La observación analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

<sup>12</sup> 20° periodo de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. El Comité de los Derechos del Niño se encuentra preparando una observación general específica sobre el derecho a la salud de los niños y las niñas, la cual será emitida en 2012.

<sup>13</sup> Los Relatores Especiales forman parte de los procedimientos y mecanismos extraconvencionales establecidos por el Sistema de Naciones Unidas. El mandato focalizado en derecho a la salud ha sido ejercido por Paul Hunt (2003-2008) y Anand Grover (2009 hasta el presente).

que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.<sup>14</sup> La salud involucra entonces actividades de prevención, promoción y protección e implica un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia.

El Comité DESC ha plasmado con claridad esta idea al considerar que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones que permiten a las personas llevar una vida sana.<sup>15</sup> Estos factores contemplan la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Por otra parte, la mencionada Observación General 14 (párr. 12) señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalentes en un determinado Estado Parte:

- a) *Disponibilidad.* Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de

---

<sup>14</sup> Principios básicos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

<sup>15</sup> Observación General 14, párr. 4.

programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

- b) *Accesibilidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
- i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
  - ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores,

las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

- iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.
  
- iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

- c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.
- d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

## 2. Obligaciones respecto al derecho a la salud

Asimismo, el Comité DESC ha precisado cierto tipo de obligaciones particulares en relación con el derecho a la salud, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables:

**Obligaciones de respeto.** En este nivel, los Estados deben *abstenerse* de obstaculizar, directa o indirectamente, el disfrute del derecho a la salud tanto a nivel individual como colectivo. El respeto se dirige hacia la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o colectividad. Por ejemplo, el Estado

debe abstenerse de adoptar políticas discriminatorias que impidan o limiten el acceso de ciertas personas a las prestaciones relacionadas con el derecho a la salud.

**Obligaciones de protección.** Este tipo de obligaciones exige que los Estados adopten medidas para impedir que *terceros* interfieran u obstaculicen el disfrute del derecho a la salud. El Estado debe vigilar y controlar la actividad de los particulares encargados de la prestación de servicios de salud, así como de particulares cuya actividad genere efectos perjudiciales para la realización del derecho a la salud. Además, el Estado debe velar porque cierto tipo de costumbres o prácticas de orden familiar o comunitario no afecten la salud de las personas.

**Obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento.** En este nivel, los Estados deben *adoptar medidas* de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Ello incluye la organización del servicio público correspondiente que haga posible el disfrute del derecho. Las obligaciones de cumplir incorporan obligaciones de **facilitar, proporcionar y promover**.

Cabe resaltar que, en relación con el derecho a la salud, son **obligaciones con efecto inmediato** aquellas que pueden ser exigidas, actualmente con independencia de los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. En su Observación General 14 (párr. 30), el Comité DESC, ha precisado que si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos y reconoce los obstáculos que representan

los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Con respecto al derecho a la salud, los Estados tienen las siguientes obligaciones inmediatas:

Garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2).

Adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho a la salud (párrafo 1 del artículo 2).

Ahora bien, el Comité DESC, en su Observación General 14 (párr. 43), precisa que los Estados tienen la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud.<sup>16</sup> Para el Comité, los **niveles mínimos esenciales**, que deben ser satisfechos en relación con el derecho a la salud, son los siguientes:<sup>17</sup>

- a) Garantizar el derecho de acceso sin discriminación a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.

---

<sup>16</sup> Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (párr. 10), Naciones Unidas. Documento E/1991/23.

<sup>17</sup> Observación General 14, párr. 43.

- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población. La estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y revisados periódicamente sobre la base de un proceso participativo y transparente. Así mismo, deberán prever métodos, tales como indicadores y bases de referencia de la salud, que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados. El proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

A su vez, el Comité cataloga como obligaciones con una prioridad comparable las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud de la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenirlos y combatirlos.
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

De manera especial, corresponde a los Estados Partes, así como a otros actores que estén en situación de proporcionar ayuda, prestar "asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica" que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas.

### III. Utilización del derecho internacional de los derechos humanos para impulsar la justiciabilidad

En las tres sentencias seleccionadas por la OACNUDH y la SCJN el derecho internacional de los derechos humanos tuvo un rol fundamental. Tal como se analiza posteriormente, en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el derecho

internacional fundamenta un entendimiento del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida. Por su parte, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México, el derecho internacional es utilizado para llenar un vacío normativo que impedía la vigencia de los derechos fundamentales de la persona demandante.

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008 recuerda como la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido como "bloque de constitucionalidad" el conjunto formado tanto por las normas de la Constitución como las normas que hacen parte de los tratados de derechos humanos suscritos, así como las interpretaciones autorizadas de las normas de estos tratados (sentencias C-225 de 1995, sentencia T-1319 de 2001, entre muchas otras).

En términos generales, la Corte Constitucional ha utilizado el bloque de constitucionalidad del derecho a la salud en numerosos fallos para establecer que ciertos instrumentos internacionales en la materia o la interpretación autorizada de los mismos tienen relevancia para el análisis sobre la constitucionalidad de una disposición, lo cual ha ocurrido, por ejemplo, al aplicar la prohibición de regresividad establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador. También ha sido utilizado dicho bloque para decidir casos concretos en la material,<sup>18</sup> en particular, para delimitar contenidos más garantistas del derecho a la salud a favor de sujetos

---

<sup>18</sup> La cantidad de casos es inmensa. Ver, entre otras, las sentencias T-666 de 2004 y T-750 de 2004.

de especial protección.<sup>19</sup> Además, y como se señala en los próximos apartados, el derecho internacional ha jugado un papel importante para determinar una intervención judicial a favor de los derechos sociales pero también respetuosa del principio democrático.

Asimismo, en este análisis de la aplicación judicial del derecho internacional, cabe resaltar la postura asumida en la sentencia T-859 de 2003. En este fallo la Corte estableció que el derecho a la salud podía entenderse como derecho fundamental, de manera autónoma, respecto a los planes básicos, obligatorios y mínimos establecidos en la ley y respecto a los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14 del Comité DESC. Ello implica que, si se presentan los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, sería posible exigir a través de este amparo judicial las obligaciones básicas establecidas por el Comité.

Ahora bien, a continuación se hace alusión a dos ejemplos que muestran el tipo de usos que se hace del derecho internacional en muchos de los casos sobre derecho a la salud de la Corte

---

<sup>19</sup> En la sentencia T-159 de 2006, la Corte Constitucional utilizó el derecho internacional para considerar exigible a través de la acción de tutela un suplemento nutricional no incluido en el POS pero que permite fortalecer el sistema inmunológico de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Ver asimismo la sentencia T-697 de 2004, donde la Corte consideró que la negación de prestaciones en salud respecto a personas que conviven con VIH/SIDA debe ser objeto de un escrutinio estricto de igualdad. Este test sobre discriminación implica, por ejemplo, que en algunos requisitos para la procedencia del amparo respecto al derecho a la salud no se involucren criterios en cuyo fondo se esconda el estigma contra este grupo poblacional, en los términos que han sido precisados por el derecho internacional de los derechos humanos.

Constitucional de Colombia. En la sentencia T-699 de 2004, la Corte utilizó el derecho internacional para impulsar la constitucionalización de las controversias contractuales propias del derecho privado pero relacionadas con el derecho a la salud. En particular, las controversias relacionadas con los contratos de medicina prepagada. Sobre este punto, la Corte precisó que aun cuando los contratos de medicina prepagada sean de naturaleza civil, el hecho de que involucren la prestación del servicio público de salud exige que se entiendan como contratos que versan sobre derechos constitucionales. En consecuencia, aun en las controversias que sean dirimidas en la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, en el marco de un proceso civil), teniendo en cuenta su naturaleza y lo que ella implica para su interpretación, el Juez debe darle importancia argumentativa a la naturaleza del derecho a la salud como derecho constitucional y, en particular, a su contenido mínimo esencial determinado a través de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la materia (bloque de constitucionalidad del derecho a la salud). El Alto Tribunal resaltó que el análisis de las controversias contractuales correspondientes, tanto en la jurisdicción civil ordinaria como en la jurisdicción constitucional, deben tomar como referencia i) el contenido mínimo esencial del derecho a la salud y ii) las obligaciones constitucionales del Estado frente al derecho a la salud, especialmente frente a los terceros que prestan los servicios de medicina prepagada.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> La Corte Constitucional retomó las obligaciones de proteger frente a terceros (en este caso, particulares que prestan el servicio público de salud) señaladas por la Observación General 14.

De otra parte, en la sentencia T-666 de 2004, se utilizaron criterios del Comité DESC (en particular, la idea de gastos soportables establecida en la Observación General sobre el derecho a la vivienda) en orden a señalar que si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud. Por ello, la Corte utilizó el derecho internacional para reiterar que es deber del Juez de tutela adelantar un cotejo probatorio cualificado para establecer la incapacidad económica como requisito para la procedibilidad de la acción de tutela. Si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud.

En el caso argentino Christian Courtis ha resaltado que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un importante papel para i) la determinación de los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado, ii) la precisión de obligaciones de sujetos no estatales del sistema sanitario y iii) el resguardo del derecho a la salud de los niños y las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, ello permitió —al igual que en Colombia— una interpretación del régimen de contratación de adhesión típico del negocio de la medicina prepaga conforme a las cláusulas constitucionales e internacionales del derecho a la salud.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Christian Courtis, "La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derecho humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos",

## IV. El uso de estándares internacionales de conexidad e interdependencia como criterio de protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud

La sentencia seleccionada por la OACNUDH y la Suprema Corte en relación con Guatemala<sup>22</sup> es relevante para plantear el debate sobre algunos usos de los criterios de conexidad e interdependencia del derecho a la salud con el derecho a la vida o el principio de dignidad humana. Estos criterios han sido impulsados, de manera preferente, por tribunales que no tienen competencia directa para determinar la violación del derecho a la salud. Por ello, utilizan un criterio indirecto para impulsar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>23</sup> En el caso concreto la Corte Constitucional de Guatemala interpretó el derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en conexión con el derecho a la vida según lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Guatemala. Sentencia 1204 de 27 de octubre de 2003.

<sup>23</sup> Sobre la diferencia entre exigibilidad directa e indirecta de los derechos sociales, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Respecto al criterio de conexidad, ver Néstor Osuna Patiño, "La tutela de derechos por conexidad", en Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre (dirs.) y Alexei Julio (coord.), *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

El demandante solicitaba el amparo del derecho a la salud y a la vida de una menor de edad y, en general, de todos los pacientes que, como ella, estaban diagnosticados con el Síndrome de Turner. Se alegó que ésta es una enfermedad congénita que provoca en los niños retardo en su crecimiento corporal, fallos renales así como otros graves daños en su salud tales como secuelas físicas y psicológicas irreversibles. Este síndrome, según la demanda, podía ser tratado a través del medicamento Norditropin cuyo nombre genérico es Somatropina Humana, que es una hormona de crecimiento humano que debía ser suministrado "diariamente" para que pudiera ser efectivo.

Según la demanda, dicho medicamento fue suministrado hasta 2002. Sin embargo, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social negó su administración bajo el argumento de su no inclusión en la lista básica de medicamentos del 2003.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala definió el derecho a la vida como un fin supremo del Estado de conformidad con la Constitución y la normatividad internacional y explicó el derecho a la salud como aquel "por el que todo ser humano pueda disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea", lo cual implica "el poder tener acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social". Asimismo, la Corte de Constitucionalidad consideró que "si el derecho a la salud surge del derecho fundamental a la vida, una afectación del mismo, implica una violación al más fundamental de todos los derechos humanos: la vida". Además, la Corte señaló que el derecho a la seguridad social es:

...un mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médico hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes, por medio de una valoración médica que se comprende necesariamente desde el diagnóstico hasta la aplicación del tratamiento que el paciente requiera para su restablecimiento.

Respecto a este derecho a la seguridad social, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala indicó que si bien el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe cubrir las enfermedades generales según lo establecido en su ley orgánica, dicha facultad no podía considerarse absoluta, razón por la cual los procedimientos administrativos internos no podían significar la negación del derecho a la salud de los afiliados o de sus beneficiarios, pues ello atentaría contra el fin supremo del Estado: preservar la vida. Por esta razón la Corte decidió que en los casos excepcionales donde la vida esté en inminente peligro, la prestación del servicio solo puede suspenderse o negarse mediante providencia judicial y no mediante providencia administrativa interna. Dijo la Corte:

Sin perjuicio del ejercicio de dicha facultad, cabe considerar que por elemental humanismo, en aquellos casos excepcionales en los que lo que se esté demandando es la preservación del derecho a la vida, afectado de privación de manera cierta e inminente, por la concurrencia de una enfermedad terminal o bien un caso no previsto (accidentes de tránsito, heridas ocasionadas con armas, por citar dos ejemplos de casos en los que una atención médica adecuada prestada de emergencia pudiese ser determinante para evitar un deceso), la cobertura de servicios médicos no puede ser suspendida o negada en tanto no

exista declaración judicial que así lo autorice, pues de ser suspendida o negada con fundamento en la emisión de una decisión (administrativa) que puede ser posteriormente impugnada, ello pudiera derivar en incumplimiento por parte del Estado de sus fines primordiales como lo es el de la preservación de la vida.

En el caso concreto, dado que 1) la negación del suministro del medicamento requerido por la menor de edad para tratar su enfermedad fue decidida mediante providencia administrativa del Instituto, 2) que, frente a esta, los padres habían realizado el procedimiento administrativo correspondiente en el que se solicitó al Instituto el suministro de dicho medicamento, y 3) que dicha solicitud no había sido respondida aún, señaló la Corte que "mientras [esta solicitud] se resuelva, no hay razón suficiente para denegar la cobertura de servicios médico-hospitalarios, en el caso excepcional" donde la salud de las personas dependa de la prestación de dichos servicios,

...pues el deceso de una persona podría hacer inocuo un pronunciamiento judicial posterior, emitido a su favor. Por elemental solidaridad, el servicio y tratamiento médicos que los solicitantes necesitan, como consecuencia de su enfermedad, no pueden ser negados, ni suspendidos sin una resolución judicial firme que autorice la negación o suspensión de dichos servicios.

Por otra parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala analizó si el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social estaba obligado a garantizar el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social de todos los habitantes de Guatemala, o únicamente a sus afiliados y a los beneficiarios de estos. Al respecto, se señaló que, con base en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Instituto

Guatemalteco de Seguridad Social, donde se consagra la obligación de contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a los ingresos, "el régimen de seguridad social favorece únicamente a sus afiliados y a sus familiares que dependan económicamente de ellos y no a todos los habitantes". Dicha Corte alegó que, si bien es cierto que el Estado debe velar por la salud y la asistencia social de todos sus habitantes, también lo es que, de conformidad con la normatividad nacional, el régimen de seguridad social funciona mediante las contribuciones realizadas por los habitantes y su correspondiente derecho a recibir beneficios para sí y para su familia.

La Corte de Constitucionalidad señaló que, en los casos de inminente peligro para la vida del paciente, la suspensión o negación del tratamiento debe ser decidida judicialmente y no puede adoptarse por un órgano administrativo. Sin embargo, la duda que surge es, hasta qué punto, si bien el Síndrome de Turner genera secuelas a la salud del paciente, la evidencia analizada en la sentencia permitía una conclusión cierta sobre en cuáles casos debía proceder la protección judicial y en cuáles casos no resulta evidente una afectación directa del derecho a la vida. De otra parte, tampoco queda claro qué pasaría con una situación similar respecto a personas no afiliadas al sistema de salud. Es posible inferir que las personas más pobres y vulnerables son aquellas que no hacen parte del sistema de salud y que podrían necesitar un beneficio como el que se otorgó judicialmente en el caso valorado por la Corte.

En el derecho comparado es posible encontrar otras aproximaciones complementarias. Así por ejemplo, la Corte Constitucional

de Colombia ha señalado que la acción de tutela es procedente para exigir el suministro de la hormona del crecimiento cuando la estatura de un menor es inferior a la del promedio de la población y ello incide patológicamente en su desarrollo físico y afecta su autoestima y dignidad. El Tribunal colombiano desarrolló este criterio teniendo en cuenta que, en Colombia, el derecho a la salud de los niños y las niñas es un derecho fundamental, motivo por el cual es exigible toda la atención necesaria para garantizar el desarrollo físico e intelectual que asegure una existencia digna a los menores, particularmente en los casos donde corre riesgo el desarrollo normal tanto físico como anímico de un niño. Para la Corte, el no suministro de la hormona del crecimiento implicaría una afectación del desarrollo anímico de la menor al sentirse en condiciones de inferioridad respecto de sus compañeros.<sup>24</sup>

En estos casos,<sup>25</sup> la tutela ha sido concedida porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible un desarrollo físico que se aproxime a los parámetros normales. Con todo, la Corte ha considerado que la acción de tutela sólo es procedente cuando las dificultades de crecimiento generan problemas distintos a que el menor presente una estatura inferior a la del promedio de la

---

<sup>24</sup> Sentencia T-442 de 2000. La línea jurisprudencial en torno a este tema se inicia con la sentencia T-666 de 1997.

<sup>25</sup> Sentencias T-414 de 2001, T-421 de 2001, T-970 de 2001, T-1188 de 2001 y T-244 de 2003. En la sentencia T-087 de 2003, se negó el suministro de la hormona de crecimiento porque, en concepto del médico tratante, pese a que la menor presentaba una talla baja, su estatura se encontraba dentro del promedio normal (baja-normal), sin que mediara una situación patológica subyacente. De otro lado, la condición de la niña no conducía a una situación de inferioridad o debilidad frente a los demás y no se demostró la incapacidad de asumir el costo del tratamiento.

población, lo cual explica la negación del amparo en algunos casos.<sup>26</sup>

## V. Las críticas a los criterios de conexidad y al énfasis en la protección del derecho a la salud a través de casos individuales

En este segmento introduzco algunos elementos que permitirán un análisis contextual de la decisión colombiana seleccionada en el marco de este proyecto: la sentencia T-760 de 2008. El análisis de esta sentencia exige precisar, como antecedentes, las críticas contra algunas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derechos sociales.

