

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
TRIBUNALES NACIONALES
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Núm. 8 Enero-Junio de 2010



IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



Konrad
Adenauer
Stiftung

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2011

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Diego García-Sayán
Presidente

Leonardo Franco
Vicepresidente

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Asamblea General (2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente honorario

Sonia Picado Sotela
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero permanente

Mayra Alarcón Alba

Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

Felipe González

Paulo Sérgio Pinheiro

Dinah Shelton

Luz Patricia Mejía

María Silvia Guillén

Jesús Orozco Henríquez

Rodrigo Escobar

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Diego García-Sayán

Leonardo Franco

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Roberto Cuéllar M.
Director ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro
Director

Pedro Salazar Ugarte
Secretario académico

Elvia Lucía Flores Ávalos
Jefa del Departamento de Publicaciones

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Roberto Cuéllar M.
Pablo Saavedra Alessandri
Directores

Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinador editorial

Publicación coordinada por
Producción Editorial de Servicios Especiales-IIDH.
Revisión y corrección de estilo: Marisol Molestina Gaviria.
Formación en computadora: Karla B. Templos Núñez.
Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz.

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2007-091413241400-102
Número de certificado de licitud de título: en trámite
Número de certificado de licitud de contenido: en trámite

Primera edición: 7 de marzo de 2011

DR © 2011 Corte Interamericana de Derechos Humanos
DR © 2011 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
DR © 2011 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México
ISSN en trámite

CONTENIDO

<i>Contents</i>	IX
Presentación	XI
<i>Foreword</i>	XIII
Nota del editor	XV
<i>Editor's Note</i>	XVII
Control de legalidad y debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias o coactivas. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, 27 de diciembre de 2005</i>	1
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interame- ricana de Derechos Humanos: el caso <i>Trujillo Oroza vs. Bolivia</i> . <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Bolivia, 10 de mayo de 2010</i>	13
Deber especial de protección ante amenazas al derecho a la vida e integridad personal y deber de ponderar todos los factores en la evaluación del nivel de ries- go. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucio- nal, Colombia, 24 de febrero de 2010</i>	37
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interame- ricana de Derechos Humanos: el caso <i>De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala</i> . <i>Extracto de la Sen- tencia de la Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 8 de febrero de 2010</i>	57

CONTENIDO

Resolución de conflictos: expresión, información y honor en casos que involucran a funcionarios públicos. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 17 de junio de 2009 . . .</i>	69
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso <i>Tristán Donoso vs. Panamá. Extracto de un Acuerdo y de una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Panamá, 12 de mayo de 2010</i>	95
Prisión preventiva y plazo razonable en su aplicación. <i>Extracto de un Acuerdo y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 31 de julio de 2007</i>	107
El derecho al honor de comunidades indígenas y su reparación en caso de violación. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Perú, 9 de abril de 2010</i>	141
La prohibición absoluta del aborto como violatoria de los derechos humanos de las mujeres. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 10 de mayo de 2006</i>	171
La interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación no es violatoria de derechos humanos. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 28 de agosto de 2008</i>	251

CONTENTS

Foreword XIII

Editor's Note XVII

Control of legality and due process in voluntary or coercive psychiatric inpatient treatment. *Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice of the Nation, Argentina, December 27, 2005* 1

Obligatoriness of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights: the case of *Trujillo Oroza v. Bolivia. Judgment excerpt of the Constitutional Tribunal, Bolivia, May 10, 2010*. 13

Special obligation to protect against threats to life and personal integrity and the obligation to ponder all factors in the evaluation of the level of risk. *Judgment excerpt of the Constitutional Court, Colombia, February 24, 2010* 37

Obligatoriness of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights: the case of *The Dos Erres Massacre v. Guatemala. Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice, Guatemala, February 8, 2010* 57

Conflict resolution: expression, information, and honor in cases involving public officials. *Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico, June 17, 2009*. 69

CONTENTS

Obligatoriness of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights: the case of <i>Tristán Donoso v. Panama. Agreement and Judgment excerpts of the Supreme Court of Justice, Panama, May 12, 2010</i>	95
Preventive detention and reasonable period for its application. <i>Agreement and Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice, Paraguay, July 31, 2007</i>	107
The right to honor of indigenous communities and reparations in the case of a violation. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Tribunal, Peru, April 9, 2010</i>	141
The absolute ban on abortion as a violation of the human rights of women. <i>Judgment excerpt of the Constitutional Court, Colombia, May 10, 2006.</i>	171
The voluntary interruption of pregnancy during the first twelve weeks of gestation does not violate human rights. <i>Judgment excerpt of the Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico, August 28, 2008</i> .	251

PRESENTACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Fundación Konrad Adenauer han convenido la publicación de una revista que proporcione el panorama de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de los más altos órganos judiciales de los países americanos. Fue así como vio la luz *Diálogo Jurisprudencial*, cuyo primer número corresponde al semestre julio-diciembre de 2006.

Uno de los fenómenos más relevantes del actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en lo que toca a su necesaria incorporación de los ordenamientos y las prácticas nacionales, es la recepción judicial que se observa a través de pronunciamientos, de diversa materia, emitidos por las cortes supremas, cortes constitucionales y salas constitucionales de un creciente número de países. De esta forma adquiere verdadera trascendencia —en lo concerniente al plano jurisdiccional, que reviste la mayor importancia— la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ese Tribunal internacional —o supranacional— no constituye una última instancia asociada a las instancias nacionales de conocimiento. Intérprete y aplicador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros textos internacionales que le confieren competencia material, está llamado a examinar los derechos y libertades estipulados en aquellos instrumentos y fijar su sentido y alcance. Una vez desarrollada la interpretación del órgano judicial internacional, las instancias nacionales debieran acogerla como criterio autorizado sobre ta-

PRESENTACIÓN

les instrumentos, que poseen fuerza vinculante para los Estados que los han ratificado, y por ello crean obligaciones a cargo de éstos y definen derechos en beneficio de los particulares.

La publicación de la revista *Diálogo Jurisprudencial* sirve al objetivo de dar a conocer el movimiento que existe en este ámbito en diversas jurisdicciones de nuestra América, para conocimiento y reflexión de funcionarios de la administración de justicia, catedráticos, investigadores y estudiantes de derecho. Esta difusión puede alentar nuevos desarrollos en otros países. El objetivo final es, claramente, consolidar la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y brindar mayor extensión y firmeza al “estatuto contemporáneo del ser humano”, beneficiario de normas nacionales e internacionales que le reconocen la titularidad de derechos y libertades, y aseguran el efectivo ejercicio de éstos.

En el octavo número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen diez sentencias —expuestas a través de una conveniente selección de párrafos— correspondientes a Argentina, Bolivia, Colombia, Guatemala, México Panamá, Paraguay y Perú. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por las abogadas Yuria Saavedra Álvarez (México), Ana Belem García Chavarría (México) y Mariana Clemente Fábrega (Venezuela).

FOREWORD

The Inter-American Court of Human Rights, the Inter-American Institute of Human Rights, the Institute for Juridical Investigations of the National Autonomous University of Mexico and the Konrad Adenauer Foundation have agreed to publish a journal that provides a panoramic view of the reception that international human rights law, and specifically the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, has had among the highest judicial bodies in American states. Thus, *Jurisprudential Dialogue* was born; its first edition corresponds to the July-December 2006 semester.

One of the most relevant trends in the present development of international human rights law, concerning the necessary incorporation of international human rights law into national practice and regulation, is the judicial reception observed through pronouncements of various kinds by Supreme Courts, Constitutional Courts and Constitutional Courtrooms in an increasing number of countries.

Accordingly, the Inter-American Court's jurisprudence acquires true transcendence in the jurisdictional sphere, which is of the utmost importance. This international or supranational Tribunal does not constitute an appellate court to decisions made by national courts. As interpreter and applier of the American Convention on Human Rights and other international texts that confer upon it material jurisdiction, the Court is called to examine the rights and freedoms stipulated within those instruments and to establish their meaning and reach. Once the international judicial body has developed said interpretation, national courts must adopt it as an authoritative interpretation that binds countries that have ratified those in-

FOREWORD

struments, and thus creates obligations for those states and defines individual rights.

The publication of the journal *Jurisprudential Dialogue* serves to provide an understanding of the developments in this field in an array of America's jurisdictions, in order that judicial authorities, professors, investigators and law students may draw knowledge and reflection from this source. Such diffusion may encourage new developments in other countries as well. The final objective is, clearly, to encourage the national integration of international human rights law and to strengthen and improve the "contemporaneous status of the human being" as a beneficiary of national and international norms that recognize these rights and liberties and assure their effective exercise.

In the eighth edition of the journal, now in the hands of readers, ten judgments are provided—in part through an appropriate selection of paragraphs—that correspond to Argentina, Bolivia, Colombia, Guatemala, México Panamá, Paraguay and Peru. The editors thank attorneys Yuria Saavedra Álvarez (México), Ana Belem García Chavarría (México) y Mariana Clemente Fábrega (Venezuela) for the support provided in the preparation of these materials.

NOTA DEL EDITOR

Las sentencias recogidas en este número de *Diálogo Jurisprudencial* se transcriben en extracto.

Las citas a pie de página y las referencias a fallos o sentencias se recogen en los términos que figuran en las resoluciones transcritas.

Las sentencias incluidas en esta publicación aparecen en el idioma en que fueron dictadas. En cada caso se ofrece una sinopsis en español e inglés. El texto íntegro de las sentencias puede ser consultado en el disco compacto que acompaña a este número de la *revista*.

EDITOR'S NOTE

The sentences gathered in this issue of *Diálogo Jurisprudencial* are transcribed in extract.

Footnote citations and other references to judgements or sentences are given just as they appear in the transcription.

The judgements published herein are given in the languages in which they were written, along with a synopsis in Spanish and English. The full text of the judgements may be found in a compact disc attached to this issue of the *revista*.

CONTROL DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO EN INTERNACIONES PSIQUIÁTRICAS INVOLUNTARIAS O COACTIVAS

Sinopsis: En la presente sentencia que resolvió un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y un Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se pronunció sobre el control de la legalidad y el respeto del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, ello en términos del artículo 8o., párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Suprema destacó, en primer lugar, la vulnerabilidad en que se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, por tanto, consideró como esencial el control judicial de las condiciones en que ésta se desarrolla. Con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental” contenidos en la resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros, la Corte Suprema concluyó que la debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida a la internación forzada impone al juez del lugar donde se encuentre el centro de internación la obligación de adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla. En consecuencia, determinó que en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia entre magistrados, el deber de aquél no cesa hasta en tanto el conflicto sea resuelto, o bien, hasta que el juez del domicilio del causante asuma su competen-

CONTROL DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

cia, si ello correspondiese. En razón de lo anterior, declaró que, en el caso concreto, resultaba competente para conocer de las actuaciones el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires.

En esta sentencia, al referirse al respeto del debido proceso en cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se remitió a las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, e *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*, ambos contra Perú, así como a la *Opinión Consultiva OC-9/87* sobre las garantías judiciales en estados de emergencia. La sentencia se encuentra acompañada de un voto.

CONTROL OF LEGALITY AND DUE PROCESS IN INVOLUNTARY OR COERCIVE PSYCHIATRIC INPATIENT TREATMENT

Synopsis: *In the present judgment which resolved a negative conflict [a conflict existent between courts, where both deny jurisdiction] regarding jurisdiction between the National Court of First Instance on Civil Matters and a Multi-Judge Court of Single Instance of the Family Forum of the Department of Justice of La Plata, in the province of Buenos Aires, the Supreme Court of Justice of the Nation of Argentina ruled on the control of legality and the respect of due process in the protection of fundamental rights of persons who are subject to proceedings where the question of involuntary or coercive psychiatric inpatient treatment was raised, in the terms of Article 8, paragraph 1 of the American Convention on Human Rights.*

The Supreme Court highlighted, first, the vulnerability of those individuals who are frequently subject to treatments of that sort, and therefore, it considered the judicial control of the conditions in which said treatments are carried out to be essential. Based on

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, and the “Principles for the protection of the persons with mental illness and improvements to the attention of mental health care” contained in order 46/119 of the General Assembly of the United Nations, among others, the Supreme Court concluded that action for protection of essential rights of persons submitted to forced inpatient treatment imposes upon the judge where the psychiatric ward is located, the obligation to adopt the necessary urgent measures to provide for legality and control of the conditions in which the inpatient treatment will be carried out. As a consequence, it determined that in the case where a conflict regarding jurisdiction arises among magistrates, that duty does not cease while the conflict is being resolved or until the judge of the domicile of the petitioner assumes the jurisdiction, if it corresponds. Given the aforementioned, it ruled that, in the specific case, the Multi-Judge Court of Single Instance of the Family Forum of the Judicial Department of La Plata, in the province of Buenos Aires, was competent to hear the case.

In this judgment, in making reference to the respect of due process under any action or omission of state organs in a proceeding, be it administrative sanction or jurisdictional, the Supreme Court of the Nation of Argentina referred to the judgments of the Inter-American Court rendered in the cases of Baena Ricardo et. al. v. Panamá, and Ivcher Bronstein and Constitutional Tribunal, both against Peru, as well as the Advisory Opinion OC-9/87 regarding Judicial Guarantees in a State of Emergency. The judgment is accompanied by one opinion.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ARGENTINA**

**COMPETENCIA N° 1511. XL.
TUFANO, RICARDO ALBERTO S/ INTERNACIÓN
SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 2005**

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que tanto la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 10 como los integrantes del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n° 2 del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, se declararon incompetentes para entender en estas actuaciones, quedando trabado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a esta Corte, según lo prescripto por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

2°) Que la señora jueza nacional que previno destacó que en el *sub lite* no se ha iniciado un proceso de insania en los términos del art. 141 del Código Civil, sino que se trata de un control de internación, encontrándose el causante alojado en un establecimiento ubicado en la localidad de City Bell, provincia de Buenos Aires. En este sentido, sostuvo que en procesos como el de autos “cabe atenerse a la residencia que deriva de la internación en virtud de lo dispuesto en el art. 5°, inc. 8°, segundo párrafo, del Código Procesal, resultando competente el juez con jurisdicción en el lugar donde se hace efectiva (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de agosto de 1989 en autos: ‘C. J. A. s/ internación’, Competencia N° 619.XXII”) (...). Agregó que “el Decreto-ley 7967/72 ‘internación y externación de de-

CONTROL DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

mentés', modificado por el artículo 9 de la ley 11.453 de la Pcia. De Bs. As., dispone la obligación de comunicar la internación al tribunal o juez pertinente, esto es, el del lugar en que es producida la internación, quien deberá continuar interviniendo en el trámite y expedirse confirmando o revocando la internación". Por ello, se declaró incompetente y ordenó la remisión de la causa "al Tribunal que en turno corresponda a la jurisdicción donde se encuentra alojado el causante" (...) para que continuase su trámite. Por su parte, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n° 2 de la ciudad de La Plata se declaró igualmente incompetente con fundamento en lo resuelto por esta Corte en los autos "Souto, Jesús s/ art. 482 Cód. Civil" (Fallos: 323:2024) y "Aliaga, Juan Carlos s/ cumplimiento ley 22.914, art. 1° inc. d" (Competencia N° 492.XXXIV, pronunciamiento del 12 de noviembre de 1998), al entender que debía conocer el juez que había prevenido en estas actuaciones.

3°) Que, de los antecedentes obrantes en el expediente, surge que no hubo en esta causa decreto fundado de internación (involuntaria) ni control sobre su legalidad ni respecto a las condiciones de aquélla. En efecto, el 4 de mayo de 2004 se presentó en la Defensoría de Menores e Incapaces n° 2 el señor Jorge Luis Iannicelli, oportunidad en la que manifestó que su sobrino Ricardo Alberto Tufano (de 20 años de edad y quien se domiciliaba con su madre en Capital Federal, según lo expresó el compareciente) consumía drogas (...), lo que motivó la solicitud del señor defensor público de menores en turno de Capital Federal a la justicia nacional en lo civil, a los efectos de que los señores médicos forenses revisaran a Ricardo Alberto Tufano y se expidiesen sobre su estado de salud físico y psíquico como así también respecto de la necesidad de internación o tratamiento adecuado para su afección (...), ordenando la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 10 el correspondiente pase de los autos al Cuerpo Médico Forense a dicho fin (...).

Los profesionales médicos concluyeron que Ricardo Alberto Tufano presentaba un trastorno psíquico por abuso de sustan-

cias psicoactivas, recomendando, en consecuencia, su internación para su mayor protección, estabilización del cuadro y comienzo de adecuado tratamiento (...), informando la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico al defensor público que Ricardo Alberto Tufano había sido derivado en tratamiento de internación al programa “Darse Cuenta”, en una institución con sede en City Bell, provincia de Buenos Aires (...), suscitándose con posterioridad la contienda de competencia a resolver por este Tribunal.

4°) Que en nuestro sistema constitucional resulta inconcebible que una persona sea restringida en su libertad sino en virtud de resolución adoptada por los jueces designados por la ley (conf. Fallos: 139:154). Concretamente, el art. 482, párrafos 2° y 3° del Código Civil prevé, en relación a las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectar la tranquilidad pública, la facultad de las autoridades policiales de disponer su internación compulsiva, dando inmediata cuenta al juez, contemplándose además la posibilidad de que aquélla sea solicitada por las personas enumeradas en el art. 144 del mencionado cuerpo normativo, la que será ordenada por el juez previa información sumaria, designándose “un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”; ello es así en razón del carácter cautelar, provisional o preventiva de dicha detención.

En efecto, en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla. El art. 8, párrafo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier

CONTROL DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el debido proceso se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros - Excepciones preliminares, sentencia del 2 de febrero de 2001 [Serie C No. 72, párr. 124]; Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú - interpretación de la sentencia de fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 6 de febrero de 2001 [Serie C No. 74, párr. 102]; Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revoreto Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 [Serie C No. 71, párr. 69]; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, [Serie A No. 9, párr. 27]).

Estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla.

5°) Que, en este orden de ideas, es menester agregar que tanto los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental” (resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento A/46/49 —1991— n° 49 anexo en 188-192, documento de las Naciones Unidas), tomados en cuenta como fundamento en el caso “Víctor Rosario Con-

go v. Ecuador” (Informe 63/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.427, Ecuador, del 13 de abril de 1999, párr. 54) precisan el estatuto básico de los derechos y garantías procesales de las personas presuntamente afectadas por trastornos mentales, enunciándose, entre otros, la designación de un defensor para que lo asista y represente, la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental, previéndose la posibilidad de detención —la que se desarrollará por un período breve y en tanto sea la opción menos restrictiva— cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. En todos los casos, los motivos de la admisión y la retención se comunicarán sin tardanza al paciente y al órgano de revisión (Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona “lo antes posible”, decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17, órgano de revisión).

De manera coincidente, la audiencia inmediata con el presunto enfermo —personalmente o, en su caso, mediante alguna forma de representación— ha sido doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del derecho de aquél al respeto de las garantías fundamentales del procedimiento (caso *Winterwerp v. The Netherlands*, pronunciamiento del 24 de octubre de 1979, serie A, núm. 33-6301/73-; sobre este tema: L.O. Gostin and L. Gable, *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, 63 *Maryland Law Review* (2004); L.O. Gostin, *Human Rights of Persons with Mental Disabilities: The ECHR*, 23 *International Journal of Law and Psychiatry* (2000); O. Lewis, *Protecting the rights of people with mental disabilities: the ECHR*, *European Journal of Health Law* 9 (4) -2002-).

A su vez, la Corte Europea ha establecido que, independientemente de la complejidad —por su naturaleza médica— de estos casos de internación, las autoridades nacionales tienen la obligación sin demora de revisar su legalidad, debiendo organizarse el sistema judicial —o el correspondiente— de tal forma que esta revisión se dé en intervalos periódicos, razonables, con

CONTROL DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO

fundamento en que la demora en realizarla no sólo extiende la duración de la detención sino que puede dar lugar a evaluaciones psiquiátricas equivocadas que no correspondan a la actual situación mental de la persona. (Caso X. v. United Kingdom (art. 50) -7215/75 C1982C ECHR 8 – 18 october 1982 y en L.O. Gostin y L. Gable, “The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health”, Maryland Law Review 63 [2004] 64-65).

6°) Que, resulta de plena aplicación al sub lite, lo dictaminado por el señor Procurador en los autos caratulados “Caimi, José Antonio s/ internación” (Competencia N° 619. XXII) —Fallos: 312:1373— al sostener que el hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, en primer término, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida. Además, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal” (capítulo II, párrafo cuarto del referido dictamen).

7°) Que, en virtud de lo expuesto y en atención a lo normado por los arts. 5° incs. 8° y 12; 235 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, llevan a concluir que el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla, sin perjuicio de que resuelva declarar su incompetencia o, en su caso, requiera la intervención del juez del domicilio del causante a los fines previstos en el art. 5°, inc 8°, segundo párrafo, del código de rito, si así correspondiere. En efecto, la debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida al tipo de proceso como el de autos, impone al juez del lugar de la internación forzosa la obli-

gación de tomar las medidas urgentes que aquélla requiera. En consecuencia, en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia entre magistrados, el deber de aquél no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto, o bien —según sea el caso— hasta que juez del domicilio del causante asuma su competencia, si ello correspondiese. Lo contrario, esto es, aceptar que la internación sin orden judicial y el mantenimiento de esa situación irregular sin control periódico alguno durante la tramitación de los conflictos que de esta índole pudieran plantearse, no significa otra cosa que convalidar la violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos —reales o presuntos— como los enunciados en el art. 482, párrafos 2° y 3° del Código Civil, tornándose así ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que, en el caso, resulta competente para conocer en las actuaciones —con arreglo a los términos del considerando 7° del presente— el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber lo decidido al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 10 ...

...

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO *TRUJILLO OROZA VS. BOLIVIA*

Sinopsis: El 26 de enero de 2000 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en el caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia* mediante la cual admitió la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuados por dicho Estado en relación con la desaparición forzada del joven José Carlos Trujillo Oroza ocurrida en 1971, durante la dictadura de Hugo Banzer Suárez en ese país, entre otros hechos. En consecuencia, la Corte Interamericana declaró que el Estado de Bolivia había violado los derechos establecidos en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad personal), 7o. (derecho a la libertad personal), 8.1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional de Bolivia resolvió un recurso de revisión de una acción de amparo presentada por los supuestos responsables de la desaparición forzada del joven Trujillo Oroza. Los imputados alegaron violaciones a sus derechos a la seguridad jurídica y a la legalidad porque la acción penal supuestamente se encontraba prescrita. Al resolver este recurso, el Tribunal Constitucional, entre otros, se refirió a los fundamentos y efectos de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad reconocido por el artículo 410 de la Constitución Política. Al respecto, señaló que en virtud de que ese tratado internacional regula a la Corte Interamericana, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, se colige que dicho órgano y las decisiones que dicta también forman par-

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

te del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, estableció que el objeto de la competencia y las decisiones de la Corte Interamericana, al ser el “último y máximo garante” en el plano supranacional del respeto a los derechos humanos, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado constitucional”, y que, por tanto, las sentencias de la Corte Interamericana “informan de contenido al ordenamiento jurídico vigente”.

Asimismo, señaló que las sentencias de la Corte Interamericana generan para el Estado su responsabilidad internacional, por lo cual éste asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludible e inexcusable. En tal sentido, dado que Bolivia es Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional surgida a partir de la sentencia dictada el 26 de enero de 2000 por la Corte Interamericana implica para el Estado que éste debe garantizar a José Carlos Trujillo Oroza un debido proceso que concluya con la identificación y sanción de los hechos que ocasionaron la vulneración de sus derechos y que, por lo tanto, el orden interno no puede ser óbice para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Con base en todo lo anterior, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por los presuntos responsables.

OBLIGATORINESS OF THE JUDGMENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF TRUJILLO OROZA V. BOLIVIA

Synopsis: On January 26, 2000, the Inter-American Court of Human Rights rendered a judgment in the case of Trujillo Oroza v. Bolivia wherein it accepted the facts and acknowledgement of international responsibility effectuated by said State in relation with the forced disappearance of the young man, José Carlos Trujillo Oroza, which occurred in 1971, during the dictatorship of Hugo Banzer Suárez in said country, among other facts. As a consequence, the Inter-American Court declared that the State of Bolivia had violated the rights established in Articles 1(1) (Obligation to respect rights), 3 (Right to juridical personality), Article 4 (Right to life), 5(1) and 5(2) (Right to personal integrity), 7

(Right to personal liberty), 8(1) (Judicial guarantees) and 25 (Right to judicial protection) of the American Convention on Human Rights.

In the present judgment, the Constitutional Court of Bolivia rendered an appeal for review of a writ of amparo presented by the alleged perpetrators of the forced disappearance of the young man, Trujillo Oroza. Those accused alleged violations to their rights of legal certainty and legality because the criminal action had a statute of limitations. In order to resolve this appeal, the Constitutional Court, among others, referred to the foundations and effects of the judgment rendered by the Inter-American Court of Human Rights.

The Constitutional Court sustained that the American Convention on Human Rights formed part of the block of constitutionality recognized in Article 410 of the Political Constitution. In this regard, it noted that because said international treaty regulates the Inter-American Court, following a criteria of “systematic” constitutional interpretation, it can be deduced that said organism and the decisions it renders also form part of the block of constitutionality. In this sense, it established that the purpose of the jurisdiction and the decisions of the Inter-American Court, which make it the “ultimate and maximum guarantor” at the supranational level of respect towards human rights, constitute cornerstones to effectively guarantee the existence of the “Constitutional State,” and that, as such, the judgments of the Inter-American Court “report on the content of the legal system in force.”

Likewise, it noted that the judgments of the Inter-American Court generate the international responsibility of the State, for which the State assumes international obligations of compliance that are inescapable and unexcusable. As such, given that Bolivia is a State Party to the Inter-American System of Human Rights, the international responsibility which arises from the judgment rendered on January 26, 2000, by the Inter-American Court implies that the State must guarantee due process to José Carlos Trujillo Oroza that concludes with the identification and punishment of the facts that arose from the violation of his rights and that, in this way, the domestic order can not be an obstacle to comply with international duties. Based on the foregoing, the Constitutional Court denied the requested writ of amparo presented by the alleged perpetrators.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
BOLIVIA**

**REVISIÓN DE ACCIÓN DE AMPARO INTERPUESTA
POR PEDRO PERCY GONZÁLES MONASTERIO
Y OTROS CONTRA LA CORTE SUPERIOR
DE DISTRITO DE SANTA CRUZ**

**SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0110/2010-R
10 DE MAYO DE 2010**

...

En revisión la Resolución 13 de 10 de septiembre de 2007, ... pronunciada por el Tribunal de garantías conformado por Con- jueces de la Corte Superior de Distrito Judicial de Santa Cruz, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo, interpuesto por Pedro Percy Gonzáles Monasterio, Juan Antonio Elio Rivero, Oscar Menacho Vaca y Justo Sar- miento Alanes contra Adolfo Gandarilla Suárez, Juana Molina Paz de Paz y Hernán Cortes Castillo, Vocales de la Sala Civil Primera de la misma Corte Superior, alegando la vulneración de su derecho a la seguridad jurídica, previsto en los arts. 7 inc. a) de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg); ahora art. 178.I de la Constitución Política del Estado vigente (CPE); asimismo los recurrentes, denuncian la vulneración a la legalidad, como pilar esencial del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica, sin invocar norma constitucional expresa.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso de amparo ahora denominado acción de amparo

Los recurrentes, mediante memoriales presentado el 11 y 18 de agosto de 2005, ... exponen como lesiones a su derecho fundamental lo siguiente:

I.1.1. Hechos que motivan la petición de tutela

1) En cuanto a la determinación de extinción de la acción penal

Los recurrentes alegan que en fecha 9 de febrero de 1999, el Fiscal de Distrito de Santa Cruz, requiere el inicio de diligencia de policía judicial sobre la desaparición de José Carlos Trujillo Oroza, delito que fue cometido en fecha 2 de febrero de 1972. Continúan su exposición señalando que, mediante Auto 04/2005 de 19 de enero y en aplicación de lo establecido por la SC 0101/2004 de 14 de septiembre, el Juez Quinto de Partido Liquidador, declara extinguida la acción penal contra los ahora recurrentes, determinándose por tanto, el archivo de obrados y dejándose sin efecto todas las medidas cautelares dictadas.

2) En cuanto al auto que revoca la extinción de la acción penal

Asimismo, los recurrentes, arguyen que, mediante Auto de Vista 181 de 18 de abril de 2005, la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito de Santa Cruz, revoca el Auto apelado que resolvió la extinción de la acción penal y deliberando en el fondo, señalan que esta Resolución dispuso la prosecución del trámite procedimental hasta pronunciar la sentencia que corresponda, Auto que es suscrito por las autoridades recurridas.

Alegan también, que uno de los argumentos utilizados por la Sala Civil Primera, para revocar la decisión de 19 de enero de 2005, fue la aplicación vinculante de la SC1190/2001-R de 12 de noviembre, continúan su relación de hechos afirmando que

la indicada Sala Civil Primera, determinó que la figura de privación de libertad prevista por el art. 292 del Código Penal (CP), es imprescriptible, la misma que subsiste mientras no cesan los efectos de tal privación. Prosiguen su exposición señalando que, el citado Tribunal, para revocar la decisión de 19 de enero de 2005, estableció que la SC 0101/2004 de 14 de septiembre, se refiere a la extinción de procesos antiguos para causas por delitos comunes.

3) En cuanto a los alcances de la SC 0101/2004 de 14 de septiembre

Los recurrentes, alegan que, la SC 0101/2004 y el AC 0079/2004-ECA de 29 de septiembre, reconocen el derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable, derecho que también se plasma en los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y que es asumido por la Disposición Transitoria Tercera del Código de Procedimiento Penal.

Señalan también que el desconocimiento por parte de los ahora recurridos de la SC 0101/2004, vulnera el principio de legalidad, como pilar del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Los recurrentes, alegan que con los actos lesivos denunciados, se afectó sus derechos a:

1) La seguridad jurídica, reconocido por el art. 7 inc. a) de la CPEabrg; ahora art. 178.I de la CPE.

2) A la legalidad, como pilar esencial del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica, sin invocar norma constitucional expresa.

I.1.3. Autoridades demandadas y petitorio

Las autoridades recurridos son las siguientes:

- 1) Hernán Cortéz Castillo;
- 2) Juana Molina de Paz de Paz;

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

3) Adolfo Gandarilla Suárez, todos Vocales de la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Distrito Judicial de Santa Cruz.

En el petitorio del memorial, ... pide que se conceda el recurso de amparo constitucional; solicitando expresamente la anulación del Auto de Vista 181 de 18 de abril de 2005 y por tanto la extinción de la acción penal conforme a las normas y jurisprudencia vigentes.

I.1.4 Citación a terceras interesadas

... cursan diligencias de citación a Rebeca Ibsen Castro y Gladis Antonia Oroza Ichazo Vda. de Solón Romero, en calidad de terceras interesadas.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

El 10 de septiembre de 2007, se efectuó la audiencia pública de amparo constitucional, ... acto del cual se puede inferir lo siguiente:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El abogado de los recurrentes, en audiencia ratificó y reiteró el contenido de la demanda, complementándola en los siguientes puntos:

1) La desaparición de personas ocurrió durante la dictadura de Hugo Banzer Suárez en los años 1971 y 1972, fechas en las cuales no estaba vigente el Código de Procedimiento Penal, ni el Código Penal.

2) El proceso penal que se sigue contra los recurridos, ha durado más del plazo razonable establecido por la Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal (CPP).

...

I.2.3. Resolución

La Resolución 13 de fecha 10 de septiembre de 2007, ..., pronunciada por el Tribunal de garantías conformado por los Con-

jueces de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, deniegan el recurso de amparo constitucional planteado, sin lugar a daños, perjuicios ni costas procesales.

...

II. CONCLUSIONES

Del análisis y compulsa de los antecedentes que cursan en obrados, se establecen las siguientes conclusiones:

II.1. En cuanto al inicio del proceso penal y la atribución de figuras delictivas

Por el contenido del primer considerando del Auto de Vista 181 de 18 de abril de 2005, ... se determina que por denuncia y posterior querrela de Gladis Antonia Oroza Vda. de Solon Romero y adhesión de Rebeca Ibsen Cárdenas, se inicia el proceso penal contra los ahora recurrentes, dictándose Auto Final de la Instrucción en fecha 7 de junio de 2004 estableciéndose lo siguiente:

1) Se atribuye a Ernesto Morant Lijerón y Justo Sarmiento Alanes, la comisión de los delitos de privación de libertad, vejaciones y torturas, asociación delictuosa, organización criminal y asesinato previstos en los arts. 132 bis y 252, 292 y 295 del Código Penal (CP).

2) Se atribuye a Oscar Menacho Vaca y Pedro Percy Gonzales Monasterio, todos los delitos antes descritos, con excepción del delito de asesinato.

3) Se imputa a Juan Antonio Elio Rivero, la comisión por el delito de encubrimiento previsto por el art. 171 del CP.

II.2. En cuanto a la decisión de extinción de la acción penal

En base al Auto 04/2005 de 19 de enero, ... se colige que el Juez Quinto de Partido en lo Penal Liquidador en lo Penal del Distrito Judicial de Santa Cruz, declara la extinción de la acción

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

penal en favor de Oscar Menacho Vaca, Pedro Percy Gonzáles Monasterio, Juan Antonio Elio Rivero, Elias Moreno Caballero, Ernesto Morant Lijerón y Justo Sarmiento Alanes, dentro del proceso penal seguido por el Ministerio Público, Antonia Gladis Oroza Vda. de Solón Romero y Rebeca Ibsen Castro, proceso que tal como lo establece este actuado, fue iniciado en fecha 9 de enero de 1999, en virtud al memorial presentado por Mary Severich Siles, Coordinadora Distrital a.i. de Defensa Pública de Santa Cruz, solicitando al Fiscal de Distrito, requiera por el inicio de diligencias de policía judicial para investigar la desaparición del ciudadano José Carlos Trujillo Oroza.

Del contenido del Auto 04/2005, se deduce que el Juez de la causa, declaró la extinción de la acción penal basando su decisión en la SC 0101/2004, que dispone la constitucionalidad del último párrafo del art. 133 y segundo párrafo de la Disposición Transitoria Tercera del CPP.

Asimismo, se establece que el Juez de la causa, en mérito a la decisión de extinción asumida, deja sin efecto todas las medidas jurisdiccionales dictadas en contra de las personas favorecidas con la extinción de la acción penal.

II.3. En cuanto a la revocatoria de la decisión que extingue la acción penal

Por el contenido del Auto de Vista de 18 de abril de 2005, ... se concluye que la Sala Civil Primera de la Corte Superior de Distrito de Santa Cruz, ... revocan el Auto apelado de 19 de enero de 2005 y disponen la prosecución del trámite procedimental hasta pronunciar la sentencia que corresponda, sin establecer costas por la revocatoria.

Se colige también, que esta decisión se encuentra sustentada en dos aspectos concretos: a) La vinculatoriedad de la SC 1190/2001-R de 12 de noviembre; y b) La naturaleza de los delitos atribuidos a los recurrentes, considerando que éstos no son delitos comunes.

II.4. En cuanto a la Sentencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se concluye también que en fecha 26 de enero de 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emite una Sentencia cuya parte dispositiva expresamente determina:

- 1) En virtud al allanamiento de los hechos atribuidos en este juicio internacional, admitir esta aceptación y el reconocimiento de la Responsabilidad Internacional del Estado Boliviano.
- 2) Declarar la violación por parte del Estado Boliviano de los Derechos denunciados.
- 3) Abrir el respectivo procedimiento de reparaciones.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

Para conocer y resolver en revisión la Resolución de 10 de septiembre de 2007, dictada por el Tribunal de garantías, constituido por los Conjuces de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, previamente es imperante determinar con claridad el objeto y la causa del recurso de amparo constitucional, actualmente denominado acción de amparo, razón por la cual, se tiene que en la especie, el objeto de la tutela, versa en la petición de protección de dos aspectos concretos alegados como vulnerados: 1) El derecho a la seguridad jurídica; y, 2) El principio de legalidad como fundamento del Estado de Derecho. Asimismo, se establece que la causa de la petición de tutela es la inaplicación de la SC0101/2004 de 14 de septiembre, al caso concreto por parte de las autoridades recurridas ahora demandadas. Por lo expuesto y una vez identificado el objeto y la causa del presente recurso, corresponde ahora verificar si los derechos denunciados como vulnerados merecen la protección de tutela constitucional en el marco de los alcances de los arts. 19 de la CPEabrg y 128 de la CPE, tarea que será realizada a continuación.

III.1. Operatividad y aplicación en el tiempo del bloque de constitucionalidad

Antes de desarrollar la argumentación jurídica conveniente al caso concreto, en mérito al cambio de norma constitucional es pertinente realizar el siguiente análisis:

Si bien el recurso de amparo constitucional ahora conocido, en revisión por el Tribunal Constitucional, fue interpuesto durante la vigencia de la Constitución de 1967, modificada parcialmente los años 1994 y 2004; y abrogada el 2009, por la Constitución Política del Estado, es imperante establecer las cualidades de operatividad y aplicación inmediata en el tiempo de la norma suprema vigente.

Al respecto, a partir de la vigencia de la Constitución de 2009; es decir, a partir del 7 de febrero de ese año; y hasta que las autoridades electas ejerzan funciones en el Tribunal Constitucional Plurinacional, el país se encuentra en un “estado de transición constitucional”, en el cual debe utilizarse un régimen transitorio de liquidación de causas para dar paso a la vigencia del nuevo órgano contralor de constitucionalidad; en ese contexto, debe determinarse la normativa constitucional aplicable en este período.

La Constitución por ser la norma suprema del Estado y por devenir de la función constituyente, a diferencia de las demás normas del ordenamiento jurídico, tiene dos cualidades esenciales a saber: su operatividad en el tiempo, principio en virtud del cual se articula su segunda cualidad, referente, a la aplicación inmediata a todas las situaciones existentes y pendientes de resolución. A partir de estas dos cualidades esenciales de la Constitución se establece otro principio fundamental cual es el “efecto de irradiación de la Constitución en el ordenamiento jurídico”, postulado a partir del cual esta norma suprema informa, integra y sistematiza armoniosamente a todo el cuerpo normativo existente. En ese contexto, al estar en vigencia la Constitución de 2009 y al haber dejado sin efecto en su Disposición Abrogatoria a la Constitución de 1967 y sus posteriores reformas, las cualidades de esta norma antes descritas, hacen

que la misma sea plenamente aplicable al “estado de transición constitucional” en el cual se deben liquidar las causas pendientes de resolución.

Por tanto, el “estado de transición constitucional” en el marco del cual se liquidarán las causas pendientes de resolución, evidentemente necesita un orden normativo rector, el cual indiscutiblemente debe estar formado por la Constitución vigente y la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, cuyos arts. 4 y 6 mandan al órgano contralor de constitucionalidad aplicar la Constitución vigente y las demás normas infraconstitucionales hasta que entren en vigencia las leyes que la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución encomienda para su elaboración y aprobación a la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Ahora bien, considerando que existen causas pendientes de resolución, las mismas que fueron iniciadas con la Constitución abrogada y que deberán ser resueltas al abrigo del nuevo orden constitucional vigente y en el marco de los lineamientos normativos establecidos en los arts. 4 y 6 de la Ley 003, utilizando un criterio de interpretación “integrador” de todo el sistema jurídico, es necesario aplicar en este proceso de transición constitucional, la doctrina del “bloque de constitucionalidad”, conformado como unidad sistémica por tres compartimentos conexos entre sí: la Constitución Política del Estado vigente, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y finalmente principios y valores de rango constitucional.

Al respecto, el art. 410 de la CPE, determina los alcances del bloque de constitucionalidad, incorporando al rango constitucional a todos los Tratados Internacionales ratificados por Bolivia que versen sobre Derechos Humanos.

La aplicación del bloque de constitucionalidad a este régimen de transición constitucional, hace que el sistema jurídico se armonice y que las causas iniciadas con el régimen anterior sean resueltas bajo el régimen actual sin vulnerar el principio de irretroactividad, ya que el efecto de irradiación de la Constitución hace que ésta se ejecute a situaciones pendientes de re-

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

solución; además, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, estuvieron en plena vigencia en el momento de iniciarse las causas pendientes de resolución y permanecen actuales en la etapa de transición constitucional, tópico que refuerza la legitimidad de esta doctrina; asimismo, en caso de existir aspectos más beneficiosos reconocidos por la Constitución abrogada, utilizando el criterio de interpretación de “favorabilidad para los derechos humanos”, sin que éstos signifiquen contradicción con el nuevo orden, podrán ser introducidos al bloque de constitucionalidad como valores y reglas constitucionales, vinculantes a casos concretos.

En consecuencia, en la especie, corresponde aplicar el bloque de constitucionalidad conformado por la Constitución Política del Estado, los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y principios y valores de rango constitucional en caso de ser necesario, de acuerdo a los criterios de interpretación constitucional pertinentes.

III.2. Armonización de términos procesales-constitucionales

...

III.3. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Luego de la sangrienta lección histórica que dejó el “La Segunda Guerra Mundial” en Europa, en el plano internacional surgió la necesidad de resguardar Derechos Humanos a través de mecanismos supra-nacionales que de manera continua y efectiva subordinen en cuanto a sus decisiones y control tanto a regímenes legales internos y actos de autoridad que puedan afectar estos derechos, concepción que cimentó las bases de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, rama dentro de la cual, se diseñaron tres sistemas de protección específicos de Derechos Humanos: El Europeo; el Interamericano y el Africano.

A la luz del caso de autos, es imperante estudiar los fundamentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, a cuyo efecto, en principio, debe señalarse que éste es un conjunto de herramientas normativas y jurisdiccionales cuyo diseño cohesionan armoniosamente la dogmática y esencia de derechos considerados inherentes al ser humano por su naturaleza óptica, con instituciones cuya activación garantizan un respeto efectivo de estos derechos. En mérito a lo expuesto, se tiene que la sistematicidad del mismo, hace que el contenido de sus herramientas normativas y las decisiones emanadas de sus mecanismos institucionales, se enraícen de tal manera en el orden interno de los países miembros, que sus postulados no solamente forman parte de este precepto, sino que se constituyen en informadores del régimen interno, el cual, se sujeta y subordina en cuanto a su contenido a éste, armonizándose de esta manera el orden nacional con el orden supranacional de los Derechos Humanos, siendo por tanto esta “sistematicidad” el fundamento y la razón de ser de esta ingeniería supranacional destinada a la protección real y efectiva de Derechos Humanos.

En mérito a lo expuesto, se tiene que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, de hecho, la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma en lo referente a su contenido los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

En efecto, la doctrina del bloque de constitucionalidad reconocida por el art. 410 de la CPE, contempla como parte del mismo a los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos, entre los cuales inequívocamente se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica, denominado también Convención Interamericana de Derechos Humanos, ratificado por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de octubre de 1994, norma que por su esencia y temática se encuentra amparada por el principio de

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

supremacía constitucional, postulado a partir del cual, se sustenta el eje estructural de la jerarquía normativa imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad.

Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos.

En efecto, al ser la CIDH el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto a los Derechos Humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan, constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del “Estado Constitucional”, que contemporáneamente se traduce en el Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos ejes principales entre otros, son precisamente la vigencia de los Derechos Humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer, por eso es que las Sentencias emanadas de este órgano forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infra-constitucional vigente.

Asimismo, otra razón para sustentar, en el orden interno, la jerarquía constitucional de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la llamada doctrina del efecto útil de las Sentencias que versan sobre Derechos Humanos, la misma que fue desarrollada por la propia Corte Interamericana. En efecto, las Sentencias emitidas luego de

una constatación de vulneración a Derechos Humanos, generan para el Estado infractor responsabilidad internacional, premisa a partir de la cual, el estado asume obligaciones internacionales de cumplimiento ineludibles e inexcusables.

Desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cumplimiento de estas obligaciones internacionales, responde a un principio esencial que sustenta el propio Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el de “buena fe”, llamado también “pacta sunt servanda”, en virtud del cual, los Estados deben atender sus obligaciones internacionales, fundamento por demás sustentado para argumentar que los estados miembros de este sistema, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir esta responsabilidad internacional.

Por lo expuesto, se puede afirmar que es precisamente el principio de buena fe, el que reviste a las Sentencias de la CIDH el efecto útil o de protección efectiva, siendo por tanto plenamente justificable la ubicación de estas Sentencias dentro del llamado bloque de constitucionalidad.

En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.

III.4. El Principio de Juridicidad como piedra angular del Estado Constitucional

El Estado Constitucional en la concepción contemporánea de derecho comparado, tiene cuatro pilares esenciales a saber:

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

1) La separación de poderes; 2) El respeto a los derechos fundamentales; 3) El acceso a mecanismos eficaces, sencillos y rápidos de protección a Derechos Fundamentales; y, 4) El principio de juridicidad. El Estado Plurinacional boliviano, en el marco del nuevo modelo constitucional vigente, recoge estos elementos conocidos en la doctrina, pero además, entre sus pilares estructurales consigna también como elemento esencial el referente al pluralismo, como eje rector de la justicia, equidad y vida digna.

Ahora bien, a la luz del caso concreto y en el marco de los alcances del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos antes explicado y en virtud a los pilares esenciales que fundamentan el Estado Constitucional, corresponde analizar la nueva concepción del principio de juridicidad en el Estado Plurinacional boliviano, en esta perspectiva, este es concebido como el elemento rector del orden vigente, en virtud del cual, los gobernantes y gobernados se someten, no solamente a la ley formal sino al orden jurídico vigente, que por jerarquía normativa se encuentra conformado por el bloque de constitucionalidad imperante y las leyes tanto en sentido formal como en sentido material, en ese contexto, es preciso aclarar que la ley formal es aquella que emana de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por el contrario, la ley material es aquella que no emana de este órgano pero que cumple con el requisito de contenido referente a la generalidad. Nótese aquí la diferencia conceptual entre el “principio de legalidad” concebido en el Estado de Derecho, diseñado como consecuencia de las revoluciones liberales conocidas en la historia del Derecho Constitucional y el diseño jurídico del principio de juridicidad propio del Estado Constitucional contemporáneo.

Dentro de la perspectiva doctrinal expresada, se tiene que esa juridicidad a la cual se encuentran sometidos gobernantes y gobernados, debe ser analizada desde un punto de vista de eficacia en cuanto al contenido, por tanto, desde el peldaño más alto; es decir, a partir del bloque de constitucionalidad, las normas de rango inferior deben ser informadas y regidas por las normas superiores, para lograr así una verdadera ar-

monía y coherencia normativa fundada en los postulados propios de este Estado Constitucional Contemporáneo, esta sujeción de rangos no responde únicamente a la fuente de creación de normas sino también al contenido.

De lo expuesto se tiene que, el principio de juridicidad tiene una connotación de validez no solamente formal sino también material o de contenido, en ese contexto y en relación a la problemática planteada en el caso concreto, se establece que las normas del bloque de constitucionalidad incluyendo las Sentencias emanadas de la CIDH, informan el ordenamiento infra-constitucional, el mismo que en cuanto a su contenido, debe sujetarse a los alcances de aquéllas. Por tanto, se tendrá vulnerado este principio y por ende la seguridad jurídica, cuando la autoridad pública se aparte del orden interno armonioso en su contenido con las normas del bloque de constitucionalidad y las decisiones que emanen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por lo expresado, se colige que no deben considerarse a las leyes, aisladas en cuanto a su contenido del orden jurídico imperante, sino más bien, corresponden ser interpretadas y aplicadas en tanto y cuanto en contenido y forma se adapten a éste, considerando para tal efecto, también la normativa y decisiones emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, precisamente es a partir de esta visión que deberá ser analizada la Disposición Transitoria Tercera del CPP en cuanto a la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y al principio de legalidad denunciados por los recurrentes y ahora accionantes, tarea que será realizada a continuación.

III.5. Contenido y alcances de la Sentencia de 26 de enero de 2000 emanada de la CIDH

Hasta aquí queda claro que las Sentencias emanadas de la CIDH, informan de contenido al ordenamiento jurídico vigente, el cual debe adaptarse a aquellas para que en un Estado Constitucional el principio de juridicidad adquiera una validez no solo formal sino también material o de contenido, en esa pers-

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

pectiva, cabe ahora analizar los efectos y contenido de la Sentencia de 26 de enero de 2000, pronunciada por la CIDH, en relación a la denuncia presentada por los familiares de José Carlos Trujillo Oroza contra el Estado Boliviano, Sentencia que merece la consideración previa de los siguientes aspectos:

En primer lugar, la acusación presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la CIDH, en fecha 9 de junio de 1999, contiene tres denuncias concretas a saber:

1) La violación del Estado Boliviano a los siguientes derechos de José Carlos Trujillo Oroza: a la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; y a la libertad personal, reconocidos expresamente por los arts. 3, 4, 5.1, 5.2 y 7 del Pacto de San José de Costa Rica, denominada también Convención Interamericana de Derechos Humanos.

2) La violación del Estado Boliviano a las garantías judiciales y la protección judicial reconocidas en los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. (resaltado nuestro).

3) La violación del Estado boliviano a los derechos a la integridad personal de los familiares, reconocidos en los arts. 5.1 y 5.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

De acuerdo a la acusación presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estas violaciones implican para el Estado Boliviano incumplimiento del art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, disposición que manda a los Estados miembros a respetar los derechos reconocidos por la Convención. (el resaltado nos pertenece).

Ahora bien, textualmente la Comisión en el punto 18 inc. f) del informe 26/99, sobre el cual se sustenta la acusación presentada ante la CIDH, establece lo siguiente: “No existe en la legislación interna las garantías del debido proceso legal para la protección de los derechos vulnerados en perjuicio del señor Trujillo Oroza” (sic), (el resaltado nos corresponde).

En audiencia pública realizada el 25 de enero de 2000, el Estado boliviano se allanó a la demanda y reconoció su responsabilidad internacional y las consecuencias que de este acto devengan. Frente a este allanamiento, la CIDH, en Sentencia de

26 de enero de 2000, determinó lo siguiente: 1) Admitir la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado boliviano; 2) Declarar la violación de Bolivia de los derechos denunciados; y, 3) Abrir procedimiento de reparaciones. (resaltado nuestro).

III.6. Efectos del allanamiento a los hechos acusados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y alcances de la Sentencia de 26 de enero de 2000

El allanamiento a la acusación presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por parte del Estado boliviano y el contenido de la Sentencia de 26 de enero de 2000, generan las siguientes consecuencias jurídicas a nivel interno:

1) Al haberse establecido como vulnerados los derechos de José Carlos Trujillo Oroza a las garantías judiciales y al derecho a la protección judicial reconocidos en los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y también tomando en cuenta que el contenido del informe 26/99, establece la “...inexistencia en la legislación interna de las garantías del debido proceso legal para la protección de los derechos vulnerados en perjuicio del señor Trujillo Oroza...” (sic), informe al cual el Estado boliviano se allanó y sobre el cual la CIDH determinó la vulneración de los derechos humanos denunciados, inequívocamente se tiene que estos atentados a los derechos humanos, generan al Estado boliviano, responsabilidad internacional.

2) Considerando que Bolivia es un Estado miembro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional surgida como consecuencia de la Sentencia de 26 de enero de 2000, en virtud al principio de buena fe, llamado “pacta sunt servanda”, reconocido expresamente en el art. 27 de la Convención de Viena, implica que Bolivia en el plano interno, debe garantizar a José Carlos Trujillo Oroza, un debido proceso que concluya con la identificación y sanción de los hechos que ocasionaron la vulneración a sus derechos humanos, no pudiendo por tanto el orden interno vigente ser un óbice

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

para el cumplimiento de obligaciones internacionales. En este contexto, resulta ilustrativa la opinión del Juez de la CIDH, Antonio Cançado Trindade, quien afirma que “los Estados, por razones de orden interno, no pueden dejar de asumir la responsabilidad ya establecida, si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva en el plano del Derecho interno de los Estados partes” (sic).

3) Además se tiene que las Sentencias emanadas de la CIDH, en virtud a la doctrina del efecto útil, explicadas en el punto III.3 del presente entendimiento jurisprudencial, obligan a Bolivia a garantizar ese debido proceso conculcado a José Carlos Trujillo Oroza, razón por la cual el proceso penal sustanciado en el ámbito interno debe concluir con una sentencia, solamente así se garantizará una protección efectiva, en el orden interno, a sus derechos vulnerados. Asimismo, debe considerarse que el principio de juridicidad al cual deben someterse tanto gobernantes como gobernados, en cuanto a su validez de contenido, no puede desconocer una sentencia emanada de la CIDH ni tampoco el efecto útil o de protección efectiva que ésta tiene en el plano interno.

4) Debe considerarse también que la citada Sentencia forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano tal como se explicó, por tanto, todas las normas internas en su contenido, deben garantizar una protección efectiva a los derechos que de acuerdo a esta Sentencia fueron vulnerados, en ese sentido, la Disposición Transitoria Tercera del CPP, en cuanto a su contenido, debe interpretarse y aplicarse en el marco de los alcances de la citada Sentencia, para que el Estado pueda cumplir con las obligaciones internacionales pendientes.

En mérito a los aspectos señalados, inequívocamente se tiene que la Disposición Transitoria Tercera del CPP y por tanto la SC 0101/2004, no son aplicables al caso concreto, toda vez que el Estado Boliviano debe cumplir con su obligación internacional de garantizar la conclusión ordinaria del proceso que identifique y sancione la vulneración de los derechos fundamentales tenidos por la CIDH como violados, máxime cuando

en el caso específico, no hubo un debido proceso en relación a José Carlos Trujillo Oroza, tal como lo determina la CIDH en la Sentencia de 26 de enero de 2000.

Por los argumentos señalados, se colige en consecuencia, que el Auto de Vista 181 de 18 de abril de 2005, ... no vulnera los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, toda vez que la decisión se encuentra enmarcada en los alcances y efectos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos imperante en el orden interno.

III.7. Interpretación del Tribunal de Garantías

En mérito a lo expuesto, se tiene que el Tribunal de garantías, al denegar la tutela mediante Resolución 13 de 10 de septiembre de 2007, ... ha compulsado correctamente la causa.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada "Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público"; y arts. 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve APROBAR la Resolución 13 de 10 de septiembre de 2007, ... pronunciadas por el Tribunal de garantías conformado por los Conjuces de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz; y en consecuencia DENIEGA la tutela solicitada, sin lugar a daños, perjuicios ni costas procesales.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

...

DEBER ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANTE AMENAZAS
AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD
PERSONAL Y DEBER DE PONDERAR TODOS
LOS FACTORES EN LA EVALUACIÓN
DEL NIVEL DE RIESGO

Sinopsis: La presente sentencia se refiere a la revisión de una acción de tutela interpuesta por un defensor de derechos humanos con el fin de que se restauraran las medidas de protección que se le otorgaron en el año 2004 pero que le fueron suspendidas en julio de 2009, luego de que se determinara que dicha persona estaba sujeta a un riesgo “ordinario”. El accionante ejerció todos los recursos correspondientes durante lo cual se mantuvieron las medidas a su favor hasta que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó una denegatoria de la tutela a su favor porque, entre otros, “e[ra] necesario que el interesado acredit[ara] una serie de condicionamientos [ya que] la sola manifestación de unos hechos no patentiza[ba], por sí misma, la urgencia de desplegar un esquema de protección”.

Al resolver la tutela solicitada, la Corte Constitucional hizo especial consideración del derecho a la vida como un derecho inviolable y prioritario que generaba el deber de respeto y protección por parte del Estado. Resaltó que la finalidad perseguida a través de una acción de tutela es proteger el derecho fundamental de quien la incoa y que, tratándose del más importante de todos los derechos, es decir, la vida humana, ésta debía defenderse sin importar quién fuera la víctima potencial ni de dónde proviniera la amenaza. Asimismo, analizó y consideró la diferencia entre la vulneración y la amenaza de derechos fundamentales. Al respecto, señaló que la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima, donde la función protectora del juez consiste en evitarla. Indicó que las autoridades encargadas de valorar los hechos que se denuncian deben ponderar racionalmente los factores objetivos y subjetivos a fin de determinar el

AMENAZAS AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD

riesgo y establecer si hay lugar a la protección especial, y que la apreciación integral de todos estos factores genera en la autoridad competente el deber de adoptar las medidas tendientes a otorgar suficiente protección especial a quien sea objeto de amenaza. Al respecto, utilizando diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a medidas provisionales, recordó que dichas medidas de protección implican un deber especial de protección de los beneficiarios mientras éstas se encuentran vigentes, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional del Estado.

En relación a la situación particular, la Corte Constitucional consideró que la Corte Suprema de Justicia debió analizar, además de “las manifestaciones del accionante”, el hecho de que el esquema de protección a su favor se hubiera mantenido hasta julio de 2009 y la realidad de “la frecuente materialización de amenazas como las padecidas por él”, lo cual aconsejaba restablecerle el resguardo especial del cual disfrutaba. Asimismo, la Corte Constitucional hizo especial consideración a su condición de “Defensor de Derechos Humanos y Director Nacional de la Corporación Colombiana de Desplazados”, lo cual generaba que su nivel de riesgo se incrementara. Señaló que debido a los antecedentes de amenaza “por razones de cautela” se debía asegurar la continuidad en la protección que el Estado debe otorgarle, de manera de evitar que por falta de precauciones o cambios abruptos en la modalidad, y más todavía al suprimírsele, se posibilitara la consumación de las amenazas. Por lo anterior, la Corte Constitucional concedió la tutela solicitada.

En su decisión la Corte Constitucional se refirió al artículo 4 (Derecho a la vida) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Perozo y otros vs. Venezuela y Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Asimismo, a diversas resoluciones sobre medidas provisionales emitidas por ésta en los asuntos *James y otros* respecto a Trinidad y Tobago, *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* respecto de Colombia y *Penitenciarías de Mendoza* respecto de Argentina.

SPECIAL OBLIGATION TO PROTECT AGAINST
THREATS TO LIFE AND PERSONAL INTEGRITY
AND THE OBLIGATION TO PONDER ALL FACTORS
IN THE EVALUATION OF THE LEVEL OF RISK

***Synopsis:** The present judgment refers to the revision of an action for protection of constitutional rights filed by a defender of human rights, aimed at restoring the provisional measures that were originally ordered in 2004, and which were later suspended in July 2009, once it was determined that said individual was subject to “ordinary” risk. The petitioner exercised all the corresponding remedies during which the measures were maintained in his favor until the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice confirmed a rejection of the action for protection because, among others, “[i]t was necessary for the interested party to accredit a series of conditioning factors [given that] the sole manifestation of some facts did not, amount, in itself, to the urgency necessary to use a protection scheme.”*

In resolving the requested action, the Constitutional Court carefully considered the right to life as an unassailable and supreme right that generates the right to respect and protection by the State. It emphasized that the objective sought via an action for protection of a constitutional right is to protect the fundamental right of the individual whom initiates said action, and that in dealing with the most important of all rights, human life, this should be defended without considering who would be the potential victim nor where the threat came from. Likewise, it analyzed and considered the difference between the breach to and threat of fundamental rights. In this regard, it indicated that a threat is a potential violation, presented as imminent and proximate, where the protective role of a judge serves to prevent it. It noted that the authorities in charge of evaluating the denounced facts, should reasonably consider the objective and subjective factors in order to determine the risk and establish if the special protection is merited, and that the comprehensive assessment of all these factors imposes a duty on the competent authority to adopt measures which offer sufficient special protection to an individual that is the object of threats. As such, in using diverse jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights related to

AMENAZAS AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD

provisional measures, it recalled that said measures of protection imply a special obligation to protect the beneficiaries while the measures are in force, and whose noncompliance may evoke the international responsibility of the State.

In relation with the particular situation, the Constitutional Court considered that the Supreme Court of Justice should have analyzed, in addition to the “manifestations of the petitioner,” the fact that the protection scheme would have stayed in force until July 2009, and the reality of the “frequent materialization of threats such as those suffered by him,” which recommended reestablishing the special protection enjoyed by him. Likewise, the Constitutional Court made specifically considered his condition as “Defender of Human Rights and National Director of the Colombian Corporation of Displaced Persons,” which caused his level of risk to increase. It signaled that due to the history of threats, “for precautionary reasons,” the continuation of the protection which the State need offer should be assured, so as to avoid that any failure to take precautions or abrupt changes in procedure, or even the lifting of the measures, cause the threats to be carried out. Based on the foregoing, the Constitutional Court granted the requested action.

In its decision, the Constitutional Court referred to Article 4 (Right to life) of the American Convention on Human Rights and the judgments rendered by the Inter-American Court in the Cases of Perozo et. al. v. Venezuela and Hilaire, Constantine and Benjamin et. al. v. Trinidad and Tobago. Likewise, it looked to various orders regarding provisional measures rendered in the Matters of James et. al. regarding Trinidad and Tobago, Community of Jiguamiandó and Curbaradó regarding Colombia, and Mendoza Prisons regarding Argentina.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

**ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA
POR ORLANDO BURGOS GARCÍA
EXPEDIENTE T-2428050**

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2010

[...]

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, dentro de la acción de tutela instaurada por Orlando Burgos García contra la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia.

[...]

I. ANTECEDENTES.

El actor promovió acción de tutela en julio 10 de 2009, aduciendo vulneración del derecho “*a la vida en condiciones dignas*”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y narración efectuada en la demanda.

1. El señor Orlando Burgos García se desempeña como “Defensor de Derechos Humanos desde hace 7 años aprox. y Director Nacional de la Corporación Colombiana de Desplazados”.

2. Ha sido víctima de amenazas por grupos al margen de la ley, situación que ha sido puesta en conocimiento de las autoridades competentes.

3. En 2004, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia lo vinculó al programa de protección, asignándole medidas de seguridad hasta el 2005. Posteriormente, debido a las constantes amenazas fue obligado a desplazarse de Bucaramanga a “Bogotá por medio de la Cruz Roja Internacional”, por lo que en 2007 le fue proporcionado nuevamente un “esquema de seguridad con escolta (esquema duro)”.

4. En marzo de 2008, se llevó a cabo la valoración de riesgos, que mediante acta de junio del mismo año fue clasificado “como ordinario”, de ahí que mediante oficio N° 014215 de julio 23 siguiente fue desvinculado del programa de seguridad, decisión contra la cual interpuso los recursos correspondientes, sin que a la fecha le hubiesen ofrecido respuesta, permaneciendo en ese momento con servicio de escolta, sin embargo, desde julio de 2009 el esquema de seguridad fue suspendido.

5. Finaliza afirmando que “desde el mes de agosto de 2008, las amenazas de muerte recibidas han sido permanentes por vía telefónica celular, mensajes de texto, correo electrónico y sufragos a la casa y oficina, igualmente a través de mi familia quien también sufrió desplazamiento forzado” (...).

B. Pretensión.

A partir de estos hechos, el actor busca la protección del derecho invocado y, en consecuencia, pide “se revoque la orden de retirar el esquema de seguridad”, dándole permanencia a las medidas de seguridad por amenazas de muerte, para él y su familia.

C. Actuación procesal.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante auto de julio 10 de 2009 (...), avocó el conocimiento de la tutela y vinculó al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Derechos Humanos y a la firma Vice Ltda. En auto de la misma fecha, otorgó medida provisional al actor y ordenó a dicho Ministerio restablecer de inmediato *“la medida de seguridad con escolta (esquema duro) que venía gozando Orlando Burgos García a través de personal contratado por la firma Vice Ltda”* (...).