En efecto, en el caso colombiano el argumento "por conexidad" permitió, por ejemplo, inaplicar las normas que excluyen ciertas prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (en adelante "POS") utilizando la conexidad del derecho a la salud con el derecho a

---

<sup>26</sup> Sentencia T-970 de 2001. Según la Corte: "En algunos casos el retraso en el crecimiento puede acarrear otro tipo de consecuencias en la salud del niño, lo cual hace indispensable el tratamiento hormonal. Sin embargo, puede darse el caso en que no exista una relación entre el retraso en el desarrollo físico y otros problemas de salud, reduciéndose la situación a que la persona, una vez concluido su desarrollo físico, tenga una estatura inferior al del promedio de la población. (...) No obstante lo anterior, en la historia clínica del menor afectado se indicó que además del problema de baja estatura, presentaba de manera crónica problemas de salud relacionados con rinitis alérgica y desnutrición. Adicionalmente, en la historia clínica se descarta una causa hereditaria o generacional relacionada con la baja estatura al comprobarse la inexistencia de casos similares en los padres o familiares, concluyendo que el déficit hormonal y, por ende, la baja estatura del menor es una patología, es decir, no es normal. Es suficiente esta exposición para revocar la decisión de segunda instancia y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del niño".

una vida digna. En el sistema de salud colombiano los órganos reguladores diseñaron un plan obligatorio conformado por prestaciones consideradas como las más relevantes teniendo en cuenta diversos análisis técnicos, tales como, entre otros, la situación demográfica de la nación, los avances tecnológicos, etcétera. Al eludir las exigencias de estos mandatos legales y señalar la prevalencia de las normas constitucionales, la Corte amparó el acceso a la atención médica necesaria para el restablecimiento de graves problemas de salud mental,<sup>27</sup> las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a fuertes dolores corporales,<sup>28</sup> el suministro de prótesis mamarias para el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica,<sup>29</sup> el mencionado suministro de la hormona del crecimiento y las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión,<sup>30</sup> entre otras prestaciones.<sup>31</sup> Teniendo en cuenta que los órganos reguladores del sistema de salud sólo habían previsto la financiación de aquellas prestaciones incluidas en los Planes Obligatorios, estas decisiones de la Corte Constitucional alcanzaron un alto impacto financiero.

En consecuencia, la jurisprudencia intentó regular el alcance del criterio de conexidad respecto al derecho a la salud. Se estableció entonces que la procedencia de la tutela respecto a las prestaciones no incluidas en el POS exigían como requisito que

---

<sup>27</sup> Sentencia T-409 de 2000.

<sup>28</sup> Sentencia T-119 de 2000, entre otras.

<sup>29</sup> Sentencia T-572 de 1999.

<sup>30</sup> Sentencias T-827 de 2002 y T-1081 de 2001.

<sup>31</sup> Para una descripción y sistematización más detallada de estos casos, ver Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Prosedher, 2003, capítulo IV, numeral 1.5.

se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. Además, el paciente debe acreditar que no podía sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etcétera).<sup>32</sup>

En este punto, una importante crítica ha surgido debido al alto nivel de discrecionalidad que tendrían los Jueces para utilizar, sin mayor límite, las cláusulas de interdependencia y conexidad. Por vía de la conexidad podría llegarse a un derecho absoluto cuando se trata de la protección judicial frente a todo tipo de enfermedades y en cualquier tipo de circunstancia, sin importar, por ejemplo, que la alta capacidad económica de una persona le permita autofinanciar su tratamiento. Así por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, se han hecho críticas específicas sobre los efectos inequitativos de la doctrina de conexidad para ordenar el suministro de lo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Dado que esta jurisprudencia ha permitido inaplicar normas legales de la política pública respectiva, las principales críticas señalan que:<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

<sup>33</sup> Tomo como referencia la sistematización de estas críticas hecha en la aclaración de voto de Rodrigo Uprimny Yepes a la sentencia T-654 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia. Ver asimismo Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, *El Derecho*

- a) La acción de tutela en salud, al ser utilizada mayoritariamente por quienes hacen parte del régimen contributivo,<sup>34</sup> implica una mayor garantía del derecho para los incluidos en el sistema y quienes tienen mayor capacidad de pago "en detrimento de quienes aún no han sido incluidos y, por lo mismo, resultan más vulnerables";<sup>35</sup>
- b) Se debate sobre la legitimidad de los Jueces para solucionar casos difíciles donde la concesión de la prestación en un determinado caso podría implicar la negación de la misma o de otras prestaciones en otros, particularmente al ordenar tratamientos de alto costo.<sup>36</sup> Ello puede implicar

---

a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud, Bogotá, 2008; Rodrigo Uprimny Yepes, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *La Salud Pública hoy*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003; Rodrigo Uprimny Yepes, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, y Manuel José Cepeda Espinosa, "Constitución y economía: las premisas equivocadas del debate", en *id.*, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 121 a 148. Cepeda precisa las diversas etapas de la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con este debate.

<sup>34</sup> En Colombia el sistema de salud contempla dos regímenes de acceso: el régimen contributivo (para aquellos que tienen capacidad de pago) y el régimen subsidiado (para los más pobres, aquellos que no tienen capacidad de pago y dependen de la solidaridad para acceder al sistema).

<sup>35</sup> Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, p. 173.

<sup>36</sup> El salvamento de voto a la sentencia SU-225 de 1998 lo expresa en los siguientes términos: "Es claro que los niños de Puente Aranda son titulares del derecho a la salud, y que la administración distrital está obligada a adoptar una política orientada a hacerlo efectivo; pero los menores de los demás barrios del Distrito Capital y de los demás municipios del país, donde la pobreza es igual o peor, son también titulares de ese derecho. Es claro para nosotros que, en procura de evitar a uno y otro grupo de menores las consecuencias de la meningitis, deben actuar las autoridades municipales y distritales; pero deben hacerlo acatando y ejecutando las leyes vigentes sobre la materia, que no pueden ser sustituidas por los órdenes del Juez de tutela".

que, al resolver algunos casos, se termina utilizando recursos que se podrían haber utilizado para proteger a los más pobres y vulnerables. Al respecto, se señala que "no es factible que todas esas prestaciones sean universalizables" a cualquier otra persona que lo requiera, por lo que se termina concediendo "un privilegio a favor de quien presentó la tutela";<sup>37</sup>

- c) En similar sentido se señala que la concesión de prestaciones no previstas por los planes obligatorios, desequilibra el sistema diseñado previamente y lo puede llevar a la quiebra. Al respecto, se alude a la tensión entre lo que se puede derivar de la protección normativa de derechos sociales y lo que el Estado realmente puede hacer dada su restricción presupuestaria;
- d) Algunas investigaciones indicarían que el dinero utilizado en los recobros de las tutelas podría haber sido utilizado para aumentar la cobertura, particularmente de los más pobres en el régimen subsidiado (el régimen de acceso establecido en Colombia para las personas que no tienen capacidad de pago);<sup>38</sup>
- e) Esta inequidad se haría más grave porque se explicaría, según los críticos, en la intromisión de los Jueces en esferas

---

<sup>37</sup> Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, p. 176.

<sup>38</sup> *Idem.*

propias del Congreso y del Ejecutivo, donde los actores tienen mayor responsabilidad política y rendición de cuentas;

- f) Los Jueces no tendrían una visión de conjunto sobre los efectos de sus decisiones en el sistema de salud, en gran medida porque no cuentan con herramientas y elementos de juicio técnicos y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria;
- g) Ante la escasez de recursos para garantizar todos los derechos sociales de todos, las decisiones —en ocasiones trágicas— sobre la limitación en la garantía de ciertos derechos, deben adoptarse en el proceso democrático, por parte de autoridades electas para tomar dichas decisiones, razón por la cual la intervención judicial termina eludiendo este necesario debate democrático, y
- h) La enorme cantidad de tutelas a resolver exige la dedicación exclusiva de funcionarios de algunas entidades del sistema de salud (como las aseguradoras) y de los entes territoriales, y genera además un importante grado de congestión judicial.

Estas críticas, si bien se concentran en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud, son similares a las críticas generales contra la presunta inconveniencia o ilegitimidad de la intervención judicial respecto a otros derechos sociales. Como se observa, algunas críticas atacan directamente la posibilidad de proteger judicial-

mente los derechos sociales, aspecto bastante discutible hoy en día en términos del derecho comparado y en el marco de lo que implica un Estado social de derecho. Sin embargo, algunas críticas aciertan cuando señalan algunos problemas relacionados con el tipo de órdenes que emiten los Jueces. Son estas órdenes o remedios los que tienden a generar los impactos financieros y los desajustes institucionales. En este contexto, a continuación se analiza la sentencia T-760 de 2008 como un ejemplo de buena práctica judicial cuyas órdenes con vocación estructural constituyen una respuesta relevante a algunas de estas críticas.

## VI. El activismo judicial dialógico y la intervención judicial para resolver los problemas estructurales; la sentencia T-760 de 2008<sup>39</sup>

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional de Colombia, teniendo en cuenta el incremento del número de acciones de tutela sobre acceso a prestaciones de salud, y debido al no acatamiento de los estándares establecidos en su jurisprudencia, impulsó una forma de "activismo dialógico" en el cual la intervención judicial ordena la revisión general de una política pública que tiene impacto en la violación masiva de derechos. Utiliza figuras como el "Estado de Cosas Inconstitucional" o la emisión de órdenes dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

<sup>39</sup> En este segmento retomo trabajos previos en los que se desarrollan con mayor profundidad algunos de estos temas. Ver en particular Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2), 2010.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del "litigio de interés público" en Estados Unidos.<sup>40</sup> En dicho país el llamado *judicial policy making* desempeñó un rol fundamental en la reforma de algunas políticas públicas, particularmente las relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho Estados habían sido declarados inconstitucionales a través de decisiones judiciales catalogadas como "structural injunctions" o remedios estructurales expansivos dirigidos al monitoreo de una política general.<sup>41</sup>

Como señalan Uprimny, Jaramillo y Guarnizo, tomando como referencia trabajos de Rosenberg, Chayes y Wayne, estos *remedios estructurales* se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que, a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los responsables

---

<sup>40</sup> La literatura al respecto es enorme. Resalto en particular Feeley, Malcolm M. y Rubin, Edward L., *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, New York, Cambridge University Press, 1998. Para un análisis concentrado en el caso colombiano, ver César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

<sup>41</sup> Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Fernando Jaramillo y Diana Guarnizo, "Intervención judicial en cárceles", 2004, disponible en [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=2&id\\_publicacion=181](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=181).

y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, órganos de control y órganos legislativos. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior resulta en una "experimentación institucional" que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial.<sup>42</sup>

Como proyección de estos enfoques, la sentencia T-760 de 2008 analiza 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sen-

---

<sup>42</sup> En similar sentido Sabel y Simon (2004) han defendido un "nuevo paradigma remedial" asociado al modelo de "litigio experimental". Sabel y Simon, retomando el trabajo de Mangabeira Unger, caracterizan al "litigio de interés público" como "desestabilizador", teniendo en cuenta la forma en que las órdenes buscan romper barreras, aparatos burocráticos y trincheras institucionales para reevaluar organizaciones y procedimientos irregulares y cerrados. Además, consideran que las complejidades que enfrenta este tipo de remedios exigen una intervención "experimental", según la cual, el punto de partida es la inexistencia de una institucionalidad determinada que permita alcanzar los objetivos de transformación estructural. Por ello, el proceso de implementación exige combinar normas flexibles con la progresiva participación de los "stakeholders". Los alcances de la intervención judicial se perfilan a partir del diálogo entre los actores y del Juez con dichos actores, en orden a evaluar y aprender en torno a escenarios institucionales desconocidos e inciertos. Ver Charles Sabel and William Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds," *Harvard Law Review* 117 (2004): 1015-1091.

tencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. La Corte afirmó que este enfoque estructural era necesario porque "los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela". De otra parte, la Corte utiliza el derecho internacional como marco para interpretar las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.

Para entender el alcance de algunas de las órdenes emitidas por la Corte, es relevante tener en cuenta algunas características y problemas del sistema de salud colombiano. En dicho sistema intervienen instituciones públicas y privadas en la administración y prestación de servicios de salud. Uno de los elementos centrales del sistema se concentra en la prestación de servicios tomando como punto de partida un paquete de beneficios que debía caracterizarse por su precisión. Dicho paquete, el Plan Obligatorio de Salud (POS), se debía suministrar mediante un sistema de seguro nacional y estaba basado en la distribución de recursos en función del número de personas atendidas. La Ley 100 de 1993 (la ley que transformó radicalmente el sistema de salud en Colombia) introdujo también un sistema de beneficios dividido en dos niveles: i) el régimen contributivo (POS-C) para las personas empleadas formalmente o con ingresos superiores al doble del salario mínimo, y ii) el régimen subsidiado (POS-S) que, según la Ley 100, tenía una capitación establecida en la mitad del régimen contributivo y que incluía muchos menos beneficios. En 2007, a través de la Ley 1122, el Poder Legislativo ordenó la actualiza-

ción de los planes, lo cual no ocurría desde 1994. Sin embargo, al momento de emitirse la Sentencia de la Corte, dicha tarea aún no se había cumplido.

Los defectos del sistema de salud, uno de los cuales se relacionaba con una ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, hicieron que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Según datos de la Defensoría del Pueblo, entre 1999 y 2009, el número de tutelas que se presentaron relativas a reclamaciones de salud aumentó continuamente y se calcularon en 775.102 las tutelas relativas al derecho a la salud.<sup>43</sup> La mayoría de estas tutelas buscaban hacer efectivos tratamientos y servicios que debían haber sido cubiertos por aseguradoras encargadas de prestar los servicios de salud. En efecto, según los informes de la Defensoría del Pueblo,<sup>44</sup> entre los años 2003 y 2008, el 54,4% de las tutelas eran para tratamientos y servicios contenidos en el POS. Igualmente, entre 2006 y 2008, el 74,8% de las cirugías, el 62,6% de los exámenes, el 66,9% de los tratamientos y el 77,7% de los procedimientos solicitados en las tutelas eran parte de los beneficios a los que tenía derecho una persona cubierta por el POS-C o el POS-S, según los casos. Asimismo, en el año 2009, se encontró que el 68,2% de las solicitudes requeridas a través de las tutelas se relacionaban con prestaciones incluidas dentro del POS. Por consiguiente, con res-

<sup>43</sup> Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2007 y Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, Bogotá, 2009 y Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2009*, Bogotá, 2010.

<sup>44</sup> *Idem*.

pecto a la mayoría de los 700.000 casos registrados, sería impropio hablar de activismo judicial, dado que los Jueces se limitaban a hacer cumplir obligaciones preexistentes, establecidas en políticas creadas y aprobadas por las ramas Legislativa y Ejecutiva.<sup>45</sup>

Sin embargo, otras sentencias, particularmente aquellas que ordenaban el suministro de prestaciones no incluidas en el POS habían creado claramente nuevas políticas de salud y eso había afectado indirectamente los gastos públicos. Ello generó gran parte de las críticas mencionadas en el apartado anterior.

Entre otras órdenes, en la sentencia T-760 se insta a: i) definir con mayor claridad los beneficios y prestaciones incluidas en el POS, ii) desarrollar auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras; iii) tomar las medidas para facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, y también la adopción de un plan de contingencia para garantizar los reembolsos apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S; y iv) hacer una revisión integral de las tasas de captación, que no se habían analizado o revisado a fondo desde hacía muchos años.

La decisión de la Corte ordenó la reestructuración del sistema de salud en forma significativa, particularmente en lo que se refiere a

---

<sup>45</sup> En este sentido, ver Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, pp. 155-156.

los ajustes de los planes obligatorios de salud. Para que se ajustara a lo dispuesto por el propio órgano legislativo en la Ley 1122 de 2007, la sentencia le ordenó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) actualizar completa e inmediatamente y luego año tras año los beneficios incluidos en el POS mediante un proceso que incluyera la "participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud", en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

Tal como ha sido mencionado, en Colombia existía un POS para quienes tenían capacidad de pago y otro POS para los más pobres. En 1993, cuando se adoptó dicho diseño institucional, se dispuso que en algún momento dicho POS sería similar para todos los ciudadanos, sin distinción en razón a la capacidad de pago. Sin embargo, esta meta tampoco se había cumplido. En la sentencia T-760/08, citando la inacción del Gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100,<sup>46</sup> la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población. Además de ser

---

<sup>46</sup> La Ley 100 había establecido como finalidad unificar los dos regímenes de beneficios de salud en el futuro. En el año 2006, la Corte consideró la diferenciación de los planes basada en la capacidad de pago como algo permisible constitucionalmente, pero expresó que el Gobierno debía, para cumplir con los objetivos declarados en la propia ley, formular un plan para que la unificación tuviese lugar en un plazo específico. Sentencia C-1032/2006.

basado en el perfil epidemiológico de la población, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal.

Por otro lado, siguiendo la interpretación del Comité DESC, la Corte: i) desarrolla cuáles serían las diversas obligaciones estatales que emanarían del derecho a la salud y cómo la supervisión es esencial para proteger el derecho a la salud, al igual que para el control público de las acciones de los distintos agentes de salud; ii) reitera que el Estado es responsable de adoptar medidas deliberadas para conseguir el cumplimiento progresivo del derecho a la salud y que las medidas regresivas son por regla general inadmisibles, y iii) afirma que el derecho a la salud exige transparencia y acceso a la información, además de planes basados en pruebas científicas y decisiones de cobertura apoyadas en procesos participativos.

De otra parte, la Corte adopta el esquema de "las cuatro A" establecido por la Observación General 14 del Comité DESC, según la cual las instalaciones, los bienes y los servicios de salud deben estar disponibles, accesibles, ser aceptables y tener una adecuada calidad. La sentencia T-760/08 pone un énfasis especial en las múltiples dimensiones superpuestas de la accesibilidad: accesibilidad física, accesibilidad económica, accesibilidad a la información fundamental relativa a la salud y accesibilidad sin discriminación. Incluso, el análisis de la Corte va más allá del dere-

cho internacional, al considerar los obstáculos burocráticos al acceso a los cuidados de salud, algo que no está contemplado explícitamente en la Observación General.<sup>47</sup>

La Corte argumentó que su tarea no era definir el alcance del derecho a la salud. En lugar de eso, estableció un enfoque estructural que exige un diálogo democrático amplio sobre el contenido del nuevo POS y, por extensión, del alcance del derecho a las prestaciones de salud en Colombia. La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, insta a la CRES a que cumpla con estas funciones legales conforme a la Ley 1.122 de 2007, asumiendo entonces que la tarea apropiada de los Jueces es exigir justificación para las decisiones de la política de salud, no tomar ellos mismos las decisiones.<sup>48</sup>

El enfoque de la Corte a la hora de redefinir un POS unificado es compatible con las propuestas de Norman Daniels respecto a "rendición de cuentas sobre la razonabilidad".<sup>49</sup> Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están

<sup>47</sup> Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *op. cit.*

<sup>48</sup> Keith Syrett, "Law, legitimacy, and the rationing of health care". *Cambridge Law, Medicine, and Ethics* 6. New York: Cambridge University Press, 2007.

<sup>49</sup> Norman Daniels, "Accountability for reasonableness". *BMJ* 321, 2000, pp. 1300-1301 y Norman Daniels, *Just health: Meeting health needs fairly*. New York: Cambridge University Press, 2008.

en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. Por ello, argumenta que lo que se necesita es tener un proceso justo, definido como un proceso que sea: i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y iv) exigible. La T-760/08 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

La sentencia ha suscitado diversos debates y críticas. Uprimny y Rodríguez Franco<sup>50</sup> han criticado a la Corte por no haberse pronunciado sobre los principios para "limitar el derecho a la salud de una forma constitucionalmente aceptable y financieramente sostenible". Por su parte, algunos economistas resaltaron las dificultades que genera una orden de unificar los planes de beneficios cuando financieramente el régimen contributivo no está en capacidad de sostener al régimen subsidiado, entre otras dificultades relacionadas con el alto incremento de la economía informal.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Rodrigo Uprimny y Diana Rodríguez Franco (2008). "Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia". *Observatorio de la Seguridad Social* 18. Medellín: Universidad de Antioquia.

<sup>51</sup> Santa María, Mauricio y Guillermo Perry, "El fallo de la Corte sobre salud: la Trinidad imposible". *Economía y Política* 46. Bogotá: Fedesarrollo, 2008.

En la implementación de la Sentencia la Corte ha tenido en cuenta éste tipo de críticas y ha impulsado un proceso de discusión pública relativamente similar al que fue desarrollado en una macro-sentencia anterior sobre desplazamiento forzado. En julio de 2009, una sala especial de seguimiento designada por el pleno de la Corte aprobó 16 autos en los que requería información con respecto al progreso y los obstáculos en la ejecución de la sentencia.<sup>52</sup> Posteriormente, durante 2010, la Corte emitió 17 autos específicos en relación con el cumplimiento de órdenes emitidas en la sentencia.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> La gran mayoría de los autos criticaba la manera en que se había presentado la información y especificaba cuáles debían ser los ajustes pertinentes. Varios de los autos solicitaban información con respecto a las metodologías usadas para dar cumplimiento a la sentencia, al cálculo de la tasa de capitación del régimen subsidiado y el procedimiento para escoger esa metodología.

<sup>53</sup> En el auto 105 del 8 de junio de 2010 la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los criterios tenidos en cuenta al emitir acuerdos dirigidos a actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas "zonas grises" (es decir, aquellas prestaciones que no están claramente incluidas o excluidas) y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios. Cabe resaltar que en el auto 247 de 2010 la Corte indagó sobre la situación financiera del Fosyga y el abuso en los recobros ante dicho órgano. Además, a través del auto 150 de 28 de junio de 2010, la Corte solicitó al Consorcio Fidufosyga y al Ministerio de Protección Social información sobre "las medidas tomadas respecto de las "prácticas perversas" en la definición de los valores de los medicamentos y de los abusos en los recobros por servicios ordenados por vía de tutela". De otro lado, la Corte requirió a la Contraloría General de la República información sobre las líneas de auditoría dirigidas a identificar irregularidades o abusos en el manejo de los recursos del Régimen Contributivo, incluyendo información sobre la deuda que actualmente soporta cada uno de los prestadores del servicio de salud. A su vez, mediante los autos 107 (8 de junio de 2010), 372 y 373 (29 de noviembre de 2010) la Corte hizo seguimiento a las órdenes dirigidas a remover obstáculos al flujo de recursos relacionados con los recobros al Fosyga. Por otro lado, en el auto 246 de 2010 se analizó "el agravamiento de las condiciones de operación por problemas de liquidez e incertidumbre en el recaudo de los recursos que soportan los procesos de aseguramiento" dentro del régimen subsidiado.

Además, en 2011 se llevó a cabo una audiencia pública en la que pudieron participar diversos ministerios y donde la Corte permitió la presentación de conceptos por parte de entidades académicas, sobre áreas técnicas, críticas y complejas en el seguimiento de la sentencia. Con posterioridad a dicha audiencia, la Corte emitió un auto en el que estudió la literatura internacional y regional sobre indicadores y parámetros de cumplimiento de derechos humanos y, particularmente, sobre derechos socioeconómicos. Para impulsar la implementación de la sentencia, el Alto Tribunal estableció parámetros de estructura, proceso y de resultados. Asimismo, la valoración de estos parámetros se regirá por niveles de cumplimiento alto, mediano, bajo y niveles de incumplimiento.<sup>54</sup> El énfasis de la Corte, hacia el futuro, se concentrará, entre otros, en un control judicial sobre las justificaciones para excluir o incluir prestaciones en los planes obligatorios. Ello es muy importante para evitar justificaciones basadas en criterios discriminatorios o que no tienen en cuenta la especial vulnerabilidad de algunos grupos poblacionales.

Tres años después de emitida la sentencia, su proceso de implementación se encuentra en una primera fase y los pasos más importantes están aún por darse. En un primer momento, diversas críticas aludieron a las dificultades para verificar una adecuada participación, teniendo en cuenta que el público no tenía acceso en la práctica a la información sobre los principios y la metodología que se están usando para efectuar las reformas. Tampoco se

---

<sup>54</sup> Auto 226 de 2011.

hacía ninguna previsión para poder revisar o apelar las decisiones o para crear mecanismos que permitieran a la ciudadanía controlar las decisiones adoptadas por el Ministerio en el proceso de actualización del POS.<sup>55</sup> Esta situación ha sido objeto de atención por parte de la Corte, la cuál ha solicitado información específica para verificar el respeto de los principios de participación y rendición de cuentas. En el futuro se verá si la sentencia logra constituir una respuesta judicial idónea frente a la crisis permanente que atraviesa el sistema de salud en Colombia.

## VII. Derecho a la salud, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad

En esta sección me concentro en buenas prácticas judiciales para una protección del derecho a la salud en conexión con el principio de autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Para ello focalizo mi atención en la sentencia seleccionada

---

<sup>55</sup> Ver Camila Gianella-Malca, Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin y Mauricio Torres-Tovar (2009). "¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008". *Health and Human Rights: An International Journal* 11. Por ejemplo, el 30 de julio de 2009, un día antes del cumplimiento del plazo y después de haberse reunido sólo dos veces, la CRES aprobó un acuerdo para "aclarar y actualizar íntegramente" el POS. La CRES aludió a los "procesos participativos" y a los "estudios de adecuación" con respecto al monto de la capitación, pero no estableció ninguna metodología precisa para la determinación de inclusiones y exclusiones en el POS. La CRES excluyó sólo 33 procedimientos e incluyó más de 300 por razón de su "frecuencia de uso". No hubo cambios significativos con respecto a los medicamentos, y las llamadas zonas grises permanecieron intactas. Meses más tarde, mediante el Acuerdo 8 de 2009, la CRES aclaró y actualizó "íntegramente" el POS, derogando el Acuerdo 003. Sin embargo, el Acuerdo 008 no actualizó la lista de medicamentos ni incluyó aquellos que estaban teniendo mayor impacto económico en los reembolsos. Ver Yamin y Parra Vera (2010).

por la OACNUDH y la Suprema Corte de Justicia de México.<sup>56</sup> Luego analizao otro tipo de interacción entre el derecho a la salud y la autonomía personal teniendo en cuenta algunos precedentes similares en el caso colombiano.

## 1. Derecho a la salud y derecho a la identidad sexual

La sentencia resuelve la demanda de una persona que 1) había sido diagnosticada con un estado intersexual denominado "seudohermafroditismo femenino" a causa de una deficiencia enzimática y virilización de órganos sexuales externos, 2) se había sometido a un tratamiento hormonal inducido o tratamiento de reasignación hormonal feminizante, toda vez que su aspecto físico, psicológico y social son los de una mujer, 3) se había sometido a una cirugía de reasignación sexual, y 4) desde entonces, en el ámbito laboral, familiar y social se desenvolvía con nombre femenino. La recurrente inició un proceso civil de rectificación de acta con el fin de lograr la correspondiente rectificación en su acta civil de nacimiento respecto de su nombre y sexo. Adicionalmente solicitó que dicha rectificación se hiciera mediante la expedición de una nueva acta en la que no se pudiera dar como pública la información sobre su sexo de origen (masculino).

En junio de 2007 un Juez civil ordenó rectificar el acta de nacimiento del actor y asentar, mediante una anotación marginal en los renglones correspondientes el nuevo nombre y el sexo femenino.

---

<sup>56</sup> Amparo Directo Civil 6/2008 de seis de enero de 2009.

Sin embargo, consideró improcedente la solicitud de elevar una nueva acta toda vez que el artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal ordena que toda rectificación debe hacerse mediante la susodicha anotación marginal y no mediante la elaboración de una nueva acta. El único evento en que permite ésta última opción, es en el caso de adopción con el fin de proteger el derecho a la privacidad del menor adoptado consistente en no hacer pública su calidad de hijo adoptivo. La parte recurrente promovió recursos de aclaración y apelación, frente al cual el primero se negó por improcedente y el segundo se solucionó con la confirmación integral de la sentencia de primera instancia.

A continuación me concentro en el análisis de uno de los cargos del recurso de amparo, según el cual el mencionado artículo 138 que motivó el fallo era inconstitucional por desconocer diversos derechos. La Suprema Corte declaró vulnerados los derechos fundamentales de la persona transexual al no rectificarse efectivamente su sexo legal, toda vez que se exponía públicamente dentro de su acta de registro la información sobre su sexo de origen y su estado de transexual. En efecto, la Suprema Corte indicó que el quejoso, incluso habiéndose sometido a una intervención quirúrgica, no podría alcanzar un bienestar general (equilibrio en todos los aspectos de su vida) y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, si no se le permite el cambio en los asientos registrales del dato referente a su sexo, a través del cual, logre concluir su nuevo aspecto con la realidad registral, lo que sólo puede lograrse con la expedición de nuevos documentos de identidad, así como con la protección de esa información frente a terceros, salvo los casos que expresa y limitativamente establezca el legislador.

La Corte negó la pretensión de declarar la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil ya que ésta, al ser una norma general, no podía depender de la situación particular del quejoso. Por el contrario, la Suprema Corte señaló que la norma de rectificación del estado civil pretende su protección como uno de los atributos de la personalidad, revelando la historia de las personas mediante las anotaciones marginales en el acta. Se señaló entonces que lo que ocurría en el caso particular era la existencia de una omisión o laguna legislativa al no prever las condiciones particulares de personas transexuales, lo que hace que sea la sentencia reclamada la que deviene inconstitucional. Al respecto, la Suprema Corte señaló la necesidad de efectuar una labor de integración que colmara dicha laguna para salvaguardar los derechos afectados.

Para argumentar dicha inconstitucionalidad, la Corte acudió a un estudio interdisciplinar para definir algunas categorías. La Suprema Corte diferenció sexo y género, entendiendo que el primero es el producto de la configuración somática de la persona, es decir, atendiendo a su naturaleza eminentemente corpórea, en tanto que género es la consideración del sexo "sentido y vivido" como producto de la actividad psicosocial y cultural de la persona. Sin embargo, respecto del sexo biológico indicó que diversos autores han identificado que se compone de un factor físico (sexo cromosómico, sexo cromático o nuclear y sexo gonadal) y de un factor psicosocial que se compone del sexo social (encasillamiento que hace la sociedad respecto a la pertinencia de una persona a un determinado sexo) y del sexo psicológico que es el sentimiento interno de cada persona de ser parte de uno u otro

sexo. La Suprema Corte señaló que, según varios autores, es en esta última categoría en donde se construye lo que se denomina como "identidad sexual".

Además, se señaló que, junto con el sexo biológico se encuentra el sexo legal, que es el que se le atribuye a una persona dentro del ordenamiento jurídico usualmente mediante un acta de registro. La determinación del sexo para su correspondiente registro suele basarse únicamente en el sexo morfológico (revisión de genitales), lo cual lleva a que, cuando una persona, por su propia voluntad y libre decisión, decide modificar su sexo, a través de tratamientos hormonales y/o quirúrgicos, a fin de adecuar su apariencia física a su vivir y sentir, se confronten sexo legal y sexo biológico. Para solucionar este conflicto, la Suprema Corte señaló que, desde diferentes ciencias se ha aceptado que ante los factores objetivos y subjetivos que definen a una persona, tratándose de su identidad sexual, se presenta en la realidad una prelación o preeminencia del factor subjetivo (sentimientos, proyecciones, ideales—sexo psicosocial), sobre su apariencia física (factor objetivo—sexo morfológico).

De esta manera la Suprema Corte, en lugar de considerar al sexo como algo determinado biológicamente y al género, como algo que se aprende culturalmente, señaló que se deben considerar ambos como productos que se configuran según una compleja interacción biosocial, cuyo resultado final dependerá, en gran medida, del ajuste que haga la persona en función de su desarrollo, el que no siempre será como socialmente se espera que sea. En consecuencia, la Suprema Corte señaló la necesidad de

garantizar la armonía entre la identidad de género y la identidad sexual y la genitalidad o sexo biológico, teniendo en cuenta que los avances médicos han permitido que las personas transexuales, a través de diversos tratamientos, incluso quirúrgicos, adapten su cuerpo al sexo con el que se identifican mental y emocionalmente.

Una vez definidas de manera interdisciplinaria las categorías mencionadas, la Suprema Corte utilizó disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos referidas al derecho a la dignidad humana, la no discriminación y el respeto de la vida privada de las personas.<sup>57</sup> A partir de estas referencias y teniendo en cuenta la superioridad del principio de dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico mexicano, se señaló que, si bien algunos derechos no se enuncian en forma expresa en la Constitución, a partir de los tratados internacionales mencionados, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana los siguientes:

- i) el libre desarrollo de la personalidad, entendido como la consecución del proyecto de vida que para sí tiene la persona como ente autónomo;
- ii) el derecho a la salud, que implica la obtención de un determinado bienestar general y que se integra necesariamente por el estado físico, mental, emocional y

---

<sup>57</sup> La Corte citó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

social del sujeto, incluyendo entonces el derecho a la integridad físico-psicológica;

- iii) el derecho a la intimidad, por el cual no puede exigirse al individuo que soporte la publicidad de ciertos datos de su vida privada;
- iv) el derecho a la propia imagen, el cual incluye la imagen que la persona conserva para mostrarse a los demás;
- v) el derecho a la identidad personal: entendido como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros, y
- vi) el derecho a la identidad sexual, el cual incluye no sólo el aspecto morfológico, sino, primordialmente, los sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado a una persona al nacer.

Una vez incluyó el derecho a la identidad sexual y a la privacidad como derechos derivados de la dignidad humana, la Suprema Corte resaltó la necesidad de incluir en la ley la regulación del cambio de sexo legal en casos de transexualismo a partir de un análisis de derecho comparado, que incluyó la referencia a normas sobre el tema en países como España, Alemania, Holanda, Italia, entre otros. De igual manera incluyó referencias jurisprudenciales, en particular, la Suprema Corte acude al prece-

dente sentado por la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en el Caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, emitido en 2002.<sup>58</sup> En este caso se señaló que la persona transexual debe gozar de todos los derechos que tienen las personas cuyo sexo ha adoptado. Esto incluye el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual. La Corte Europea indicó que el mero cambio de los documentos de identidad y la adecuación del nombre no permiten vivir a los transexuales de acuerdo con la identidad que les es propia. Además, ello les genera continuas humillaciones y discordancias en el trato que se les da, por haber cambiado su género de forma irreversible y no obtener todos los derechos del género adoptado. En este sentido, se vulnera el derecho a la vida privada al tener que revelar un sexo al que ya no pertenecen, en múltiples actos de su vida.

La Suprema Corte concluyó que en el derecho comparado y en los avances jurisprudenciales de tribunales nacionales y regionales —como el europeo—, en los casos de transexualismo se da prevalencia al sexo psicosocial y no al morfológico. Esto trae como consecuencia que forma parte del libre desarrollo de la personalidad la decisión de una "reasignación sexual", que puede comprender o no una cirugía para ese fin, con el objeto de adecuar su estado psicosocial a su estado físico y, a partir de ello, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente. De esta manera, la Suprema Corte señaló que mantener legalmente a una persona (en documentos de identidad como el acta de nacimiento) en un

---

<sup>58</sup> CEDH, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Judgment of July 11, 2002.

sexo que no siente como propio es una vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

- a) De su libre desarrollo de la personalidad, porque sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, se podrá realizar el propio proyecto vital que, en forma autónoma, la persona tiene derecho de decidir;
- b) De su derecho a la salud, porque la reasignación del sexo en una persona transexual no sería suficiente para alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su psique y, por ende, un estado de bienestar integral, cuando no resulta posible adecuar su sexo legal al sexo con el cual se identifica y no al biológico con el que fue registrado inicialmente. Lo anterior porque en las más simples actividades de su vida la persona estará obligada a mostrar un documento (como el acta de nacimiento) que contiene sus datos anteriores, revelando su condición de persona transexual, lo que hace que perviva una situación tortuosa en su vida cotidiana que, indudablemente, tendrá efecto sobre su estado emocional o mental.
- c) De su derecho a la intimidad y a la vida privada: por tener que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo cual puede generar eventuales actos discriminatorios hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales.

Finalmente, la Suprema Corte señaló que los derechos de terceros no constituían un fundamento suficiente para la restricción del derecho a la identidad sexual, pues los derechos de terceros que tienen algún tipo de relación obligacional con la persona demandante se ven protegidos toda vez que la rectificación del sexo no implica la eliminación de su historia personal, la cual podría verificarse dentro de un eventual proceso judicial.<sup>59</sup>

## 2. Otras aproximaciones a la relación entre autonomía personal y derecho a la salud en el derecho comparado

A continuación me refiero a ejemplos relevantes sobre la forma como la Corte Constitucional de Colombia ha entendido la relación entre el derecho a la autonomía personal y el derecho a la salud.<sup>60</sup> La Corte colombiana ha señalado que, en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de autonomía prevalece *prima facie* sobre otros principios concurrentes. Por consiguiente, y salvo ciertas excepciones, prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y del Estado en preservar la salud de las personas.

---

<sup>59</sup> La Corte ordenó al Juez civil de segunda instancia emitir un nuevo fallo a partir de los criterios de interpretación utilizados en la sentencia y en el que se aplicara, como principio general del derecho, el contenido de las nuevas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos para el Distrito Federal, que regulaban, en específico, lo relativo a la rectificación de las actas del estado civil, entre ellas, el acta de nacimiento de personas que se han sometido a un procedimiento de reasignación de concordancia sexo-genérica.

<sup>60</sup> Para una mayor profundización, ver Oscar Parra Vera, *El Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, *op. cit.*

En el contexto de la relación médico-paciente, la autonomía no desaparece cuando el enfermo debe someterse a una serie de tratamientos para alcanzar mejoría de su salud. La Corte Constitucional ha delimitado estas relaciones entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud en casos donde aparece el siguiente problema jurídico: ¿en caso de disputa entre el médico y su paciente en relación con el procedimiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el tratamiento que considere más adecuado aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada, cuando ello es riesgoso para el paciente o cuando se subordina su autonomía personal?<sup>61</sup> El conflicto no se refiere exclusivamente a la relación entre el médico y el paciente. En últimas, la tensión se configura entre la autonomía individual y el interés de la sociedad y del Estado en proteger la salud de las personas.<sup>62</sup>

En algunos casos, las decisiones han dado prevalencia a la autonomía del paciente a través de su consentimiento informado, mientras que en otros casos ha prevalecido la decisión del médico y la autonomía profesional y científica del mismo o, incluso, el consentimiento sustituto (aquel que radica en los padres o en un tercero autorizado). Los precedentes que ha establecido la Corte Constitucional de Colombia sobre esta materia son los siguientes:

---

<sup>61</sup> Como lo anotan Abramovich y Courtis, este problema se relaciona, a su vez, con el derecho a la información en relación con la salud, la libertad de prescripción del médico, la libertad de elección del paciente y el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito. Véase Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op cit.*, p. 63, nota 76.