D. Documentos relevantes cuyas copias obran dentro del expediente.

[...]

E. Respuesta del Ministerio del Interior y de Justicia.

Mediante escrito presentado en julio 14 de 2009, un profesional especializado de la Dirección de Derechos Humanos de ese Ministerio señaló que *“el señor Orlando Burgos García se vinculó al Programa de Protección que lidera la Dirección de Derechos Humanos... el 2 de septiembre de 2004, en su calidad de líder social, al que fueron entregadas medidas de protección conforme al trámite dado a sus solicitudes y al resultado del correspondiente estudio del nivel de riesgo, medidas que no tienen carácter de indefinidas y que están revaluadas con periodicidad...”* (...).

En sesión del Comité de Reglamentación y Estudio de Riesgo (junio 16 de 2008), *“fue sustentado por la Policía Nacional, entidad legalmente competente para ello, el resultado del estudio técnico de seguridad específico realizado a la situación del señor Orlando Burgos García, por lo cual la Policía Nacional, DESVIRTUÓ la presunción constitucional de riesgo extraordinario que amparaba al señor Orlando Burgos, demostrando que*

su nivel de riesgo es **ORDINARIO**” (está en mayúscula en el texto original, ...).

[...]

Finalmente, el “30 de junio de 2009 se envió el oficio... mediante el cual informaba al tutelante que surtido todo el trámite de vía gubernativa y como quedó en firme el Acto Administrativo... que lo desvincula del Programa de Protección **a partir del 01 de julio de 2009 le serían retiradas las medidas duras de protección...**” (no está en negrilla en el texto original).

F. Sentencia de primera instancia.

Mediante fallo de julio 16 de 2009, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, negó el amparo de los derechos reclamados [...].

G. Impugnación.

Mediante memorial presentado el 28 de julio de 2009, el accionante impugnó la decisión del *a quo* al no estar de acuerdo con la determinación adoptada, insistiendo, básicamente, en los argumentos expresados en la formulación de la demanda de tutela (...).

H. Sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala Segunda de Decisión de Tutelas, mediante providencia de septiembre 17 de 2009, confirmó la decisión recurrida, considerando entre otros aspectos:

“... el actor no ha acudido al programa de protección que lidera el Ministerio accionado en orden a poner en conocimiento los hechos en que radica las amenazas proferidas en su contra con posterioridad a la última evaluación de riesgo que se le practicó, con la respectiva judicialización de las mismas pues, como señaló, para acceder a ese programa, es necesario el cumplimiento de dos presupuestos:

- a) *La denuncia ante la Fiscalía...*
- b) El resultado del Estudio Técnico de Nivel de Riesgo y Grado de Amenaza...

... ..

... el señor Orlando Burgos García acudió a la tutela sin haber agotado los procedimientos legalmente establecidos para obtener la protección que reclama pues... es necesario que el interesado acredite una serie de condicionamientos porque la sola manifestación de unos hechos no patentiza, por sí misma, la urgencia de desplegar un esquema de protección.

... ..

Así las cosas, al no existir evidencia sobre requerimiento por parte del accionante ante las autoridades competentes para pronunciarse sobre el trámite cuestionado, es claro que no existe conducta activa u omisiva posiblemente vulneradora del derecho fundamental invocado atribuible a los demandados, todo lo cual, de contera, torna improcedente el amparo, debiéndose además precisar que el lapso de tiempo transcurrido entre los hechos nuevos que fundamentan la pretensión tutelar, -agosto de 2008-, desvirtúa la presencia de un perjuicio irremediable..."

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Esta Sala entra a determinar si se están vulnerando los derechos invocados por Orlando Burgos García, quien anota desempeñarse como “*Defensor de Derechos Humanos desde hace 7 años aprox. y Director Nacional de la Corporación Colombiana de Desplazados*”, y ha sido víctima de amenazas por grupos al

margen de la ley, situación que ha puesto en conocimiento de las autoridades competentes.

El actor se encontraba vinculado al programa de protección de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia. Sin embargo, en marzo de 2008 se llevó a cabo una valoración de riesgos, que fue clasificado “*como ordinario*”. Por tal razón, mediante oficio N° 014215 de julio 23 siguiente, fue desvinculado del programa de seguridad, decisión contra la cual interpuso los recursos correspondientes, continuando con protección mientras eran decididos. Posteriormente, desde julio 1° de 2009 el esquema de seguridad fue suspendido.

Pero “*las amenazas de muerte recibidas han sido permanentes por vía telefónica celular, mensajes de texto, correo electrónico y sufragios a la casa y oficina, igualmente a través de mi familia quien también sufrió desplazamiento forzado*”. En consecuencia, busca protección de su derecho a la vida y solicita se ordene revocar la orden de retirar el esquema de seguridad y que continúen las medidas de seguridad ante las amenazas, al igual que para su familia.

Tercera. La obligación del Estado de proteger el derecho a la vida.

Desde el Preámbulo de la Constitución Política se contempla la vida como uno de los valores que el ordenamiento constitucional debe defender. De igual forma, en los artículos 2° y 11 superiores se encuentra estipulado que las “*autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia*”, por tratarse de un derecho de carácter fundamental e “*inviolable*”.

Este deber de protección de la vida, imperativo máximo también en tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, ratificados en Colombia¹ y, por ende, prevalecientes

¹ Cfr., por ejemplo, art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho*

en el orden interno (art. 93 Const.), se constituye, como mandato superior que es, en una obligación para todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, que deben realizar actividades, en el ámbito de las respectivas funciones, con el propósito de lograr las condiciones para la pervivencia y el desarrollo efectivo de la vida humana en sociedad.

Es decir, el compromiso de defensa de la vida, como bien constitucionalmente protegido, se erige prioritariamente en deber indispensable para las autoridades públicas.

[...]

Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la Corte Constitucional², también se destaca que tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: los deberes de respetarla y de protegerla. Así, las autoridades públicas están doblemente obligadas, a abstenerse de vulnerar el derecho a la vida y a evitar que terceras personas lo afecten. Así se señaló en sentencia T-981 de septiembre 13 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa:

“... el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida.”

Lo anterior implica que para el juez constitucional es indiferente quien es el sujeto que con sus actuaciones amenaza el derecho fundamental a la vida, pues la obligación del Estado es la de siempre asegurar su inviolabilidad.

...

Es claro, entonces, que la finalidad perseguida a través de una acción de tutela es proteger el derecho fundamental de quien la

estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

² ...

AMENAZAS AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD

incoa y que, tratándose del más importante de todos los derechos, la vida humana, ésta debe defenderse sin importar quién sea la víctima potencial ni de dónde provenga la amenaza.

Coherentemente, tratándose de medidas encaminadas a dar protección, las autoridades gozan de autonomía para tomar las decisiones necesarias, siempre y cuando constituyan soluciones reales y efectivas. Así, las alternativas formuladas dependerán de la situación del país y del criterio razonable de las autoridades encargadas de proveer el amparo más adecuado frente al nivel de peligro, siendo en todo caso exigible que se elimine o, al menos, se minimice la exposición a riesgos.

La jurisprudencia nacional ha definido que amenaza “*es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla*”³. Así se han establecido criterios de apreciación de los hechos que demandan la intervención del Estado, con el fin de establecer si existe grave peligro:

*“La vulneración y la amenaza de los derechos fundamentales son dos causales claramente distinguibles: la primera requiere de una verificación objetiva que corresponde efectuar a los jueces de tutela, mediante la estimación de su ocurrencia empírica y su repercusión jurídico-constitucional; la segunda, en cambio, incorpora criterios tanto subjetivos como objetivos, configurándose no tanto por la intención de la autoridad pública o el particular, cuando sea del caso, sino por el resultado que su acción o abstención pueda tener sobre el ánimo de la persona presuntamente afectada. Para que se determine entonces la hipótesis constitucional de la amenaza se requiere la confluencia de elementos subjetivos y objetivos o externos: el temor del sujeto que ve peligrar sus derechos fundamentales y la convalidación de dicha percepción mediante elementos objetivos externos, cuya significación es la que ofrecen las circunstancias temporales e históricas en que se desarrollan los hechos.”*⁴

Conforme lo señalado, las autoridades competentes encargadas de valorar los hechos con fundamento en los cuales se

³ ...

⁴ ...

solicita el amparo, deben ponderar racionalmente los factores objetivos y subjetivos, con el fin de determinar las circunstancias y establecer si hay lugar a la protección especial. Así se pronunció esta corporación en la sentencia T-1026 de 2002, antes citada:

“a) Realidad de la amenaza: Se exige que la amenaza sea real, en el sentido que haya sido comunicada o manifestada a la víctima y pueda ser convalidada objetivamente. Esto implica que no debe tratarse de un temor individual frente a una situación hipotética, pues los riesgos imaginarios no son amparables constitucionalmente...

b) La individualidad de la amenaza: Como primer criterio objetivo se busca que la amenaza sea individualizada; para ello se requiere que haya sido dirigida contra un sujeto o un grupo determinado o determinable de personas, pudiéndose establecer que el peligro que corren es excepcional en relación con el riesgo general que debe soportar la población o el grupo o sector al cual pertenecen. Se exige esta individualización para que proceda la intervención particular del Estado, puesto que las amenazas indeterminadas deben ser asumidas por la población como parte de la convivencia en sociedad, en razón al principio de solidaridad.

c) La situación específica del amenazado: En esta apreciación se tienen en consideración aspectos subjetivos que rodean al peticionario, tales como el lugar de residencia, la pertenencia a un partido político, la actividad sindical, la situación económica, la actividad profesional, la labor desempeñada como empleado de cierta entidad estatal o empresa privada, los vínculos familiares, ciertas actuaciones realizadas o haberse visto involucrado en acciones adelantadas por grupos armados que actúan por fuera de la ley. La autoridad competente determinará, de acuerdo con los elementos de juicio existentes, si debido a las circunstancias específicas del solicitante, éste se encuentra expuesto a una situación de mayor vulnerabilidad y por lo tanto, sus derechos fundamentales corren un riesgo superior de ser violados en relación con el resto de la población.

d) El escenario en que se presentan las amenazas: De manera paralela a los criterios anteriores, es conveniente analizar las circunstancias históricas, sociales, económicas y políticas del lugar donde se asegura que han ocurrido las amenazas.⁵ (i) Si es una zona general-

⁵ ...

AMENAZAS AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD

mente pacífica o si es de aquellas donde hay un alto nivel de conflicto; (ii) si los antecedentes históricos de ataques contra la población por parte de grupos insurgentes que militan en la zona son considerados sistemáticos o esporádicos; (iii) si constituye una zona de importancia estratégica para los grupos al margen de la ley y (iv) si existe presencia suficiente de la fuerza pública y demás autoridades estatales para mantener el orden público; circunstancias que constituyen características del escenario a partir de las cuales se aumenta la probabilidad de la existencia de un riesgo especial y, por tanto, del cumplimiento de la amenaza.

e) Inminencia del peligro: La autoridad competente debe verificar la inminencia del peligro, apreciando las circunstancias generales de riesgo para determinar la probabilidad de la ocurrencia de una afectación grave de la vida y de los derechos fundamentales de la persona amenazada. Que la amenaza sea individualizada y que se presente en una zona de presencia activa de los grupos insurgentes, aumenta la probabilidad de su ocurrencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la dificultad de determinar la realidad de su acaecimiento aumenta en la medida en que la vulneración depende de la actuación de terceras personas. Por lo tanto, la autoridad competente para calificar la naturaleza de la amenaza tiene que evaluar cuidadosamente los criterios anteriores, con el fin de verificar tanto su existencia real como la probabilidad de la ocurrencia de un daño grave e inminente a la persona.”

La apreciación integral de todos los factores, genera en la autoridad competente el deber de adoptar las medidas tendientes a otorgar suficiente protección especial a quien sea objeto de amenaza.

Es oportuno hacer referencia a lo indicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶, acerca de los efectos del incumplimiento de órdenes de adopción de medidas, que dicte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en desarrollo de lo estatuido en el artículo 63.2 de la Convención, partiendo del carácter obligatorio de las medidas provisionales que adopte dicha Corte, órdenes que *“implican un deber especial de protección de los beneficiarios de las medidas, mientras se en-*

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros vs Venezuela, sentencia de enero 28 de 2009.

cuentren vigentes, y su incumplimiento puede generar responsabilidad internacional del Estado⁷. *Sin embargo, esto no significa que cualquier hecho, suceso o acontecimiento que afecte a los beneficiarios durante la vigencia de tales medidas, sea automáticamente atribuible al Estado. Es necesario valorar en cada caso la prueba ofrecida y las circunstancias en que ocurrió determinado hecho, aún bajo la vigencia de las medidas provisionales de protección*”.

Cuarta. La protección especial a cargo del Estado teniendo en cuenta los niveles de riesgo.

La Corte Constitucional ha clasificado los diversos grados de riesgo en relación con la vida e integridad física de las personas, a partir de los cuales el Estado debe brindar protección a través de la autoridad pública correspondiente, explicados así⁸:

“Nivel de riesgo mínimo. En este nivel se encuentran todas las personas, por el solo hecho de nacer. El riesgo al que se enfrenta es a la muerte y a las enfermedades.

Nivel de riesgo ordinario. Se trata de todos aquellos riesgos causados por el hecho de vivir en sociedad. La amenaza no es causada por factores individuales, como en el nivel anterior, sino que se produce por factores externos, tales como la acción del Estado y la convivencia con otras personas. La población que se encuentra en este nivel de riesgo no puede solicitar medidas especiales de protección, por cuanto el Estado, dentro de su finalidad, debe establecer medidas ordinarias y generales encaminadas a proteger a los asociados

⁷ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 196 a 200. Ver también, *Caso de las Comunidades del Jigamiandó y del Curbaradó*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2006, considerando séptimo; *Caso James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de 25 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Resolutivo 2(b); Resoluciones de 14 de junio de 1998, 29 de agosto de 1998, 25 de mayo de 1999 y de 16 de agosto de 2000. Serie E No. 3, vistos 1 y 4; y Resolución de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, visto 3; y *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 30 de marzo de 2006, considerando décimo.

⁸ ...

AMENAZAS AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD

en relación con este tipo de riesgo. Lo derechos fundamentales que puedan verse amenazados se protegen de la manera indicada.

Nivel de riesgo extraordinario. Cuando la persona se encuentra en este nivel de riesgo, es necesario que el Estado adopte medidas especiales y particulares para evitar que se vulneren los derechos fundamentales amenazados. El riesgo extraordinario, según la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe presentar las siguientes características:

(i) debe ser específico e individualizable, es decir, no debe tratarse de un riesgo genérico.

(ii) debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas.

(iii) debe ser presente, esto es, no remoto ni eventual.

(iv) debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor.

(v) debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable.

(vi) debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso.

(vii) debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no es uno que deba ser soportado por la generalidad de los individuos.

(viii) debe ser desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

Cuando confluyen las características anteriores, la persona se encuentra frente a un riesgo extraordinario, que no tiene el deber jurídico de soportar, por lo cual puede invocar una protección especial por parte del Estado. Las medidas deben estar encaminadas a garantizar los derechos fundamentales amenazados en este evento, la vida y la integridad personal.

Nivel de riesgo extremo. Este es el nivel de riesgo más alto. En esta categoría también se ponen en peligro derechos fundamentales como la vida y la integridad personal. Para que el individuo pueda obtener una protección especial por parte del Estado en este nivel, el riesgo debe reunir las características indicadas en relación con el nivel anterior y, además, debe ser grave e inminente. Es grave aquel riesgo que amenaza un bien jurídico de mucha entidad o importancia. La inminencia se predica de aquello que o está para suceder prontamente. Así, el riesgo extremo es aquel del que se puede decir que en cualquier instante puede dejar de ser una amenaza y materializarse en una vulneración de los derechos a la vida o a la inte-

gridad personal, que son evidentemente primordiales para el ser humano.”

Se trata así de parámetros jurisprudenciales, que deberán servir a las autoridades para ponderar el nivel de riesgo de personas bajo amenaza, que acudan en busca de protección especial para sus derechos a la vida y a la integridad personal.

Quinta. El caso bajo estudio.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si debe otorgarse tutela a los derechos a la vida y a la integridad personal de Orlando Burgos García y su familia, frente a la exclusión de la protección especial que le había dispuesto la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, de manera que haya *“permanencia de las medidas de seguridad por amenazas de muerte de manera reiterada”*.

En el presente caso, atendiendo los presupuestos jurisprudenciales y dependiendo de la valoración fáctica y probatoria que se debe adelantar, en orden a determinar si los factores de riesgo subsisten, es necesario tener en cuenta los siguientes puntos:

1. El demandante manifiesta desempeñarse como “Defensor de Derechos Humanos desde hace 7 años aprox. y Director Nacional de la Corporación Colombiana de Desplazados” y continuar siendo víctima de amenazas, provenientes de grupos al margen de la ley, situación que venía siendo atendida hasta julio de 2009, por las autoridades competentes, estando vinculado en consecuencia al programa de protección, en “esquema de seguridad con escolta (esquema duro)”.

2. En el año 2008 fue evaluado de nuevo el nivel de riesgo al que se encontraba sometido, clasificándosele “como ordinario”, por lo cual lo desvincularon del programa de seguridad, decisión contra la cual presentó los recursos correspondientes, pero una vez resueltos (octubre 11 de 2008 y junio 1° de 2009) con-

firmando la decisión, desde julio de 2009 el esquema de seguridad con el que contaba fue suspendido.

3. Por parte del Ministerio del Interior y de Justicia se confirmó que, efectivamente, el señor Burgos García había sido vinculado al Programa de Protección que conduce la Dirección de Derechos Humanos, desde el 2 de septiembre de 2004, en su calidad de líder social, otorgándosele medidas de protección conforme al trámite dado a sus solicitudes y al resultado del correspondiente estudio del nivel de riesgo, medidas que, como aclara esa dependencia, no tienen carácter indefinido y pueden reevaluarse periódicamente (...).

4. La situación del actor ha sido conocida por la Policía Nacional y él ha acudido a la Fiscalía, a la Procuraduría y a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, buscando protección y denunciando la reiteración de las amenazas, con exhibición de los sufragios y otras notas amenazantes e injuriosas, que restablecen la necesidad de la especial defensa que antes le fue dispensada.

No son solamente las manifestaciones de Orlando Burgos García, sino el mismo hecho de la protección “dura” que hasta julio de 2009 se le destinó y la amarga realidad de la frecuente materialización de amenazas como las padecidas por él, lo que aconseja restablecerle el resguardo especial del cual disfrutaba.

Bien cierto es que la sola convivencia en una sociedad injusta, conflictiva y violenta conlleva riesgos para todos los habitantes, pero también lo es que el nivel de peligro se incrementa contra un desplazado que tiene el valor de hacerse conocer como “Defensor de Derechos Humanos y Director Nacional de la Corporación Colombiana de Desplazados”.

Así las cosas, los antecedentes de amenaza contra la vida e integridad del accionante, que repercuten hacia su familia, obligan a que, por razones de cautela, se asegure continuidad en la protección que el Estado debe otorgarle y que se minimicen los riesgos que pudiese traer consigo la variación en el tipo de seguridad que se venía prestando, de manera que por falta de precauciones o cambios abruptos en la modalidad, y

más todavía al suprimírsele, se posibilite la consumación de las amenazas.

Continuando en el Estado la responsabilidad de velar por la seguridad e integridad del demandante y de su núcleo familiar, no sólo no debe haber solución tajante de continuidad, sino que han de quedar claramente definidas las responsabilidades, así como las medidas de protección que continuarán, que se darán a conocer al protegido, así como la identidad de los servidores y del organismo responsable de amparar a quien sigue ejerciendo la misma actividad cívica, generadora de contingencias adicionales.

En este sentido, para la Sala resulta clara la necesidad de la actualización de la evaluación de riesgos y la adopción e implementación de medidas de seguridad, a través del respectivo Programa de Protección, pues en el accionante se reúnen las condiciones previstas por la ley y la jurisprudencia, para ser amparado nuevamente.

En tal virtud, será revocada la sentencia proferida en septiembre 17 de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal, confirmatoria de la dictada en julio 16 de 2009 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, que denegó la tutela interpuesta por Orlando Burgos García contra el Ministerio del Interior y de Justicia que, por el contrario, debe ser concedida.

En consecuencia, se ordenará al Director de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, haga evaluar de nuevo los factores de riesgo y reales amenazas actualmente existentes contra la vida e integridad personal del señor Orlando Burgos García y su núcleo familiar, a efectos de implementar cuanto antes las medidas de seguridad que su situación amerite.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida en septiembre 17 de 2009 por la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal, confirmatoria de la dictada en julio 16 de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, que denegó la tutela solicitada por Orlando Burgos García contra el Ministerio del Interior y de Justicia. En su lugar, se dispone **CONCEDER** la tutela impetrada.

Segundo: ORDENAR al Director de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, haga evaluar de nuevo los factores de riesgo y reales amenazas actualmente existentes contra la vida e integridad personal del señor Orlando Burgos García y su núcleo familiar, a efectos de implementar cuanto antes las medidas de seguridad que su situación amerite.

...

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS: EL CASO *DE LA MASACRE
DE LAS DOS ERRES VS. GUATEMALA*

Sinopsis: La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió una resolución declarando la autoejecutabilidad de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *De la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. En este fallo, la Corte Interamericana encontró que durante el proceso penal interno referido al caso mencionado el Estado había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Por lo tanto, ordenó al Estado, entre otros, utilizar los medios que fueran necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables, y remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que mantenían la impunidad en el referido caso.

La resolución que se presenta se dictó a partir de las solicitudes de ejecución de sentencia presentadas por la Asociación Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala —FAMDEGUA— y por la Fiscal de Sección de la Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos del Ministerio Público. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema ordenó dejar sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario así como constitucional, interpuestas contra las resoluciones judiciales que ordenaron: a) la aprehensión decretada contra las personas señaladas en el mencionado proceso penal y, b) la admisión de las prácticas de pruebas anticipadas, sin posibilidad de aplicar en lo sucesivo las disposiciones contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional.

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Todo ello, con el objeto de continuar en forma efectiva el procesamiento penal iniciado, respetuosos de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido, ordenó dar intervención al Ministerio Público con el objeto de realizar las investigaciones e impulsar la persecución y el procesamiento penal. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

OBLIGATORINESS OF THE JUDGMENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF *THE DOS ERRES* MASSACRE V. GUATEMALA

Synopsis: *The Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of Guatemala rendered an order declaring the writ of execution of the judgment ordered by the Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Dos Erres Masacre v. Guatemala. In the judgment, the Inter-American Court found that during the domestic criminal proceeding referenced in the mentioned case, the State had violated the American Convention on Human Rights, the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, as well as the Inter-American Convention to Prevent, Punish, and Eradicate Violence against Women. As such, it ordered the State, among others, to utilize the means necessary, pursuant to its domestic legislation, to effectively conduct the investigations in order to individualize, prosecute, and eventually punish those responsible and to remove all obstacles, de facto and de jure, that maintained the impunity in the referenced case. The order presented was rendered as of the requests for execution of the judgment presented by the Association of Families of De-*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

taineés-Disappeared Persons of Guatemala—Famdegua—and by the Prosecutor of the Department of Special Cases Unit and Violations of Human Rights of the Public Prosecutor's Office. In compliance with that ordered by the Inter-American Court, the Criminal Chamber of the Supreme Court ordered to revoke the objection of an ordinary nature as well as that of a constitutional nature, filed against the judicial orders that ordered: a) the capture declared against the persons named in the mentioned criminal proceeding, and b) the admission of the anticipated evidentiary practices, without the possibility of applying hereinafter the dispositions contained in the Law of National Reconciliation. All of this, so as to continue, in an effective manner, with the initiated criminal procedure, respectful of the rules of due process and the compliance of the objectives of the criminal procedure regarding the clarification of the facts and punishment of the perpetrators. In this sense, it ordered the intervention of the Public Prosecutor for the purpose of carrying out an investigation and promoting the persecution and criminal prosecution. Finally, the Criminal Chamber of the Supreme Court declared that given that the Republic of Guatemala was not able to neither oppose its domestic Law nor argue the lack of proceedings or norms for the compliance of the international judgment, the act of execution had the effect of an extraordinary act in common proceedings.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE GUATEMALA
SOLICITUD DE EJECUCIÓN
DE SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
NO. MP001/2006/96951**

**SOLICITANTES: ASOCIACIÓN FAMILIARES
DE DETENIDOS-DESAPARECIDOS DE GUATEMALA
Y MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA
DE SECCIÓN, UNIDAD DE CASOS
ESPECIALES Y VIOLACIÓN A DD.HH.**

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2010

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, ocho de febrero de dos mil diez.

Se tiene a la vista: a) la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, proferida en el caso denominado “*Masacre de Las Dos Erres, versus el Estado de Guatemala*” y b) las solicitudes de ejecución de la misma, presentadas por Aura Elena Farián, en calidad de representante legal de la entidad Asociación Familiares de detenidos-desaparecidos de Guatemala -Famdegua- el día doce de enero de dos mil diez, así como de la abogada Martha Angélica García Sánchez, en calidad de agente fiscal de la Unidad de Casos Especiales y Violaciones a Derechos Humanos y Esclarecimiento Histórico de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos del Ministerio Público.

ANTECEDENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dictó sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en el caso denominado “*Masacre de Las Dos Erres, versus el Estado de Guatemala*” por medio de la cual declaró por unanimidad, que el Estado violó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, habiendo dispuesto que “...*debe investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas en dicha sentencia ...*” así como que “...*debe iniciar las acciones (...) penales que sean pertinentes, de acuerdo con su legislación interna, contra las autoridades del Estado que puedan haber cometido y obstaculizado la investigación de los hechos...*”

CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda* y *bone fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

CONSIDERANDO

Que en el caso “*Masacre de Las Dos Erres versus el Estado de Guatemala*”, el Tribunal internacional estableció que la investi-

gación seguida por el Estado, no ha constituido un recurso efectivo para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento de los hechos, la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de todos los presuntos responsables de la masacre, de modo que se examine de forma completa y exhaustiva la multiplicidad de afectaciones ocasionadas a los pobladores del parcelamiento Las Dos Erres y que por ello, deberá utilizar los medios que sean necesarios de acuerdo con la legislación interna para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a dichos responsables, así como remover todos los obstáculos, *de facto y de iure*, que mantienen la impunidad en el aludido caso.

CONSIDERANDO

Que de conformidad con lo expuesto por los solicitantes: Asociación Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala por miedo de su representante legal y Fiscalía de Sección de Derechos Humanos del Ministerio Público, así como lo acreditado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el apartado identificado con el numeral romano octavo, inciso C), párrafo número ochenta y nueve y siguientes del fallo que en esta resolución se ejecuta, esta Cámara advierte que con motivo de la aludida masacre, los días siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve y, cuatro de abril de dos mil, el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Petén, ordenó la aprehensión de diecisiete personas y asimismo, con fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve y ocho de marzo de dos mil, se admitió la práctica de pruebas anticipadas en el proceso de mérito; disposiciones jurisdiccionales contra las cuales fueron interpuestos una serie de medios de impugnación, tanto ordinarios, como constitucionales, los cuales en criterio del Tribunal internacional, han impedido el esclarecimiento de los hechos, así como la investigación, captura, enjuiciamiento y eventual

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

sanción de las personas responsables de la masacre preparada y cometida en el parcelamiento Las Dos Erres, ubicado en el departamento de Petén, los días seis al ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos; en consecuencia, habiendo sido declarado el proceder jurisdiccional en dicho caso, contrario a los derechos y principios esenciales del juzgamiento, así como en atención al carácter auto ejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto la Asociación Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala, como la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos del Ministerio Público plantearon solicitudes de ejecución de fallo internacional con fecha doce y diecinueve, ambas de enero de dos mil diez.

CONSIDERANDO

En virtud de lo anterior, resulta obligado que esta Cámara se pronuncie en cuanto a la observancia de las disposiciones que contiene el fallo proferido por el Tribunal internacional, en el sentido de ordenar la continuación del proceso penal identificando con el número un mil trescientos dieciséis guión noventa y cuatro (1316-94) del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, a partir de las actuaciones consistentes en: a) las órdenes de aprehensión decretadas contra las personas señaladas en el citado proceso penal y; b) la admisión de las prácticas de prueba anticipadas; sin posibilidad de aplicar en lo sucesivo las disposiciones contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional, decreto número 145-96 del Congreso de la República, debido a los pronunciamientos contenidos en los párrafos ciento treinta y uno y doscientos treinta y tres inciso a) del fallo que en esta resolución se ejecuta. Consecuentemente deben dejarse sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario así como constitucional interpuestas contra las resoluciones judiciales indicadas en los anteriores incisos a) y b). Lo anterior con el objeto de continuar en forma efectiva, el procesamiento penal iniciado con motivo de la masacre ocurrida en el parcela-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

miento Las Dos Erres, ubicado en el municipio La Libertad, departamento de Petén, preparado y perpetrado los días seis al ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos; para lo cual se deberá brindar en todo momento, el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En este sentido se pronuncia la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que se sustenta en la primacía del principio *pro hominis* y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos frente a sus habitantes y la comunidad internacional.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES

Artículos: Los anteriormente citados; 46 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por decreto 55-96 del Congreso de la República; 1 ,2 ,8 ,11, 33, 67, 68 y 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto 6-78 del Congreso de la República; 11,11 Bis, 16, 17, 24 Bis, 45, 47, 52, 320 y 547 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República; 51, 52, 58 incisos a), 141, 142, 143, de la Ley del Organismo Judicial; decreto 2-89 del Congreso de la República.

POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: 1) LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA VEINTICUATRO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL NUEVE, PROFERIDA EN EL DENOMINADO “CASO DE LA MASACRE DE LAS DOS ERRES VERSUS EL ESTADO DE GUATEMALA” y como consecuen-

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

cia, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en los párrafos doscientos veintiocho al doscientos treinta y seis de la sentencia precitada, ordena el Juzgamiento de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén CONTINUAR el procesamiento de las personas sindicadas o de quien así resulte, dentro del proceso identificado con el número mil trescientos dieciséis guión noventa y cuatro (1316-94); dar intervención al Ministerio Público, al que se requiere la realización de las investigaciones objetivas así como la persecución del hecho incoado penalmente y; en el ámbito de las respectivas competencias de los órganos precitados, adopten las medidas judiciales y administrativas necesarias para localizar, juzgar y eventualmente sancionar a los autores del hechos del proceso. II) Como la República de Guatemala, al igual que los demás países miembros de la Organización de los Estados Americanos no puede oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común, por lo mismo, se ordena remitir copia certificada del presente expediente al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, para que dé inmediato cumplimiento a la sentencia internacional identificada en el número romano I del presente apartado resolutivo. III) Una vez recibida la copia certificada del presente expediente, el juez respectivo deberá cumplir con lo siguientes: III.i) Requerir al Archivo General de Tribunales o cualquier otra dependencia, el expediente identificado con el número mil trescientos dieciséis guión noventa y cuatro (1316-94) y dar la intervención respectiva. III.ii) El Juez competente y el Ministerio Público como ente acusador, deberán velar en todo momento por irrestricto respecto y cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales, así como la observancia de los fines del proceso penal guatemalteco. IV) Sirvan los datos consignados en la presente resolución, así como los contenidos en la sentencia internacional, para que el Ministerio Público impulse la persecución

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

penal correspondiente en atención al imperativo contenido en el numeral doscientos treinta y tres inciso d) y trescientos diez numeral noveno del fallo internacional relacionado. Notifíquese el contenido de la presente resolución a la Asociación Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala —Famdegua— y al Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección, Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR EN CASOS QUE INVOLUCRAN A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Sinopsis: La presente sentencia se refiere a un amparo en revisión resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mediante este recurso, una persona impugnó la decisión emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito que resolvió negar el amparo planteado por el quejoso. En términos generales, éste alegó la inconstitucionalidad de los artículos 1o., 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, por estimarlos contrarios a los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Suprema Corte refirió que, por un lado, el análisis del caso se refería al derecho a la vida privada, destinado a variar, legítima y normalmente, tanto por motivos internos, esto es, por la posibilidad de que sus titulares modulen, de palabra o de hecho, el alcance del mismo, como por motivos externos, los cuales aluden 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 apunten en direcciones distintas e, incluso, opuestas a las que derivan de su contenido normativo siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional. Asimismo, que por otro lado estaban la libertad de expresión y el derecho a la información, estos últimos derechos funcionalmente esenciales en la estructura del Estado constitucional de derecho que aseguran a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado, y que gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

En consecuencia, la Suprema Corte observó que la idea de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas debe influir en la resolución de los conflictos de derechos en los que se vean involucradas, ha llevado en ocasiones a hablar de un “plus” o de una “posición especial” de las mismas en las democracias constitucionales actuales. En esta línea argumentativa, determinó que para que la exigencia de responsabilidades ulteriores por emisión de discurso alegadamente invasor del honor de funcionarios públicos u otras personas relacionadas con el ejercicio de funciones públicas constituya una reacción jurídica necesaria, idónea y proporcional, deben satisfacerse al menos las siguientes condiciones: cobertura legal y redacción clara; intención específica o negligencia patente; materialidad y acreditación del daño; doble juego de la *exceptio veritatis*; gradación de medios de exigencia de responsabilidad; y, minimización de las restricciones indirectas.