<sup>62</sup> Sentencia T-850 de 2002.

- a) Todo tratamiento, incluso el más ordinario, debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo cuando concurren las siguientes excepciones:<sup>63</sup>
- i. Cuando el estado mental del paciente no es normal.
  - ii. Cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia.
  - iii. Cuando el paciente es menor de edad.
- b) La Corte ha distinguido entre los **tratamientos ordinarios**, que no implican una perturbación mayor en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las **intervenciones extraordinarias**, que conllevan una intromisión determinante en la vida del paciente. Cuando el tratamiento es ordinario, si el paciente no manifiesta su negativa a recibirlo, se presume su consentimiento. Cuando la intervención médica es extraordinaria, se debe contar con el **consentimiento expreso** del paciente.<sup>64</sup> Por consiguiente, a mayor intensidad de la intervención, mayor el ámbito de autonomía del paciente. Esto significa que entre mayor sea el grado de invasión en

---

<sup>63</sup> Sentencia T-401 de 1994. La sentencia revisaba el caso de un paciente que padecía problemas renales y era objeto de un tratamiento de diálisis peritoneal que le permitía llevar una vida ordinaria. Sin embargo, su relación con el médico tratante fue objeto de deterioro progresivo. Posteriormente, el médico decidió cambiar el tratamiento de diálisis peritoneal a hemodiálisis, lo cual requería de mayor control y tiempo en el hospital. El paciente afirmaba que el cambio de tratamiento se debía a los problemas personales y no a fundamentos científicos, motivo por el cual interpuso una acción de tutela con el objeto de que se reevaluara el cambio de tratamiento. La Corte consideró que el paciente tiene derecho a elegir el tratamiento que más se ajuste a sus condiciones.

<sup>64</sup> *Idem*.

el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.<sup>65</sup>

- c) El consentimiento informado del paciente respecto de la decisión de aceptar o rehusar un tratamiento, prevalece sobre el dictamen médico si se cumplen dos requisitos:
  - i. La existencia de una contraindicación médica que afecta muy poco el tratamiento, de tal forma que no lo anula ni lo hace contraproducente. En otras palabras, cuando no atender a las instrucciones del médico no genera un grave daño a la integridad física del paciente.
  - ii. El beneficio de otros intereses del paciente que, pese a no relacionarse directamente con su salud física, permiten un importante desarrollo de su autonomía.<sup>66</sup>

Desde esta perspectiva, el paciente está en plena posibilidad de asumir, a su propio riesgo, las complicaciones para su salud que puedan derivarse de un tratamiento y optar porque éste le sea suministrado. Esta posibilidad persiste incluso en situaciones en que las personas tienen trastornos de personalidad y éstos no afectan su capacidad de consentimiento. En estos casos, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el médico que no esté de acuerdo y crea totalmente ineficaz el tratamiento elegido

<sup>65</sup> *Ibidem*. Criterio reiterado en las sentencias T-477 de 1995 y T-850 de 2002.

<sup>66</sup> Sentencia T-477 de 1995.

por el paciente podrá renunciar a continuar tratándolo, caso en el cual se asignará otro médico al enfermo.<sup>67</sup>

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que no se puede imponer a una persona un determinado patrón de conducta respecto a la enfermedad que padece, en cuanto ello menoscaba su potencialidad como persona, su capacidad de autodeterminación y desconoce el derecho a la intimidad personal y familiar.<sup>68</sup>

## VII. Conclusiones

En este escrito he realizado un análisis muy general de tres sentencias de Altas Cortes en México, Guatemala y Colombia, en orden a visibilizar buenas prácticas en materia de intervención judicial respecto a la garantía del derecho a la salud. Esta aproximación a un análisis comparado permite afirmar que, a diferencia de los debates que se concentran en si el derecho a la salud es justiciable o si constituye un derecho fundamental, la experiencia comparada demuestra que los debates emergentes se relacionan con la forma como se valora la interacción del derecho a la salud con otros derechos y el tipo de remedio judicial ofrecido

---

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> Sentencia T-493 de 1993. En esta sentencia se proyectó el dilema entre la autonomía individual y los límites del interés social y estatal en proteger la vida y la propia salud. La Corte entendió que se desconocía el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando no se respeta la decisión de una persona que, pese a sufrir de cáncer de mama y sentirse bien de salud, decide no acudir a los servicios médicos en razón de su alto costo, el deseo de no alejarse de su hija y la fe religiosa en la esperanza de curación. La decisión fue adoptada en la medida en que no se afectaban ni los derechos de los demás ni el orden jurídico.

por los Jueces para enfrentar las situaciones estructurales que explican los patrones y contextos en el que se insertan muchas de las violaciones a derechos sociales.

En particular, en torno a la judicialización del derecho a la salud ha tenido cada vez mayor importancia la pregunta por el impacto equitativo de estas decisiones y las transformaciones estructurales que corresponde impulsar mucho más allá de los casos concretos analizados por vía judicial. Este proceso ha sido muy dinámico y la experiencia comparada demuestra un nivel relevante de creatividad y diálogo con el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la invocación de las obligaciones internacionales asumidas en relación con el derecho a la salud ha sido útil para judicializar ciertos reclamos sociales que tradicionalmente se entendían excluidos del control judicial. El derecho internacional también ha permitido a los Jueces involucrar legítimamente a otros poderes políticos que deben rendir cuentas frente a dichas obligaciones internacionales, como lo muestra el ejemplo de la sentencia T-760 de 2008. Por otra parte, como se observa en el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México, es posible utilizar el derecho internacional para suplir aquellos vacíos normativos que impiden la plena vigencia de los derechos fundamentales involucrados.

Cabe resaltar el surgimiento de los remedios asociados al control judicial estricto de políticas públicas en salud. Ello permite diversas respuestas a los críticos de la intervención judicial en estas

materias cuando se focaliza exclusivamente en casos individuales, pero también ha generado nuevos dilemas, debido a la larga espera por la implementación adecuada de aquellos remedios dirigidos a impulsar una mejor gestión institucional y una mayor deliberación democrática. Estos son retos donde el derecho internacional de los derechos humanos se convierte en una herramienta imprescindible.



Breve análisis comparado de algunas  
decisiones judiciales de México,  
Colombia y Guatemala  
en relación con los derechos sexuales y  
reproductivos de las mujeres: el aborto y el uso  
de ciertos métodos de planificación familiar

Yuria Saavedra Álvarez\*  
María Elisa Franco Martín del Campo\*\*

\* Yuria Saavedra Álvarez es abogada Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

\* \* María Elisa Franco Martín del Campo es académica del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y funcionaria del Instituto Nacional de las Mujeres. Las opiniones de la autora son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer del Instituto Nacional de las Mujeres ni del ITESO.

De manera preliminar, debemos advertir, como señala Alda Facio, que es difícil hacer una distinción clara entre los derechos sexuales y derechos reproductivos.<sup>1</sup> Inclusive, la expresión "derechos sexuales y reproductivos" suele utilizarse como si se tratara de lo mismo,<sup>2</sup> quizá como "producto de una asociación entre sexo y reproducción que tuvo vigencia durante mucho tiempo".<sup>3</sup> Por otro lado, los derechos sexuales también han sido considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos. Sin embargo, existen prácticas sexuales que

---

<sup>1</sup> Cfr. Facio, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 24.

<sup>2</sup> Cfr. Villanueva Flores, Rocío, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 25.

<sup>3</sup> Davis Mattar, Laura, "Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales. Un análisis comparativo con los derechos reproductivos", en *Sur*, año 5, no. 8, 2008, p. 61.

no son reproductivas.<sup>4</sup> En el presente trabajo no pretendemos ahondar en esa discusión. No obstante, con un afán de manejar algunos conceptos que nos permitan comprender qué son los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres, podemos afirmar que los primeros implican su capacidad libre y autónoma de tomar decisiones con respecto a su sexualidad y a ejercerla de manera plena, libre, informada y placentera. Además, conforme a este derecho, las mujeres deben estar libres de discriminación y de violencia en relación a las decisiones que toman respecto del ejercicio de su propia sexualidad, sin hacer depender tal ejercicio de la reproducción humana considerada como un propósito único de la sexualidad.<sup>5</sup> Por otro lado, los derechos reproductivos parten del reconocimiento de la libertad de las personas a decidir de manera informada, si desean o no tener hijas o hijos, el número de éstos y el intervalo entre sus nacimientos. Estos derechos implican, además, que las mujeres deben recibir información y consejería adecuadas respecto de los métodos de regulación de la fecundidad y de prevención de las infecciones de transmisión sexual.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Cfr. Miller, Alice, "Sexual no reproductivo: Explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos", en Sofía Gruskin (comp.), *Derechos sexuales y reproductivos: Aportes y diálogos contemporáneos*, Lima, Centro de La Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, pp. 87 a 88. Aquí pueden quedar comprendidas las prácticas sexuales de personas del mismo sexo.

<sup>5</sup> Sobre estos puntos, cfr. Vicente, Esther, "La reforma de las Naciones Unidas y los derechos sexuales: ¿hacia una cuarta generación de derechos humanos?", en *Revista Jurídica*. Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. XLIII, no. 1, septiembre-diciembre 2008, pp. 71 a 94.

<sup>6</sup> Al respecto, puede consultarse Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994.

Por lo que se refiere al ámbito internacional, como señala Bermúdez, no existen instrumentos específicos que obliguen a los Estados a reconocer y respetar los derechos sexuales y los derechos reproductivos como tales.<sup>7</sup> Asimismo, una buena parte de la jurisprudencia internacional sobre ambos conceptos ha sido construida a partir del desarrollo y la interpretación de otros derechos de las mujeres, tales como a la vida y a la integridad personal, entre otros, para dar forma y contenido a sus derechos sexuales y derechos reproductivos. En tal sentido, en este trabajo nuestro propósito es, en primer lugar, hacer referencia a los principales estándares internacionales sobre ciertos derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, particularmente del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, enfocándonos principalmente en temas tales como el aborto y el uso de ciertos métodos de planificación familiar, ya que estas temáticas están especialmente relacionadas con la salud sexual y reproductiva de las mujeres, y porque son abordadas en las sentencias nacionales que serán comentadas posteriormente.

## I. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos

A nivel internacional existen diversos documentos jurídicos que reconocen los derechos sexuales y reproductivos desde diferen-

---

<sup>7</sup> Cfr. Bermúdez Valdivia, Violeta, "La violencia contra la mujer y los derechos sexuales y reproductivos", en *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, no. 61, Lima, 2009, p. 88.

tes ámbitos. En primer lugar, podemos mencionar los tratados sobre derechos humanos, los cuales suponen el mayor nivel de protección pues las obligaciones que se desprenden de ellos son plenamente vinculantes para los estados signatarios. En tal sentido, con un alcance "universal", hay seis principales tratados que con menor o mayor especificidad reconocen y desarrollan el contenido de los derechos sexuales y reproductivos:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCP");
- b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("PIDESC");
- c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (mejor conocida como "CEDAW");
- d) Convención sobre los Derechos del Niño;
- e) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (o "CERD"); y,
- f) Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La implementación y el cumplimiento de las obligaciones que imponen estos tratados es supervisada principalmente por "comités" de las Naciones Unidas, los cuales a partir del análisis de casos concretos o de la formulación de recomendaciones a los Estados luego del estudio de sus informes sobre la situación de los derechos humanos, han establecido criterios importantes que desarrollan los aspectos que comprenden los derechos sexuales y reproductivos. En este trabajo haremos referencia a los siguientes comités:

- a) Comité de los Derechos Humanos;
- b) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Comité DESC");
- c) Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ("Comité CEDAW");
- d) Comité sobre los Derechos del Niño;
- e) Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, y
- f) Comité contra la Tortura.

A nivel regional interamericano, los principales tratados de derechos humanos que abordan los derechos sexuales y reproductivos son:

- a) Convención Americana sobre Derechos Humanos ("CADH");
- b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), y
- c) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará").<sup>8</sup>

Los órganos que vigilan el cumplimiento de las obligaciones que imponen dichos tratados son la Comisión Interamericana de

---

<sup>8</sup> En el marco del Consejo de Europa puede mencionarse al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("Convención Europea de Derechos Humanos"), y la Carta Social Europea. Asimismo, la Unión Africana cuenta con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, y el Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África.

Derechos Humanos (en adelante "Comisión Interamericana") y, conforme a su competencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>9</sup> principalmente a través del estudio de casos individuales en los que se alega la violación de algún derecho humano. Por su parte, la Comisión Interamericana, mediante sus informes temáticos o de país, ha contribuido a dar contenido a los derechos sexuales y reproductivos.

Por otro lado, hay otro tipo de documentos, como declaraciones y programas o plataformas de acción, que también son una fuente de reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, a diferencia de los tratados internacionales, estos instrumentos son adoptados mediante consenso por los Estados, y no requieren la ratificación expresa de cada uno de ellos. Entre otros, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración y Programa de Acción de Viena; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.

Como puede observarse, las fuentes internacionales de las cuales se derivan los derechos sexuales y reproductivos son muy diver-

---

<sup>9</sup> En este sentido, el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" prevé la posibilidad de iniciar el sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana y, posteriormente, el inicio de un proceso ante la Corte, solamente tratándose de los derechos sindicales y el derecho a la educación reconocidos por dicho instrumento. Estos derechos están contemplados en los artículos 8.1.a) y 13 del Protocolo de San Salvador.

sas. Por el espacio concedido para el presente trabajo, nos referiremos en mayor medida y de forma sucinta a los tratados internacionales y a la interpretación y aplicación que de los mismos han hecho los comités de derechos humanos de Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>10</sup> De estos instrumentos y de los estándares que se han ido formando a partir de su aplicación por los órganos previstos para ello se desprende que los derechos sexuales y los derechos reproductivos se encuentran estrechamente relacionados con otros derechos humanos, tales como la vida, la integridad personal, la salud sexual y reproductiva, una vida libre de violencia, una vida libre de discriminación, la autonomía y la privacidad, que son a los que a continuación haremos referencia, entre otros. Hemos elegido estos derechos porque son los que con mayor claridad se encuentran relacionados e inciden en el análisis de temas como el aborto y el uso de ciertos métodos de planificación familiar.

## 1. Derecho a la vida

El reconocimiento específico del derecho a la vida de las mujeres se encuentra en la Convención Belém do Pará, la cual establece que "[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el

---

<sup>10</sup> Hasta ahora, la Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre estos derechos.

derecho a que se respete su vida".<sup>11</sup> El Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a la vida no debe entenderse de forma restringida, y que los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger este derecho,<sup>12</sup> entre otras medidas de prevención. En este sentido, dicho Comité en diversas ocasiones, a través de sus recomendaciones, ha establecido una clara relación entre la vida de las mujeres y ciertas circunstancias que pueden ponerla en riesgo, tales como el embarazo y la prohibición del aborto, ya sea absoluta o bajo ciertas hipótesis. Por ejemplo, dicho Comité ha hecho hincapié sobre las legislaciones que restringen la práctica del aborto, los abortos clandestinos y las amenazas a la vida de las mujeres.<sup>13</sup> Con ocasión de la revisión de las obligaciones de Guatemala, en el año 1999 el Comité de Derechos Humanos señaló que:

La penalización de todo aborto con penas tan severas como las previstas por la legislación vigente, salvo por peligro de muerte

<sup>11</sup> Art. 4. Evidentemente, el derecho a la vida de todas las personas se encuentra reconocido en otros instrumentos internacionales, tales como en el artículo 6 del PIDCP y en el artículo 4 de la CADH.

<sup>12</sup> *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación General 6, artículo 6 (16a. sesión, 1982), párr. 5.

<sup>13</sup> Véase, i.e., las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Bolivia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.74 (1997), párr. 22; Camerún, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.116 (1999), párr. 13; Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), párr. 15; Colombia, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (2004), párr. 13; Costa Rica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999), párr. 11; Ecuador, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998), párr. 11; Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001), párr. 19; Kenia, 2005; Mali, U.N. Doc. CCPR/CO/77/MLI (2003), párr. 14; Marruecos, U.N. Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004), párr. 29; Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párr. 20; Polonia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.110 (1999), párr. 11; Polonia, U.N. Doc. CCPR/CO/82/POL (2004), párr. 8; Senegal, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.82 (1997), para. 12; Sri Lanka, U.N. Doc. CCPR/CO/79/LKA (2003), párr. 12; y Venezuela, U.N. Doc. CCPR/CO/71/VEN, (2001), párr. 19.

de la madre, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de [...] la alta incidencia en la mortalidad materna de los abortos clandestinos y la falta de información sobre la planificación familiar.

El Estado Parte tiene el deber de garantizar el derecho a la vida (art. 6) de las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo, proporcionándoles la información y los medios necesarios para garantizarles sus derechos, y reformando la ley para establecer excepciones a la prohibición general de todo aborto, salvo peligro de muerte de la madre.<sup>14</sup>

En el año 2004, respecto a la penalización absoluta del aborto en Colombia, dicho Comité expresó que:

...[l]a penalización legislativa de todo tipo de aborto puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y [que], en particular, le preocupa[ba] que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo, pued[ieran] ser procesadas por haber recurrido a tales procedimientos (art. 6) [derecho a la vida]. El Estado Parte debería velar por que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan un delito.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Comité de Derechos Humanos, observaciones finales a Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (1999), párr. 19.

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos, observaciones finales a Colombia, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (2004), párr. 13. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha criticado la legislación que criminaliza el aborto considerándola como una potencial violación al derecho a la vida en las siguientes observaciones finales: Argentina, 2000; Bolivia, 1997; Chile, 1999 y 2007; Colombia, 2004; Costa Rica, 1999; Ecuador, 1998; El Salvador, 2003; Guatemala, 2001; Kuwait, 2000; Lesotho, 1999; Mali, 2003; Mauritius, 2005; Perú, 2000; Polonia, 2004; Sri Lanka, 2003; Trinidad y Tobago, 2000; Tanzania, 1998; Venezuela, 2001, y Vietnam, 2002.

Otros comités también se han referido a este tema. El Comité CEDAW en sus observaciones finales ha expresado su preocupación sobre las altas tasas de mortalidad materna, incluyendo las que son consecuencia de abortos clandestinos, explícitamente aseverando que en algunos casos esas muertes indican que los gobiernos pueden no estar respetando el derecho de la mujer a la vida.<sup>16</sup> Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido una relación entre el aborto inseguro y la mortalidad materna,<sup>17</sup> y ha expresado su preocupación respecto de la legislación punitiva del aborto y su impacto en la mortalidad materna en adolescentes.<sup>18</sup> En sentido similar, el Comité DESC ha solicitado a los Estados revisar la legislación para legalizar el aborto cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer o si es resultado de una violación o incesto.<sup>19</sup>

En el ámbito regional, los órganos interamericanos, específicamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también han ampliado el ámbito de protección del derecho a la vida de las mujeres en relación con el embarazo y el aborto. En el 2010, dicho órgano concedió una solicitud de medidas cautelares a una mujer embarazada que padecía cáncer y a quien en razón

<sup>16</sup> Véase, i.e., las observaciones finales del Comité CEDAW a Belice, U.N. Doc. A/54/38, Parte II (1999), párr. 56; Colombia, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, Parte I (1999), párr. 393 y la República Dominicana, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1, Parte I (1998), párr. 337. Véase también Namibia, 2007; Nicaragua, 2007; y Perú, 2007.

<sup>17</sup> Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a Chad, 1999; Colombia, 2000; Guatemala, 2001; Nicaragua, 1999.

<sup>18</sup> Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a Chad, 1999.

<sup>19</sup> Cfr. Comité DESC, observaciones finales a Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105 (2004), párr. 52; Kuwait, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.98 (2004), párr. 43; y Nepal, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.66 (2001), párr. 55.

de su condición se le había negado tratamiento de quimioterapia o radioterapia pues ello potencialmente podía causar un aborto. La Comisión Interamericana solicitó a Nicaragua adoptar las medidas necesarias para que dicha mujer tuviera acceso al tratamiento médico que necesitara para tratar su cáncer.<sup>20</sup>

En otro caso en el cual una mujer campesina fue sometida de manera forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización, luego del cual perdió la vida debido a complicaciones derivadas del mismo que no fueron atendidas, la Comisión Interamericana aprobó el acuerdo de solución amistosa conforme al cual el Perú aceptó haber violado, entre otros, el derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana. La víctima había sido presionada por agentes estatales, incluidos funcionarios de servicios de salud, para que se sometiera a un procedimiento de esterilización debido a que ya tenía siete hijos. Asimismo, en su momento, en el Perú existía una política gubernamental de control de natalidad mediante la cual muchas mujeres fueron sometidas a este tipo de procedimientos, muchas veces sin su consentimiento. La aceptación de responsabilidad formulada por el Estado dio lugar a que también se comprometiera a sancionar a los responsables, incluidos los médicos involucrados en el procedimiento quirúrgico señalado, y a reformar la legislación y políticas públicas a fin de eliminar cualquier aspecto discriminatorio y para incorporar el respeto a la autonomía de las mujeres.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de Medidas Cautelares No. 43/10, Asunto "Amelia" respecto de Nicaragua, 26 de febrero de 2010.

<sup>21</sup> CIDH, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez* (Perú), 3 de octubre de 2003.

## 2. Derecho a la integridad personal

Este derecho se encuentra reconocido ampliamente en el ámbito internacional. El artículo 7 del PIDCP establece que "[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de prever este derecho en forma similar al PIDCP, también establece, de forma más amplia, que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Por otra parte, en relación con el aborto y su penalización en diversos países, también es importante hacer mención de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU ("CAT"), la cual ha sido aplicada en varias ocasiones por los comités en relación con dicho tema.

En este rubro es importante señalar que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han interpretado que este derecho tiene una aplicación más amplia que el contexto tradicional de los malos tratos o la tortura practicada o tolerada por los Estados. Por ejemplo, en relación con el Perú, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación porque en la legislación el aborto amerite sanción penal aun cuando la mujer haya resultado embarazada por una violación sexual, además considerando que el aborto clandestino es la mayor causa de mortalidad materna en el Perú. Al respecto, dicho Comité ha considerado que las restricciones penales a la práctica del aborto han sometido a las mujeres a un tratamiento inhumano posible-

mente incompatible con el artículo 7 del PIDCP.<sup>22</sup> Respecto a la prohibición absoluta del aborto, también el Comité de Derechos Humanos ha expresado que las disposiciones legales que lo penalizan pueden ser incompatibles con el artículo 7 del PIDCP en casos en los que las mujeres son forzadas a continuar con el embarazo.<sup>23</sup> Este derecho también podría verse menoscabado cuando los Estados no dan acceso al aborto seguro a las mujeres que han quedado embarazadas a consecuencia de una violación sexual.<sup>24</sup> En un caso paradigmático, el Comité de Derechos Humanos consideró que la negativa de Perú de practicar un aborto terapéutico a una menor de edad constituía una violación del derecho reconocido en el artículo 7 del PIDCP, entre otros, ya que "[l]a omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue [...] la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar". Esto se desprende de su Observación General No. 20 conforme a la cual el derecho protegido en el artículo 7 del PIDCP no solamente hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento mental. Esta protección es particularmente importante cuando se trata de niñas y adolescentes.<sup>25</sup> En otro caso contra Perú, una mujer de 17 años embarazada de feto anencefálico a la que le fue negado el aborto terapéutico, el Comité de Derechos Humanos consideró al Estado respon-

<sup>22</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, observaciones finales a Perú, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.72 (1996), párr. 15 y observaciones finales a Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párr. 20.

<sup>23</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Sri Lanka (2003), párr. 12.

<sup>24</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General 28, "Artículo 3— La igualdad de derechos entre hombres y mujeres", párr. 11.

<sup>25</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Caso Karen Noelia Llantoy Huamán vs. Perú*, 1153/2003, párr. 6.3.

sable de la violación de los derechos a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes, entre otros, conforme al PIDCP. En dicho caso, a pesar de estar legalmente permitido, los médicos se negaron a autorizar la interrupción del embarazo. La menor de edad quien tuvo que correr altos riesgos a su salud y, una vez dado a luz, amamantar al recién nacido durante cuatro días antes de que éste muriera. Como consecuencia, la joven sufrió una grave afectación psicológica.<sup>26</sup>

La negativa de acceso al aborto o los tratamientos abusivos en relación con el mismo en otras circunstancias también pueden violar el derecho a la integridad física. Bajo esta perspectiva, el Comité contra la Tortura ha expresado preocupación respecto de las situaciones donde la atención posaborto está condicionada a que las mujeres proporcionen información de las personas que les practicaron el aborto, y que esta información sea utilizada en procedimientos penales en contra tanto de esas terceras personas como de las mujeres mismas.<sup>27</sup>

Por su parte, la Comisión Interamericana ha destacado que el derecho a la integridad personal<sup>28</sup> en el ámbito de la salud guarda una estrecha relación con el derecho a la salud dado que la provisión de servicios adecuados y oportunos de salud materna es una de

<sup>26</sup> *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, *caso K.L. v. Perú*, Comunicación No. 1153/2003 (2005).

<sup>27</sup> *Cfr.* Comité contra la Tortura, "Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile", U.N. Doc. CAT/C/CR/32/5 (2004), párr. 6(j).

<sup>28</sup> Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

las medidas principales para garantizar el derecho a la integridad personal de las mujeres. Entre otros aspectos, en relación con legislación y políticas que pueden actuar como barreras en el acceso a servicios de salud materna, la Comisión Interamericana se ha referido a la falta de implementación de las leyes, políticas, programas y prácticas que benefician la salud de las mujeres en el ámbito de la salud materna así como la ausencia de normativa para regular la atención médica en este ámbito. En tal sentido, "la negativa por parte del personal médico de proporcionar servicios en condiciones legales no sólo constituye una barrera en el acceso sino que además resulta discriminatoria". Además, este órgano ha afirmado que las barreras en el acceso a servicios de salud materna pueden provocar una afectación al derecho a la integridad física, psíquica, y moral de las mujeres. Por ejemplo, en los casos en que se practican intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos a las mujeres sin su consentimiento o que ponen en riesgo físico su salud, pueden constituir una violación al derecho a la integridad personal. Igualmente, puede afectarse la integridad física de las mujeres, provocando un daño a su salud o un estrés emocional considerable, cuando se deniega atención médica relacionada con el ámbito reproductivo.<sup>29</sup>

### 3. Derecho a la salud sexual y reproductiva

Diversos instrumentos internacionales reconocen los derechos a la salud y a la atención médica de todas las personas. El PIDESC

<sup>29</sup> *Cfr.* CIDH, Informe sobre Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 7 de junio de 2010, párrs. 23, 37 y 39.

establece "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".<sup>30</sup> Con relación al derecho a la salud de la mujer, la CEDAW establece que los Estados deben adoptar:

...[l]as medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.<sup>31</sup>

La CEDAW también señala que los Estados deben garantizar que las mujeres en áreas rurales tengan "acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia".<sup>32</sup> Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los Estados deben adoptar medidas para "asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres".<sup>33</sup> Asimismo, en el ámbito interamericano, el Protocolo de San Salvador reconoce el derecho humano a la salud, entendida "como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".<sup>34</sup>

El Comité DESC ha desarrollado ampliamente el contenido del derecho a la salud especificando que se refiere a dos aspectos, es decir, el "derecho a controlar el propio cuerpo y la salud, in-

---

<sup>30</sup> Artículo 12.

<sup>31</sup> Artículo 12.1.

<sup>32</sup> Artículo 14.2.b).

<sup>33</sup> Artículo 24(d)

<sup>34</sup> Artículo 10.

cluida la libertad sexual y reproductiva", y el derecho a "un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud".<sup>35</sup> Por ello, este Comité ha recomendado a los Estados remover todas las barreras para el acceso de las mujeres a servicios de salud, educación e información, incluyendo el área de salud sexual y reproductiva.<sup>36</sup> Particularmente, se ha referido a los riesgos para la salud de las mujeres que resultan de legislaciones restrictivas del aborto, y ha recomendado mejorar las condiciones médicas y sanitarias para la práctica del mismo.<sup>37</sup> Al respecto, merece la pena señalar de manera particular que en las observaciones que el Comité realizó al informe de Chile llegó a esta conclusión a partir del elevado número de mujeres que eran hospitalizadas por complicaciones de aborto cada año, ya que no se contaba con estadísticas oficiales del número de abortos que se practicaban anualmente. Lo anterior resulta relevante debido a que a pesar de no contar con estadísticas oficiales específicas, el Comité utilizó un dato importante (número de mujeres hospitalizadas por complicaciones de aborto) para concluir que las legislaciones restrictivas del aborto tienen consecuencias negativas en el derecho de la salud de las mujeres. Sobre su penalización, ha recomendado a los Estados legalizar el aborto

<sup>35</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), párr. 8.

<sup>36</sup> *Cfr. Ibid*, párr. 21.

<sup>37</sup> Véase, i.e., las observaciones finales del Comité DESC a Azerbaijan, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.104 (2004), párr. 56; Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105 (2004), párr. 25; Kuwait, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.98 (2004), párr. 43; Polonia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.82, (2002), párr. 29; y Rusia, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.94 (2003), párr. 63.

en algunas circunstancias, como cuando el embarazo es resultado de violación o incesto, y cuando la vida de la mujer embarazada está en peligro.<sup>38</sup>

La Observación General 24 del Comité CEDAW sobre la mujer y la salud reafirma la obligación de los Estados de respetar el acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva, y de que "se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud".<sup>39</sup> El Comité CEDAW explica que "el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones".<sup>40</sup> Por ello, este Comité también ha recomendado a los Estados que en la medida de lo posible, reformen la legislación que castiga el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.<sup>41</sup> Para llegar a estas conclusiones el Comité analizó el derecho a la salud de las mujeres tomando en consideración las consecuencias que tienen las relaciones desiguales de poder basadas en género. Otras dificultades que ha encontrado el Comité CEDAW que impiden la atención médica de las mujeres son las influencias religiosas, la privatización de los servicios de

<sup>38</sup> Comité DESC, observaciones finales a Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105 (2004), párr. 25 y Kuwait, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.98 (2004), párr. 43.

<sup>39</sup> Comité CEDAW, Recomendación General 24, La mujer y la salud (Artículo 12), U.N.Doc. No. A/54/38/Rev.1 (1999), párr.14.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr. 31c.

salud y restricciones presupuestarias,<sup>42</sup> por ello, ha recomendado a algunos Estados que destinen fondos públicos para que las mujeres que requieren de un aborto puedan practicárselo.<sup>43</sup>

El reciente informe de agosto de 2011 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, establece que la legislación penal y las restricciones jurídicas de otro tipo que afectan a la salud sexual y reproductiva podrían ser consideradas violaciones del derecho a la salud, ya que menoscaban este derecho en múltiples aspectos, provocando que se atente contra la dignidad humana. La dignidad exige que todas las personas sean libres de tomar decisiones personales sin la injerencia del Estado, principalmente cuando se trata de un aspecto tan personal e íntimo como la salud sexual y reproductiva.<sup>44</sup> En este sentido el

<sup>42</sup> *Cfr.*, entre otros, las observaciones finales del Comité CEDAW a Antigua y Barbuda, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, Parte II (1997), para. 258; Argentina, UN Doc. A/59/38, Part II (2004), párrs. 380-381; Bangladesh, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, Parte II (1997), para. 438; Belice, U.N. Doc. A/54/38, Parte II (1999), párrs. 56-57; Burkina Faso, U.N. Doc. A/55/38, Parte I (2000), párr. 274; Croacia, U.N. Doc. A/53/38, Parte I (1998), párr. 109; Cuba, U.N. Doc. A/51/38 (1996), párr. 219; República Dominicana, UN Doc. A/59/38, Parte II (2004), párrs. 308-309; Etiopía, U.N. Doc. A/51/38 (1996), párr. 160; Etiopía, UN Doc. A/59/38, Parte I (2004), párrs. 257-258; Georgia, U.N. Doc. A/54/38, Parte II (1999), párr. 111; Grecia, U.N. Doc. A/54/38, Parte I (1999), párrs. 207-208; Guinea, U.N. Doc. A/56/38, Parte II (2001), párrs. 128-129; Guyana, U.N. Doc. A/50/38 (1995), párr. 621; Hungría, U.N. Doc. A/51/38 (1996), párr. 254; Iraq, U.N. Doc. A/55/38, Parte II (2000), paras. 203-204; Kazajistán, U.N. Doc. A/56/38, Parte I (2001), párr. 105-106; Lituania, U.N. Doc. A/55/38, Parte II (2000), párrs. 158-159; Mongolia, U.N. Doc. A/56/38, Parte I (2001), párr. 269.

<sup>43</sup> Comité CEDAW, observaciones finales a Burkina Faso, U.N. Doc. A/55/38, Parte I (2000), párr.276.

<sup>44</sup> *Cfr.* Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/66/254 (2011), párrs. 15 y 16.

Relator califica a la penalización del aborto como "una clara expresión de la injerencia del Estado en la salud sexual y reproductiva de la mujer".<sup>45</sup> De acuerdo con el Relator, la legislación penal que castiga y restringe el aborto inducido es un claro ejemplo de barrera inaceptable que obstaculiza el ejercicio del derecho a la salud por parte de las mujeres, por lo que debería eliminarse, y su aplicación debe reconsiderarse. Su eliminación no debe ser progresiva ya que no constituye una carga pesada desde el punto de vista de los recursos,<sup>46</sup> lo cual quiere decir que su derogación puede ser inmediata. La promulgación o mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede violar la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho a la salud.<sup>47</sup> Asimismo, el Relator sostuvo que la obligación de respeto del derecho a la salud implica para el Estado abstenerse de limitar el acceso a anticonceptivos, así como a otros métodos de protección de la salud sexual y reproductiva.<sup>48</sup>

Por su parte, en un caso en el cual se impidió el aborto a una menor de edad víctima de violación sexual, luego de lo cual quedó embarazada, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que la Convención de Belém do Pará establece que "las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de

<sup>45</sup> *Ibidem*, párr. 27.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>47</sup> *Cfr. Ibidem*, párrs. 20 y 21.

<sup>48</sup> *Cfr. Ibidem*, párr. 55.

protección a los derechos humanos".<sup>49</sup> En tal sentido, no es posible alcanzar el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, entre otros. La Comisión Interamericana enfatizó que la salud de las víctimas de violencia sexual debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y en las políticas y programas de salud de los Estados.<sup>50</sup>

Asimismo, la Comisión Interamericana ha resaltado la estrecha relación entre el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres y el acceso a la información en materia reproductiva. Para dicho órgano,

...el acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de otros derechos humanos, y por tanto [su] falta de respeto y garantía [...] para las mujeres puede ocasionar una vulneración de sus derechos, por ejemplo a la integridad personal, vida privada y familiar y a vivir libres de violencia y discriminación.<sup>51</sup>

#### 4. Derecho a una vida libre de violencia

La Convención de Bélem do Pará define por violencia contra la mujer "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".<sup>52</sup> Si bien

<sup>49</sup> CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161-02, Solución Amistosa. Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México), 9 de marzo de 2007, párr. 19.

<sup>50</sup> *Cfr. Idem.*

<sup>51</sup> CIDH, Informe sobre el Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61, 22 de noviembre de 2011, párr. 1.

<sup>52</sup> Artículo 1.

este tratado no se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos, del mismo se desprende que las diferentes formas de violencia física, sexual o psicológica que se ejerce contra las mujeres, tanto en la familia como en otros ámbitos sociales, impiden y anulan el ejercicio de tales derechos.<sup>53</sup> Esto es así ya que desconocer el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre su propia sexualidad y reproducción es, por sí mismo, un acto de violencia que, generalmente, tiende a menoscabar la capacidad de decisión de las mujeres y a desconocer su dignidad humana,<sup>54</sup> siendo además, *per se*, un acto de discriminación.

## 5. Derecho a una vida libre de discriminación

La CEDAW señala que la discriminación contra la mujer denota:

...[t]oda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.<sup>55</sup>

Conforme a la CEDAW, los Estados deben eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los aspectos relativos al matrimonio y a las relaciones familiares, así como proporcionarles asesoría en materia de salud, incluyendo la planificación familiar. En tal sentido, los Estados deben tomar medidas apropiadas para

<sup>53</sup> Esta interpretación se desprende del artículo 5 de la Convención de Belém do Pará.

<sup>54</sup> En este sentido ver el artículo 4.e de la Convención de Belém do Pará.

<sup>55</sup> Artículo 1.

modificar "los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".<sup>56</sup> De lo anterior se desprende la prohibición de la discriminación contra las mujeres en el campo de la atención médica y en el acceso a servicios de salud. El Comité CEDAW ha interpretado lo anterior en el sentido de que "[n]o es suficiente garantizar a las mujeres un tratamiento idéntico al de los hombres, sino que, antes bien, las diferencias biológicas, sociales y culturales entre hombres y mujeres deben ser tomadas en cuenta".<sup>57</sup> Además, los Estados deben "abstenerse de obstaculizar las acciones tomadas por las mujeres en la consecución de sus objetivos en materia de salud".<sup>58</sup>

La CEDAW establece en el artículo 16.1.e que las mujeres deben tener garantizado su derecho a "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos[,] y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".<sup>59</sup> Al respecto, en varias de sus observaciones finales, el Comité de Derechos Humanos ha establecido un claro vínculo entre la igualdad de las mujeres y

---

<sup>56</sup> Artículo 5.a).