Siguiendo los criterios antes mencionados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el Tribunal Colegiado debía haberse percatado de 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 apuntados. En tal virtud, declaró la inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, que contiene el tipo penal que sirvió para encuadrar la conducta del quejoso y, en uso de su facultad de suplir la deficiencia de los alegatos del quejoso, también la de la fracción II del artículo 30 de la ley citada, que establecía la pena de prisión y multa, en el que también se fundó la condena penal del quejoso. En razón de lo anterior, en vía de revisión, concedió el amparo solicitado.

En esta sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México al referirse a la doble dimensión de la libertad de expresión y derecho a la información, entre otros, se remitió a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, *Kimel vs. Argentina*, *Palamara Iribarne vs. Chile*, *Ricardo Canese vs. Paraguay* y *Claude Reyes y otros vs. Chile*,

así como a la *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas*.

CONFLICT RESOLUTION: EXPRESSION,
INFORMATION, AND HONOR
IN CASES INVOLVING PUBLIC OFFICIALS

Synopsis: *The present judgment refers to an appeal under review by the Supreme Court of Justice of the Nation. During this action, a person raised an objection to the decision rendered by the Multi-Judge Court on Criminal Matters of the Sixteenth Circuit that decided to deny the appeal raised by the complainant. In general terms, this individual alleged the unconstitutionality of Articles 1°, 3°, 4°, 5°, and 6° of the Law of the Press of the state of Guanajuato, for considering them contrary to Articles 6° and 7° of the Political Constitution of the United Mexican States.*

The Supreme Court stated, that on the one hand, the analysis of the case refers to the right to private life, destined to vary, in a legitimate and normal manner, for both internal reasons, namely, because of the possibility that individuals express, by word or action, that which extends its reach, as well as for external reasons, those of which allude to the normal and expected difference between content which is prima facie of fundamental rights and the real protection offered in specific cases once positioned and harmonized with other rights and interests that point in differing and opposite directions from those derived from normative content so long as it is not done in an abusive, arbitrary, or disproportional manner. Likewise, on the other hand there exists the right to freedom of expression and the right to information, and these latter two, are essential in function to the structure of the constitutional State of law that assures people the essential space to unfold their individual autonomy, forums that must be respected and protected by the State, and that enjoy a public, collective, or institutional aspect that converts them in central pieces for the proper function of a represented democracy.

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

As a consequence, the Supreme Court noted that the idea of an instrumental relationship between freedom of expression and freedom of information and the proper development of democratic practices, should serve to influence the conflict resolution of those rights where these freedoms and practices are involved and it has, at times, been referred to as a “plus” or a “special position” in the current constitutional democracies. Following this argument, it determined that, in order for a subsequent claim of responsibility, for speech which allegedly violates the honor of public officials or to other individuals associated with exercise of public functions, to yield a necessary, suitable, and proportional legal reaction, the following conditions, at least, must be met: legal coverage and clear composition; specific purpose or blatant negligence; materiality and validation of damage; double play of exception veritatis; measures that grade the demand of responsibility, and minimization of indirect restrictions.

Following the abovementioned criteria, the Supreme Court of Justice of the Nation concluded that the Multi-Judge Court should have noticed the impossibility of applying the Law of the Press in Guanajuato to this specific case, for representing a rule of limitation to rights which was unnecessary and disproportionate and made it impossible to legally evaluate the facts of the case in conformity with the appropriate standards. As such, it declared the unconstitutionality of Article 1° of the Law of the Press of the State of Guanajuato, which contains the criminal codification that served to frame the conduct of the complainant, also of section II of Article 30 of the mentioned law that set a prison term and fine, and in which the criminal sentence of the complainant was also set. Based on the foregoing, pursuant to the revision, the requested appeal was granted.

In this judgment, the Supreme Court of Justice of the Nation of Mexico, in regards to the double dimension of freedom of expression and the right to information, among others, referred to the judgments of the Inter-American Court of Human Rights rendered in the Cases of Herrera Ulloa v. Costa Rica, Ivcher Bronstein v. Perú, “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et. al.) v. Chile, Kimel v. Argentina, Palamara Iribarne v. Chile, Ricardo Canese v. Paraguay and Claude Reyes et. al. v. Chile, as well as the Advisory Opinion OC-5/85, the Compulsory Membership for the Practice of Journalism.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN DE MÉXICO**

AMPARO EN REVISIÓN 2044/2008

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2009

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día **diecisiete de junio de dos mil nueve.**

VISTOS

para resolver los autos del amparo directo en revisión número 2044/2008, interpuesto contra la sentencia dictada en el amparo directo número 138/2008 por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito, y

RESULTANDO:

PRIMERO. Antecedentes. ***** , por su propio derecho y mediante escrito presentado el quince de febrero de dos mil ocho ante el Juzgado de Partido Único Penal en Acámbaro, Guanajuato, solicitó el amparo de la justicia federal ...

Según muestran las constancias de autos, el asunto encuentra origen en la publicación, el veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, de una nota periodística en el periódico “La Antorcha”, medio de información de circulación regional en Acámbaro, del cual el quejoso era director general. En dicha publicación, un ex servidor público municipal concede una entrevista y

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

se pronuncia respecto de actividades que tuvo que desarrollar y de órdenes que recibió durante el tiempo que trabajó, en calidad de chofer, para el Presidente Municipal de Acámbaro ...

...

Con motivo de dicha publicación, el trece de enero de dos mil cinco el entonces Presidente Municipal de Acámbaro presentó denuncia penal por considerar que era mentira todo lo que se había publicado, que tales afirmaciones le causaban deshonra, descrédito y perjuicio ...

...

Seguido el proceso penal correspondiente, la Juez Menor Mixto del Partido Judicial de Acámbaro dictó el veinticinco de enero de dos mil siete sentencia en la cual, entre otras cosas, determinó que el ahora recurrente era penalmente responsable de la comisión del delito de ataques a la vida privada, imponiendo al acusado una pena privativa de libertad ...

Inconforme con la anterior resolución, el ahora recurrente y su defensor presentaron recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado Único Penal del Partido Judicial de Acámbaro ... El dieciocho de enero de dos mil ocho se dictó resolución por la que se modificaba la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la reparación del daño y se dejaban intocados los restantes puntos resolutivos.

SEGUNDO. El juicio de amparo. Es contra la sentencia anterior, la de dieciocho de enero de dos mil ocho, que el señor ***** interpuso juicio de amparo directo ... el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito ... el veintisiete de octubre de dos mil ocho ... dictó sentencia en la cual resolvió **negar** el amparo.

Inconforme con dicha resolución, el quejoso interpuso **recurso de revisión** ...

...

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Competencia. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer

del presente recurso de revisión, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83, fracción V, de la Ley de Amparo; 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; puntos primero, fracción I, incisos a) y b); segundo, fracción III; y primero transitorio del Acuerdo Plenario 5/1999. Lo anterior, en virtud de que la materia del presente asunto cae dentro de su ámbito de especialidad.

...

CUARTO. Cuestiones necesarias para resolver el asunto.

...

1. Conceptos de violación ... El quejoso denunciaba la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, por estimarlos contrarios a los artículos 6º y 7º de la Constitución Federal...

...

3. Agravios.

...

a) El recurrente afirma en su agravio único que el Tribunal Colegiado vertió en la sentencia recurrida una indebida interpretación de los artículos 6º y 7º constitucionales, ya que el artículo 1º de la Ley de Imprenta considera los ataques a la vida privada en términos amplios que desbordan el espíritu y texto de los artículos constitucionales referidos y, en consecuencia, afecta el ejercicio de la libre expresión y del derecho a la información garantizados en la Constitución Federal.

b) Por otra parte, señala que la ley secundaria aplicada a su caso violenta la jerarquía de leyes, al atentar contra las garantías consagradas en los artículos 6º y 7º constitucionales, ya que su redacción considera cualquier conducta como un ataque a la vida privada.

c) La responsable, añade, omitió considerar que si la fundamentación de su resolución era una ley que violenta normas

constitucionales, con ello estaba afectando las garantías contenidas en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

d) El quejoso manifiesta también que el artículo 1° de la Ley de Imprenta para el Estado de Guanajuato encierra una contradicción y evidencia una desconexión entre el objeto de definición y su misma definición, con lo cual se hace un entendimiento erróneo de la libertad de imprenta y del derecho a la información, protegidos ambos en los artículos 6° y 7° constitucionales.

e) De igual manera establece que, al no hacerse una interpretación conjunta de los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° de la Ley de Imprenta, se llega a una conclusión contraria a los referidos artículos constitucionales, pues se deja de considerar cuándo las expresiones maliciosas se encuentran prohibidas.

f) Finalmente, el agravio señala que el Tribunal Colegiado al interpretar los preceptos constitucionales reiteradamente citados pasó por alto que el medio informativo “La Antorcha” no alteró el contenido de la entrevista que publicó, y que dicha nota se limitó a cumplir con un deber informativo que surgió en el marco de una serie de hechos relacionados con una persona pública, como lo era el Presidente Municipal, quien en ejercicio de esa función pública enfrentaba una serie de conflictos laborales derivados de despidos injustificados en el Municipio de Acámbaro. Asimismo, el Colegiado debió considerar al hacer su interpretación de la normativa aplicable que las personas que ocupan puestos públicos están sometidos a escrutinios públicos intensos, lo cual implica una disminución natural de lo que puede considerarse incluido en su esfera privada, más cuando, como en el caso, la nota periodística hizo referencia a hechos públicos y no privados, pues aludía a hechos ocurridos entre el Presidente Municipal y un empleado del Ayuntamiento, circunstancia de la cual el entrevistado hacía derivar su despido injustificado.

g) El agravio concluye señalando que, ante la dificultad de delimitar la línea entre lo jurídico y lo antijurídico, es necesario que la Suprema Corte se pronuncie sobre el ejercicio de los de-

rechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta.

QUINTO. Estudio de fondo. A juicio de esta Primera Sala, los argumentos desarrollados en los agravios son esencialmente **fundados** y suficientes para conceder al quejoso el amparo de la justicia federal.

...

2. El derecho al honor y a la vida privada de los funcionarios públicos. La libertad de informar de los periodistas.

... Tal y como denuncian los agravios, el Tribunal Colegiado realiza una interpretación en parte incorrecta y en parte incompleta de lo que debe entenderse protegido por los derechos consagrados en los artículos 6º y 7º de la Carta magna y por la “vida privada” cuyo respeto esos mismos preceptos estiman debido. La interpretación es incorrecta en tanto traza una equivalencia automática entre “vida sexual” y “vida privada” y en tanto soslaya o mezcla los diversos significados de esta expresión, y es incompleta porque olvida la relevancia de analizar el tipo de *sujetos* que ejercen en el caso concreto los derechos constitucionales en conflicto: el hecho, en el caso de autos, de que el titular del derecho a la vida privada cuyos derechos se afirma se quieren preservar mediante la aplicación de la ley penal sea o haya sido un *funcionario público*, y el hecho de que el quejoso no sea un ciudadano cualquiera, sino alguien que se dedica profesionalmente al mundo de la comunicación en medios impresos, profesionalmente vinculado al mundo del *periodismo*.

Las reglas de ponderación, tanto abstracta como concreta, entre los derechos enfrentados, debían tener en cuenta estas circunstancias porque el *peso* que en el caso debía serles reconocido se anuda en parte a este factor, que obviamente no se asienta en la calidad o las características intrínsecas de los citados sujetos, sino en el tipo de interés público asociado a las actividades que realizan.

...

El derecho a la vida privada

Esta Corte ha evocado en varias tesis rasgos característicos de la noción de lo “privado”. Así, lo ha relacionado con: lo que no constituye vida pública; el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás; lo que se desea compartir únicamente con aquellos que uno elige; las actividades de las personas en la esfera particular, relacionadas con el hogar y la familia; aquello que no se desempeña con el carácter de funcionario público. También ha subrayado la relación de la vida privada con el derecho al honor (o el derecho a no sufrir daños injustificados en la reputación) y con el derecho a la intimidad, y ha sugerido la posibilidad de entender el derecho a la vida privada como un concepto más general, abarcativo de los tres¹ —honor, privacidad e intimidad— ...

El derecho a la vida privada también está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que nos vinculan, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 16). Al interpretar estas disposiciones, los organismos internacionales han destacado 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 solas², y han destacado su vinculación con un amplio abanico de otros derechos, como el derecho a una vivienda adecuada³; el derecho a la salud⁴; el derecho a la igual-

¹ ...

² Comité de Derechos Humanos, caso *Coeriel c. Países Bajos*, párrafo 6.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

dad⁵; los derechos reproductivos; la protección en caso de desalojos forzados⁶; la inviolabilidad de la correspondencia⁷, de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo; los registros en el domicilio; los registros personales y corporales⁸, o el régimen de recopilación y registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos⁹.

Las afirmaciones contenidas en las resoluciones nacionales e internacionales citadas son útiles en la medida en que no se tomen de manera descontextualizada, emerjan de un análisis cuidadoso de los diferentes escenarios jurídicos en los que la idea de privacidad entró en juego y no se pretenda derivar de ellas un concepto mecánico de vida privada, de referentes fijos e inmutables.

...

En un sentido amplio, entonces, la protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las injerencias de los demás, y guarda conexiones de variado tipo con pretensiones más concretas que las constituciones actuales reconocen a veces como derechos conexos: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones relativas al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, 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

⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados.

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad.

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12).

⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad.

protección contra el uso abusivo de las comunicaciones privadas, o la protección contra la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente por un particular.

Más allá de la posibilidad de hacer este bosquejo general, lo cierto es que el contenido del derecho a la “vida privada” está destinado a variar, legítima y normalmente, tanto por motivos *internos* al propio concepto como por motivos *externos*. La variabilidad interna del derecho a la privacidad alude al hecho de que el comportamiento de los titulares del mismo puede influir en la determinación de su ámbito de protección. No es sólo que el entendimiento de lo privado cambie de una cultura a otra y que haya cambiado a lo largo de la historia, sino que además forma parte del derecho a la privacidad, como lo entendemos ahora, la posibilidad de que sus titulares modulen (de palabra o de hecho) el alcance del mismo ...

Sin embargo, la fuente de variabilidad más importante deriva no del juego de los límites internos, sino de la variabilidad de los límites externos. La variabilidad *externa* del derecho a la vida privada 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 contrapuestos y armonizados con otros derechos e intereses que apunten en direcciones distintas e incluso opuestas a las que derivan de su contenido normativo. Aunque una pretensión pueda entonces relacionarse en principio con el ámbito generalmente protegido por el derecho, si la misma merece prevalecer en un caso concreto, y en qué grado, dependerá de un balance de razones desarrollado de conformidad con métodos de razonamiento jurídico bien conocidos y masivamente usados en los Estados constitucionales contemporáneos. Como han expresado canónicamente los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, ningún derecho fundamental es absoluto y puede ser restringido siempre que ello no se haga de manera abusiva, arbitraria o desproporcional¹⁰.

¹⁰ Sobre la intrínseca limitabilidad de los derechos y la simultánea prohibición de que éstos sufran injerencias abusivas y arbitrarias véase, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*.

... Aunque es cierto que los aspectos relativos a la vida sexual de las personas pueden contarse *prima facie* entre los que éstas suelen querer reservar en el ámbito de lo protegido de la mirada pública, su protección jurídica final está sujeta a una legítima modulación, tanto interna como externa, en los términos recién apuntados. Por ello es incorrecto el automatismo establecido por el Tribunal Colegiado. El razonamiento jurídico en este punto no puede ser categorial o definicional: 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.

...

Libertad de expresión y derecho a la información

Si de un lado del análisis está la vida privada, del otro están la libertad de expresión y el derecho a la información. Como es sabido, se trata de dos derechos funcionalmente esenciales en la estructura del Estado constitucional de derecho que tienen una doble faceta: por un lado aseguran a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado, y por otro gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

Como señaló la Corte Interamericana en el caso *Herrera Ulloa* —un caso con varios elementos fácticos similares a los que protagonizan la litis en este asunto¹¹— se trata de liberta-

Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C, No. 193, párrafo 56; y de la Comisión Interamericana, Caso 11.006, Informe No. 1/95, Perú, Alan García, 7 de febrero de 1995.

¹¹ En el asunto se examinaba el modo en que el Estado de Costa Rica había tratado el caso de un periodista costarricense, Mauricio Herrera Ulloa, que

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

des que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida su posibilidad de manifestarse libremente, sino que se respete también su derecho como miembros de un colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹².

Tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas, en otras palabras, es imprescindible no solamente como instancia esencial de auto-expresión y auto-creación, sino también como premisa para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales —el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento funcional que determina la calidad de la vida democrática en un país: si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático.

fue condenado penalmente por haber violado, a juicio de los tribunales estatales, el derecho al honor de un diplomático del país, a raíz de la publicación literal de lo publicado en la prensa europea acerca del presunto comportamiento ilícito de dicho funcionario. La Corte consideró que las sanciones impuestas (condena por difamación, multa y condena a publicar la parte resolutive en la prensa) constituía una violación al derecho a expresarse libremente protegido en el artículo 13 de la Convención. Véase, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107. La sentencia destaca la doble dimensión de la libertad de expresión a la que nos referiremos inmediatamente, así como la especialidad de las funciones satisfechas por esta libertad en una democracia representativa.

¹² En la misma línea están afirmaciones centrales de los casos *Ivcher Bronstein v. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, No. 74, párrafo 146; *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73, párrafo 64; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 30).

Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. La Corte Interamericana insistió en este punto con palabras ya clásicas en la Opinión Consultiva 5/85:

“... cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás”.

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre”¹³.

Lo anterior obliga a subrayar otros tres puntos, estrictamente relacionados entre sí, todos de gran importancia en el contexto de la litis que nos ocupa:

a) El primero es que los medios de comunicación de masas juegan un papel esencial para el despliegue de la función colec-

¹³ OC-5/85, *cit. supra*. Énfasis añadido.

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

tiva de la libertad de expresión. La libertad de prensa es una piedra angular en el despliegue de la vertiente social o colectiva de las libertades de expresión e información. Los medios de comunicación social se cuentan entre los forjadores básicos de la opinión pública en las democracias actuales y es indispensable tengan aseguradas las condiciones para albergar las más diversas informaciones y opiniones. Como ha subrayado la Corte Interamericana:

... el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad¹⁴. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social¹⁵. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención¹⁶.

...es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca¹⁷.

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.

¹⁴ Con cita interna a *La Colegiación obligatoria de periodistas*, *cit. supra*, párrafo 71.

¹⁵ Con cita interna a *Periódico "La Nación"*. Medidas Provisionales. Resolución de 7 de septiembre de 2001, considerando décimo.

¹⁶ Con cita interna a *La colegiación obligatoria de periodistas*, *cit. supra*, párrafos 72 y 74 y a *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit. supra*, párrafo 118.

¹⁷ Véase caso *Ivcher Bronstein v. Perú*, *cit. supra*, párrafo 150.

Uno de los medios por los cuales se limita más poderosamente la circulación de la información y el debate público es la exigencia de responsabilidades civiles o penales a los periodistas, por actos propios o ajenos. La Corte Interamericana, siguiendo en este punto al Tribunal de Estrasburgo, también lo ha subrayado sin ambigüedad: “El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público”¹⁸.

b) El segundo es que los derechos que nos ocupan cubren tanto expresión de *opiniones* como aseveraciones sobre *hechos*, algunas de cuyas diferencias vale la pena tener en cuenta, incluso (o quizá especialmente) al analizar instancias de ejercicio de los mismos en las que se mezclan las dos cosas. Por ejemplo, es importante tener presente que de las opiniones no tiene sentido predicar la verdad o la falsedad. En cambio la información cuya obtención y amplia difusión está en principio constitucionalmente protegida es la información *veraz e imparcial*. Estos dos requisitos pueden calificarse de límites o exigencias internas del derecho a la información, y es importante interpretar correctamente su alcance porque suele ser bastante relevante en el contexto del litigio constitucional.

La información cuya búsqueda, recepción y difusión la Constitución protege es la información “veraz”, pero ello no implica que deba ser información “verdadera”, clara e incontrovertiblemente cierta. Exigir esto último desnaturalizaría el ejercicio de los derechos. Lo que la mención a la veracidad encierra es simplemente una exigencia de que los reportajes, las entrevistas y las notas periodísticas destinadas a influir en la formación de la opinión pública tengan atrás un razonable ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad. El informador debe poder mostrar de algún modo que ha respetado un cierto estándar de diligencia en la comprobación del estatus

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Thoma c. Luxemburgo*, Sentencia de 29 de marzo de 2001, Demanda No. 38432/97, párrafo 62 y caso *Herrera Ulloa*, *cit. supra*, párrafo 134.

de los hechos acerca de los cuales informa y, si no llega a conclusiones indubitadas, el modo de presentar la información debe darle ese mensaje al lector: debe sugerir con la suficiente claridad que existen otros puntos de vista y otras conclusiones posibles sobre los hechos o acontecimientos que se relatan.

Esta condición está relacionada con la satisfacción de lo que frecuentemente se considera otro requisito “interno” de la información cuya difusión la Constitución y los tratados protegen al máximo nivel: la *imparcialidad*. Es la recepción de información de manera imparcial la que maximiza las finalidades por las cuales la libertad de obtenerla, difundirla y recibirla es una libertad prevaleciente en una democracia constitucional. El derecho a obtener información útil y los beneficios del intercambio libre y vigoroso de ideas son ciertamente incompatibles con la idea de imparcialidad absoluta y, hasta cierto punto —esto es importante—, se espera que las diferentes perspectivas lleguen a los individuos por la combinación de fuentes de información y opinión a las que están expuestos, aunque cada una de esas fuentes no superen perfectamente el estándar en lo individual. La imparcialidad es entonces, más bien, una barrera contra la tergiversación abierta, contra la difusión intencional de inexactitudes y contra el tratamiento no profesional de informaciones cuya difusión tiene siempre un impacto en la vida de las personas relacionadas en los mismos.

c) El tercer punto a subrayar es que la libertad de imprenta y el derecho a dar y recibir información protege de manera especialmente enérgica la expresión y difusión de informaciones en materia *política* y, más ampliamente, sobre *asuntos de interés público* ... Una opinión pública bien informada es el medio más adecuado para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. El control ciudadano de la actividad de personas que ocupan o han ocupado en el pasado cargos públicos (funcionarios, cargos electos, miembros de partidos políticos, diplomáticos, particulares que desempeñan funciones estatales o de interés público, etcétera) fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de todos los que tienen responsabilidades de gestión pública, lo cual ne-

cesariamente hace que exista un margen mayor para difundir afirmaciones y apreciaciones consustanciales al discurrir del debate político o sobre asuntos públicos¹⁹.

Esta especial protección, vale la pena subrayarlo, se extiende al discurso electoral, el que gira en torno a candidatos a ocupar cargos públicos, por las mismas razones que explican la especial protección del discurso político y sobre asuntos de interés público. Como subraya el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados americanos del año 2008, publicado el pasado mayo, “los funcionarios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente, y porque tiene una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública”²⁰.

¹⁹ Véanse los párrafos 32 a 47 del capítulo III del Informe Anual sobre Libertad de Expresión 2008, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, donde se sintetiza y se destacan las sentencias de la Corte Interamericana —así como otros documentos, informes y decisiones— que permiten calificar al discurso político o sobre asuntos públicos como “discurso especialmente protegido” bajo las normas básicas del sistema (obligatorias, claro está, para todos los Estados). La otra categoría que la Relatoría estima debe ser calificada de “discurso especialmente protegido” en el contexto del sistema es el discurso “que expresa elementos esenciales de la identidad o la dignidad personales” (véase, *ibid.*, párrafos 48 a 51). Destacando igualmente la especial posición del discurso sobre asuntos públicos en una democracia, tenemos resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como Caso *Feldek c. Slovakia*, Sentencia de 12 de julio de 2001, Demanda No. 29032/95, párrafo 83 y Caso *Sürek y Özdemir c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, Demandas Nos. 23927/94 y 24277/94, párrafo 60.

²⁰ *Cit.*, párrafo 39, con citas internas a los casos *Kimel v. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, No. 177; *Palamara Iribarne v. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135; *Olmedo Bustos y otros, cit. supra.*; *Ricardo Canese v. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111; *Herrera Ulloa, cit. supra.*; y *Claude Reyes y otros v. Chile*.

3. Reglas específicas de resolución de conflictos: expresión, información y honor en casos que involucran a funcionarios públicos.

La función colectiva o sistémica de la libertad de expresión y del derecho a la información, así como los rasgos más específicos que acabamos de subrayar, deben ser tenidos cuidadosamente en cuenta cuando tales libertades entran en conflicto con otros derechos, típicamente con los llamados “derechos de la personalidad”, entre los que se cuentan el derecho a la intimidad y el derecho al honor. La idea de que la relación instrumental entre las libertades de expresión e información y el adecuado desarrollo de las prácticas democráticas debe influir en la resolución de los conflictos de derechos en los que se vean involucradas ha llevado en ocasiones a hablar de un “plus” o de una “posición especial” de las mismas en las democracias constitucionales actuales.

...

Las más consensuadas de estas reglas están consagradas expresamente en los textos constitucionales mismos o en los tratados de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición de cen-

Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151. El caso *Ricardo Canese*, en el cual la Corte declaró que la condena penal de un candidato a la presidencia de Paraguay por la supuesta difamación que había cometido contra su contraparte en la campaña constituía una violación a la libertad de expresión, es el que ilustra con más exactitud la extensión de la especial protección al discurso vertido en el contexto de las campañas electorales. Canese fue condenado penalmente como consecuencia de haber afirmado, durante la campaña, que su contraparte era un “prestanombre” de la familia del antiguo dictador Stroessner y que había representado veladamente sus intereses económicos en un consorcio que participó en la construcción de un complejo hidroeléctrico. La Corte, al detectar una violación al artículo 13, destacó especialmente el hecho de que las declaraciones del señor Canese su hubieran realizado en el contexto de una campaña electoral y sobre asuntos de interés público, “circunstancia en la cual las opiniones y críticas ser emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”, razón por la cual “el juzgador debía ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tienen en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o de preocupación pública” (ver estas transcripciones *ibid.*, párrafo 45 y 46).

sura previa, salvo en casos excepcionales, que encontramos en el inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 7º de nuestra Constitución Federal, según el cual “[n]inguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura...”). Muchas otras van explicitándose a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que los ciudadanos solicitan el examen de la constitucionalidad de las reglas específicas contenidas en las leyes ...

...

Una de las reglas específicas más consensuadas en el ámbito del derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos ... es la regla según la cual las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas (en los términos amplios anteriormente apuntados), 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.

Y ello es así por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades. Ello puede otorgar interés público —por poner un ejemplo relacionado con el derecho a la intimidad— a la difusión y general conocimiento de datos que, pudiendo calificarse de privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones juzgar adecuadamente la actuación de los primeros como funcionarios o titulares de cargos públicos.

Con el derecho al honor sucede algo similar. Como dijo en una ocasión esta Corte, las actividades desempeñadas por los funcionarios públicos interesan a la sociedad, y la posibilidad de crítica que esta última les dirija debe entenderse con criterio amplio: “no debe olvidarse que la opinión pública es el medio de controlar a los depositarios del poder y que la libertad de prensa es necesaria para la vida política y social y que debe interpretarse con

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

criterio amplio atendiendo al fin que es el bien público, social, general”²¹. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [en razón de que] el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”²².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha destacado que:

“[l]os límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”²³.

En particular, para que la exigencia de responsabilidades ulteriores por emisión de discurso (especialmente protegido) alejadamente invasor del honor de funcionarios públicos u otras personas relacionadas con el ejercicio de funciones públicas

²¹ ...

²² Caso *Tristán Donoso v. Panamá*, *cit. supra.*, párrafo 122.

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dichand y otros v. Austria*. Sentencia de 26 de febrero de 2002, *Demanda No. 29271/95*, párrafo 39 y caso *Lingens v. Austria*. Sentencia de 8 de julio de 1986, *Demanda No. 9815/82*, párrafo 42.

constituya una reacción jurídica necesaria, idónea y proporcional, deben satisfacerse al menos las siguientes condiciones:

a) *Cobertura legal y redacción clara*: las causas por las que pueda entrar en juego la exigencia de responsabilidad deben constar en una ley, tanto en sentido formal como en sentido material ... Como ha subrayado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ... las leyes que establecen limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en términos claros y precisos en garantía de la seguridad jurídica²⁴ ...

b) *Intención específica o negligencia patente*: las expresiones e informaciones deben analizarse bajo el estándar de la “malicia”, esto es, bajo un estándar que 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*: las reglas de imputación de responsabilidad posterior deben requerir que quien alega que cierta expresión o información le causa un daño en su honorabilidad tenga la carga de probar que el daño es real, que efectivamente se produjo ...

c) *Doble juego de la exceptio veritatis*: ... las personas no pueden ser sujetas al límite de poder expresarse solamente respecto de hechos cuya certeza tengan los medios para probar ante un tribunal, pero deben siempre poder usar la prueba de que son ciertos para bloquear una imputación de responsabilidad por invasión de la reputación de otra persona²⁵. Además, hay que recordar que las cuestiones de veracidad o de falsedad úni-

²⁴ Véanse los párrafos 64 a 66 del Capítulo III del Informe Anual 2008 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, publicado en mayo del presente año.

²⁵ Este importante criterio es desarrollado por la Corte Interamericana en el *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, *cit. supra.*, párrafo 132. Véase el párrafo 99 del capítulo III del Informe Especial para la Libertad de Expresión 2008, *cit. supra.*

camente son relevantes respecto de la expresión de informaciones, no de opiniones ...

d) *Gradación de medios de exigencia de responsabilidad.* El ordenamiento jurídico no puede contemplar una vía única de exigencia de responsabilidad, porque el requisito de que las afectaciones de derechos sean necesarias, adecuadas y proporcionales demanda la existencia de medidas leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves. Además, hay que tener presente que al lado de exigencia de responsabilidad civil y penal existe otra vía, ahora expresamente mencionada en el artículo 6° de la Constitución Federal: el derecho de réplica; por su menor impacto en términos de afectación de derechos está llamado a tener un lugar muy destacado en el diseño del mapa de consecuencias jurídicas derivables del ejercicio de la libertad de expresión.

e) *Minimización de las restricciones indirectas.* Al interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales y legales en la materia no debe olvidarse que la plena garantía de las libertades consagradas en los artículos 6° y 7° de la Carta Magna exige no sólo evitar restricciones injustificadas directas, sino también indirectas²⁶ ... Se trata, en otras palabras, de no generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás.