<sup>57</sup> Comité CEDAW, Recomendación General 25 sobre el artículo 4, párrafo 1 de la CEDAW, Medidas Especiales de Carácter Temporal, U.N. Doc. No. CEDAW/C/2004/1/WP.1/Rev.1 (2004), párr. 8.

<sup>58</sup> Comité CEDAW, Recomendación General 24 sobre el artículo 12 de la CEDAW, La Mujer y la Salud, U.N. Doc. No. A/54/38/Rev.1, Parte I (1999), párr. 14.

<sup>59</sup> Al respecto, puede verse Comité CEDAW, Recomendación General 21, Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares (1992), párr. 21.

la disponibilidad de la información y los servicios de salud reproductiva, incluido el aborto.<sup>60</sup>

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud recientemente señaló que al restringir el acceso a los bienes, servicios e información que se encuentran relacionados con el derecho a la salud sexual y reproductiva, se genera un efecto discriminatorio, ya que se afecta de manera desproporcionada a quienes más necesitan de esos recursos, es decir, las mujeres.<sup>61</sup>

## 6. Derecho a la autonomía y a la privacidad

Tanto el artículo 17.1 del PIDCP como el artículo 11 de la CADH reconocen el derecho de todas las personas a no ser objeto de injerencias arbitrarias, abusivas o ilegales en su vida privada. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha enfatizado que cuando los estados imponen la obligación a doctores y a personal de salud para reportar obligatoriamente casos de mujeres que se han practicado un aborto, se puede producir una violación al derecho a la privacidad de la mujer.<sup>62</sup> Al respecto, en su Recomendación General 24, el Comité CEDAW desarrolló este punto estableciendo que la transgresión de la confidencialidad médico-paciente afecta especialmente a las mujeres en lo relativo a la búsqueda de consejería y tratamiento para enfer-

<sup>60</sup> Cfr. Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Argentina, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG (2000), párr. 14; Colombia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.76 (1997), párr. 24; Ecuador, U.N. Doc. CPR/C/79/Add. 92 (1998), párr. 11; y Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001), párr. 19.

<sup>61</sup> Cfr. Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *op. cit.* párr. 17.

<sup>62</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, Recomendación General 28, *op. cit.*, párr. 20.

medades de los órganos genitales, el uso de métodos anticonceptivos, casos de aborto incompletos y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.<sup>63</sup> Esta misma Recomendación General establece que condicionar el acceso de las mujeres a los servicios de salud a la autorización de sus maridos, parejas, familiares o de las autoridades sanitarias es una barrera significativa para que las mujeres alcancen sus objetivos en materia de salud.<sup>64</sup> El Comité CEDAW también ha indicado que las políticas que requieren de una autorización del cónyuge para la práctica del aborto afectan el derecho de la mujer a la privacidad.<sup>65</sup>

Los estándares internacionales anteriores serán considerados de manera integral para la revisión de las sentencias de Colombia, Guatemala y México que de diferentes maneras han abordado el estudio del contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos.

## II. Análisis de las sentencias de Colombia, México y Guatemala en relación con la penalización del aborto y el uso de ciertos métodos de planificación familiar

A continuación se presenta un análisis sucinto de diversas sentencias que han sido propuestas a fin de dilucidar las diversas maneras en que instancias tales como la Corte Constitucional de

<sup>63</sup> Comité CEDAW, Recomendación General 24, *op. cit.*, párr. 12(d).

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 14.

<sup>65</sup> Véase, las observaciones finales del Comité CEDAW a Indonesia, U.N. Doc. A/53/38/Rev.1, Parte I (1998), para. 284(c) y Turquía, U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, Parte I (1998), párrs. 184 y 196.

Colombia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala han abordado temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

## 1. Colombia: la despenalización del aborto en circunstancias específicas

La Corte Constitucional de Colombia (en adelante "Corte Constitucional") mediante la sentencia C-355/06<sup>66</sup> analizó la constitucionalidad de los artículos 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal (Ley 599/00), entre otros, que en términos generales, penalizaban de manera absoluta el aborto y establecían solamente algunos supuestos de atenuación de responsabilidad. Tales disposiciones señalan lo siguiente:

Del aborto

ART. 122. — Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123. — Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124. — Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas

<sup>66</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, Análisis de Constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal (Ley 599/00). Sentencia del 10 de mayo de 2006. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

A fin de concluir si las disposiciones relativas a la prohibición del aborto eran constitucionales, la Corte Constitucional analizó, entre otros, el contenido del deber de protección de la vida en gestación y, por otro lado, los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Asimismo, se refirió a los alcances de la libre configuración legislativa en esta materia. La Corte Constitucional utilizó como metodología el análisis del derecho internacional y el derecho comparado para ponderar entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada. A continuación se señalan los principales argumentos de la Corte Constitucional, así como las conclusiones que abordó en cada uno de ellos.

#### a. Ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada

##### i. Deber de protección de la vida en gestación

Sobre este punto, la Corte Constitucional hizo una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser

protegido por el Estado y el derecho a la vida como tal. Estableció que éste supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición, por lo que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Estableció que si bien el ordenamiento jurídico otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana, y que el bien jurídico tutelado no es idéntico y que, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. En tal sentido, señaló que el fundamento de la prohibición del aborto radica en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus*, por lo que éste no es titular del derecho a la vida.

## ii. Derechos fundamentales de la mujer embarazada

La Corte Constitucional estableció que los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución y en el derecho internacional deben ser examinados en el momento en que se analice la constitucionalidad del tipo penal de aborto. En tal sentido, señaló que el aborto se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al interés superior de los niños y las niñas, la discriminación y otras formas de violencia contra la mujer, la salud, la educación y la dignidad humana. La Corte Constitucional estableció que el análisis de estos derechos parte del concepto del bloque de constitucionalidad y, al respecto, reconoció la impor-

tancia del derecho internacional de los derechos humanos para resolver asuntos de derecho interno como el presente. De esta forma, señaló que la mujer es sujeto constitucional de especial protección y, en mayor medida, las mujeres embarazadas. Por tanto, reconoció que, en este sentido, es evidente que hay situaciones que afectan a las mujeres de manera diferente, en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

#### *Derechos reproductivos*

La Corte Constitucional argumentó que la vida, la salud, la igualdad y la no discriminación, la libertad, la integridad personal y el derecho a una vida libre de violencia, constituyen el núcleo esencial de los derechos reproductivos de las mujeres. Además, estableció que cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres también resultan directamente afectados derechos como el trabajo y la educación que, por ser derechos fundamentales, pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

#### *Derecho a la dignidad humana*

La Corte Constitucional de Colombia señaló que el enunciado normativo "dignidad humana", desempeña tres roles distintos:

- a) Es un principio fundante del ordenamiento jurídico y, por ello, tiene una dimensión axiológica como valor constitucional.
- b) Es un principio constitucional.
- c) Tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Por tanto, sostuvo que respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que están la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados. La Corte Constitucional señaló que la mujer es un ser humano plenamente digno y que, por tanto, debe ser tratada como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

#### *Derecho a la igualdad y no discriminación*

La Corte Constitucional manifestó que el derecho a la igualdad y no discriminación se ve comprometido cuando el Estado no elimina las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales.

#### *Derecho a la salud*

La Corte Constitucional señaló que dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso del aborto: el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afec-

ten la salud sexual y reproductiva. Asimismo, estableció que el derecho a ser madre, o la consideración de la maternidad como una "opción de vida", corresponde al fuero interno de cada mujer y que, *prima facie*, no es proporcionado ni razonable que el Estado imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos sean constitucionalmente relevantes.

#### *Derecho a la vida*

Sobre este punto, la Corte Constitucional manifestó que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

#### *Derecho a la intimidad*

El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y de acuerdo con los argumentos de la Corte Constitucional, éste se lesiona cuando se le obliga legalmente al médico a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto. Estos argumentos llevaron a la Corte Constitucional a concluir que la prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. Además, estableció que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de conformidad con las cuales no garantizar el

aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

#### *Análisis de la libre configuración legislativa*

Respecto a este punto, la Corte Constitucional señaló que son límites claros a la potestad de configuración del legislador en materia penal los derechos fundamentales, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, considerados desde el bloque de constitucionalidad. Asimismo, estableció que los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, también han entrado a formar parte del derecho constitucional. Por tanto, concluyó que "de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito", por lo que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, aclaró que el legislativo tiene dos límites constitucionales: le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, respetando el principio de la *última ratio* propio del derecho penal.

La Corte Constitucional colombiana aplicó un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el

margen de configuración. En este extremo la Corte reiteró que no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y, en consecuencia, la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política. Sin embargo, precisó que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, es decir, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Destacó que el legislador puede adoptar otro tipo de medidas que cumplan con el fin de proteger la vida en gestación pero que, si el legislador ha elegido medidas de carácter penal como las más convenientes para proteger la vida del *nasciturus*, también le corresponde prever las circunstancias en las que no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales la mujer gestante es titular. Tales situaciones por lo menos serían cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y, cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional resolvió que las disposiciones materia de estudio eran constitucionales (exequibles) siempre y cuando se excluyeran de su ámbito las tres hipótesis antes mencionadas.

## 2. México: la despenalización en el Distrito Federal de la interrupción del embarazo antes de las doce semanas de gestación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante "Suprema Corte") resolvió dos acciones de inconstitucionalidad promovidas para solicitar la invalidez de la reforma de algunos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de algunos artículos de la Ley de Salud para el Distrito Federal que, en términos generales, legalizaron la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación sin establecer causal alguna.<sup>67</sup> Por tanto, entre otros, la Suprema Corte analizó la constitucionalidad del artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal, el cual establece que:

[ A]borto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

Los principales problemas jurídicos abordados por la Suprema Corte fueron el momento a partir del cual se debe proteger la vida humana, la existencia y naturaleza normativa del concepto "vida" en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto.

<sup>67</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Sentencia del 28 de agosto de dos mil ocho.

La Suprema Corte utilizó como metodología el análisis del derecho internacional para realizar la ponderación entre la interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto frente al momento en el que se debe proteger la vida humana.

A continuación se señalan los principales argumentos de la Suprema Corte así como las conclusiones a las que arribó en cada tema.

#### **a. Momento en el que se debe proteger la vida humana de acuerdo con la normatividad internacional**

Para poder determinar el momento a partir del cual se debe proteger la vida humana, la Suprema Corte señaló que "del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos". Dicha Suprema Corte también advirtió que el derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y que en ninguno de ellos dicho derecho se establece ni se reconoce como un derecho absoluto, ya que aun cuando está ubicado en los derechos insuspendibles o inderogables en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado, como se señala en el artículo 27 de la Convención Americana, esa situación no lo transforma en un derecho absoluto frente a los demás derechos fundamentales.

La Suprema Corte, haciendo referencia al derecho internacional, argumentó que la normativa en dicho ámbito no prohíbe categóricamente la privación de la vida, lo que establece son las condiciones que la rigen y los momentos y circunstancias en que la privación de este derecho fundamental es lícita. En este sentido, y sobre el punto específico del momento a partir del cual debe ser protegido el derecho a la vida, destacó que los instrumentos en materia de derechos humanos no lo prevén, y que el único tratado internacional que hace referencia a un momento particular para el inicio de la protección del derecho a la vida, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece que este derecho estará protegido por la ley y, "en general", a partir del momento de la concepción. Al respecto, consideró que es la expresión "en general" la que otorga a los Estados un margen para adoptar legislación que permita la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias.

La Suprema Corte concluyó, respecto al momento a partir del cual se debe proteger el derecho a la vida, que debido a que ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de la protección de ese derecho, México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o en algún otro momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que formuló México respecto del artículo 4, relativa al derecho a la vida, al ratificar la Convención Americana.

## b. La existencia y naturaleza normativa del concepto "vida" en la Constitución mexicana

Al analizar la protección del derecho a la vida en el marco de la Constitución mexicana,<sup>68</sup> la Suprema Corte señaló que consideraba que lo único que era posible encontrar en la Constitución, de manera expresa, eran previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida. Por ejemplo, se refirió al artículo 4º de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, la protección a la niñez, la alimentación; así como al artículo 123, que prevé disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto. Con base en lo anterior, la Suprema Corte concluyó que la Constitución mexicana no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

## c. La interrupción del embarazo y la configuración del delito de aborto

La Suprema Corte realizó una distinción importante entre la libertad sexual y la libertad reproductiva. Precisó que la protección de

---

<sup>68</sup> El estudio de estas acciones de inconstitucionalidad lo hizo la Suprema Corte antes de que se llevaran a cabo las recientes reformas constitucionales.

los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia. Por tanto, estableció que no existe ninguna razón jurídicamente sostenible que indique que no hay potestad suficiente del legislador democrático para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener un reproche social. Asimismo, señaló que la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción.

La Corte concluyó que el legislador cuenta con potestad suficiente para despenalizar el aborto, ya que dentro de los parámetros internacionalmente establecidos como mínimos de protección y garantía, y con un sentido de progresividad, el derecho a la vida debe ser regulado por el legislador nacional de conformidad con sus competencias y facultades. Asimismo, determinó que la medida utilizada por el legislador resulta idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización de la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto a su cuerpo, su salud física y mental e, incluso, respecto a su vida. En consecuencia, reconoció la validez de las reformas a los artículos del Código Penal para el Distrito Federal y de la Ley de Salud para el Distrito Federal que dieron origen a las acciones de inconstitucionalidad.

### 3. Guatemala: el uso de ciertos métodos de planificación familiar y la libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala (en adelante "Corte de Constitucionalidad") resolvió diversas demandas de inconstitucionalidad presentadas contra varias disposiciones de la Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva (en adelante "Ley de Planificación Familiar"). Entre otros, dicha Ley establece la obligación del Estado de asegurar el acceso a la población a los servicios de planificación familiar, el cual comprende información, consejería, educación sobre salud sexual y reproductiva de las personas, y la provisión de métodos de planificación familiar. Asimismo, establece que el Estado debe garantizar el mantenimiento en forma sostenible de todos los métodos modernos de espaciamiento de embarazos en los establecimientos de la red de salud pública; proveer los servicios de planificación familiar a través de la oferta de la gama de métodos tradicionales y modernos de espaciamiento de embarazos; garantizar consejería completa a los usuarios para que puedan seleccionar el método más adecuado para su planificación familiar; realizar campañas masivas de información y comunicación dirigidas a la población en general sobre métodos tradicionales y modernos de planificación familiar, sus ventajas, desventajas y lugares de abastecimiento, tomando en cuenta el contexto socio-cultural y educativo de las mismas; e, informar acerca de los factores de riesgo relacionados con los embarazos no deseados, entre otros.

La Corte de Constitucionalidad realizó su análisis a la luz de una diversidad de derechos, entre otros, el derecho a la vida, que es el que nos incumbe en el presente trabajo. Para ese efecto, la Corte de Constitucionalidad revisó si dichas disposiciones transgredían el derecho a la vida desde el momento de la concepción ante la falta de especificación por parte del legislador de cuáles serían los métodos tradicionales y modernos a que se refiere la Ley de Planificación Familiar. Para ello, realizó una interpretación directa del alcance de dicha ley en el marco de los postulados de la Constitución guatemalteca sobre las facultades del legislador. En los siguientes párrafos se señalan los principales argumentos y conclusiones de la Corte de Constitucionalidad respecto del uso de ciertos métodos de planificación familiar, la libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos, y el derecho a la vida.

#### **a. Libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos y uso de métodos de planificación familiar**

En primer lugar, la Corte de Constitucionalidad aclaró que el hecho de que las disposiciones pertinentes no enumeraran o listaran cuáles serían los métodos tradicionales y modernos de planificación familiar que debe asegurar el Estado no devenía en la inconstitucionalidad de las mismas, dado que la Constitución guatemalteca no exige al legislador que las leyes contengan conceptos o definiciones de los términos relacionados en su contenido, por lo que la inclusión de aquéllos es meramente facultativa.

La Corte de Constitucionalidad señaló que el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos

tiene como fin, además, garantizar que sobre esa base se establezca la familia. Sin embargo, estableció que esa libertad de decidir está condicionada a la responsabilidad con que se tome dicha decisión. Es decir, se trata de una libertad para "concebir o engendrar", más no de disponer de la vida del que está por nacer. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad también recordó que el ordenamiento jurídico guatemalteco penaliza la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez, lo cual está tipificado como delito de aborto.

Por tanto, la Corte de Constitucionalidad estableció que las disposiciones relativas a los "métodos de planificación familiar" deben interpretarse en función de que el derecho a decidir el número de hijos y el tiempo en que cada uno se quiere tener no permite terminar con la vida de aquél que está por nacer, pues con éste se sobrepasaría el número de hijos. Frente al derecho de decidir el número y espaciamiento de los hijos está el derecho a la vida, sin cuya garantía no tienen razón de ser el resto de derechos que reconoce la Constitución.

### **b. El uso de métodos de planificación familiar y salud sexual y reproductiva**

La Corte de Constitucionalidad señaló que el análisis del alcance de la Ley de Planificación Familiar debe considerar que el objetivo general de ésta es la protección a la familia, y que ésta no sólo se ocupa de los métodos anticonceptivos sino también y, principalmente, del desarrollo del derecho a la salud, particularmente en el área de la salud sexual y reproductiva. Esto comprende el

derecho legítimo de quien quiere acceder a los servicios de planificación familiar como parte del programa de salud reproductiva y todo lo que ello conlleva, entre otros, el derecho de recibir consejería completa y tener asegurada la disponibilidad del método que se escoja y de recibir educación en materia sexual y reproductiva, todo lo cual sólo atañe al usuario y a su intimidad. Vedarle a una persona el derecho a obtener consejería en materia de salud sexual y reproductiva, implica no acceder a todo lo que comprende la salud sexual y reproductiva. Existe un derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, y el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

Por todo lo anterior, la Corte de Constitucionalidad, en el aspecto relativo a la falta de numeración o especificación de cuáles son los métodos tradicionales y modernos de planificación familiar a que se refiere la Ley de Planificación Familiar, declaró la constitucionalidad de las normas impugnadas.

### III. Buenas prácticas judiciales y conclusiones

Una buena práctica identificada en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México es el uso de los instrumentos internacionales, tanto del Sistema Interamericano como del Sistema Univer-

sal, para dar alcance y contenido a los derechos sexuales y reproductivos. En ambos casos resulta sumamente destacable el empleo de la interpretación que los órganos facultados para ello han realizado de los instrumentos internacionales, por ejemplo, el uso de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, en el apartado que se analizó de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dicha instancia no hizo uso de instrumentos o estándares internacionales de derechos humanos.

El hecho de que las Cortes de Colombia y México emplearan estándares internacionales de derechos humanos en la ponderación de derechos que estaba realizando y, finalmente, que las conclusiones a las que abordaron tuvieran asidero en dichos estándares, resulta muy positivo particularmente en dos sentidos. Por un lado, porque en los estándares internacionales se encuentra una protección amplia de los derechos en cuestión y, por el otro, porque demuestran de manera clara la relación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno. En el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, existiendo diversos instrumentos y estándares en materia de planificación familiar y su relación con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el análisis resulta pobre dado que dicha Corte simplemente se remitió a la misma normativa interna para concluir que es posible el uso de determinados métodos de planificación familiar, lo cual sería compatible con ciertos derechos, particularmente, reproductivos, siempre y cuando ello no conlleve la termi-

nación de un embarazo por el sólo hecho de no ser acorde con el número y espaciamiento de los hijos que la pareja haya planeado. La Corte de Constitucionalidad no analizó si las obligaciones que le competen al Estado, tanto en materia de planificación familiar como de derechos sexuales y reproductivos, y protección de la vida, planteaban un problema de confrontación de derechos o principios que hiciera necesario otro tipo de análisis.

Por otro lado, las Cortes de México y Colombia utilizan la perspectiva de género<sup>69</sup> en la ponderación de derechos, lo que se ve claramente reflejado en las conclusiones a las que arribaron sobre los derechos sexuales y reproductivos. Muestra de lo anterior es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México concluyó que la interrupción del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud y de su vida. De lo anterior se desprende que la Alta Corte de México juzgó utilizando la perspectiva de género, ya que analizó la protección que requiere el derecho a la libertad de las mujeres a decidir sobre su cuerpo frente al rol reproductivo que ha sido asignado social y culturalmente a las mujeres.

---

<sup>69</sup> El Glosario de Género del Instituto Nacional de las Mujeres de México ofrece la siguiente definición de perspectiva de género: "Cuando se habla de perspectiva de género, se hace alusión a una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Mirar o analizar alguna situación desde la perspectiva de género, permite entonces entender que la vida de mujeres y hombres puede modificarse en la medida en que no está "naturalmente" determinada. Esta perspectiva ayuda a comprender más profundamente tanto la vida de las mujeres como la de los hombres y las relaciones que se dan entre ambos".

En lo que respecta al uso de la perspectiva de género como metodología y categoría de análisis, en este caso para la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte Constitucional colombiana analizó el rol reproductivo culturalmente asignado a las mujeres, así como los papeles que de acuerdo con la construcción social se han asignado a mujeres y hombres, y que han dejado en clara situación de discriminación a las mujeres, para llegar a la conclusión que la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente los derechos de la mujer.

Una buena práctica en la que convergen las tres Cortes analizadas es que dan tratamiento constitucional a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En el caso de la Corte Constitucional de Colombia declaró expresamente que los derechos sexuales y reproductivos, como derechos humanos, forman parte del derecho constitucional.

Otra buena práctica judicial de las Cortes de México y Colombia es que asumen el análisis de los derechos humanos bajo la premisa de que ningún derecho o bien constitucionalmente protegido *per se* es superior a otro, de suerte que la protección de la vida debe ser vista como un mandato constitucional que admite límites, en tanto que éstos tengan como asidero el reconocimiento de la dignidad humana, considerada como fundamento de los derechos. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres deben ser ponderados considerando las especiales

condiciones de vulnerabilidad en la que ellas se pueden encontrar. Pese a que la Corte de Guatemala no analiza los derechos reproductivos con perspectiva de género, es importante resaltar el reconocimiento que ésta hace de que ningún derecho es absoluto y su consecuente conclusión respecto a la relación que existe entre sexualidad, reproducción humana y salud. En este sentido, y desde diferentes posturas analíticas, las tres Cortes aportan elementos para entender el alcance de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

# Tres Cortes Constitucionales

frente los derechos  
de los pueblos indígenas



María de los Ángeles Arcos García\*

\* Es abogada y actualmente se desempeña como asesora en la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las opiniones presentadas en este artículo son de su exclusiva responsabilidad.

## I. Introducción

**A**ntes de trabajar para la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), colaboré con distintos pueblos indígenas en la defensa de sus derechos territoriales ante los Tribunales y aunque la mayoría de los asuntos fueron resueltos favorablemente, el choque con la forma en que los juzgadores se acercaban al mundo indígena y aplicaban la ley, constituía el problema central que enfrentaba la estrategia de defensa de estos pueblos.

Por ello agradezco la invitación a este ejercicio analítico,<sup>1</sup> mismo que inicié, debo admitirlo, con cierta resistencia debido a que la

---

<sup>1</sup> En especial agradezco esta oportunidad al Dr. Carlos Pérez Vázquez, Coordinador de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

jurisprudencia que existe en México en materia de derechos de los pueblos indígenas, es realmente limitada frente al respeto y reconocimiento que se requiere de múltiples derechos a nivel individual, pero sobre todo a nivel colectivo.<sup>2</sup>

Así, al terminar de examinar las dos sentencias y la opinión consultiva que más adelante comentaré, se me abrió un nuevo panorama, debido a que desde las Altas Cortes, las visiones reduccionistas y discriminatorias de algunos Jueces están cambiando, tal vez no a la velocidad que muchos de nosotros deseáramos, pero sí con definiciones fundamentales como las que en mi análisis referiré.

Sin duda, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo constituye el instrumento fundamental de referencia a nivel normativo para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. A las Cortes, aun cuando han hecho esfuerzos importantes para acercarse a los objetivos señalados en este Convenio, les falta mucho por andar en el camino de la protección de los derechos de estos colectivos frente a intereses económicos y políticos concretos.

Aun así, en el caso de la sentencia de México, la resolución es alentadora, ya que es anterior a la reforma constitucional más

---

<sup>2</sup> La Mtra. Magdalena Gómez en su artículo del 8 de noviembre pasado en el diario *La Jornada*, lo define muy bien como la proclividad hacia el enfoque de derechos individuales y una ausencia total en relación a los reclamos colectivos más importantes de estos pueblos.

importante en materia de derechos humanos de los años recientes, por lo que ahora esperaríamos que un análisis como el que hizo la Corte, en ese entonces, de forma proteccionista y a la luz de los más altos estándares en la materia, no será mérito de las y los juzgadores sino una obligación constitucional que llevada a la práctica, transforme e impacte en el acceso a la justicia y las condiciones de vida de las personas y colectivos indígenas.

## 1. Delimitación de los principales estándares internacionales sobre los que se realizará el análisis comparado

Son dos los estándares internacionales que nos sirven de base para este análisis, el primero el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en junio de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, misma que fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, cabe aclarar que esta Declaración se considera guía interpretativa del Convenio, así como las recomendaciones de los órganos especializados de las Naciones Unidas: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

## II. Primera sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, sobre el derecho de la persona indígena a la autoadscripción y a la consideración de su especificidad cultural al momento de aplicar la ley

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

Amparo Directo en Revisión 1624/2008

Tema que fue resuelto:

Derecho de la persona indígena a la autoadscripción;

Derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado,

considerando sus costumbres y su especificidad

cultural al momento de aplicar la ley.

El asunto arriba aludido tiene que ver con una causa penal abierta en contra de una persona por presunta comisión de un delito contra el ambiente en la hipótesis de posesión de huevos de tortuga marina, en los términos previstos y sancionados por el artículo 420, fracción IV, del Código Penal Federal, en relación con los artículos 7, fracción I; 8, hipótesis dolosa; 9, primer párrafo y 13, fracción II, del Código Penal Federal.

Tanto el Juzgador Penal, como el Magistrado del Tribunal Unitario que revisó el caso en apelación, estimaron acreditada la comisión del delito. El sentenciado, interpuso un **juicio de amparo directo** contra la sentencia del Tribunal Unitario. En sus conceptos de violación, señaló que la resolución reclamada vulneró su derecho a que en el proceso penal seguido en su contra se tomara en cuenta la especificidad cultural derivada de su pertenencia a un pueblo indígena (en los términos previstos en el artículo 2o. de la

Constitución Federal),<sup>3</sup> así como su derecho al debido proceso, vulnerado en el asunto por haberse hecho una incorrecta valoración de las pruebas en el caso concreto. El sentenciado subrayó que era miembro de un pueblo diverso culturalmente al resto de la población que tiene entre sus costumbres la recolección y el consumo de huevos de tortuga.

---

<sup>3</sup> Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

***La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.***

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

**A.** Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

El Tribunal Colegiado que resolvió el amparo negó la protección solicitada y vertió los razonamientos que motivaron la interposición del recurso.

## 1. ¿Cuál fue la materia del juicio que analizamos?

A la Suprema Corte de Justicia le correspondía revisar el estándar normativo a la luz del cual el Tribunal Colegiado identificó y leyó los sucesos, es decir analizar la interpretación de la Constitución que utilizó en su operación de aplicación del derecho. En particular, se debían analizar dos de las previsiones del artículo 2o. constitucional:

- a) A qué personas debe aplicarse este precepto y
- b) Si se garantizó al sentenciado su derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, en concreto si se consideraron sus costumbres y especificidades culturales.

## 2 ¿Por qué resultó procedente este amparo?

**Primera razón:** La Suprema Corte concluyó que existió de parte del Tribunal Colegiado un entendimiento erróneo de las previsiones contenidas en el artículo 2o. Constitucional Federal. En primer lugar, debido a que esgrimió las siguientes razones (Página 8):

---

*VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución.* Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura (...)

... en el caso *no se encuentra demostrado en autos que el sentenciado pertenezca a un grupo o comunidad indígena* y por consiguiente que el quejoso tenga como uso o costumbre la recolección de huevos en ejercicio de su derecho a ser diverso culturalmente.

Ello, *porque* al rendir su declaración ministerial y preparatoria, el quejoso *manifestó no pertenecer a grupo indígena o etnia alguna, que no habla ningún dialecto (sic) y que entiende y habla el castellano, lo cual demuestra que no pertenece a grupo o comunidad indígena alguna*; asimismo, en las citadas declaraciones tampoco manifestó que dentro de sus usos y costumbres se encuentre la de recolectar y poseer huevos de tortuga marina

La Corte consideró inaceptable que las previsiones del artículo 2o. constitucional entraran en juego respecto de las personas que afirmen pertenecer a pueblo indígena, pues según el Colegiado éstas deben hablar "dialecto"; y, *además*, no hablar ni entender el castellano. Es decir, es errónea la consideración de lo indígena a partir del criterio de la competencia monolingüe, pues esto, señala la Corte, es condenar a la ineficacia y a la casi total irrelevancia las garantías contenidas en las previsiones constitucionales.

### 3. ¿A quién corresponde determinar la identidad indígena?

De forma adecuada, la Corte coteja el contenido del artículo 2o. constitucional con el contenido relativo del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) según el cual:

Artículo 1:

(...)

la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio

y con el contenido del artículo 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General en septiembre del dos mil siete:

Artículo 33. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven

Para concluir tajante: **La definición de lo indígena no corresponde al Estado** y el artículo constitucional no deja lugar a dudas, la autoadscripción debe ser el criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

La Corte fue más lejos y afirma:

- a) La conciencia de la identidad indígena no exige que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma, pues la apreciación de si existe o no una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una **consideración completa de parte del Juzgador (la carga de la prueba no está del lado del procesado)**, basada además en constancias y actuaciones y

- b) Debe realizarse siempre con una **actitud pro-activa, orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas** sobre todo en casos penales en los que están en juego derechos fundamentales y adicionalmente, en los que los Tribunales son los encargados de garantizar los derechos del procesado.

a. **Segunda razón:**

Adicional a la errónea consideración del Colegiado relativa al entendimiento de la categoría de persona a la que se refiere el artículo 2o. constitucional, la Corte encontró fundado el agravio que aludía a la incorrecta interpretación de la previsión que establece la fracción VIII del apartado A:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y de las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...]

VIII. **Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual y colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución.** Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Ya que el Tribunal ignoró la fuerza vinculante de la norma constitucional, pues partió de la premisa normativa de que las autoridades jurisdiccionales tienen la opción de **considerar esas**

**especificidades culturales**, cuando **es una obligación** del más alto nivel del ordenamiento jurídico, es decir, **una obligación constitucional**; además, puso la carga de la prueba en la persona enjuiciada, cuando es obligación de las autoridades jurisdiccionales tener en cuenta especificidades culturales para garantizar el pleno acceso a la jurisdicción estatal, por lo tanto, el Juzgador debió averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural que conforme con la Constitución fueran relevantes tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado y si éstos habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad.

#### **b. Efectos de la sentencia:**

- a) Se deja sin efecto la resolución recurrida y por lo tanto el quejoso tendría que ser enjuiciado de nuevo bajo parámetros normativos distintos.
- b) Ordena que el Juez penal determine si el procesado merece ser castigado por haber incurrido en la conducta típica que corresponde al delito contra el ambiente en la hipótesis de posesión de huevos de tortuga marina, y determine hasta qué punto puede ser considerado responsable del mismo, y en qué modalidad (dolosa o no dolosa).
- c) Ordena al órgano jurisdiccional indagar si el inculpado es una persona indígena a la luz del criterio fundamental de la autoadscripción.

- d) Ordena que en el caso de que quede acreditada la condición anterior, la responsable debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad indígena a la que se vincula el quejoso (relacionadas en el caso con la recolección y posesión de huevos de tortuga marina) así como el modo en que esas normas o modos de vida han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, en la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, en los aspectos de los que depende la imputabilidad del delito al acusado.
  
- e) Ordena desplegar a lo largo del proceso, su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales del Estado a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos respecto de los cuales, por pertenecer a pueblos indígenas, el texto constitucional hace objeto de consideración especial.

**c. Esta sentencia de la Corte mexicana resulta relevante por:**

- a) Es un excelente ejemplo de interpretación proteccionista no sólo de la Constitución Federal, sino también de los instrumentos internacionales más importantes en la materia.
  
- b) Resuelve que la interpretación restrictiva del artículo 2o. constitucional que hizo el Tribunal Colegiado es inadmisibles, pues:

- i) La definición de lo indígena no corresponde al Estado, siendo la autoadscripción el criterio para determinar que una persona indígena lo es, con lo que resulta irrelevante el hecho que no lo haya manifestado al momento de rendir declaración ministerial o preparatoria. Por el contrario el juzgador debe hacer una valoración integral, mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas (esto es una obligación del Juzgador).
- ii) La identidad indígena no está atada al criterio de la lengua (de paso aclara que es erróneo y discriminatorio denominar dialectos a las lenguas indígenas), por lo tanto suponer que los indígenas son monolingües.
- c) Deja claro que es una obligación constitucional de los Tribunales averiguar si en los casos hay elementos de especificidad cultural que son relevantes tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad y si estos elementos influyen en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.

#### d. Buenas prácticas:

- a) Fundamentar su razonamiento en instrumentos internacionales (Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Recomendación General no. 23, así como lo afirmado por la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos);

- b) De forma igualmente atinada la Corte señala la incorrección, cometida por el Tribunal Colegiado de denominar "dialectos" a las lenguas indígenas, lo cual obedece a una ideología que arbitrariamente las considera inferiores, no iguales a la lengua española.<sup>4</sup>

#### e. Elementos a mejorar:

Eliminar lenguaje poco afortunado y términos superados, en concreto:

- a) Llamar grupos o minorías a los pueblos indígenas.
- b) Considerarlos sectores desaventajados.
- c) Hablar del grado de pureza de las culturas.

### III. Segunda sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta previa y el derecho al territorio

Corte Constitucional de Colombia  
Demanda de Inconstitucionalidad C-366/11  
Tema que fue resuelto: El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes en relación con el derecho al territorio.

Un grupo ciudadano promovió una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1382 de 2010, *"Por la cual se modi-*

---

<sup>4</sup> La lengua como explica Juan Carlos Rubio (-2005- en su artículo "Indígenas y Amerindios". Participación escrita para el Aula Oberta en Barcelona) es un soporte material y simbólico para los pueblos, siendo una síntesis codificada en la conciencia individual y colectiva de sus hablantes, de la herencia cultural y de las potencialidades de realización de cada generación, así pues, la importancia de la lengua radica en que finalmente todos los actos cognitivos son actos lingüístico-culturales.

fica la Ley 685 de 2001 Código de Minas", con base en la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución colombiana.

A juicio de los demandantes, la Ley 1382, en su integridad es inaplicable y viola la Constitución, al igual que el Convenio 169 de la OIT. Lo anterior, debido a que no fue consultada a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de la radicación del proyecto de ley por parte del Ministerio de Minas y Energías, ni durante su trámite en el Congreso.

Los demandantes -de forma sintética- afirman que la Ley 1382 "*afecta gravemente los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes que se encuentran ubicados en zonas susceptibles de explotación minera*", razón por la cual debió consultarse su contenido a esas comunidades.

En virtud de los argumentos expuestos, los demandantes concluyen:

...al ser la reforma al código de minas una de aquellas normas que prevé medidas de carácter general las cuales tienen un grado de afectación directa y específica en pueblos y comunidades afrodescendientes, debió haberse hecho efectivo el derecho a la consulta previa en las condiciones planteadas en esta demanda, su omisión vicia de inconstitucionalidad la ley.

## 1. ¿Cuál fue la materia del juicio que analizamos?

La Corte debía resolver si la Ley 1382 de 2010 que modifica en diversas partes la Ley 685 de 2001-Código de Minas, resultaba

contraria a la Constitución (y el Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad) en razón de haberse omitido la garantía del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. De forma adicional, si las materias reguladas por la ley cuestionada afecta a las comunidades antes aludidas.

## 2. ¿Por qué resultó fundada esta acción?

Quedó demostrado que las reformas introducidas al Código de Minas por la Ley 1382/10, lejos de ser puntuales o específicas, conforman un todo sistemático, dirigido a modificar la estructura normativa de la exploración y explotación minera en el país, con el fin de cumplir con objetivos de una política pública particular.

De igual forma se comprobó la omisión del deber de consulta previa de la Ley 1382 de 2010, cuando la consulta es un **derecho constitucional** de los pueblos y comunidades originarias.

## 3. Si la consulta previa es un derecho constitucional ¿cuál es la consecuencia del incumplimiento de esta obligación?

La Corte al considerar que la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades originarias establece que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese derecho. Verificada la vulneración, se predicen efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la afectación del derecho contrae:

- a) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o
- b) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.

#### a. Efectos de la sentencia

La Corte arribó a la conclusión de declarar la inexecuibilidad de esa normatividad. Por tanto:

- a) la Ley objeto de examen resultó inconstitucional al haber desconocido el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes; y
- b) como este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, trajo como consecuencia la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

No obstante, la Corte también encontró que dicha exclusión podría tener efectos contrarios a la vigencia de bienes jurídicos valiosos desde la perspectiva constitucional, en especial la protección del medio ambiente, en tanto se dejarían sin efecto reglas de la ley acusada que tienen ese propósito específico.

De este modo, consideró necesario adoptar en esta oportunidad fórmulas de decisión que eviten dicha afectación, como diferir los efectos de inconstitucionalidad por un término determinado, a fin de que se evite dicho vacío normativo. Esta circunstancia implicó la necesidad de diferir los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10, en tanto varios de sus contenidos prevén cláusulas de protección ambiental que se consideran imprescindibles para la garantía de los derechos mencionados.

Por tal motivo, consideró necesario diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.