...

4. Inaplicabilidad de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato

...

En conclusión: los artículos de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato sobre cuya base fue condenado el quejoso no permiten al juzgador penal hacer el tipo de análisis global de

²⁶ Sobre la importancia de prohibir y evitar las restricciones indirectas a la libertad de expresión en contexto del sistema interamericano, véase el Capítulo III del Informe 2008 de la Relatoría Especial, *cit. supra*, párrafos 129 a 133.

los hechos exigible en esos casos. No permiten enjuiciar el caso tomando adecuadamente en consideración la totalidad de elementos y circunstancias que hemos señalado como relevantes en esa ejecutoria: personas intervinientes y actividades profesionales propias de las mismas y su función social, interés público presentado por el tipo de información difundida, contexto político y social en Acámbaro en el momento de la publicación, propósito predominante de la entrevista, modo de presentación, etcétera. Tampoco permiten hacer la necesaria distinción entre enjuiciamiento de hechos y enjuiciamiento de opiniones, o tener en cuenta que respecto a las opiniones no tiene sentido predicar su verdad o falsedad y que, en cuanto a los hechos, la exigencia de que sean veraces no puede hacerse equivalente a los requisitos establecidos en los artículos 4º, 5º y 6º de la misma. El régimen de responsabilidad penal previsto en la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato permite imputar responsabilidad penal a personas que no tenían intención de ofender, y por invasiones meramente eventuales, no actuales, del derecho a la intimidad y al derecho al honor. Por los amplios términos en que describe las conductas penalizadas y la ausencia de calificación en el plano de los sujetos, la Ley permite criminalizar tanto a las personas que se expresan como al resto de intervinientes en la cadena de difusión de noticias y opiniones y se erige en una candidata idónea para generar autocensura y todo tipo de restricciones directas e indirectas a la libertad de expresión. Finalmente, tampoco permite dar un tratamiento justo a conductas cuyo adecuado y proporcional tratamiento jurídico, a la vista de las previsiones de nuestra Carta Magna, exigiría el uso de alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales, lejanas al derecho penal.

Esta Corte debe, por consiguiente, declarar inconstitucional no solamente el artículo 1º de la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato, que contiene el tipo penal que sirvió para encuadrar la conducta del quejoso, sino también, haciendo uso, como es debido en los casos penales, de la facultad de esta Corte de suplir la deficiencia de los alegatos del quejoso, también la de la fracción II del artículo 30 de la ley citada, según

EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y HONOR

la cual “[l]os ataques a la vida privada se castigarán [...] II.- Con pena de seis meses a 4 años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando el ataque o injuria sea de los que causen afrenta ante la opinión pública o consista en una imputación o en apreciaciones que pueden perjudicar considerablemente la honra, la fama o el crédito del injuriado, o comprometerse de una manera grave la vida, la libertad o los derechos o intereses de éste, o exponerlo al odio o al desprecio público”, en el que también se fundó la condena penal del quejoso.

Por los motivos desarrollados a lo largo de este considerando, al estar fundamentado el análisis de la constitucionalidad de la sentencia revisada en una incorrecta interpretación del contenido y alcance de los derechos contenidos en los artículos 6° y 7° de la Constitución Federal, inseparablemente ligada a una inadecuada interpretación de la Ley que sustenta la condena penal contenida en el acto reclamado, cuya incompatibilidad con la Constitución debía haber llevado a su inaplicación al caso concreto, esta Sala debe revocar la sentencia recurrida y otorga al quejoso, de modo liso y llano, el amparo de la Justicia Federal.

Por lo expuesto y fundado,

SE RESUELVE:

PRIMERO. Se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La Justicia de la Unión ampara y protege a ***** contra la sentencia de dieciocho de enero de dos mil ocho, dictada en el toca número 04/2007 por el Juez Único de Partido en Materia Penal en Acámbaro, Estado de Guanajuato.

Notifíquese; con testimonio de esta ejecutoria, devuélvanse los autos relativos al lugar de su origen. En su oportunidad, archívese el expediente como asunto concluido.

...

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS: EL CASO *TRISTÁN DONOSO*
VS. PANAMÁ

Sinopsis: El 27 de enero de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* mediante la cual declaró responsable internacionalmente a este Estado, por la interceptación, grabación y divulgación de una conversación telefónica del abogado Santander Tristán Donoso, y por la condena que se le impuso por el delito de calumnia a partir de lo pronunciado durante una rueda de prensa durante la cual le atribuyó al entonces procurador general de la Nación la interceptación y grabación de sus llamadas telefónicas, entre otros. Al respecto, la Corte Interamericana declaró que Panamá había violado los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 8.1 (garantías judiciales), 11.1 y 11.2 (protección de la honra y de la dignidad) y 13 (libertad de pensamiento y de expresión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ordenó como medida de reparación, entre otras, que se dejara sin efecto la condena penal impuesta y todas las consecuencias que de ella se derivaran.

A continuación se presenta un acuerdo mediante el cual la Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló que el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con base en ello, ordenó remitir a la Sala Penal de esa Corte la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Tristán Donoso* a efectos de que se revisara la sentencia penal dictada contra el señor Santander Tristán Donoso.

Asimismo, se presenta la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante la cual, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, se absolvió al señor Santander Tristán Donoso como autor del delito de

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

calumnia, se dejó sin efecto la condena impuesta al respecto y se ordenó que se omitiera de su historial de antecedentes penales cualquier registro penal que guardara relación con dicha condena.

OBLIGATORINESS OF THE JUDGMENT OF
THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
THE CASE OF TRISTÁN DONOSO V. PANAMA

***Synopsis:** On January 27, 2009, the Inter-American Court of Human Rights rendered a judgment in the case of Tristan Donoso v. Panama, wherein it declared the international responsibility of this State, for the interception, recording, and disclosure of a telephonic conversation of attorney Santander Tristán Donoso, and for the conviction rendered for the crime of slander after what was stated at a press conference wherein he attributed the interception and recording of his telephone calls to the then Attorney General of the Nation, among others. In this regard, the Inter-American Court declared Panama had violated Articles 1(1) (Obligation to respect rights), 8(1) (Judicial Guarantees), 11(1) and 11(2) (Right to honor and dignity) and 13 (Freedom of thought and expression) of the American Convention on Human Rights, and ordered as a measure of reparation, among others, to revoke the criminal conviction imposed and all the consequences derived therefrom.*

Consequently, an agreement is presented wherein the Supreme Court of Justice of Panama indicates that the State, as a member of the international community, recognizes, respects, and abides by the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. On this basis, it ordered that the judgment in the Case of Tristan Donoso rendered by the Inter-American Court be forwarded to the Criminal Chamber of that Court, so as to review the criminal conviction ordered against Mr. Santander Tristán Donoso.

Likewise, the judgment of the Second Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice was presented wherein, in compliance

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PANAMÁ

with the judgment of the Inter-American Court, Mr. Santander Tristán Donoso was acquitted as perpetrator of the crime of slander, revoking the conviction imposed and ordering the omission from his criminal history of any criminal record related to said conviction.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PANAMÁ**

**ACUERDO NÚMERO 240
12 DE MAYO DE 2010**

...

ACUERDO ...

“Mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristán Donoso contra Panamá”

EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONSIDERNADO:

PRIMERO: Mediante oficio No 110/A.J.D.H./2009 de fecha 6 de octubre de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores, remitió al Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, una copia autenticada de la Sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Tristán Donoso contra Panamá, mediante la cual se dispone que el Estado Panameño deje sin efecto la condena penal impuesta al señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** y todas las consecuencias que de ellas se deriven.

SEGUNDO: La mencionada sentencia declaró que, el Estado Panameño violó el derecho a la vida privada el derecho al honor y reputación, reconocidos en el artículo 11.1 y 11.2 de la

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Convención Americana, en relación con su artículo 1.1., en perjuicio del señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**, por la divulgación de la conversación telefónica, en los términos de los párrafos 72 a 83 de la referida Sentencia.

TERCERO: Declaró que el Estado Panameño, violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1. en perjuicio del señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**, respecto de la sanción penal impuesta, en los términos de los párrafos 109 a 130 de la referida Sentencia.

CUARTO: Igualmente declaró que el Estado Panameño, violó el derecho a las garantías judiciales reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1. en perjuicio del señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**, por la falta de motivación de la decisión judicial sobre la divulgación de la conversación telefónica, en los términos de los párrafos 152 a 157 de la referida Sentencia.

QUINTO: Conforme a la citada sentencia, el Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se derivan, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 195 de la misma. (Punto 14 de la parte resolutive de la sentencia)

SEXTO: La República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SÉPTIMO: El artículo 87, numeral 7 del Código Judicial, establece que es atribución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, *vigilar que, respetando la garantía del debido proceso, se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará, las medidas que estime necesarias.*

RESUELVE:

PRIMERO: Remitir a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **SANTANDER**

TRISTÁN DONOSO contra Panamá, a fin que se revise la sentencia penal de 1 de abril de 2005, dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, mediante la cual se condenó al señor Tristán Donoso a la pena de 18 meses de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término como autor del delito de calumnia en perjuicio del señor José Antonio Sossa, y reemplazó la pena de prisión impuesta por 75 días multa calculados a razón de diez balboas diarios (en total B/.750.00), y todas las consecuencias que de ellas se deriven.

...

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO PENAL
PANAMÁ**

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2010

...
VISTOS:

Mediante Acuerdo del 12 de mayo de 2010, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, resolvió remitir a la Sala Segunda de lo Penal, la Sentencia de 27 de enero de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de **SANTANDER TRISTÁN DONOSO vs PANAMÁ**, a fin de que se revise la sentencia de 1 de abril de 2005 dictada por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial.

A través de la resolución antes mencionada, se dispuso revocar la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Noveno de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, y en su lugar condenar al señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** a la pena de **DIECIOCHO (18) MESES** de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual término, como autor del delito de **CALUMNIA**, en perjuicio de **JOSÉ ANTONIO SOSSA**, reemplazando la pena de prisión impuesta por **SETENTA Y CINCO (75) DÍAS-MULTA**, a razón de **DIEZ BALBOAS (B/.10.00) DIARIOS** para un total de **SETECIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/.750.00)**; de igual manera lo condenó a una indemnización por daño material y moral causado a la víctima.

Esta decisión fue demandada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual el día 28 de agosto de 2007, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Ame-

OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

ricana de Derechos Humanos decidió someter a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra de la República de Panamá, solicitando que se le declarase responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales), 11 (Protección de la Honra y la Dignidad), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 25 (Protección Judicial), de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno previstos, respectivamente, en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

En consecuencia, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso **TRISTÁN DONOSO vs PANAMÁ**, dispuso, por unanimidad, entre otras obligaciones, que el Estado Panameño deje dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**, así como todas las consecuencias que de ella se deriven, en los términos señalados en el párrafo 195 de dicha resolución, a saber:

“195. Esta Corte ha determinado que la sanción penal emitida en contra del señor Tristán Donoso afectó su derecho a la libertad de expresión (supra parr.130) por lo tanto el Tribunal dispone que, conforme a su jurisprudencia, el Estado debe dejar sin efecto dicha sentencia en todos sus extremos, incluyendo los alcances que esta pudiere tener respecto de terceros, a saber: a) la calificación del señor Tristán Donoso, como autor del delito de calumnia; b) la imposición de la pena de 18 de meses de prisión (reemplazada por 75 días-multa); c) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual termino; d) la indemnización civil pendiente de determinación; y e) la inclusión de su nombre de cualquier registro penal.”

Ahora bien, toda vez que el artículo 2462 del Código Judicial establece que si después de ejecutoriada una sentencia condenatoria se promulga una ley penal o como consecuencia de un acción constitucional, la ley o la decisión favorecen al reo, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, revisará la sentencia

condenatoria a fin de aplicar esta ley o *decisión*, señalando además que la revisión se podrá hacer de oficio.

En este sentido, ya que la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos evidentemente favorece la situación del señor SANTANDER TRISTÁN DONOSO, se hace necesario en virtud del artículo citado, revisar la sentencia del 1 de abril de 2005, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, a fin de aplicar la misma.

Debe señalarse que la República de Panamá, como Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 22 de junio de 1978, reconoció, sin reservas, desde el 9 de mayo de 1990, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por tal motivo, en atención a lo dispuesto en la sentencia de 27 de enero de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera esta Superioridad necesaria la absolución del señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** de los cargos como autor del delito de **CALUMNIA** en perjuicio de **JOSÉ ANTONIO SOSSA** y en consecuencia, dejar sin efecto, la pena de **Dieciocho (18) MESES** de prisión, a la que había sido condenado, reemplazada por **SETENTA Y CINCO (75) DÍAS-MULTA** que totalizaban la suma de **SETECIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/.750.00)**; la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por igual término al de la pena de prisión, que se le había impuesto como pena accesoria; así como el pago de indemnización civil por daño material y moral causado a la víctima, a la que había sido condenado adicionalmente.

Por consiguiente se debe oficiar a la Dirección de Investigación Judicial de la Policía Nacional, a fin que se omita del historial de antecedentes penales del señor SANTANDER TRISTÁN DONOSO cualquier registro penal que guarde relación con la resolución de 1 de abril de 2005; también se ordena dejar sin efecto las comunicaciones realizadas para la ejecución de la citada resolución, decisión a la que avanzamos de inmediato.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, **ABSUELVE** a **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**, de los cargos como autor del delito de **CALUMNIA** en perjuicio de **JOSÉ ANTONIO SOSSA**.

SE DEJA SIN EFECTO la pena impuesta al señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** de **DIECIOCHO (18) MESES** de prisión, así como el reemplazo de la misma por **SETENTA Y CINCO (75) DÍAS-MULTA**, a razón de **DIEZ BALBOAS (B/.10.00) DIARIOS**, para un total de **SETECIENTOS CINCUENTA BALBOAS (B/.750.00)**.

SE DEJA SIN EFECTO la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por igual término al de la pena de prisión, que se le había impuesto a **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** como pena accesoria.

SE DEJA SIN EFECTO el pago de la indemnización civil por daño material y moral causado a la víctima, a la que había sido condenado al señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO**.

SE DEJA SIN EFECTO las comunicaciones realizadas para la ejecución de la sentencia de 1 de abril de 2005.

SE ORDENA oficial a la Dirección de Investigación Judicial de la Policía Nacional para que se omita del historial de antecedentes penales del señor **SANTANDER TRISTÁN DONOSO** cualquier registro penal relativo a la resolución de 1 de abril de 2005.

Notifíquese y Cúmplase.

...

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

Sinopsis: La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay emitió un acuerdo y sentencia, de dos votos contra uno, donde se dio lugar a un *hábeas corpus* interpuesto en representación de un imputado por el delito de homicidio doloso y lesión grave. Según el criterio de la mayoría, el plazo de más de tres años durante el cual se había mantenido un medida cautelar de privación preventiva de libertad, sin que el proceso hubiera superado la etapa investigativa, no obedecía a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y excepcionalidad que debían caracterizar a la mencionada medida. Dicha mayoría, haciendo uso de criterios establecidos, entre otros, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que la prisión preventiva tiene un carácter excepcional, y que en todo momento debe prevalecer el principio de presunción de inocencia, debiendo por tanto la prisión preventiva ser dictada y sustentada en el tiempo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Resaltó que los criterios establecidos por la jurisprudencia internacional “aluden al plazo razonable, pero no lo limitan a una cuestión cuantitativa, sino al mismo tiempo cualitativa, puesto que juntamente con el plazo razonable refiere a la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. Asimismo, tampoco se determina cuál es el plazo que estima como razonable en términos cuantitativos”. Igualmente, en la sentencia se señala que la determinación de la razonabilidad del plazo no opera de manera automática sino que va acompañada de una tarea valorativa del órgano jurisdiccional, según criterios objetivos tales como la complejidad del caso, el comportamiento procesal de las partes, el actuar de los órganos jurisdiccionales y la subsistencia de los motivos que condujeron a su imposición. Adicionalmente, ambos ministros de la mayoría resaltaron que la privación preventiva de libertad no puede constituirse en un sustituto de la pena privativa de liber-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

tad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones propias de dicha medida cautelar, como son, entre otras, que existan indicios ciertos de que la persona procurará evadirse u obstaculizar la investigación.

La Corte Suprema de Justicia de Paraguay se basó en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, y *Suárez Rosero, Tibi y Acosta Calderón*, todos contra Ecuador. Asimismo, hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia se encuentra acompañada de un voto disidente.

PREVENTIVE DETENTION AND A REASONABLE PERIOD FOR ITS APPLICATION

Synopsis: *The Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of Paraguay rendered an agreement and judgment, two opinions against one, where a habeas corpus petition filed on behalf of an individual accused of the crime of intentional homicide and grievous bodily harm was granted. According to the majority, the period of more than three years in which there was a precautionary measure of preventive detention of liberty, without a process reaching the investigative stage, did not comply with the criteria of reasonableness, proportionality, and exceptionality that should characterize the referenced measure. Said majority, using established criteria, among others, by the Inter-American Court of Human Rights, considered that the preventive detention has an exceptional nature, given that at all times, the principle of presumption of innocence must prevail, and it must, as such, be ordered and based in time using the criteria of reasonability and proportionality. It highlighted that the criteria established by international jurisprudence “alludes to the reasonable period, yet never limits it to a quantitative issue, but rather to the qualitative measurement, given that jointly within the reasonable period it refers to the persistence of the reason it was invoked to justify*

it. Likewise, it also does not determine what the reasonable period, in quantitative terms, should be.” Similarly, in the judgment it notes that the determination of the reasonableness of the period is not automatic, but rather is accompanied by an evaluation by the competent organ, pursuant to objective criteria such as the complexity of the case, the procedural actions of the parties, the actions of the jurisdictional organ, and the subsistence of the motives that called for the imposition of the preventive detention. In addition, both of the ministers in the majority emphasized that the preventive detention of liberty does not serve as a substitute for a prison term or serve its purpose, which can occur if it continues being applied after its precautionary purpose has served its function—functions which are, among others, that there exist substantiated indications that the person would flee or obstruct the investigation.

The Supreme Court of Justice of Paraguay based itself on the judgments rendered by the Inter-American Court of Human Rights in the Cases of the Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay, and Suárez Rosero, Tibi and Acosta Calderón, all against Ecuador. Likewise, reference was made to the American Convention of Human Rights. The judgment is accompanied by a dissenting opinion.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE PARAGUAY**

**HABEAS CORPUS REPARADOR PLANTEADO
A FAVOR DE LINO CÉSAR OVIEDO SILVA**

ACUERDO Y SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2007

**ACUERDO Y SENTENCIA N°: SEISCIENTOS
SETENTA Y SIETE**

En Asunción del Paraguay, a los días treinta y un del mes de julio, del año dos mil siete, estando en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros de la Sala Penal, Doctores SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y JOSE ALTAMIRANO quien integra la Sala en reemplazo del DR. WILDO RIENZI GALEANO, ante mi la Secretaria autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado: “HABEAS CORPUS REPARADOR presentado por el ABOG. JOSE LOPEZ CHAVEZ A FAVOR DE LINO CESAR OVIEDO SILVA”, a fin de resolver la garantía planteada, de conformidad al artículo 133 de la Constitución Nacional, y a las disposiciones de la Ley 1500/99.-----

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, resolvió plantear la siguiente:-----

CUESTIÓN:
**ES PROCEDENTE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL
SOLICITADA?-----**

[...]

A LA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. BLANCO, DIJO: El Abogado JOSE LOPEZ CHAVEZ plantea la Garantía Constitucional de Habeas Corpus Reparador a favor de su defendido el SR. LINO CESAR OVIEDO SILVA con sustento en el artículo 133 inciso 2) de la Constitución Nacional y la Ley 1500/99. Como argumento central de su exposición señala entre otras cuestiones: "...Que, utilizando como fundamento legal y de acuerdo al Art. 137 de la C.N. "Supremacía de la Constitución", La Ley 1/89 Pacto de San José de Costa Rica en sus Arts. 7.2, 7.6 y 25, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la República del Paraguay por Ley 5/92 en sus Arts. 2 y 26, la Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992 en su Art. 133 num 2, La Ley 1444 que regula el Período de Transición al Nuevo Sistema Penal, en sus Arts. 2, 3, y 18, teniendo en cuenta el PRINCIPIO FAVOR REI o IN DUBIO PRO REO, para la aplicación de la ley más favorable para el encausado, en razón a que nos encontramos ante una manifiesta inobservancia de una garantía fundamental del imputado, la Ley 1286/98 en sus Arts. 11, 12 y la Ley 1500 que regula la Garantía Constitucional del HABEAS CORPUS en sus Arts. 19 y siguientes: Que, es de público conocimiento que, mi defendido el ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA, ha regresado VOLUNTARIAMENTE a la República del Paraguay en fecha 29 de junio del año 2004, aproximadamente a las 10:00 hs. AM en un vuelo comercial procedente de la República Federativa del Brasil, conforme se puede corroborar en el Acta Notarial por la cual quedó recluido en la Penitenciaría Militar de Viñas Cué, el mismo día, con el fin primordial de ponerse a disposición de la Justicia Paraguaya y así demostrar su inocencia, cometido que hasta la fecha no pudo lograr, debido a que, su PROCESO IRRAZONABLE Y VERGONZOSAMENTE se encuentra en ETAPA INVESTIGATIVA, a pesar de haber transcurrido MÁS de 3 AÑOS a cargo de Jueces y Fiscales investigadores, resaltando que el Art. 324 del C.P.P. imperativamente establece que el Ministerio Público DEBERÁ finalizar la investigación, con la mayor diligencia, dentro de los 6 MESES

de iniciado el procedimiento y deberá acusar en la fecha fijada por el Juez, entendiéndose así que la prórroga ordinaria preceptuada en el Art. 325 del C.P.P. solo pudo ser solicitada si es que no ha transcurrido el PLAZO MÁXIMO DE LA ETAPA PREPARATORIA (6 MESES), y por último el Art. 326 del mismo cuerpo legal preceptúa la prórroga extraordinaria, la cual se entiende con claridad del texto de la ley que en su último párrafo establece TAXATIVAMENTE que: “LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA NO SIGNIFICARÁ UNA AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACION DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ESTE CÓDIGO (3 AÑOS)” (sic).-----

Prosigue diciendo: “Que, si bien es cierto que la defensa técnica del procesado LINO CESAR OVIEDO SILVA ha planteado un INCIDENTE de EXTINCION DE LA ACCION PENAL, no es menos cierto que la PRISION del ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA se torna ILEGAL y hasta se la pueda llamar ARBITRARIA por cumplirse indefectiblemente DOS (2) de los presupuestos procesales establecidos en el Art. 236 del C.P.P. “Proporcionalidad de la Privación de Libertad” que hacen CESAR la MEDIDA COERCITIVA el cual expresamente menciona en su segundo párrafo: “EN NINGÚN CASO, podrá SOBREPASAR la pena mínima prevista para cada hecho punible, NI EXCEDER DEL PLAZO QUE FIJA ESTE CÓDIGO PARA LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO o DURAR MÁS de DOS (2) AÑOS”, entendiéndose el citado Articulado en virtud a lo establecido en el Art. 10 del C.P.P. en concordancia con el Art. 29 de la Ley 1/89, siempre a favor de la vigencia de las garantías y de los derechos del imputado, postura adoptada en el Acuerdo y Sentencia N° 1576 de fecha 27 de diciembre de 2002. Expediente: “JOSE LUIS RIOS ALONSO Y ALBERTO TORRES NUÑEZ S/ HABEAS CORPUS REPARADOR” en el que el Dr. Jerónimo Irala Burgos textualmente expone: “...Por lo que ausente aquella (calificación provisional dictada por el Juez natural competente) procede tener en cuenta la prohibición del Art. 236 último párrafo del C.P.P. por ser la solución más favorable para disponer la libertad (no puede durar más

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

de dos (2) años/ Art. 14 C.N.) (...). Como bien se puede notar con claridad, la detención del ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA, se ha tornado totalmente ILEGAL y ARBITRARIA por haber sobrepasado con creces los requisitos procesales, para que la PRISION PREVENTIVA sea revocada, establecidos en el Art. 252 inc. 3 y 4 del C.P.P. así como también las disposiciones previstas y regladas por el Art. 236 del C.P.P. “Proporcionalidad de la Privación de Libertad” (...). Evidentemente, en el caso concreto que afecta a mi defendido el ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA nos encontramos ante las dos variantes más importantes y razón imperante de la existencia del Art. 236 del C.P.P. en este caso el segundo presupuesto cual es “EL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO (3 años) y el tercer presupuesto NO DURAR MÁS DE 2 AÑOS. Interpretando el texto legal en virtud a los Art. 10 del C.P.P. y Art. 29 de la Ley 1/89 –Pacto de San José de Costa Rica- evidentemente la prisión que pesa sobre mi defendido se torna a todas luces ilegal y arbitraria desde todo punto de vista jurídico, puesto que no solo han transcurrido MÁS de 3 AÑOS en PRISIÓN PREVENTIVA en la República del Paraguay, sino también cabe resaltar que por esta misma causa penal estuvo PRIVADO DE SU LIBERTAD en la República Federativa del Brasil 1 AÑO y 6 MESES, tiempo que debe ser adicionado a los 3 AÑOS mencionados anteriormente, según lo estipulado en el texto del TRATADO DE EXTRADICIÓN DEL MERCOSUR y el TRATADO DE MONTEVIDEO, TOTALIZANDO 4 AÑOS y 6 MESES en PRISIÓN PREVENTIVA...”. Finaliza su presentación solicitando se haga lugar al HABEAS CORPUS REPARADOR a favor de LINO CESAR OVIEDO SILVA.-----

[...]

Por su parte, el Director del Servicio de Justicia Militar, en cumplimiento del Oficio S.J. III N° 47 de fecha 26 de julio de 2007 (fs. 73), ha hecho comparecer en el día y en la hora indicada al Sr. LINO CESAR OVIEDO SILVA ante esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a los efectos previstos en la

Constitución Nacional y la ley reglamentaria que rige el procedimiento de Hábeas Corpus.

[...]

Entrando en materia tenemos que la Constitución Nacional, en su artículo 133 establece la garantía del Habeas Corpus, disponiendo cuanto sigue: (...) El Hábeas Corpus podrá ser: (...) 2) Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad podrá recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiese cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.” En igual sentido, el artículo 19 de la Ley 1500/99, dispone: “Procederá el hábeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona”.....

Los fundamentos del accionante pueden resumirse en los siguientes puntos: 1) El ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA fue sometido a un proceso que tuvo su inicio en fecha 28 de marzo de 1999, conforme a A.I. N° 288 de fecha 28 de marzo del 1999 por el que se amplía la instrucción de sumario respecto al mismo; 2) se encuentra privado de su libertad en el territorio de la República del Paraguay desde el 29 de junio del 2004; 3) han transcurrido más de TRES AÑOS desde que se pusiera a disposición del Juzgado de la causa y hasta la fecha no se ha podido concluir con una sentencia definitiva en relación al mismo; 4) solicita la aplicación de lo dispuesto por el art. 236 del C.P.P. en concordancia con el art. 252 inc. 3) del mismo cuerpo de leyes y se ordene su inmediata libertad; 5) señala que en realidad está privado de libertad en total CUATRO

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

AÑOS y SEIS MESES, en razón a que durante su estadía en la República Federativa del Brasil estuvo recluido por espacio de UN AÑO Y SEIS MESES, los que deben ser adicionados conforme las disposiciones de los tratados internacionales atinentes a la materia.-----

Traídos a la vista los autos principales: “NIÑO TRINIDAD, WALTER GAMARRA, LINO OVIEDO Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO Y LESIÓN GRAVE” se constata cuanto sigue:-----

...

2) Por A.I. N° 1420 de fecha 03 de julio de 2000 el Juez Penal de Liquidación y Sentencia Abog. Jorge Bogarín González declaró a LINO CESAR OVIEDO SILVA reo rebelde y contumaz a los llamados de la justicia (...);

3) Por A.I. N° 1483 de fecha 04 de julio de 2000 el Juez Penal de Liquidación y Sentencia Abog. Jorge Bogarín González calificó los hechos atribuidos al SR. LINO CESAR OVIEDO SILVA dentro de lo preceptuado en los artículos 105 inc. 2° numerales 4 y 6 (homicidio doloso con alevosía y premeditación), 112 (lesiones graves), 30 (instigación) y 239 (asociación criminal), dictando auto de prisión con fines de extradición contra el encausado LINO CESAR OVIEDO SILVA;

4) Por proveído de fecha 02 de julio de 2004 el Juez Hugo Becker resolvió decretar el cese del estado de rebeldía del encausado LINO CESAR OVIEDO SILVA, ordenando la prosecución del sumario con relación a su persona, disponiendo las diligencias pertinentes;

5) Por A.I. N° 1776 de fecha 13 de setiembre de 2004 atento a los pedidos formulados en autos, el Juez Hugo Becker dispuso decretar la prisión preventiva del procesado LINO CESAR OVIEDO SILVA (...).---

6) Así también, se tiene que en fecha 10 de mayo de 2007 la defensa del procesado LINO CESAR OVIEDO ha planteado Incidente de Extinción de la Acción (...), y del mismo el Juez de la causa corrió traslado a todas las partes intervinientes. Por proveído de fecha 16 de julio de 2007 el Juez interviniente llamó “Autos para resolver el incidente de extinción de la acción”.