A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, la Corte concedió el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo al agotamiento de un procedimiento de consulta a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, en caso que esa actividad sea realizada por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarán definitivos, excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico.

## b. Relevancia de esta sentencia y sus buenas prácticas:

La sentencia en comento es muy rica en argumentos y muy esperanzadora desde la perspectiva del respeto de los derechos de los pueblos indígenas, ya que:

- a) Señala precedentes importantes y consolidados en materia de consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, respecto de acciones legislativas.<sup>5</sup> Afirma que la fundamentación del derecho a la consulta previa es la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Se parte de la base de que el reconocimiento del principio de soberanía popular implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, sólo son legítimas cuando han estado precedidas de un proceso deliberativo, en que los interesados en las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación.
- b) Considera que la Constitución colombiana contiene previsiones dirigidas a la preservación de las comunidades indígenas y afrodescendientes y a la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan, por ejemplo el artículo 70. que incorpora den-

---

<sup>5</sup> Se citan en específico las sentencias C-175/09, C-063/10, C-030/08 y C-461/08.

tro de los principios fundamentales el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y el artículo 330, que dispone que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por sus autoridades tradicionales, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres.

- c) No se queda con los precedentes y normatividad anteriores, sino que invoca al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reconociéndole que forma parte del bloque de constitucionalidad colombiano y su carácter vinculante.<sup>6</sup>

Citando uno de los objetivos del Convenio, referido a evitar que las comunidades diferenciadas sean reguladas a partir de criterios de asimilación, además de que ofrece herramientas dirigidas a:

- i) Lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven; y
- ii) Superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de

---

<sup>6</sup> Acerca de la pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, puede consultarse la sentencia SU-383/03.

los derechos humanos en el mismo grado que el resto de la población, pues sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

- d) Establece que el instrumento que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en relación al derecho a la participación de los pueblos indígenas es el de la **consulta previa**, al punto de considerarlo un verdadero derecho constitucional de las comunidades y pueblos originarios. Argumenta que este derecho encuentra sustento normativo en el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT,<sup>7</sup> pues impone a los gobiernos el deber jurídico de garantizar la participación de dichas minorías en los asuntos que los afectan.
- e) Señala que de los precedentes y las normas constitucionales en Colombia, se desprenden dos modalidades defini-

---

<sup>7</sup> **Artículo 6**

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

das de participación a favor de los indígenas; la primera de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos (asignación de curules especiales en las corporaciones públicas) y la segunda, relativa a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, mediante un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades.

- f) Recuerda que las decisiones de la Corte colombiana han concluido que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa, debido a que **la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria.**
  
- g) Identifica incluso, algunos casos paradigmáticos (Sentencia C-891/02, Sentencia SU-039/07, Sentencia T-769/09, Auto 005/09, Auto 004/09) que han establecido reglas acerca del grado de incidencia de las medidas legisla-

tivas sobre tópicos mineros en relación con el derecho a la consulta previa de las citadas comunidades.

- h) Se auxilia de las opiniones vertidas por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, citando dos informes:
  - i) En el que afirmó<sup>8</sup> que los proyectos de desarrollo en los territorios, que son adelantados de forma inconsulta con las comunidades tradicionales afectadas, tienen incidencia directa en el goce y garantía de sus derechos humanos.
  - ii) Un segundo informe en el que dejó clara su "preocupación porque de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que **las consultas directas** con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, **sólo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno**. Siendo esta posición infundada ya que, de la misma manera que ocurre

---

<sup>8</sup> Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Asamblea General. Sexagésimo quinto periodo de sesiones. Documento A/65/264.

con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que:

...la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos.<sup>9</sup>

Lo anterior da en la clave respecto de las visiones generalizadas de los juzgadores en las cuales se cuestiona el interés jurídico de los actores promoventes de demandas indígenas en relación a territorios que no les están titulados (por la razón que fuere), pero a los que tienen acceso o ejercen algún tipo de posesión (aspectos protegidos por el propio convenio 169 de la OIT). Por ejemplo múltiples lugares sagrados que se encuentran fuera de las superficies territoriales que les han sido reconocidas formalmente.

---

<sup>9</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. 12o. periodo de sesiones. 15 de julio de 2009. Documento A/HRC/12/34.

- i) Finalmente, consideramos de suma relevancia la sentencia analizada en el marco de lo que se encuentra ocurriendo en México (y en otros países de Latinoamérica) en relación a los proyectos de expansión minera,<sup>10</sup> los cuales además de conllevar graves afectaciones a los territorios (muchos de ellos indígenas), a la salud de sus habitantes (no solo porque trabajan a cielo abierto, utilizan cianuro, dejan inutilizables los mantos acuíferos y las tierras, y, una vez que terminan, se marchan sin reparar el daño ni recibir una sanción); sino también por el control político de grandes extensiones (cerca de 52 millones de hectáreas de territorio nacional que, en una sola década, entregaron las dos últimas administraciones al gran capital minero que opera en el país), en las que —como bien afirma el Dr. Miguel Concha Malo—<sup>11</sup> pagan campañas electorales, promueven autoridades municipales a modo, dividen comunidades, violan políticas de planeación o leyes agrarias, ambientales, laborales, y de protección a los derechos humanos. Todo ello permitido gracias a la ilusión de que esas inversiones, tanto extranjeras como de monopolios de origen nacional, traerán progreso y empleo—.

<sup>10</sup> Tal como lo presume la patronal Cámara Minera de México que "a lo largo de nuestra historia, las producciones de oro, plata, plomo, zinc, molibdeno, fierro, manganeso, fluorita, dolomita, caolín, fosforita y sulfato de sodio nunca habían sido tan sobresalientes como en 2010", citado en el suplemento especial sobre Minería del 14 de noviembre de este año, publicado por *La Jornada* en: <http://www.jornada.unam.mx/2011/11/14/min-oro.html>

<sup>11</sup> El artículo fue consultado el día 15 de noviembre de 2011 en el siguiente vínculo: [http://www.derechoshumanos.org.mx/extras/download/MODELO\\_MINERO.pdf](http://www.derechoshumanos.org.mx/extras/download/MODELO_MINERO.pdf)

## IV. La Opinión Consultiva de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Corte de Constitucionalidad de Guatemala  
Expediente 199-95

Tema que fue resuelto:  
Constitucionalidad del contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y Tribales en países independientes.

En mayo de 1995, el Congreso de la República de Guatemala compareció<sup>12</sup> ante la Corte para solicitar opinión consultiva sobre la constitucionalidad del contenido de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En ese momento el Congreso estaba valorando las implicaciones y la aprobación del contenido del Convenio, aprobación que terminó teniendo lugar en marzo de 1996 y su publicación hasta 24 junio de 1997.

El análisis de la Corte inició analizando la compatibilidad de cada artículo con la Constitución para luego hacer una valoración general. Se concluyó que el contenido del Convenio resultaba plenamente compatible con la Constitución Política de Guatemala, pues:

---

<sup>12</sup> De acuerdo con lo que la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece, el Congreso de la República está legitimado para solicitar y la Corte para conocer sobre consultas de constitucionalidad de tratados, convenios y proyectos de ley.

...el Convenio no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria.

La Corte sostiene que, además de su texto constitucional, contaba con los siguientes instrumentos internacionales que habiendo sido ratificados, formaban parte de su legislación: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Propiamente en el análisis del contenido del Convenio aborda cuatro temas centrales:

- a) **El lugar que ocupa el Convenio 169 dentro del ordenamiento jurídico y respecto de la Constitución.** En este apartado, la Corte otorga al texto constitucional la supremacía normativa (suscitando agrias críticas de los constitucionalistas) y argumenta que en caso contrario los tratados tendrían una potestad reformadora y derogatoria de sus preceptos. Por tanto, para la Corte, el contenido de los instrumentos internacionales resulta infraconstitucional y complementario.

Al respecto cuestionamos posiciones como esta, pues en muchos casos el orden jurídico interno de los países se encuentra rezagado frente a los derechos desarrollados internacionalmente, por ello una visión más progresista debiera traer a cuenta las normas que protejan con mayor amplitud los derechos de las personas.

- b) **Si el término pueblo indígena amenazaba la unidad territorial de la República de Guatemala.** La Corte fundamenta su posición negativa ante este temor, señalando que el propio texto del Convenio establece que el término pueblo "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional, sino que debe entenderse referido a aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen del resto de la sociedad, y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones, así como los que desciendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o colonización", y recuerda que el derecho a la libre determinación de los pueblos no puede ser invocado contra Estados soberanos e independientes.

Cabe aclarar que este apartado da cuenta de un temor fantasma que emerge cuando de autodeterminación indígena se habla, a la posible división que en apariencia genera ese reconocimiento, cuando sabemos que los pueblos indí-

genas nunca han manifestado interés en independizarse de los Estados que los albergan, sino de ejercer su autonomía en el marco de la unidad nacional.

- c) **El derecho a la consulta previa.** La Corte afirma que la Constitución prevé mecanismos de participación democrática, pero a diferencia del caso de Colombia que analizamos líneas arriba, al fundamentarse en la existencia de las vías generales de participación que tiene cualquier ciudadano, se queda corta pues los pueblos originarios por su situación de marginación histórica requieren de la creación de vías específicas de participación para decidir sobre las medidas que los afecten directamente, siendo la consulta previa una de esas medidas ya establecidas por el Convenio.
  
- d) **Propiedad territorial de los pueblos indígenas.** Frente a uno de los apartados más importantes del Convenio, la Corte afirma que las obligaciones:
  - i) de respetar la importancia especial que tienen los territorios para los indígenas;
  
  - ii) de reconocer su derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que los pueblos tradicionalmente ocupan; así como
  
  - iii) de establecer procedimientos adecuados para decidir las reivindicaciones de tierras formulados por ellos;

son concurrentes con los preceptos de la Constitución, con lo que sin ser más específica y sin señalar de qué forma se concretan esos derechos tan importantes, deja mucho que desear frente a los indispensables mecanismos de garantía que se requieren para que los derechos reconocidos sean una realidad, hecho que sucede también en el caso de México.

A pesar de que esta opinión de la Corte es positiva para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas guatemaltecos, pues en su momento abonó a la aprobación del Convenio 169 de la OIT, el análisis que se despliega en el mismo es superficial, pues no profundiza sobre el grado en que los contenidos del Convenio resultan compatibles con la Constitución. Le basta a la Corte decir que el Convenio consolida lo proclamado por la Carta Magna de aquel país sin detenerse en las implicaciones del reconocimiento.

## V. Conclusiones generales:

- a) Después del análisis de las anteriores sentencias de México y Colombia, podemos concluir que lo resuelto por las Cortes conlleva un avance en la forma de abordar la aplicación de la ley respecto de los pueblos indígenas. En los dos casos se hace uso de los instrumentos internacionales de mayor relevancia en la materia —en especial el Convenio 169 de la OIT— para iluminar una interpretación constitucional y proteccionista en los casos concretos. Es muy claro

que la importancia de este instrumento internacional radica en su naturaleza vinculante y lo avanzado de sus planteamientos.

- b) La sentencia mexicana, a pesar de lo elemental que parezca el tema en cuestión,<sup>13</sup> representa un avance debido a lo que esclarece: la definición de lo indígena **no** corresponde al Estado, sino que las previsiones del artículo segundo constitucional se aplican a personas que se autoadscriban como tales, lo cual no requiere de una declaración o comunicación externa de la misma, sino que es **una obligación del juzgador** investigar y hacer una consideración completa a fin de proteger a la persona procesada y sus derechos que están en juego.
- c) De la misma manera, es un gran avance el que la Corte haya aclarado de una vez por todas, la confusión recurrente en los Jueces relativa a que la identidad indígena está indisolublemente atada al criterio monolingüe.
- d) Resulta importantísimo para los defensores de los derechos indígenas la aseveración relativa a que es una **obligación del máximo nivel normativo -constitucional-** de los Juzgadores hacer una investigación y consideración de las especificidades culturales de la persona procesada para garantizar el derecho al pleno acceso a la jurisdicción estatal.

---

<sup>13</sup> Vuelvo a remitirme a la práctica legal en donde hay que luchar en contra del pensamiento reduccionista y discriminatorio de los jueces.

- e) El señalamiento de los avances anteriores no demerita llamar la atención sobre que, en el caso de México, los derechos de estos pueblos se encuentran reconocidos, constitucionalmente, de forma muy limitada. Los principales problemas colectivos que sufren los pueblos indígenas no pueden solucionarse con las normas jurídicas existentes.<sup>14</sup> Muchos autores incluso han afirmado la necesidad de una reforma del Estado y del marco jurídico que lo organiza, a fin de construir una nación pluricultural, en la que se posibilite el ejercicio de los derechos que se derivan de estos tres elementos fundamentales: Pueblo, Territorio y Autonomía, por ejemplo:
- i) Si bien se reconoce a nivel de la Constitución Federal la existencia de los pueblos indígenas, ésta remite su reconocimiento como **sujetos de derecho** a las Constituciones y leyes de las entidades federativas, lo cual genera diversos problemas en la medida en que cada uno de ellos legisla de diferente manera y reconoce distintos derechos, cada uno con distintos alcances.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Los propios precedentes son un fiel reflejo de esto. Ver cómo es entendida la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las siguientes tesis: Novena Época, registro: 163462. **Instancia: Primera Sala.** Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII*, Noviembre de 2010. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXII/2010. Página: 1214 y Novena Época, registro: 165288. **Instancia: Primera Sala.** Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI*, Febrero de 2010. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. XVI/2010. Página: 114

<sup>15</sup> López Bárcenas, Francisco y otros, documento consultado el 22 de noviembre en el vínculo:  
<http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/LOS%20DERECHOS%20INDIGENAS%20Y%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL.pdf>

- ii) Muchas de las reivindicaciones colectivas de los pueblos son reguladas a nivel federal (territorios, recursos, medios de comunicación, derechos políticos, entre otros), con lo que la remisión a un reconocimiento local lleva al ejercicio del derecho hacia una ruta sin salida, al no contar con un marco jurídico efectivo que garantice el eficaz ejercicio de sus derechos.<sup>16</sup>
- iii) Es necesario perfeccionar el marco jurídico para el reconocimiento de las tradiciones en la elección de autoridades, siendo necesaria también una redistribución electoral indígena para adecuar las representaciones políticas con el territorio sede de los pueblos y comunidades.
- iv) Vamos retrasados en el reconocimiento del derecho a la consulta, pues hasta ahora no ha sido aprobada por el Congreso la iniciativa de ley correspondiente,

<sup>16</sup> Con lo que desde mi punto de vista, carece de sentido una afirmación como la que se hace en la tesis que sostiene que (...) **los Congresos Locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos.** Novena Época, registro: 185566. Instancia: Segunda Sala, tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XVI, Noviembre de 2002. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. CXXXIX/2002. Página: 446.

con lo que en los hechos, cualquier acción legislativa o administrativa puede ser aprobada sin el conocimiento de poblaciones enteras.

- v) **El reconocimiento limitado<sup>17</sup> de los derechos territoriales indígenas en la Constitución** –a diez años de la reforma constitucional del artículo 2o. – **tiene que afrontar adicionalmente una ausencia de normas reglamentarias que establezcan mecanismos que posibiliten su ejercicio.** Es decir, los legisladores no han cumplido con lo que mandata el Convenio en relación con emitir leyes que desarrollen el contenido de las referidas disposiciones. Así encontramos que la fracción VII del artículo 27 constitucional indica que "la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos (*sic*) indígenas" aunado al establecimiento en el artículo 106 de la ley agraria que dice " las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 Constitucional", **ley reglamentaria que hasta este momento no existe; además de que el actual texto del artículo 4o. ya no tiene relación con los derechos indígenas.** Por lo

---

<sup>17</sup> Ver lo limitada que resulta la interpretación del principio territorial de los pueblos indígenas y el derecho preferente de las comunidades al uso y disfrute de los recursos naturales en el precedente: Novena Época, registro: 165717. **Instancia: Primera Sala.** Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXX, Diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCVIII/2009, Página: 293.

tanto los pueblos al estar frente a los tribunales, ven reducidas sus posibilidades de que prosperen sus reclamos o reivindicaciones, pues los procedimientos restitutorios son los mismos que operan para personas mestizas, aunado esto a que los derechos de terceros son privilegiados por los Juzgadores a la hora de decidir sobre las reivindicaciones históricas de los indígenas, pasando por alto las especificidades y particulares modos de interacción social, económica, política, religiosa etcétera que caracterizan a estos pueblos. Consideramos así que, mientras se mantenga la omisión legislativa (y no se ve que vaya a cesar en el corto plazo) los operadores legales internos habrán de actualizarse y realizar una labor jurisdiccional innovadora y proteccionista.

- f) Sin duda la sentencia colombiana es de gran importancia, en primer lugar, por haber nada menos que determinado la inconstitucionalidad respecto de una acción legislativa (legislación en materia de minería) por el hecho de no haber sido consultada a los pueblos indígenas y afrodescendientes, cuando el derecho a la consulta es un derecho constitucional en razón de que el Convenio 169 de la OIT es norma integrante del bloque de constitucionalidad colombiano.
- g) Reconoce que tanto la actividad minera como su regulación, conlleva afectaciones directas en los territorios de los pueblos originarios y una omisión en el derecho de consulta

vicia de origen a esta ley. Máxime si el territorio es uno de los elementos centrales de la identidad indígena y apoya su decisión en los informes del Relator Especial, mismo que señala que el derecho a la consulta opera incluso aun **en los casos en que los territorios en cuestión no sean considerados propiedad de los indígenas**, pero a los cuales si hayan tenido acceso.

- h) Lo resuelto por la Corte colombiana es trascendental dado el contexto internacional en el que los gobiernos y autoridades tienden a favorecer a los intereses de las compañías mineras frente a los de los pueblos, así como la tendencia de los Jueces a cuestionar el interés jurídico de los indígenas que intentan proteger espacios respecto de los cuales no se les reconoce propiedad.
- i) En el caso del contexto mexicano posterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en junio pasado, podemos decir que:
  - i) Lo realmente trascendente es que los derechos reconocidos sean efectivamente respetados y protegidos por las instituciones. El reconocimiento constitucional de los derechos es sólo un buen comienzo. Son indispensables mecanismos de garantía que los conviertan en realidad.
  - ii) Para la Corte mexicana será un enorme desafío y a la vez una gran oportunidad, enriquecer su actividad

jurisdiccional con las prácticas más progresistas en materia de derechos indígenas. En gran parte el reto reside en llegar a resolver los asuntos desde una óptica proteccionista respecto la dimensión colectiva de estos derechos, haciéndolos valer incluso frente a intereses económicos y políticos muy concretos.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en septiembre de 2012 en los talleres Grupo Comercial e Impresos Cóndor, S.A. de C.V., calle Norte 178 núm. 558, Colonia Pensador Mexicano, Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15510, México, D.F. Se utilizaron tipos Futura Std en 9, 10, 12, 13 y 14 puntos. La edición consta de 5,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