Asimismo de las instrumentales remitidas por el Juez de la causa, se tiene que el SR. LINO CESAR OVIEDO SILVA ha solicitado la revocatoria del auto de prisión preventiva al Juez interviniente, siendo RECHAZADA por A.I. N° 1860 de fecha 11 de noviembre de 2005. Recurrida tal decisión por el encartado, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala integrada por los Abogados Linneo Ynsfrán Saldívar, Oscar Paiva Valdovinos y Manuel Silvio Rodríguez resolvió por A.I. N° 450 de fecha 22 de diciembre de 2005, CONFIRMAR el auto recurrido. Posteriormente, el Abog. José López Cháves por la defensa del Sr. Lino César Oviedo Silva reiteró la solicitud de revocatoria de auto de prisión, y en ese contexto el Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala resolvió: DESESTIMAR el incidente de revocatoria de auto de prisión planteado por la defensa del Sr. Lino César Oviedo Silva según A.I. N° 239 de fecha 24 de agosto de 2006.-

En primer término, y dada la especialidad de la acción presentada, puesto que refiere a la protección de un derecho fundamental como lo es la libertad de las personas, es que esta Sala Penal, en todos los casos de similares características imprime la celeridad que la propia Carta Magna y la Ley especial lo requieren. Por otro lado, conforme a las definiciones plasmadas por dicha norma fundamental, los presupuestos legales del Habeas corpus reparador requieren la presencia de una ilegalidad en la privación de libertad de la persona, situación que, en caso de verificarse fehacientemente, requiere inmediata corrección, dado que se afectan derechos como los de la libertad personal, la integridad física y la intimidad de la persona.-----

En otras palabras, se prevé el mecanismo del hábeas corpus, no como un medio impugnatorio de resoluciones judiciales, sino más bien como correctivo de arbitrariedades que afectan directamente a la persona humana y que no admiten dilaciones, requiriendo una especial atención del órgano jurisdiccional. Y es que, tanto la Constitución Política, como la ley especial determinan reglas especiales, a saber: 1) excepción a las reglas de la competencia (puede plantearse ante cualquier Juez de primera instancia e incluso la propia Corte Suprema de Justicia); 2) le-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

gitimación procesal (puede presentarse tanto por la persona afectada, como por interpósita persona sin necesidad de poder); 3) mínimas formalidades (reducción de los plazos procesales, aplicación del iura novit curiae, gratuidad, y amplitud de facultades ordenatorias para los órganos jurisdiccionales actuantes).-----

En el caso de autos, la discusión alude al tiempo de reclusión que afecta el ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA, en cuanto a la aplicación de los principios de excepcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, así como a principios de rango constitucional como la garantía de la presunción de inocencia, de la libertad y la seguridad de las personas, de la improrrogabilidad del sumario más allá del plazo establecido en la ley, entre otros. Para ello recurre a la normativa internacional de derechos humanos que regula la materia y señala que conforme a las mismas, la prisión preventiva que soporta se ha vuelto arbitraria, irrazonable y con carácter de pena anticipada.-----

De acuerdo a su interpretación, al haber sido privado de su libertad en fecha 29 de junio de 2004 por orden del Juez Penal de Liquidación y Sentencia Abog. Jorge Bogarín González (A.I. N° 1483 de fecha 04 de julio de 2000) y posteriormente decretada su prisión preventiva por A.I. N° 1776 de fecha 13 de setiembre del 2004, a la fecha han transcurrido más de tres años de la privación de libertad, con lo cual correspondería se ordene su libertad por imperio de la disposición normativa transcrita. En ese orden de cosas, debe tenerse presente además que el procesado fue declarado rebelde y contumaz por A.I. N° 1420 de fecha 03 de julio de 2000, con lo cual su privación de libertad en la República del Paraguay -tomando como limite máximo a los efectos del cómputo la fecha de presentación del habeas corpus ante esta Sala Penal- es de TRES AÑOS y VEINTICINCO DÍAS.-----

En este sentido, el ámbito decisorio de esta Sala Penal radicará entonces, en determinar si los plazos invocados por el peticionante constituyen cuestiones que operan de pleno derecho, dicho en otros términos, aplicables de manera automática, o

bien, si por el contrario, además del presupuesto temporal se requiere otras estimaciones objetivas en cada caso en particular a fin de acceder o no a la petición del recurrente.-----

En primer lugar, tenemos que en el marco de la causa: “NIÑO TRINIDAD, WALTER GAMARRA, LINO OVIEDO Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO Y LESION GRAVE” existe una calificación provisoria del hecho que le fuera atribuido a LINO CESAR OVIEDO SILVA realizada por el entonces juez de la causa Abog. Jorge Bogarín González (en el marco de un pedido de extradición a la República Federativa de Brasil), quien por Auto Interlocutorio N° 1483 de fecha 04 de julio de 2000 incurrió la conducta de LINO CESAR OVIEDO SILVA como instigador de los hechos punibles de homicidio doloso con alevosía y premeditación, lesión grave y asociación criminal, previstos y penados en los artículos 30, 105 inc. 2° numerales 4 y 6, 112 y 239 del Código Penal (Ley 1160/97). En este sentido, dado que son tres hechos punibles los atribuidos, la perspectiva de pena tiene como límite mínimo el del hecho punible más grave (Art. 70 del C.P.), en este caso el homicidio doloso —cinco años—.---

En ese orden de consideraciones conviene dejar en claro cuanto sigue: El Art. 252 del ritual penal nos dice: “...La prisión preventiva será revocada:...inc.3) cuando su duración exceda los plazos establecidos por este código, pero si se ha dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más, mientras se tramita el recurso”. Esta normativa debemos interpretarla conjugándola a su vez con lo dispuesto por el Art. 236 del mismo cuerpo de leyes, en cuanto hace referencia a la proporcionalidad de la privación de libertad y expresa: “...La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcional a la pena que se espera. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder del plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años”. De lo transcrito podemos inferir que uno de los presupuestos para la revocación de la prisión preventiva está dado por el vencimiento de los plazos expresamente establecidos para su vigen-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

cia, es decir, en primer lugar, la pena mínima prevista por la ley para cada hecho punible que eventualmente pudiera atribuirse a algún procesado, como techo, lo que en el caso que nos ocupa y atendiendo a la calificación establecida en autos es de cinco años. El segundo condicionamiento o límite a la duración de la prisión preventiva es que no exceda el plazo fijado por nuestro Código Procesal Penal para la terminación del procedimiento, lo que nos remite al artículo 136 que reza: "...Duración máxima. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento..."; finalmente el Código nos habla de que la prisión preventiva no puede durar más de dos años.-----

Con respecto al último supuesto *_dos años_*, cabe aclarar que el referido plazo no es de aplicación automática, es decir, la prisión preventiva no cesa automáticamente al transcurrir dos años de su dictamiento, y esto es así porque puede estar influenciado por el plazo de duración del proceso, y este a su vez por el plazo de prescripción de la acción o una declaración de extinción de la acción, o por una calificación provisional del Juez natural competente que establece la pena mínima correspondiente, o como más adelante será descrito, por otros criterios valorativos objetivos.-----

Rememorando, el artículo referido nos ofrece tres opciones temporales 1) la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, 2) el plazo que fija este código para la terminación del procedimiento 3) o durar más de dos años", es decir, la norma nos suministra tres posibilidades en cuanto a la duración de la privación de libertad, cuantitativamente hablando, pero implícitamente se deja a criterio del juzgador —dada la laxitud de la norma— la aplicación al caso concreto de los referidos plazos.-----

A mayor abundamiento y remitiéndonos a la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Penal para la República del Paraguay con respecto a los principios sobre los cuales reposa el régimen de medidas cautelares tenemos cuan-

to sigue: ...“Todo el sistema de medidas cautelares debe descansar sobre los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y razonabilidad que garantizan un margen restrictivo de aplicación de una medida cautelar de orden personal por parte de los órganos judiciales. La excepcionalidad es un desarrollo del artículo 19 de la Constitución Nacional y se manifiesta en la necesidad de una resolución fundada, la enumeración taxativa de los casos en que se podrá viabilizar aprehensiones o detenciones preventivas, el saneamiento de las detenciones sin orden judicial en un plazo menor a los determinados actualmente, (...) la prohibición que la pena adquiera caracteres de “pena anticipada”, la simbolización efectiva del principio de inocencia a través de la prohibición que el prevenido aparezca como tal (...) ya que cualquier otra finalidad sería utilizar la prisión preventiva como pena, lo que está expresamente prohibido por la Constitución. La proporcionalidad se ajusta al mismo criterio que cobija nuestra Constitución, pero la amplifica con una mejor reglamentación. Este principio establece plazos perentorios dentro de los cuales deben resolverse las cuestiones cautelares; proporciona la prisión preventiva al mínimo de la pena prevista para el delito por el cual se procesa al imputado, o al de la duración prevista para la terminación del proceso o la imposibilidad que se extienda por más de dos años. La razonabilidad es un principio que exige a los jueces la estimación previa de las circunstancias legales que se prevén para la aplicación de una medida cautelar personal. En puridad, es una simple operación próxima a la sana crítica, pero con una limitación severa en beneficio de la libertad: la excepcionalidad, el examen obligatorio oficioso y la preferencia por sustituir la medida restrictiva hacia otra que no afectan la libertad, lo comprueban. Seguramente saldrán voces que dirán que este régimen generará impunidad. A esas voces agoreras hay que recordarles que en nuestro país se ha abusado de la prisión preventiva hasta el cansancio y la impunidad es un mal estructural. La impunidad se combate con un proceso penal preocupado por ser eficaz, con una investigación moderna y dinámica, con un juicio rápido y certero, y no con violaciones a las normas

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

constitucionales prohijadas por la propia institución judicial, que en el diseño republicano del poder debe ser la más celosa protectora de nuestras libertades cívicas”.-----

Por otro lado, una vez realizado el análisis del elemento temporal debemos centrar nuestra atención en las particularidades del caso en cuestión, y a su significación en el ámbito supranacional en cuanto al principio del plazo razonable de la prisión preventiva.-----

En ese sentido, el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica (ley 1/89) establece reglas especiales en cuanto a la privación de libertad de las personas. En este punto, el accionante invoca dicho artículo en lo puntual en sus incisos 3 y 6, los que disponen: “inc. 3...Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario”, por su parte el inc. 6 dispone: “...Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o Tribunal competente a fin de que éste decida, sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la ilegalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por interpósita persona”.-----

Aduce en base a dicha normativa que, conforme a la doctrina y jurisprudencia de organismos supranacionales, la prisión preventiva tiene un carácter excepcional, desde que en todo momento debe prevalecer el principio de presunción de inocencia, igualmente resguardado por la Constitución Nacional (art. 17). Debiendo, por tanto, la prisión preventiva ser dictada y sustentada en el tiempo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, principios estos subyacentes en la norma del art. 236 del C.P.P. Es decir, habiendo trascurrido más de tres años de privación de libertad, correspondería se dicte sin más trámite la libertad del ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA.-----

Tal como lo sostiene el accionante, dicha cuestión ha sido ampliamente debatida en doctrina y jurisprudencia internacio-

nal. Efectivamente, se ha declarado que la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional, proporcional y razonable. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “..La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (Sentencia del 12 de noviembre de 1997_Caso Suárez Rosero; Sentencia del 07 de setiembre del 2004_Caso Tibi vs Ecuador; Sentencia de fecha 02 de setiembre del 2004_Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay). A dicho igualmente: “...Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto por el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos” (Sentencia de fecha 02 de setiembre del 2004_Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay).....

En el caso Firmenich, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el siguiente sentido: “...en lo referente al plazo razonable, no es posible establecer un criterio in abstracto de este plazo...En este caso la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado parte aludido no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias...La excarcelación de los detenidos en la condiciones como las que se encuentra Firmenich no puede ser concebida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días...quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”. (Idéntico criterio adop-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

tado en el Caso Jorge Jiménez v. Argentina, dictamen de la Comisión de fecha 1 de marzo de 1996).-----

Como se puede notar, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión, en todo momento aluden al plazo razonable, pero no lo limitan a una cuestión cuantitativa, sino al mismo tiempo cualitativa, puesto que juntamente con el plazo razonable refiere a la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. Asimismo, tampoco se determina cual es el plazo que estima como razonable en términos cuantitativos. No se alude a años, meses, días u horas, sino a un principio específico en cuanto a la duración de los procesos y en este caso, de la privación de libertad.-----

Y es que, si la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, así como las legislaciones internacionales e internas de los países, prevén plazos de duración, tanto de procesos como de las medidas cautelares de carácter personal _privación de libertad_ lo hacen a fin de evitar las arbitrariedades que a lo largo de la historia se han cometido y siguen produciéndose en caso de personas que soportan periodos de encierro más allá de toda lógica y por el sólo capricho de sus perseguidores. Situaciones como las citadas han producido torturas, desapariciones forzadas de personas, desapoderamientos ilegítimos, e innumerables afectaciones a los derechos de las personas.-----

El objetivo de un plazo límite dentro del cual el Estado debe ejercitar su derecho de punir es efectivamente con el fin de proteger a los ciudadanos de un procesamiento intemporal y un estado de zozobra permanente que afecta no sólo su ámbito personal sino de todos los miembros de la sociedad, puesto que de esta manera se estaría dando una completa impunidad a las autoridades para perseguir a cualquier ciudadano y sujetarlo perennemente a un proceso penal bajo el argumento de que es culpable y alguna vez se probara tal situación. Ello, tal como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no concide con los postulados del estado de derecho ni con las reglas de una sociedad democrática.-----

No obstante ello, si bien el plazo razonable en realidad es un principio general, adoptado y reglamentado por cada país de acuerdo a su Política Criminal, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre se han cuidado en definirlo y más que nada en determinar cuales son los parámetros que hacen de un plazo, razonable o no.....

En ese sentido, el citado caso *Tibi vs. Ecuador* determina que, a los efectos de precisar la razonabilidad del plazo debe considerarse: "...a) la complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; y c) conducta de las autoridades judiciales" (Sentencia de fecha 04 de setiembre del 2004; Sentencia de fecha 21 de junio del 2002_Caso *Hilarie, Constantine y Benjamín* y otros). Por otro lado, en lo que hace al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre: "...a la hora de analizar en qué consiste el plazo razonable, tanto la comisión como el TEDH no han establecido una definición de carácter abstracto sino que, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y a la luz de una serie de criterios, como son: la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, el comportamiento de los órganos competentes en la tramitación del asunto, y , en ocasiones, la importancia del objeto del proceso para el recurrente, han ido analizando caso por caso, para concretar en cual de ellos se verifica una infracción del Convenio. Ello ha llevado a COHEN – JONATHAN a opinar que La Comisión y el TEDH toman en consideración el conjunto de factores; la examinan separadamente y se esfuerzan en medir su importancia respectiva sobre la duración del procedimiento. Ninguno de estos factores es en principio decisivo por él mismo" (Cristina Riba Trepas_ *La eficacia temporal del proceso_ El juicio sin dilaciones indebidas*, p. 76, ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona - España, 1997).....

Maria Cecilia Toro, en lo que hace al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, señala que en dicho ámbito se adoptó el denominado método de los siete criterios, para la determinación de la razonabilidad del plazo _casos *Neumeister, Wemhoff, Stügmüller y Matznetter*_. Dicho método describe los juicios de razonabilidad del plazo, tal como lo señalamos anteriormente,

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

reseñándolos en el siguiente orden: 1. La duración misma de la detención; 2. La duración en relación a la naturaleza de la infracción imputada y a la pena prevista para tal infracción; 3. efectos de orden material, físico y psíquico _ moral del detenido; 4. La conducta del inculpado; 5. Dificultades en la instrucción del asunto; 6. Forma en que la instrucción ha sido conducida; 7. La conducta de las instancias judiciales internas (Maria Cecilia Toro_Prisión Preventiva_El plazo razonable de su duración, publicado en la red informática. www.terragnijurista.com.ar/doctrina).-----

La Carta Magna, adopta tales criterios en el sentido de determinar la presunción de inocencia, la obligación de dictar sentencia en un determinado plazo a establecerse en la ley y el de soportar una privación de libertad sujeto a los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, teniendo como límite para su prosecución lo dispuesto por el art. 19 de la misma, es decir, la pena mínima esperada para el tipo penal investigado de acuerdo a la calificación realizada en el auto respectivo.-----

De acuerdo a los parámetros establecidos en la jurisprudencia extranjera, lo que las legislaciones hacen consiste en prever un techo máximo de duración de la restricción provisoria de libertad, que por lo general es la pena mínima para el hecho investigado. Si la ley, por una u otra circunstancia introduce momentos en los que, eventualmente antes del agotamiento del plazo mínimo de prisión preventiva, se puede plantear la libertad, lo hace justamente precautelando la presunción de inocencia y en cumplimiento al criterio de excepcionalidad, atendiendo a que de acuerdo a las particulares características objetivas del caso puede resultar viable el levantamiento de la medida, aún antes de que la reclusión sea en un periodo igual al de la pena mínima.-----

De esta manera es dable solicitar el levantamiento de la medida cautelar, basado en el agotamiento del plazo razonable de privación de libertad, siempre y cuando se cumplan los requisitos temporales que la propia norma del art. 236 determina, considerando conjuntamente los presupuestos cualitativos anteriormente descriptos (la complejidad del caso, el comporta-

miento procesal de las partes, el actuar de los órganos jurisdiccionales, la subsistencia de los motivos que condujeron a su imposición).-----

En otras palabras, de acuerdo a la jurisprudencia supranacional los plazos señalados no son de aplicación automática, sino que van acompañados de una tarea valorativa del órgano jurisdiccional. El único caso que no admite discusión o valoración extra es el caso del cumplimiento de un tiempo de reclusión igual al de la pena mínima prevista para el hecho punible imputado, conforme lo dispone el art. 19 de la Constitución Nacional, cuyo agotamiento amerita la inmediata libertad del incoado.-----

Dicho criterio ha sido sustentado, no sólo por los organismos supranacionales, sino también por Tribunales de Justicia de Estados Latinoamericanos. En ese sentido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la Resolución 2002_04392 ha dicho: "...Esta Sala ha señalado reiteradamente que la determinación de la razonabilidad del plazo tiene que ser valorada en cada caso particular, dependiendo de la complejidad y demás características especiales que revista...TAMPOCO PUEDE LESIONAR EL DERECHO DEL IMPUTADO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE Y A SER SOMETIDO A LA PRISIÓN PREVENTIVA SÓLO EXCEPCIONALMENTE, EN LOS LÍMITES INDISPENSABLES PARA ASEGURAR EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD y la actuación de la ley, en proporción a la pena que pueda eventualmente imponerse en el caso" (Ministerio Público de Costa Rica _Unidad de Capacitación y Supervisión, Boletín Jurisprudencial, No. 55, año 2003, publicado en la red informática). En idéntico sentido se han pronunciado tribunales argentinos, cuyos fallos han sido publicados en la red informática, a saber: 1) www.scba.gov.ar/noticias/nuevas_resolución_casatoria de fecha 30 de noviembre del 2006; 2) www.scjn.gov.ar/caso_Bramajo_Hernán_J._s/Recurso_de_Hecho, sentencia de fecha 12 de setiembre de 1996 dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina; 3) www.espaciosjuridicos.com.ar/da-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

tos/áreas temáticas/penal, autoras Luciana Basile y María Belén Diez Azconegui.-----

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ha dicho que los plazos de la ley no son de aplicación automática en base a las siguientes consideraciones reseñadas por el doctrinario Alejandro Carrió: "...los plazos de la ley 24390 no debían recibir una aplicación mecánica e indiscriminada, aislada de la disposición que reglamenta. Señaló que hacer eso iría en contra del propósito de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo, pues no se arribaría a una decisión objetivamente justa en el caso concreto. La Corte citó además la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de cómo entender el concepto de plazo razonable referido en el art. 7 inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica...La conclusión de la Comisión en este caso fue que debía efectuarse entre los términos del Pacto de San José y dichas normas procesales una interpretación armónica, de manera a dejar librado al criterio del juez en que casos se estaba o no ante un plazo razonable. Sobre esta base la Corte concluyó que no resultaba admisible interpretar los términos de la ley 24390 como fijando plazos automáticos, sin valorar otras circunstancias" (Alejandro Carrió_ Garantías Constitucionales en el proceso penal, p.669/670, 5^a. Edición, ed. Hammurabbi, Buenos Aires_ Argentina, año 2006).-----

Es dable afirmar, en consecuencia, que los plazos establecidos en el art. 236 del C.P.P., no operan de una manera automática sobre una base estrictamente cronológica, sino lo que se pretende es reglamentar la razonabilidad del plazo de prisión preventiva, lo cual debe ir de la mano con las peculiaridades del caso, a saber la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales (Caso Tibi vs. Ecuador, cit.) y la subsistencia de las causales de su imposición (Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, cit.). Asimismo, de ninguna manera, puede superar la pena mínima esperada para el tipo penal investigado de acuerdo a la calificación realizada en el auto respectivo. En todos los casos, los Tribunales de Justicia deben fundar acabadamente

sus decisiones, cuidándose de evitar pronunciamientos genéricos o abstractos, dado lo esencial del derecho afectado.-----

En lo que hace al presente caso, se entiende que si bien el ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA ha estado privado de su libertad, en la República del Paraguay por un periodo de 3 (tres) años y 25 (veinticinco) días al momento de la presentación de la garantía constitucional, este no debe ser el único criterio para determinar la procedencia de su petición. Tanto la jurisprudencia nacional como internacional comentada así lo imponen.-----

Consecuentemente, a los efectos de la decisión de la presente causa se atenderá, además a la Jurisprudencia supranacional anteriormente citada, a la que la República del Paraguay se encuentra sometida por imperio del art. 137 de la C.N. y la ley 1/89 “Pacto de San José de Costa Rica”, a los siguientes criterios: a) complejidad del caso; b) actividad procesal del interesado; y c) conducta de las autoridades judiciales.-----

En ese sentido, el proceso instaurado en relación a LINO CESAR OVIEDO SILVA ha iniciado acorde a la legislación procesal penal anterior (1890). Conforme a dicha normativa, se ha dictado un auto de instrucción sumarial que data del 28 de marzo de 1999, habiéndose calificado su conducta -en el marco de un pedido de extradición- por A.I. No. 1483 de fecha 04 de julio del 2000 dentro de lo dispuesto por el art. 105 inc. 2º. Num. 4 y 6 del Código Penal (Homicidio doloso), art. 112 del Código Penal (Lesión grave_ en concordancia con el art. 30_Instigación), art. 239 del Código Penal (Asociación Criminal). Asimismo, tal como se ha reseñado precedentemente, el mismo ha sido declarado en rebeldía, para luego, a partir del 29 de junio del 2004 someterse a los mandatos de la justicia.----

En ese orden de cosas, se advierte que el proceso sostenido en relación al ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA difiere de las demás causas sometidas a consideración de la Sala Penal en cuanto a la Garantía Constitucional de Hábeas corpus y a los plazos establecidos en el artículo 236 del Código Procesal Penal. Las mismas se referían, en primer lugar, a procesos iniciados bajo la vigencia de la ley 1286/98 “Código Procesal Pe-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

nal”; en segundo lugar, a que el periodo de investigación había concluido, habiendo sido dichas causas elevadas a juicio oral y público, en los parámetros de lo dispuesto por el art. 363 del C.P.P., en el marco de una calificación típica SOSTENIDA EN UN REQUERIMIENTO ACUSATORIO FISCAL y confirmada o en su caso modificada por dicho auto; y en tercer lugar, se había pretendido utilizar a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como una tercera instancia, correctiva de las decisiones jurisdiccionales de tribunales inferiores, lo cual no condice con la naturaleza de la garantía que se intenta.-----

Atendiendo a dichas peculiaridades, que no son coincidentes con la presente causa, puesto que el presente proceso PROSIGUE EN ETAPA DE INVESTIGACIÓN, es decir, NO HA SIDO ELEVADO AL ESTADO PLENARIO LUEGO DE MÁS DE TRES AÑOS DE ESTAR SOMETIDO EL CIUDADANO LINO CESAR OVIEDO SILVA A ETAPA SUMARIAL, es decir, a etapa investigativa, con lo que injustificadamente se le ha impedido acceder a la etapa -en la que de acuerdo al régimen procesal penal por el cual se rige la causa- se concretizan los grandes principios del debido proceso penal y que se encuentran canalizados en el artículo 17 de la Constitución Nacional (principio de contradicción, ofrecimiento, control e impugnación de pruebas, duración razonable del sumario, entre otros), afectando abiertamente el principio de presunción de inocencia y consecuentemente el debido proceso previsto constitucionalmente, corresponde que la garantía intentada sea acogida favorablemente.-----

Diferir indefinidamente el desarrollo de la etapa investigativa –en este caso en concreto por más de TRES años y VEINTICINCO días- sin que el procesado tenga la posibilidad efectiva de acceder al amplio debate y prueba de las cuestiones investigadas, implica, valga el absurdo, carrera de obstáculos que aparenta no tener fin, y en esas condiciones el aparato judicial deja de simbolizar el ideal de la pronta justicia y al mismo tiempo, irradiar ante la opinión pública de que el órgano jurisdiccional puede constituirse en un instrumento subalterno de venganza y no de justicia.-----

Finalmente y sobre el punto, la doctrina apunta: "...Otras de las derivaciones que tiene el principio de inocencia del imputado es el de repercutir sobre toda clase de medida de coerción personal que se intente sobre él durante la sustanciación del proceso. Todo imputado debe ser considerado y tratado como inocente. Esta consideración y tratamiento garantizado por la Constitución Nacional no impide, sin embargo, que en casos de extremas necesidad se pueda ejercer sobre él medidas que limiten o cercenen su libertad personal, lo cual también está autorizado por la misma Constitución en su artículo 18 cuando refiere a la posibilidad del arresto por orden escrita de autoridad competente... El principio de inocencia, del cual deriva el del estado de libertad durante el proceso, sólo puede ser dejado de lado mediante una restricción de la libertad del imputado como excepción y con carácter meramente cautelar, esto es, cuando resulte necesario para garantizar los fines del proceso atento a las características particulares del caso. En modo alguno esta restricción de libertad puede convertirse en un anticipo de pena, ello vulneraría el estado de inocencia". (Eduardo M. Jauchen. Derechos del Imputado. Pág. 117-119. Editorial Rubin- zal- Culzoni).-----

Consecuentemente, dado que el tiempo de reclusión del procesado LINO CESAR OVIEDO SILVA es de más de TRES AÑOS SIN HABER SIDO ELEVADA LA CAUSA AL ESTADO PLENARIO a la fecha de la presentación del Habeas corpus y atendidos a más de los elementos temporales previstos en el artículo 236 del Código de Formas, los restantes elementos objetivos de la causa reseñados precedentemente, es dable afirmar que el ciudadano LINO CESAR OVIEDO SILVA soporta una privación de libertad que a esta altura del procedimiento –AUN EN ETAPA DE INVESTIGACIÓN- resulta ilegítima y arbitraria, por lo que corresponde el acogimiento favorable de la garantía intentada a favor de LINO CESAR OVIEDO SILVA y ordenar – en esta causa- su inmediata libertad sin perjuicio de que tenga otra causa penal pendiente con orden privativa de libertad dictada por juez competente; debiendo remitirse una copia de lo resuelto al Juez Penal de Liquidación y Sentencia

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

Nº 3; asimismo librar los correspondientes oficios al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación y al Director del Servicio de Justicia Militar con copia autenticada de la presente resolución para su toma de razón. ES MI VOTO.-----

A SU TURNO EL MINISTRO ALTAMIRANO AQUINO DIJO: Comparto el sentido del voto¹ del Ministro preopinante y agrego: El Abogado José López Cháves se presentó en representación del señor LINO CESAR OVIEDO SILVA, a solicitar se de cumplimiento a la garantía constitucional contenida en el art. 133 apartado “2” de la Constitución Nacional y reglamentada por la Ley 1500/99 en los arts. 19 al 28 de la misma.-----

[...]

... del análisis de la cuestión en examen, tenemos que el accionante pretende el otorgamiento de la libertad de su representado mediante el cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el “Habeas Corpus” y en el caso particular en el “Reparador”, por ello a los efectos de analizar el elemento negativo contenedor de la violación al “Derecho a la libertad” cual es la “ilegalidad” de la privación de la libertad, es que resulta básica la determinación de su existencia o no, dentro del proceso objeto de restauración de una “garantía” constitucional.-----

1.- Por A.I.Nº 288 del 28 de marzo del año 1999, fue decretada la “detención preventiva” del Señor Lino César Oviedo en la causa “Niño Trinidad Ruiz Diaz y Carlos Duria s/ Homicidio doloso por omisión e instigación al homicidio” (Caso de los Jóvenes muertos en la plaza frente al Congreso Nacional). Posteriormente por A.I.Nº 1420 del 3 de julio del 2000 fue declarado el Estado de Rebeldía del Señor Lino César Oviedo Silva. Seguidamente por providencia de fecha 2 de julio del 2004, fue levantado el estado de rebeldía del encausado y ordenado la prosecución del juicio respectivo, el que se encontraba en estado “Sumario”. El auto de rebeldía fue levantado a raíz de que el encausado regresó al país en fecha 29 de junio del 2004.-----

1.1.- El detalle esbozado precedentemente resulta relevante a los efectos de determinar la fecha real desde que el encausado se halla bajo el presupuesto de la “Prisión Preventiva”, con-

cluyendo que la misma se perfecciona por A.I.Nº 1776 de fecha 13 de setiembre del 2004.-----

1.2.- Es importante acotar que al tiempo del regreso del encausado el Señor Lino César Oviedo Silva, pesaba sobre el, una **CONDENA FIRME Y EJECUTORIADA DE 10 AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, con lo que la “Medida Cautelar” de la Prisión Preventiva ordenada en la causa de referencia fue diligenciada conjuntamente con la condena, que en nada alteraba la finalidad de la “prisión preventiva” cuyo fin era la de someter al sujeto investigado al proceso penal iniciado por los hechos acontecidos en el denominado “Marzo Paraguayo”.-----

1.3. Entonces, a los efectos prácticos de la determinación de la legalidad o ilegalidad, la que en el presente caso, será analizada no desde el punto de la competencia del Juez que la otorgó sino desde el presupuesto de la proporcionalidad de la “prisión preventiva” en la causa mencionada, el encausado se encuentra hace 2 años y 10 meses bajo la medida cautelar mencionada.-----

Prisión Preventiva: La doctrina tradicional considera a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter coercitivo impuesta en contra de quien se encuentre sometido a un proceso penal, con miras a que se cumplan con los fines del proceso, que es la aplicación del derecho de fondo. Esta medida, de carácter eminentemente instrumental, pretende asegurar la eficacia en la investigación y, en otras oportunidades, se fundamenta en la protección social y el de la propia víctima.-----

La prisión preventiva ha sido uno de los temas más medulares, que ha merecido profundos debates en la doctrina, principalmente por la forma en que ha sido utilizada en los países latinoamericanos, identificándola como el modo de reacción penal del sistema de administración de Justicia Criminal por excelencia, convirtiéndose en un mecanismo de control social que era utilizado en forma constante sin tener en cuenta criterios de proporcionalidad o racionalidad, siendo la regla la prisión preventiva y la excepción la libertad en abierta contradicción con los postulados constitucionales. (Vázquez Rossi y Centu-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

rión Ortiz. CODIGO PROCESAL PENAL. Comentado. Edit. Intercontinental. Edición 2005; pag. 501 y sgtes.)-

La prisión preventiva admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, representa hoy la más grave intromisión que puede ejercer el poder penal del Estado en la esfera de la libertad del individuo, sin que medie todavía una sentencia penal firme que la justifique. Consiste en la total privación del imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal. En consecuencia, sólo puede estar justificada en la medida que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla, por lo que no debe prolongarse más de lo necesario.-----

Desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión preventiva la función de anticipar la pena, ni desde el punto de vista punitivo, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad del imputado, se puede justificar su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo.-----

Tampoco puede atribuirse a la prisión preventiva un fin de prevención especial, a los efectos de evitar la comisión de otros delitos por la persona a la que se le priva su libertad, porque dicha concepción conlleva una presunción de culpabilidad, entendiéndose la privación de libertad como un remedio frente a la temida peligrosidad del imputado, cuando que dicha peligrosidad sólo puede ser valorada cuando se tenga la certeza de que es culpable (sentencia definitiva). Por las mismas razones, no es defendible la tesis de que la prisión preventiva deba cumplir la función de calmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se haya determinado quien es el responsable.(Llanes Carolina. LINEAMIENTOS SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. Año 2002; pag. 284 y sgtes).---

a) Constitución Nacional: Art. 19 [...]

b) Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Ley N° 1/89; Art. 7.5. [...]

- c) Ley N° 1444/99 “Que Regula la Transición al nuevo Sistema Procesal Penal” Art. 2° inc. 8) las medidas cautelares [...]
- d) Código Procesal Penal Ley N° 1286/98 “Art. 234. Principios Generales. [...]
- e) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) [...] apartado 6 [...]
- f) Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979-2004).-----

“[...L]a prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Caso Acosta Calderón, (...), párr. 75.-----

La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocido. Caso Ricardo Canese, (...) párr. 131.-----

“Igualmente, el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida.”.-----

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

Proporcionalidad de la privación de libertad: Para el Doctor Alberto Binder el principio de proporcionalidad estriba en la posición en que la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.-----

En un Estado de Derecho, la persona imputada de la comisión de un delito goza del derecho a la presunción de inocencia, hasta tanto el Estado no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (CADH 8, n°2; PIDCyP, 14, n°2).-----

a) Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979-2004).-----

“Al respecto este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales de derechos universalmente reconocidos”. Caso Instituto de Reeducción del Menor, (...) párr. 229.-----

“[...E]l transcurso de cuatro años y dos meses entre la detención y la sentencia sobre la apelación..excede en mucho el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Caso Suárez Rosero, (...), párr.73.-----

Este principio limitador de la fuerza irracional del Estado, se ve claramente lesionado cuando se mantiene en prisión a una persona cuya responsabilidad se intenta establecer a través de un juicio. De éste modo, el encierro de esa persona -que jurídicamente es inocente- debe ser absolutamente excepcional. El encarcelamiento cautelar sólo puede autorizarse cuando existan indicios ciertos, derivados de la propia conducta exhibida por el sujeto, que la persona procurará evadirse u obstaculizar la investigación (mediante la destrucción de prueba sola intimidación de testigos).-----

Ese peligro, que los procesalistas denominan riesgo procesal, debe ser probado por el Agente Fiscal en cada caso particular. No puede ser inferido en forma abstracta de acuerdo a la pena en expectativa prevista para el hecho intimado. Tampoco puede encerrarse a un inocente sobre la base de criterios de prevención general o especial. Mucho menos, acudiendo a los discursos que se sustentan en una indemostrable peligrosidad del individuo, que resulta abiertamente violatoria de las normas internacionales de Derechos Humanos.-----

Retomando el punto de la proporcionalidad de la “medida cautelar” el Art. 236 del Código Procesal Penal, que por cierto no contiene una redacción clara y específica, debe ser interpretada desde los lineamientos esbozados por el sistema “ACUSATORIO” y obviamente en cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales.-----

Entonces, la norma dice: “...En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley, ni exceder el plazo que fija este código para la terminación del procedimiento o durar más de dos años...”-----

Cabe antes de aplicar la regla del artículo mencionado al caso en cuestión, que la duración de la prisión preventiva SERÁ SIEMPRE el tiempo absolutamente imprescindible, con lo cual permanentemente y en todos los casos se estará a favor de la “LIBERTAD” de las personas sujetas a un proceso penal.-

Es incuestionable que la sociedad ofendida por la consumación de un delito, se torna intransigente con a situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares, pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad; esto es, no restringiéndola sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los intereses; el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre el motivo de la controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores. Por ello dentro de un auténtico Estado de Derecho, en los regímenes democráticos con las más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del individuo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogi-

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

do. En cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritarios, en los Códigos de inconfundible tendencia inquisitiva, está amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos de la defensa, más restringidas las causas de excarcelación; aquí se sacrifican los intereses del individuo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada por el delito. Londoño, citado por Víctor Moreno Catena en Derecho Procesal Penal. Pag. 369 y sgtes.-----

En conclusión: 1.- El Señor Lino César Oviedo, fue enjuiciado dentro de un proceso penal y su conducta fue calificada como “Homicidio Doloso” cuya pena mínima es de CINCO AÑOS. Digamos que este es el margen máximo de duración de la Prisión Preventiva para el encausado de referencia. La mínima para este caso sería el último presupuesto establecido en el art. 236 del C.P.P. que es de DOS AÑOS.-----

El marco para la duración máxima de la medida cautelar en este caso, sería entonces de DOS A CINCO AÑOS. Este marco no esta puesto para forzarlo al límite de los límites máximos, sino para tener claro que desde el momento en que la “medida cautelar” tiene vigencia, de DOS AÑOS, este plazo empieza a operar de hecho; pues si llegará a los CINCO AÑOS, que es la máxima prevista, estaríamos ante la presencia de una evidente “Pena anticipada”.-----

[...]

La referencia expresada está sustentada en la idea constitucional y legal de que ninguna persona, sea quien fuere, puede ser sometida bajo los presupuestos de una gravosa medida cautelar de carácter personal, como lo es la “Prisión Preventiva” más allá del límite de lo razonable. Con lo cual si la “Prisión Preventiva” constituye una medida de ultima ratio otorgada por Juez competente, bajo la existencia de presupuestos legales establecidos en la norma para su otorgamiento, la misma podrá ser revocada o sustituida en cualquier momento del proceso, cuando ya no exista necesidad de su permanencia. Debemos recordar que nuestra legislación penal acoge el sistema Acusatorio. Este, básicamente, garantiza solemnemente los principios de Inocencia, Debido Proceso, Juicio Previo, Plazo razonable,

Derecho a la defensa y otros, por lo que los operadores del derecho deben propender a su vigencia irrestricta aún cuando ello aparezca extraño y difícil por los distintos efectos que social y culturalmente conllevan el cambio (Del sistema inquisitivo al sistema acusatorio), sin demoras y A TODOS los eventuales afectados sin distingo alguno,-----

Entonces, sí tomamos el marco dispuesto en el art. 236 del C.P.P. y habiéndose cumplido el máximo del último supuesto normativo y atendiendo a la excepcionalidad de la “medida”, esta resulta desproporcionada a sus fines, por tanto improcedente e ilegal a este tiempo.-----

Con lo cual a la fecha el Señor Lino César Oviedo cuya prisión preventiva fue dispuesta por A.I.Nº 1776 de fecha 13 de setiembre del 2004, a sobrepasado con exceso la máxima de la mínima prevista en el presupuesto legal de la proporcionalidad, por tanto deviene procedente la LIBERTAD del mismo.---

Interpretando la norma y concluyendo que la garantía de la “LIBERTAD” debe darse siempre a favor de aquel a quien se le ha privado de la misma, toda vez que este derecho no altere o se de en detrimento del proceso de búsqueda de la verdad de los hechos, a los efectos de la restitución de la paz social, ocasionado por el ilícito.-----

Finalmente cabe apuntar que la LIBERTAD es un “Derecho Humano” de los considerados fundamentales, por lo cual su privación debe ser siempre excepcional y su concesión amplia a todos los sujetos sin distinción, ni discriminación alguna.-----

2.- El caso del Señor Lino César Oviedo, no reviste efectos prácticos o reales, ya que el mismo se encuentra recluido por una condena firme y ejecutoriada, la que no hace al caso de referencia, sino a otra causa penal de carácter militar, con lo cual la libertad ambulatoria resultante de esta disposición jurisdiccional no afectará su sometimiento al proceso penal en curso, ni tampoco referirá a la LIBERTAD REAL POR SER IMPOSIBLE.-----

[...] ES MI VOTO.-----

VOTO EN DISIDENCIA DE LA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORREA.

PRISIÓN PREVENTIVA Y PLAZO RAZONABLE EN SU APLICACIÓN

...

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE. todo por ante mi, que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SENTENCIA NÚMERO: 677

Asunción, 31 de julio de 2007.-

**VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la,
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

SALA PENAL

RESUELVE:

1.- HACER LUGAR a la Garantía Constitucional de HABEAS CORPUS REPARADOR que en los autos caratula-dos: "NIÑO TRINIDAD, WALTER GAMARRA, LINO OVIEDO Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO Y LESION GRAVE", ha sido planteada por el Abog. JOSE LOPEZ CHAVES a favor del SR. LINO CESAR OVIEDO SILVA, en virtud a los fundamen-tos expuestos en el exordio que antecede.-----

2.- ORDENAR, en esta causa, su inmediata libertad, sin perjuicio de la existencia de otras causas pendientes, con medidas privativas de libertad. OFÍCIESE al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación y al Director del Servicio de Justicia Militar, con copia autenticada de la presen-te resolución, para su toma de razón.-----

...

EL DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU REPARACIÓN EN CASO DE VIOLACIÓN

Sinopsis: En la presente sentencia el Tribunal Constitucional de Perú resolvió un recurso de agravio constitucional interpuesto por la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 en contra de una sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Ucayali mediante la cual se le denegó un recurso de amparo. Entre otros, la Comunidad sostuvo que se había violado su derecho al honor debido a la publicación realizada por un semanario en la cual se le atribuía la actuación como cómplice de una empresa forestal en la comisión de delitos.

Al resolver el recurso, en primer lugar, el Tribunal Constitucional señaló que la Constitución Política reconoce a las comunidades nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna. Asimismo, señaló que el derecho al honor es reconocido por la normativa constitucional y supranacional, como el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido, reconoció que el honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas, por lo cual era posible la protección del derecho al honor de la Comunidad Sawawo Hito 40.

El Tribunal Constitucional estableció que si bien un periodismo serio es el sustento de una sociedad democrática y que, incluso, es su piedra angular, la Constitución sólo puede brindar protección a la actividad periodística que se realice sobre la base del respeto de los derechos de los demás. Aplicando un *test* de proporcionalidad, señaló que si bien el asunto materia de investigación periodística por parte del semanario era de interés público, ello no justificaba que se hubiera calificado de forma desdeñosa a la Comunidad. Dicho Tribunal consideró que las expresiones utilizadas por el semanario habían sido desproporcionadas y que ello había afectado la capacidad de la Comunidad dentro de la

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

sociedad ucayalina y su condición de semejanza con otros grupos sociales y comunitarios. En tal sentido, el Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado por la Comunidad.

Asimismo, a efectos de determinar la reparación que correspondía por la afectación de un derecho como el honor, el Tribunal Constitucional tomó como parámetro la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos sustanciados respecto a comunidades indígenas. En tal sentido, ordenó al semanario el envío de una carta notarial de desagravio a la comunidad nativa, la publicación de la mencionada carta en el diario de mayor circulación en la región y la publicación de un suplemento especial en el mismo semanario o en cualquier otro que reprodujera por completo la sentencia dictada.

El Tribunal Constitucional basó su sentencia, entre otros, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la *Opinión Consultiva OC-5/85* sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, y en las sentencias dictadas en los casos *La última tentación de Cristo vs. Chile*, *Comunidad Moiwana vs. Surinam* y *Aloeboetoe vs. Surinam*, todas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia se encuentra acompañada de un voto de dos magistrados.

THE RIGHT TO HONOR OF INDIGENOUS COMMUNITIES AND REPARATIONS IN THE CASE OF A VIOLATION

Synopsis: *In the present judgment, the Constitutional Court of Peru resolved a constitutional tort action filed by the Nativa Sawawo Hito 40 Community, against a judgment ordered by the Superior Court of Justice of Uyacali, wherein an appeal for legal protection was denied. Among others, the Community argued that their right to honor had been violated due to a publication in a newspaper in which it was referred to as the accomplice of a foresting company in the commission of criminal acts.*

In resolving the dispute, first, the Constitutional Court noted that the Political Constitution recognizes the legal presence and juridical personality of the native communities, without having to submit the question to registration or other formalities. Likewise, it noted that the right to honor is recognized in constitutional and supranational instruments, such as Article 11 of the American Convention on Human Rights. As such, it recognized that honor, as a unique concept, is also applicable to a juridical personality, and as such the protection of the right to honor of the Community Sawawo Hito 40 is possible.

The Constitutional Court established that while serious journalism is the lifeblood of a democratic society, and is also its cornerstone, the Constitution can only offer protection to journalism carried out in respect of the rights of others. Applying a proportionality test, it noted that notwithstanding that the subject matter under journalistic investigation by the newspaper was of the public interest, this did not justify the disdainful characterization of the Community. Said Court considered that the expressions used by the newspaper were disproportionate and that this affected the capacity of the Community within the Ucayalina society and its condition as equal among other social and communitarian groups. As such, the Constitutional Court granted the requested petition for legal protection by the Community.

Likewise, for the purpose of determining the corresponding reparation for the infringement of a right such as honor, the Constitutional Court used the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights regarding substantiated cases of indigenous communities as a parameter. In this sense, it ordered the newspaper to send a notarial apology letter to the native community, to publish the mentioned letter in the newspaper of widest circulation in the region, and to publish a special supplement in the same newspaper or in any other newspaper where the judgment is published in full.

The Constitutional Court based its judgment, among others, on the American Convention on Human Rights, on the Advisory Opinion OC-5/85 regarding the Compulsory Membership for the Practice of Journalism, and the judgments rendered in the Cases of the Last Temptation of Christ v. Chile and Moiwana Community v. Suriname, all of the Inter-American Court of Human Rights. The judgment is accompanied by the opinion of two magistrates.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERÚ**

**RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL
INTERPUESTO POR LA COMUNIDAD NATIVA
SAWAWO HITO 40 CONTRA LA CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DE UCAYALI**

**EXP. NO. 04611-2007-PA/TC
9 DE ABRIL DE 2010**

...

En Lima, a los 9 días del mes de abril de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, ... pronuncia la siguiente sentencia ...

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan García Campos en representación de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40, contra la sentencia de la Sala Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, ... su fecha 4 de junio de 2007, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

Con fecha el 15 de febrero de 2007, el actor interpone demanda de amparo contra don Roy Maynas Villacrez, en su calidad del director del semanario *El Patriota*, alegando que se han vulnerado los derechos de la Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 al nombre al honor, a la imagen, al trabajo y a contratar.

Sostiene que el día 26 de enero de 2007, en el indicado semanario se mencionó a su Comunidad atribuyéndole actuar como cómplice de la empresa Forestal Venao S.R.L. en determinados de delitos.

b. Contestación de demanda

El accionado, pese a estar bien notificado, no contesta la demanda.

c. Sentencia de primer grado

Con fecha 9 de abril de 2007, el Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declara improcedente la demanda estimando que el proceso civil constituye una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria. Añade que el demandante no ha presentado argumento o medio probatorio alguno que demuestre una amenaza o atentado directo a la Comunidad Nativa Sawawi o Hito 40.

d. Sentencia de segundo grado

La Sala Superior competente confirma la apelada estimando que existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias como, por ejemplo, el proceso previsto en el Código Penal para los delitos contra el honor.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- Tomando en cuenta la pretensión de la demandante y analizando las circunstancias específicas del caso planteado, la

resolución que se está dictando responderá las siguientes cuestiones planteadas:

- En primer lugar, se debe determinar cuál es el derecho que en específico ha sido vulnerado. ...
 - A propósito de lo señalado en las instancias precedentes, ¿existe una vía igualmente satisfactoria para la tutela del derecho al honor? ...
 - La demanda ha sido planteada por el representante de una comunidad nativa, razón por la cual debe analizarse el estatus jurídico de esta comunidad como legitimado activamente para accionar en el proceso de amparo...
 - Con relación a la legitimación pasiva, ¿el demandado debe responder a nombre propio o por la empresa a la cual él dirige?
 - ¿Existen elementos de juicio suficientes para determinar la violación de un derecho fundamental?
- ...
- ? Al declararse fundada la demanda, ¿qué efectos debería tener ésta? ...

IV. FUNDAMENTOS

1. El tema planteado no es uno que haya tenido desarrollo amplio en el ámbito de la justicia constitucional. Por esta razón, este Colegiado analizará cuestiones puntuales y relevantes desde el punto de vista de la tutela de derechos de la persona que han sido invocados en la demanda.

§1. Sobre el derecho supuestamente afectado

2. La comunidad accionante alega que dos frases aparecidas en el semanario *El Patriota*, del día 26 de enero de 2007, resultan vulneratorias de derechos fundamentales. Como parte de la investigación denominada *Madereros destruyen nuestros bos-*

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

ques. *Paremos a Forestal Venao*¹, se presentan las siguientes frases:

— “(...) *En esta oportunidad hemos seguido de cerca de la empresa Forestal Venao que opera y arrasa con la madera de la especie caoba por la frontera de Perú con Brasil en contubernio con las comunidades nativas que caen a su merced (...)*”.

— De lo señalado se ha comprobado que Forestal Venao es responsable de “(...) *la destrucción de nuestros bosques ahora con mayor voracidad en complicidad con las comunidades nativas y con el respaldo del silencio de funcionarios de este gobierno y demás autoridades (...)*”.

— Además se ha demostrado “(...) *el atentado contra la naturaleza cuando Forestal Venao realizó una carretera en su desesoperación de apoderarse de la caoba de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 y Nueva Shahuaya donde actualmente sigue operando sacando hasta el árbol más pequeño de caoba*”.

3. Sobre la base de tales afirmaciones, el accionante plantea el amparo invocando la violación de determinados derechos fundamentales² y sustentando su violación en los siguientes argumentos:

— Con relación al **nombre**, alega que no se puede “(...) *permitir que el nombre de nuestra comunidad sea pisoteado y maltratado (...), ya que nuestro pueblo se encuentra en una constante lucha para lograr el desarrollo sostenido (...)*”.

— Con relación al **honor**, expresa que no admiten “(...) *que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza*”.

— Con relación a la **imagen**, dice que se tiene que proteger “(...) *una imagen que se conoce en el mundo social (...)*”.

— Con relación al **trabajo**, señala que son “*libres de trabajar y hacer empresa de la forma que mejor (...)*” les conviene.

¹ ...

² ...

— Con relación a **contratar libremente**, asevera que tienen la libertad de realizar contratos “(...) *con fines económicos o comerciales, con las personas o empresa que nosotros decidamos* (...)”.

4. Al respecto, este Colegiado no puede sino delimitar la afectación alegada y los derechos fundamentales involucrados. Según está estipulado en el Código Procesal Constitucional³, bajo el principio *iura novit curia*, el juez constitucional debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, más allá de haber sido invocado erróneamente por las partes. En el caso concreto, el demandante ha planteado una demanda con más derechos fundamentales que los afectados. Por eso, es necesario determinar la existencia de los derechos realmente violentados, a fin de circunscribir la afectación alegada. Los otros serían consecuencia lógica de la determinación de tal violación⁴.

§1.a. Sobre los derechos al honor, nombre e imagen

5. El derecho a ser analizado en el presente caso, tal como lo han hecho las instancias inferiores, es el derecho al honor⁵. Es sobre él donde recaerá la argumentación de la presente sentencia. Tal como se explicará en los siguientes fundamentos, de lo alegado por el accionante, el único derecho que podría haber sido vulnerado ha sido el de honor. El nombre y la imagen invocados son formas especiales en que la recurrente ha entendido el honor, razón por la cual, con relación a estos derechos, la demanda debe ser declarada improcedente.

6. El derecho al nombre como tal no es un derecho fundamental ni tiene reconocimiento constitucional, tan sólo uno civil⁶, aunque está en conexión con la identidad personal⁷. No obstante ello, por la forma en que ha sido planteada la deman-

³ ...

⁴ ...

⁵ ...

⁶ ...

⁷ ...

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

da, más bien está en correspondencia con lo que se ha venido a denominar ‘buen nombre’, concepto íntimamente relacionado con el honor en el ámbito conocido como ‘buena reputación’⁸.

7. El derecho a la imagen⁹ involucra la tutela básicamente de “(...) *la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido (...)*”¹⁰, es decir, es el “(...) *ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e irreductibles de toda persona*”¹¹. En tal sentido, la comunidad nativa demandante mal podría alegar a favor suyo una protección de su imagen física. Es más, tal como está planteada la demanda, el concepto que usa de ‘imagen’ sigue insistiendo en el concepto de honor.

§1.b. Sobre los derechos a la contratación y al trabajo

...

§1.c. Sobre el derecho a la rectificación

...

§2. Sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria para tutelar tal derecho

12. Las instancias precedentes en el presente proceso constitucional declararon improcedente la demanda en el extremo relativo a la protección del derecho al honor, estimando que existen otros procesos para dilucidar la pretensión, tales como el proceso civil y el penal, los que constituyen vías procedi-

⁸ ...

⁹ ...

¹⁰ ...

¹¹ ...

mentales específicas e igualmente satisfactorias¹². El juez de primera instancia señaló que el proceso civil cumple este requisito debido a que “(...) *en el presente caso se puede analizar de acuerdo a lo expuesto por el demandante que el agravio causado a sus derechos están circunscritos en el ámbito de la buena imagen y reputación; siendo así, la demandante puede realizar otras medidas legales, que la ley le faculta, tal como una acción privada*”¹³.

13. Más contundente aún resulta el parecer de los jueces de segunda instancia, quienes señalan que la postulación de un proceso penal y el uso de la rectificación están previstas en la Constitución como los mecanismos específicos con que cuentan los titulares de derechos fundamentales para cuestionar la violación del derecho fundamental al honor. En consecuencia, “(...) *existen vías propias establecidas en el propio texto constitucional a las cuales puede recurrir la Comunidad Nativa Sawawo Hito cuarenta (...)*”¹⁴.

14. La vía igualmente satisfactoria como el proceso de amparo representa la existencia de otro proceso que logre solventar las mismas pretensiones -y en condiciones similares- que se pueden conseguir en aquél. Cuando la persona plantea una demanda de amparo desea la tutela de un derecho fundamental específico en clave subjetiva, incluso la salvaguardia de un *status* objetivo. El accionante desea la tutela efectiva de sus derechos e intereses en cuanto a su calidad de comunidad nativa¹⁵, y a partir de tal determinación, se ha de retornar al estado anterior al momento de la vulneración del derecho (acción precisa o amenaza).

15. Desde una perspectiva subjetiva-sustantiva de la subsidiariedad del amparo, del análisis de las circunstancias del caso, deriva la necesidad de una solución rápida para evitar que el daño se torne irreparable: ‘factor de urgencia’. Entonces, la pregunta que debería este Colegiado responder es si la pre-

12 ...

13 ...

14 ...

15 ...

tensión que subyace a la demanda puede ser conseguida en otros tipos de procesos.

§2.a. Sobre la vía civil

...

§2.b. Sobre la vía penal

...

§2.c. Sobre la rectificación como una vía distinta a la planteada

19. El juez de segunda instancia también plantea como vía igualmente satisfactoria la rectificación. Sin embargo, ésta antes que ser un mecanismo específico para tutelar un derecho fundamental, es en sí mismo un derecho¹⁶. Por lo tanto, con relación a la rectificación no es ni siquiera analizable la figura de la vía igualmente satisfactoria, toda vez que el amparo sirve tanto para tutelar el honor como la rectificación.

20. De lo señalado se puede deducir que el proceso de amparo constituye la vía adecuada para la protección del derecho al honor¹⁷, que también protege la imagen. Incluso, los otros derechos invocados, como la contratación y el trabajo también cuentan con el amparo como la vía idónea¹⁸. La garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que se protegen mediante los procesos constitucionales de libertad, como es el amparo¹⁹, obliga al juez constitucional a encontrar los mecanismos procesales adecuados para proteger los derechos invocados. Incluso, así existieran dudas sobre si son aplicables las

¹⁶ ...

¹⁷ ...

¹⁸ ...

¹⁹ ...

vías igualmente satisfactorias al caso planteado, el juez constitucional debería aplicar el principio procesal *pro actione*²⁰.

§3. Sobre la legitimación activa de las comunidades nativas para solicitar la tutela del derecho

21. El juzgado civil de la provincia de Coronel Portillo declaró inadmisibile la demanda sosteniendo que la recurrente no había acompañado copia debidamente certificada de la Escritura Pública de su constitución como comunidad nativa, dándole un plazo de tres días para subsanar²¹. La demandante subsana las omisiones detectadas en la demanda. Con tal acto, ¿cumplía los requisitos para tener legitimidad activa en el proceso de amparo planteado?

§3.a. Sobre la titularidad de las comunidades nativas y legitimidad activa

22. Este Colegiado considera que debe realizarse un análisis de la figura de la legitimidad con especial referencia a las comunidades nativas. Para realizar tal examen se debe tomar en cuenta que los fines del proceso constitucional son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales²². La Constitución reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna²³.

23. Dentro del Estado social y democrático de derecho, las personas jurídicas en general son titulares de derechos fundamentales en la medida que su naturaleza permita su ejercicio²⁴, naturaleza tanto del derecho como de la persona jurídica. La referencia preferente de titularidad, según la propia Constitu-

²⁰ ...

²¹ ...

²² ...

²³ ...

²⁴ ...

ción recae en las personas naturales a través de vinculación subjetiva de forma individual, pero sin necesidad de entrar a definir el concepto de persona jurídica, lo cual corresponde al ordenamiento infraconstitucional. Es posible constatar que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural. Es una forma de participación asociada²⁵ que requiere de instrumentos válidos de realización a través de una multiplicidad de derechos para cumplir con dicha finalidad. Incluso, es válido afirmar que la dignidad²⁶ no sólo posee una dimensión individual, sino también una social.

24. El Tribunal entiende que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defienden sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas, como es el caso del honor²⁷. En este sentido, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (*universitates personarum*), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (*universitates bonorum*).

25. En consecuencia, la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitates personarum*. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo.

26. Una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si

²⁵ ...

²⁶ ...

²⁷ ...

la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución²⁸, en concordancia válidamente aceptada²⁹ con el Convenio N.º 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales³⁰.

§3.b. Sobre la titularidad del representante de la comunidad nativa

...

§3.c. Sobre la titularidad colectiva en el caso de las comunidades nativas: el reconocimiento de una legitimación colectiva

29. Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar, respecto a la legitimidad activa para interponer la demanda de amparo, que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad³¹. Por tanto, la publicación en el semanario *El Patriota* podría generar en el resto de la comunidad sentimientos hostiles o adversos respecto a la demandante y a sus miembros, por ser parte del grupo social (*universitates personarum*). Es más, se estaría afectando el honor al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social. Es así como corresponde reconocer, en el presente caso, la legitimidad activa a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.

²⁸ ...

²⁹ ...

³⁰ En estricto, artículo 1º, inciso 2) del Convenio.

³¹ ...

30. En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la *class action*³². En la demanda incluso se pueden encontrar visos de este tipo de titularidad, puesto que, concerniente a la vulneración del derecho al honor de la comunidad, se alega que “*Este derecho se ve vulnerado en cada uno de los miembros de nuestra comunidad, puesto que cada uno de nosotros somos parte integrante de la personería jurídica de la que gozamos por mandato constitucional, por lo que no podemos permitir que se mancille nuestro honor con publicaciones de esta naturaleza*”³³. Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.

§4. Sobre si el demandado es efectivamente el director del medio

...

33. Al ser el proceso de amparo uno de carácter eminentemente restitutivo, más allá de quien ha sido responsable de la vulneración del derecho, es válido plantear una demanda contra el propio medio de comunicación social, con independencia del propio responsable de la información, noticia u opinión. Los directores, editores o cualquier responsable del mismo, en esta línea de pensamiento, responden por la línea periodística seguida y por el discurso comunicativo que no tiene un responsable específico.

34. Así, en virtud del principio de suplencia de queja³⁴, este Colegiado entiende que la demanda ha sido interpuesta en contra del semanario *El Patriota*, el mismo que, más allá de la irresponsabilidad penal que tienen las personas jurídicas, sí debe responder constitucionalmente por su actividad. En el

³² ...

³³ ...

³⁴ ...

caso concreto, a través de la argumentación de la demanda, la accionante, al único que ha responsabilizado de lo que le ha ocurrido en la supuesta violación de su honor, es al medio de comunicación, no al director, por lo que éste sólo será entendido en tanto representante de aquél, independientemente de que, por su parte, el también responda por su intervención particular. De lo señalado, el Tribunal Constitucional considera que la demanda ha sido planteada contra la persona demandada y contra el semanario *El Patriota*.

§5. Sobre la determinación de si se produjo o no violación de un derecho fundamental

35. La actora alega que el acto lesivo ha vulnerado sus derechos al nombre, a la imagen y al honor, pero todos ellos significan tan sólo una cosa: que les han violado el libre ejercicio del derecho fundamental al honor, que además de tener reconocimiento constitucional también lo tiene en el ámbito supranacional³⁵, lo cual es válido en el ámbito interno por servir como parámetro constitucional de interpretación de los derechos fundamentales³⁶.

§5.a. Sobre la tutela constitucional del derecho al honor de la comunidad nativa

36. Ahora debe este Tribunal definir si se ha producido la violación alegada, y para ello se debe pronunciar sobre el contenido del derecho al honor. Este Colegiado ha dejado de adscribirse a la postura fáctica recogida en la Constitución³⁷ y en la jurisprudencia antigua³⁸. La consideración de honor subjetivo o

³⁵ Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁶ ...

³⁷ ...

³⁸ ...

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

interno (honor propiamente dicho u honra) y de honor objetivo o externo (buena reputación o buen nombre —tal vez por dicho motivo, su concepto fue incluido en la demanda—) ha sido superada en vista de las dificultades de coherencia con relación al principio-derecho de igualdad³⁹.

37. El honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional⁴⁰, que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor de la persona jurídica, el honor se ha entendido como “(...) *la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)*”⁴¹. Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas⁴², al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen)⁴³.

38. A partir de los conceptos vertidos, este Colegiado retoma el tema relativo a la inclusión de la protección del honor a favor de las personas jurídicas. Es cierto que en jurisprudencia tal reconocimiento existe, pero lo hace relacionándolo con buena reputación⁴⁴; incluso es imposible desligar la dignidad humana de la protección del honor. Entonces, ¿cómo así una persona jurídica como la demandante puede tener derecho al honor? El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor. La tutela

39 ...

40 ...

41 ...

42 ...

43 ...

44 ...

de la dignidad de los integrantes de la comunidad nativa originaria la salvaguardia del derecho al honor de Sawawo Hito 40.

§5.b. Sobre las relaciones entre honor y las libertades comunicativas

39. De otro lado, tal como se observa en el caso concreto, la relación entre el ejercicio de las libertades informativas y expresivas⁴⁵ y el honor es más que evidente. Vale recordar que la información como derecho fundamental está referida a la recepción y difusión de noticias, datos o cualquier otro tipo de mensaje tangible, sustentada en el principio de veracidad. Por su parte, la expresión está vinculada con la comunicación de ideas, comentarios u opiniones, que sobre la base de congruencia, merece tutela constitucional.

40. Los miembros del semanario *El Patriota*, incluso el propio medio, en virtud de un supuesto ejercicio regular de tales derechos comunicativos, han terminado invadiendo aparentemente el honor de la comunidad. Asumiendo en este tema una teoría conflictivista de los derechos fundamentales, y dejando de lado la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, este Tribunal ha venido admitiendo la aplicación del *test* de proporcionalidad en sentido amplio para poder demostrar la afectación de un derecho personal sobre la base del ejercicio de los derechos comunicativos⁴⁶.

41. Tomando en cuenta dos criterios interpretativos transversales, como son el interés del público y el interés sobre los personajes públicos, este Colegiado debe realizar este juicio ponderativo:

a. Sobre el *test* de adecuación, se ha dicho que invoca un análisis de idoneidad de la acción realizada, tomando en cuenta que la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícita-

⁴⁵ ...

⁴⁶ ...

mente reconocida. Así, los hechos narrados por el semanario *El Patriota* y las opiniones vertidas en la noticia *Madereros destruyen nuestros bosques* tienen el sustento del ejercicio tanto del derecho a la información, al comunicar hechos con relación a la tala indiscriminada de los bosques de la región Ucayali, como del derecho a la expresión, al emitir juicios de valor sobre la intervención o concesión por parte de las comunidades nativas de los recursos naturales a empresas madereras. Incluso, el ejercicio de ambos derechos están en conexión con la protección del medio ambiente⁴⁷.

b. Sobre el test de necesidad, se requiere de la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, al analizar si, entre las medidas posibles, el demandado optó por la mejor posible, tomando en cuenta el detrimento que podría producirse en el honor de la comunidad supuestamente afectada. En tal sentido, el semanario *El Patriota*, ha dejado claro cuál es su posición con relación a la tala de los bosques. Lo ha dicho con las palabras que consideraba pertinentes y relatando los hechos que, a su entender, cumplían con el mensaje informativo que querían transmitir a la población ucayalina. Bien pudo cuestionar, sin utilizar frases ofensivas, la actitud de la comunidad demandante, que, a su juicio, podría ser equivocada, como señalar que era irresponsable permitir la tala, o expresar que no era adecuado que deje actuar de manera impune a la empresa de tala de árboles. Expresiones como éstas podrían ser consideradas necesarias para cumplir el fin comunicativo; las expuestas en el semanario demandado no lo son.

c. Por último, **sobre el test de proporcionalidad en sentido estricto**, se puede afirmar que la solución a la cual se arribe debe responder a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego, buscando que el resultado del acto interpretativo garantice al objeto perseguido por la ponderación realizada. En tal sentido, se tiene que ver si el ejercicio de las libertades comunicativas ha afectado el honor de la comuni-

⁴⁷ ...

dad. Con relación a la información, ésta se basa en una sola transmisión de hechos que no afectarían la situación de la comunidad en la realidad, si es que ellos han hecho lo que se ha afirmado (permitir la explotación de bosques a la empresa Forestal Venao). Con relación a la expresión, que es la correspondencia clásica entre derechos fundamentales, este Colegiado sí considera que las frases utilizadas para calificar la actuación de la comunidad Sawawo Hito 40 como ‘contubernio’, con la empresa, significando ello una complicidad o confluencia ilícita al momento de la comisión de delitos, es una declaración que no tiene sustento alguno en los datos fácticos ofrecidos en el reportaje. Por tal razón, se puede decir que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la emplazada perjudica el honor de la demandante.

42. Realizado este análisis de proporcionalidad en sentido amplio, del cual se infiere la afectación del derecho al honor, es menester que este Tribunal señale con más precisión por qué se ha producido tal vulneración. Es cierto que el asunto materia de la investigación periodística es de interés público, máxime si se analiza la actuación de una comunidad nativa específica, pero ello no es óbice para que se califique de una forma desdeñosa a esta persona jurídica. Claramente se ha dañado la capacidad de presentación de la comunidad nativa, dentro de la sociedad ucayalina, señalándola como una entidad contraria a la defensa del medio ambiente e indolente ante la tala indiscriminada de los bosques de la región, perjudicándose así su condición de semejanza con otros grupos sociales y comunitarios.

43. Este Colegiado no está haciendo un análisis sobre la validez de las informaciones vertidas, puesto que no han sido cuestionadas en el presente proceso de amparo, ni discutidas por la recurrente, menos aún justificadas por el demandado, por lo que no habría elementos probatorios para pronunciarnos sobre ello. Lo que sí se ha podido realizar es el examen de la congruencia de las expresiones vertidas, las cuales han sido catalogadas como desproporcionadas. Un periodismo serio es el sus-

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

tento de una sociedad democrática⁴⁸, incluso presentada como su piedra angular⁴⁹. La Norma Fundamental sólo puede brindar protección constitucional a la actividad periodística que se realice sobre la base del respeto de los derechos de los demás⁵⁰. Es por tales consideraciones que la demanda debe ser declarada fundada.

§6.c. Sobre la alegada vulneración de los derechos a la contratación y al trabajo

...

§7. Sobre el significado de la sentencia declarada fundada en lo relativo a la afectación al honor

46. Sin decirlo, la segunda instancia parece señalar que la única forma de tutelar el honor de la persona, más allá de los delitos contra dicho bien jurídico, es por medio de una rectificación. Sin embargo, este Colegiado en pos de lograr una verdadera salvaguardia del derecho fundamental en juego realiza una reflexión sobre cómo hacerlo efectivo, tras una vulneración declarada en sede constitucional.

47. Cuando la Constitución reconoce la viabilidad del uso del amparo (y de los otros procesos de libertad) para proteger derechos fundamentales no decide cómo debe realizarse la reposición. Tan sólo señala contra qué situación precisa se puede plantear: “(...) *procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o*

⁴⁸ ...

⁴⁹ Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 13 de noviembre de 1985.

⁵⁰ Acápites a del inciso 2) del artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; acápites a del inciso 3) del artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

*amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)*⁵¹.

§7.a. Sobre la reposición al estado anterior a la vulneración

48. La forma en que el juez del proceso de amparo interviene ante la constatación de tal situación es expuesta con claridad en el Código Procesal Constitucional⁵², señalándose que, dentro del sistema constitucional de tutela de derechos fundamentales, es la protección de tales derechos se realiza “(...) *reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)*”. Entonces, la pregunta que fluye ante ello es qué significa *reponer* el derecho al estado anterior a la vulneración concreta o amenaza de ella.

49. En algunos casos es particularmente sencillo llegar a la *reposición* o *restitución* del derecho conculcado. Por ejemplo, ante una detención arbitraria, el mandato sería dejar en libertad a la persona; frente a una suspensión irregular de la pensión, el pensionista podría volver a recibir su pensión; o cuando existe un despido arbitrario, lo que convendría es la reposición a su centro de labores. Soluciones de este tipo serían especialmente difíciles en el caso del honor. ¿Cómo llegar a situaciones anteriores a la vulneración del honor? O mejor dicho, ¿qué significa reposición al estado anterior a la violación en este caso?

50. Declarada fundada la demanda, en la legislación procesal constitucional precedente se podía condenar al responsable “(...) *a una indemnización por el daño causado (...)*”⁵³, configuración legal que ahora no está presente en el Código Procesal Constitucional, razón por la cual los jueces constitucionales no han utilizado este apremio como forma de lograr la mencionada

51 ...

52 ...

53 ...

reposición. Dentro de la normatividad constitucional actual, cabrían dos opciones adicionales.

§7.b. Sobre la reposición en el caso del honor: la impertinencia de rectificación

51. La primera es que el medio de comunicación social rectifique la información equívoca. Con relación a ello, surgen dos problemas. Uno está relacionado con que tal corrección no ha sido pedida, siendo además materia de tutela por parte de un derecho específico, como es el derecho a la rectificación, que tal como se expresara no ha sido determinado en la demanda y que no correspondería además porque no se cumplen los requisitos de procedibilidad si “(...) *no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes*”⁵⁴.

52. Insiste este Tribunal en si un *iura novit curia* sería perjudicial para la accionante por haber hecho un requerimiento a través de un documento de fecha cierta. Por tal razón, esta opción debe ser descartada, máxime si en el caso concreto, tal como se ha expresado, no está en juego un ejercicio abusivo del derecho a la información, presupuesto básico de una rectificación, sino más bien se está cuestionando el ejercicio abusivo del derecho a la expresión, situación contra la que no cabría rectificación alguna.

§7.c. Sobre la reposición en el caso del honor: la imposibilidad de prohibir nuevas publicaciones

53. Otra posibilidad que podría contener una forma de satisfacción, antes que reposición, podría ser que el semanario no pueda realizar comentario alguno que involucre una afectación del derecho al honor de la comunidad nativa. Sin embargo, una

⁵⁴ ...

respuesta de este tipo afectaría directamente el mandato constitucional recogido en la Constitución: *“Toda persona tiene derecho: A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley (...)”*⁵⁵.

54. No hay posibilidad de censura previa alguna⁵⁶, sin sustento alguno de una posible afectación posterior. Incluso en algún momento se derogó una norma del proceso penal, según la cual *“Formulada la denuncia, y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuere transgredida, el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, será considerado como reiterante; y el ofendido incurrirá en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procederá a la acumulación”*⁵⁷, y que había llegado a este Tribunal para su declaratoria de inconstitucionalidad⁵⁸. Distinto sería el caso en que una situación concreta amerite un control judicial previo ante una amenaza de violación de un derecho fundamental⁵⁹, siempre y cuando se justifique judicialmente el por qué de la intervención⁶⁰.

§7.d. Sobre la reposición en el caso del honor: la posibilidad de satisfacciones

55. De lo señalado, mediante el presente proceso de amparo, no se podría indemnizar al afectado ni prohibir un discurso

⁵⁵ ...

⁵⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁵⁷ ...

⁵⁸ ...

⁵⁹ ...

⁶⁰ ...

DERECHO AL HONOR DE COMUNIDADES INDÍGENAS

en caso de que no haya una amenaza concreta. Ante tal paradoja, este Colegiado tiene la necesidad de hacer efectivo un derecho fundamental, como es el honor, y buscar mecanismos que hagan ciertamente válido su ejercicio y proscriban su violación. En tal sentido, y en concordancia con la interpretación amplia que debe hacerse de un derecho fundamental, retomando los contenidos de las normas internacionales e incluso decisiones de organismos que velan por los derechos humanos⁶¹, debe procurarse una tutela efectiva frente a las vulneraciones a este derecho. Si bien en sede supranacional existe una remisión expresa a soluciones de índole legal⁶², ésta hace hincapié en la formulación de medidas ciertas y concretas que puedan condecir contra una protección debida contra los ataques abusivos⁶³.

56. Ratificada la necesidad de encontrar soluciones efectivas contra la violación del honor, con independencia de las que se pueden encontrar en sede infraconstitucional, este Colegiado busca darle un contenido propio al significado de la *reposición*, más aún si la propia norma procesal obliga a emitir una sentencia en que más allá de determinar la vulneración de un derecho fundamental, también deba señalar el mandato concreto que se está ordenando⁶⁴. Tomando en cuenta que la jurisdicción interna debe estar acorde con la respuesta internacional, entonces es lógico que se pueda tomar como parámetro para entender el concepto *reposición* los mecanismos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para salvaguardar derechos fundamentales.

⁶¹ ...

⁶² Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 11.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶³ Artículo 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁴ ...

57. No tiene sentido que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional realice un mandato restrictivo de tutela del honor, si la persona -o comunidad, como en el presente caso- puede acudir a la instancia supranacional para conseguir una forma de resguardo más amplio y tuitivo. Por tanto, este Colegiado, tomando en consideración la naturaleza del derecho conculcado y la situación concreta del caso planteado, ha de utilizar mecanismos de *reposición*, más amplios que el mero retorno a la situación anterior a la producción de la violación del derecho.

58. Cuando se establecen las competencias de la Corte Interamericana, luego de determinarse la afectación de algún derecho tutelado, lo que se busca es que “(...) *se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”⁶⁵. Entonces, en determinados supuestos, podrá entenderse la *reposición* al estado anterior a la violación de un derecho fundamental como una *garantía para el goce* de tal derecho.

59. Si bien la indemnización actualmente no está presente en el Código Procesal Constitucional, es viable que el juez constitucional proponga su aplicación, y que incluso pueda proponer soluciones inventivas que permitan realmente el ejercicio de derechos. De entre las diversas formas en que la Corte ha determinado las ‘reparaciones’ en las sentencias emitidas, que incluyen indemnización por daños y perjuicios y daño moral, costas, reparación frente al proyecto de vida, deber de justicia, entre otras, resaltan las “satisfacciones”, como mecanismo que busca preservar el prestigio de la víctima ante la propia comunidad, destacándose las disculpas públicas, la construcción de monumentos o la imposición de ponerle sus nombres a calles o plazas.

⁶⁵ Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

§7.e. Sobre la reposición en el caso del honor: la posibilidad de satisfacciones a favor de comunidades nativas

60. En casos en que han estado involucradas comunidades nativas, la Corte ha dado soluciones bastante llamativas y que pueden servir de parámetro para que este Colegiado solución el conflicto constitucional planteado en el presente caso. Por ejemplo en un caso⁶⁶, tras determinar la violación del derecho a la integridad personal, del derecho de circulación y de residencia, del derecho de propiedad y de los derechos de garantías judiciales y protección judicial, se establece que el Estado, aparte de investigar los hechos y sancionar a los responsables, recuperar los restos de la comunidad, garantizar el retorno de sus miembros y un pago indemnizatorio, también debe realizar algunas acciones bastante interesantes tales como implementar un Fondo de Desarrollo Comunitario; realizar un acto de disculpa pública; y construir un monumento y colocarlo en un lugar público apropiado. En otro caso⁶⁷, tras determinar la responsabilidad del Estado en la violación de la vida, considera viable, aparte de un pago indemnizatorio y de la creación de una fundación y de dos fideicomisos, reabrir una escuela y equiparla convenientemente.

61. A propósito de los ejemplos mostrados, este Colegiado considera pertinente, en el caso concreto, dictar algunas medidas satisfactorias para tratar de compensar el derecho conculcado. Tomando en cuenta la situación planteada y que la demanda fue interpuesta contra el director de un diario, por lo que no sólo responderá él en tanto persona natural sino el medio de comunicación en sí, el Tribunal Constitucional, considerando la función constitucionalmente asignada, estima que en el caso concreto el semanario *El Patriota* deberá ejecutar acciones concretas.

⁶⁶ Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia del 14 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶⁷ Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Reparaciones y Costas.

— En primer lugar, enviarle los desagravios privados correspondientes a la comunidad nativa por medio de una **carta notarial**, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

— En segundo lugar, a costo de la accionada, **publicar la mencionada carta** en el diario de mayor circulación en la región, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

— En tercer término, mediante un suplemento especial de mínimo cuatro páginas, en el mismo semanario o en cualquier otro en el caso de que no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, **reproducir el tenor de la presente sentencia**, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*; y también a costo suyo, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

62. El incumplimiento del mandato que acarrea la presente sentencia permitirá que el juez de ejecución imponga multas acumulativas a la parte demandada⁶⁸, las cuales serán cubiertas solidariamente por el director y por el propio medio de comunicación, por cada día de incumplimiento de alguno de los tres mandatos explicados en el fundamento anterior. Este Tribunal insiste en la intervención activa por parte del juez de ejecución porque un derecho fundamental no será restituido hasta que no haya una ejecución cierta, exacta y expedita del mandato del juez constitucional. Por último, este Colegiado también impone el pago de costos y costas a favor de la accionante⁶⁹.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

⁶⁸ ...

⁶⁹ ...

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la violación del derecho fundamental al honor de la comunidad nativa demandada y de cada uno de sus miembros. En consecuencia, se obliga a la demandada, el semanario *El Patriota*, además de su director, don Roy Maynas Villacrez, a lo siguiente:

1.1. Al **ENVÍO DE UNA CARTA NOTARIAL** de desagravio a la comunidad nativa, o en caso corresponda, mediante el juez de paz, en el plazo máximo de tres días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

1.2. A la **PUBLICACIÓN DE LA MENCIONADA CARTA** en el diario de mayor circulación en la región, a costo de la demandada, en el plazo máximo de siete días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

1.3. A la **PUBLICACIÓN DE UN SUPLEMENTO ESPECIAL** en el mismo semanario o en cualquier otro, en el caso de que el semanario *El Patriota* no esté en circulación a la hora de ser notificada la presente sentencia, de mínimo cuatro páginas, que reproduzca por completo el tenor de la presente sentencia, bajo el título *Reparación a la comunidad nativa Sawawo Hito 40 por parte del semanario El Patriota en cumplimiento de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4611-2007-PA/TC*, en el plazo máximo de treinta días útiles a partir de la notificación de la presente sentencia.

1.4. Al Pago de multas acumulativas a ser fijadas por el juez de ejecución en caso de incumplimiento de los tres mandatos expresados en los puntos 1.1, 1.2 y 1.3 del presente fallo.

1.5. Pago de costos y costas.

...

Publíquese y notifíquese.

...

LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Sinopsis: Mediante la presente sentencia, la Corte Constitucional de Colombia resolvió diversas demandas de inconstitucionalidad interpuestas en contra de algunos artículos del Código Penal que, en términos generales, penalizaban de manera absoluta el aborto y establecían solamente algunos supuestos de atenuación de responsabilidad.

En primer lugar, 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. 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.

Asimismo, por formar parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional analizó extensamente diversas disposiciones de tratados internacionales relativas al derecho a la vida, entre ellas, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e, interpretando de manera sistémica y teleológica dichas disposiciones, estableció que de éstas no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación. Señaló que, por tanto, lo que correspondía era realizar una ponderación entre la vida en gestación con otros derechos, principios y valores también reconocidos constitucionalmente y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ta-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

les como aquéllos de los cuales son titulares las mujeres embarazadas. Entre estos derechos, la Corte Constitucional distinguió los de tipo sexual y reproductivo, los cuales parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de las mujeres y las niñas son esenciales para la sociedad.

La Corte Constitucional también señaló que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto aunque tampoco una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en ese ámbito, por lo cual el legislador dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. No obstante, señaló que dicho margen no es ilimitado sino que se encuentra sujeto a los principios y valores constitucionales así como a los derechos de las personas, tales como el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la salud, la vida y la integridad de las personas; el bloque de constitucionalidad; y, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Entre otros, la Corte Constitucional señaló que la mujer es un ser humano plenamente digno y que, por lo 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. Asimismo, 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. La Corte Constitucional también estableció que los tratados internacionales de derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad, constituyen un límite claro a la potestad de configuración del legislador en materia penal, lo cual sirve como margen para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto.

Aplicando un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador transgrede los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración penal, resolvió que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la total 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 cual es inconstitucional. Destacó que el legislador puede adoptar otro tipo de medidas, por ejemplo, de carácter asistencial o prescricional 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 bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales la mujer gestante es titular. En tal sentido, estableció que si el legislador no determina tales hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos de las mujeres embarazadas. En opinión de la Corte Constitucional, tales situaciones al 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 lo anterior, la Corte Constitucional resolvió que las disposiciones materia de estudio eran constitucionales siempre y cuando se excluyeran de su ámbito las tres hipótesis antes mencionadas. En tal sentido, dejó claro que tal decisión no implicaba una obligación para las mujeres de optar por el aborto sino que el propósito era permitirles la interrupción del embarazo, con su consentimiento, si se encontraban en alguna de esas hipótesis excepcionales, sin soportar consecuencias de carácter penal por ello. En esta decisión la Corte Constitucional se refirió de manera amplia a diversos tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales está la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, reconociendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en aquella, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad, se basó, entre otros, en los criterios hermenéuticos establecidos en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, y *Barrios Altos vs. Perú*, así como en la *Opinión Consultiva OC-16/99* sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. La senten-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

cia se encuentra acompañada de dos aclaraciones de voto y dos votos disidentes.

THE ABSOLUTE BAN ON ABORTION AS A VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN

***Synopsis:** In the present judgment, the Constitutional Court of Colombia ruled on various petitions of unconstitutionality filed against some Articles of the Penal Code that, in general terms, criminalize abortion under all circumstances and establish few instances of diminished responsibility.*

First, the Constitutional Court made a distinction between life as a pertinent constitutional interest, which must be protected by the State, and the right to life, as such. The latter assumes the entitlement to exercise said right, which is restricted to human life, while the protection of life includes those whom have not yet reached said condition, to which life and the right to life are two distinct phenomena. It established that although the legal code offered protection to the unborn, it does not offer the same level or intensity of protection that it renders to the human person, and that the entitled legal interest is not identical, and as such, the legal significance of the social offense establishes a distinct level of reproach and proportional punishment.

Likewise, forming a part of the constitutional block, the Constitutional Court extensively analyzed various provisions of international treaties regarding the right to life, among them, Article 4 of the American Convention on Human Rights, and in interpreting said provisions in a systematic and teleological manner, it established that an absolute and unconditional right to protection does not arise for a life in the course of gestation. It noted, therefore, that what should follow is an analysis between life in the course of gestation and other rights, principles, and values also recognized constitutionally and in other international instruments of human rights, such as those wherein pregnant women are entitled rights. Among other rights, the Constitutional Court distinguished between sexual and reproductive rights, both of which stem from the acknowledgment that equality, gender equity, and emancipation of women and girls are essential for society.

The Constitutional Court also noted from the constitutional and international norms, there is no inference to a mandate for the decriminalization of abortion, though national legislators are also not prohibited from adopting criminal norms in this sense, to which the legislator has a wide margin to configure public policy in regards to abortion. Nevertheless, it noted that said margin is not limitless, but rather that it is subject to constitutional principles and values such as the rights of the person, such as the principle and fundamental right of human dignity; the right to the free development of personality; health; life and integrity of persons; the constitutional block; and, proportionality and reasonableness.

Among others, the Constitutional Court noted that a woman is a human being, with dignity, and that, therefore, she should be treated as such, as opposed to considering her or converting her into a simple instrument for the reproduction of the human species, or of imposing on her, in some cases contrary to her will, the duty of serving as a tool effective for procreation. Likewise, it noted that the right to be a mother, or of maternity as a “lifestyle choice,” is a consideration that corresponds to the personal sphere of each women, and that prima facie, it is not proportional nor reasonable that the State place an obligation on a person to sacrifice their own health, so as to protect the interest of a third party even when it is constitutionally pertinent. The Constitutional Court also established that the international treaties on human rights, forming part of a constitutional block, render clear limits to the legal authority of the legislator when configuring criminal matters, which serves as a margin to examine the constitutionality of the absolute ban on abortion.

Applying a test of proportionality to decide which hypothetical situations transgress the limits in which a legislator can establish the margin of criminal configuration, it resolved that the criminalization of abortion under all circumstances implies the total preeminence of one of the legal interest at play, namely, the life of the unborn, and the consequential absolute sacrifice of all of the fundamental rights of the pregnant woman, which is unconstitutional. It highlighted that the legislator can adopt other measures, such as those of an assistance or performance based nature that serve to protect life in the course of gestation, but that if the legislator has elected measures of a criminal nature such as those which conveniently protect the life of the

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

unborn, it also corresponds that said legislator foresee the circumstances in which the legal interests of the entitled mother in gestation are not sacrificed in excess. In this sense, it established that if the legislator does not determine said hypothetical situations, it corresponds to the constitutional judge to prevent clearly disproportional harm to the rights of pregnant women. In the opinion of the Constitutional Court, these situations, at minimum, should be: when the continuation of a pregnancy constitutes harm to the life or health of a woman; when there is a grave malformation of the fetus that makes life unviable; and, when the pregnancy is the result of conduct which constitutes rape or sexual acts without consent, under abuse, of artificial insemination or the transfer of fertilized ovum which was not consented to, or in the case of incest.

Based on the aforementioned, the Constitutional Court ruled that the provisions which were the subject of study were constitutional when the three previously mentioned hypothetical situations were excluded from its scope. In this sense, it made it clear that this decision would not involve an obligation for women to chose abortion, but rather that the purpose was to allow women to interrupt their pregnancy, under their consent, as long as they found themselves within any of these exempting hypothetical situations, without there ensuing criminal consequences.

In this decision, the Constitutional Court referred, in an ample manner, to the various international treaties on human rights, among which there exists the American Convention on Human Rights. Likewise, in recognition of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights as providing relevant guidelines for the interpretation of the provisions contained in the Convention, which forms part of the constitutional block, it based itself, among others, in the hermeneutic criteria established in the Cases of the Indigenous Community of Yakye Axa v. Paraguay; Gómez Paquiyauri Brothers v. Perú, Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, and Barrios Altos v. Perú, as well as the Advisory Opinion OC-16/99 on the Right to Information on Consular Assistance, in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. The judgment is accompanied by two clarifying opinions and two dissenting opinions.

**CORTE CONSTITUCIONAL
DE COLOMBIA**

**DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
PRESENTADAS POR MÓNICA
DEL PILAR ROA LÓPEZ Y OTROS**

SENTENCIA C-355/06 DE 10 DE MAYO DE 2006

...

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Mónica del Pilar Roa López, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6122.

El ciudadano Pablo Jaramillo Valencia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6123.

Las ciudadanas Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porrás Santillana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la ley 599 de 2000 – Código Pe-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

nal, modificados por el art. 14 de la ley 890 de 2004, a la cual correspondió el expediente D- 6124.

Según constancia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil cinco (2005) de la Secretaria General de esta Corporación, la Sala Plena de la Corte Constitucional , en sesión llevada a cabo el día trece (13) de diciembre del mismo año , resolvió acumular los expedientes D- 6123 y D- 6124 a la demanda D- 6122 y en consecuencia su trámite deberá ser conjunto para ser decididos en la misma sentencia.

Mediante auto de Dieciséis (16) de Diciembre de dos mil cinco (2005), fueron admitidas por el Despacho las demandas presentadas.

Así entonces, cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inexequibilidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, acorde con su publicación en el Diario Oficial No 044.097 de 24 de julio del 2000 y se subrayan los apartes acusados:

“CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY NÚMERO 599 DE 2000

(Julio 24)

“Por la cual se expide el Código Penal”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. (...)

7. Se abre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

(...)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permisiere 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 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.

III. DEMANDAS

1. Demandante Mónica del Pilar Roa López.

...

2. Demanda de Pablo Jaramillo Valencia

...

3. Demanda de Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santanilla.

...

IV. INTERVENCIONES

4.1 CUADERNO PRINCIPAL

4.1.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-

...

4.1.2 Corporación Casa de la Mujer.

...

4.1.3 Intervención de la Corporación Cisma Mujer

...

4.1. 4. Intervención del Defensor del Pueblo.

...

4.1.5 Intervención del Ministerio de Protección Social.

...

4.1.6 Intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana.

...

4.1.7 Intervención de la Universidad Santiago de Cali.

...

4.1.8 Intervención de la Academia Nacional de Medicina

...

4.1.9.1. Miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo de la Fe.

...

4. 1.9.2. Intervención de Rafael Nieto Navia

...

4. 1.9.3. Intervención del señor Aurelio Ignacio Cadavid López

...

4. 1.9.4. Intervención de la señora Ahiledis Cecilia Díaz Atencio

...

4. 1.9.5. Intervención de los señores Víctor Velásquez Reyes y Ricardo Cifuentes Salamanca.

...

4. 1.9.6. Intervención del señor Gabriel Jaime Velásquez Restrepo.

...

4. 1.9.7. Intervención de Juliana Peralta Rivera.

...

4.1.9.8. Intervención de David Pérez Palacio, miembro de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos y de la red de abogados Advocates International.

...

4.1.9.9. Solicitud de nombramiento de conjuez o conjueces

...

4.1.9.10. Escritos de intervenciones ciudadanas extemporáneas.

...

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante el Concepto No. 4024 presentado el primero (1°) de febrero de 2006, el Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón , solicita a la Corte que declare exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, bajo la condición de que no sea incluida como conducta objeto de penalización la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de: i) concepción no consentida por la mujer, ii) en embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer iii) establecimiento médico de la existencia de enfermedades o disfuncionalidades del feto que le hagan inviable.

Como consecuencia de lo anterior, solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Subsidiariamente, agrega el jefe del Ministerio Público, que si la Corte asume que no le corresponde condicionar la norma en el sentido señalado anteriormente , se solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

Además, el Señor Procurador General de la Nación, solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000

Dichas solicitudes se fundamentan en los siguientes argumentos, los cuales son transcritos literalmente:

1. Problema jurídico

El Procurador General de la Nación ha de evaluar si la regulación penal del delito de aborto, por no considerar circunstancias especiales que deberían estar despenalizadas y establecer una discriminación con relación al aborto realizado en menor de catorce años, desconoce el derecho de las mujeres a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad reproductiva, a la salud, a la seguridad social y la obligación del Estado de respetar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

...

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

...

2. Asuntos previos

...

3. El asunto objeto de estudio.

Los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana solicitan, en distintas demandas, la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1° de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).

...

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “*y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad*”.

Numerosas intervenciones fueron presentadas tanto como para apoyar como para rechazar los cargos planteados por los demandantes. Los intervinientes contrarios a la exequibilidad de las disposiciones demandadas aducen razones muy similares a las de los demandantes, mientras que aquellos que apoyan la exequibilidad de los preceptos acusados afirman, por regla general, que las disposiciones penales acusadas tienen como finalidad la protección del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. Muchos de los que apoyan la exequibilidad de las dispo-

siciones acusadas sostienen también que corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración en materia penal, establecer tipos penales para la protección de los derechos fundamentales, papel que en el ordenamiento jurídico colombiano cumplen los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal. Adicionalmente, la mayoría de los intervinientes partidarios de la constitucionalidad de los artículos acusados coincide en afirmar que los derechos constitucionales de la mujer gestante no son absolutos y encuentran un límite legítimo en el derecho a la vida del feto. Finalmente, algunos de los intervinientes sostienen que se produjo el fenómeno de cosa juzgada material y formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y que la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002.

Por otra parte los representantes de algunas entidades estatales¹ y de asociaciones científicas², intervienen para poner de manifiesto la relevancia del aborto inducido como un grave problema de salud pública en Colombia, el cual afecta en mayor medida a las adolescentes, a las mujeres desplazadas por el conflicto armado y a aquellas con menor nivel de educación y con menores ingresos, pues debido a la sanción penal, el aborto debe practicarse en condiciones sanitarias inseguras que ponen en grave riesgo la salud, la vida y la integridad personal de quienes se someten a esta práctica.

El Ministerio Público, comparte la apreciación de los demandantes que no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada material ni formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y la declaratoria de inexecutable del artículo 124 y de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000. A juicio del Procurador la interrupción voluntaria del embarazo no debe ser penalizada en las siguientes circunstancias: i) cuando la concepción no haya sido consentida por la mu-

¹ ...

² ...

jer, ii) si se trata de embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, iii) cuando un dictamen médico certifique la existencia de enfermedades o disfuncionalidades que hagan el feto inviable. Luego de hacer un extenso recuento del alcance de la dignidad humana en la Carta Política de 1991 y del alcance del derecho a la vida y del derecho a la libertad a la luz de este principio, valor y derecho fundamental, concluye el Ministerio Público que la penalización del aborto en las circunstancias antes mencionadas constituye una sanción irracional y desproporcionada a la mujer que decide interrumpir la gestación, la cual constituye una injerencia en sus derechos fundamentales y un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia penal. En esa medida concluye que es necesario despenalizar el aborto en las hipótesis antes mencionadas. Afirma que las causales de atenuación e incluso de exclusión de la sanción penal previstas en el artículo 124 acusado son inexecutable porque en los supuestos previstos por esta disposición no es útil ni proporcionado ni necesario sancionar a la mujer que aborta. Finalmente sostiene el Procurador que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 123 del Código Penal no es una medida que esté encaminada a proteger el interés superior de la menor y que además limita de manera desproporcionada la autonomía de las menores de catorce años, razones que deben conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en esta disposición.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional, corresponde a esta Corporación examinar previamente la procedibilidad de la demandas presentadas, pues tanto los actores, como algunos intervinientes y el Ministerio Público plantean la posibilidad de la configuración del fenómeno de cosa juzgada material y formal frente a decisiones previas de esta Corporación, específicamente respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002.

4. Inexistencia de cosa juzgada material o formal respecto de decisiones previas adoptadas por esta Corporación.

...

5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida.

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constituciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida³; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial⁴ y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos⁵.

El constitucionalismo colombiano no es ajeno a la anterior evolución, y salvo algunas excepciones, como la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que consagra de manera expresa la “inviolabilidad de la vida humana”, los ordenamientos constitucionales nacionales por regla general no hacían mención expresa de la vida ni como derecho ni como valor constitucional. La Constitución Política de 1886, a partir de la reforma introducida en el Acto Legislativo 3 de 1910, se limitaba a prohibir la pena de muerte y a consagrar que las autoridades públicas estaban instituidas para proteger la vida de los ciudadanos. La Carta de 1991, constituye en esta

³ El derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, sin embargo no aparece en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos, ni tampoco en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁴ No sobra advertir que este fenómeno obedece en gran medida a los excesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, prueba de ello es que La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo segundo, es uno de los primeros ordenamientos en elevar a rango constitucional este derecho.

⁵ En el año de 1948 se consagra de manera solemne el derecho a la vida tanto en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de la ONU –artículo tercero-, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo primero-.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

materia –como en tantas otras- un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo.

Así, el Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo segundo señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo once consigna que “*el derecho a la vida es inviolable*”, amén de otras referencias constitucionales⁶. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional:

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida”. Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos

⁶ Así, por ejemplo, el artículo 44 establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercera edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riesgo la vida de las personas;...

los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida⁷.

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico⁸. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación⁹.

En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de pro-

⁷ ...

⁸ La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II.

⁹ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

tección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. Se trata por lo tanto de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida; otro carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado colombiano¹⁰.

Por otra parte, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

Sobre el punto por ejemplo, para el delito de genocidio, el legislador consideró una pena mayor que para el de homicidio¹¹, en razón a los bienes jurídicos que cada uno de estos en particular protege. Además, respecto de este tipo penal, cabe recordar, que el legislador había considerado para el actor “...*que actúe dentro del marco de la ley...*”, expresión que la Corte declaró inexecutable en sentencia C-177 de 2001¹², entre otros, con los siguientes fundamentos:

“A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la

¹⁰ ...

¹¹ ...

¹² ...

vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.

Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º. de la Carta Política, conforme al cual “los derechos inalienables de las personas,” en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen “sin discriminación alguna.”

Por ello, en concepto de esta Corte, la condición de actuar dentro del margen de la Ley, a la que la frase acusada del artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, pretende supeditar la protección conferida a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos, resulta abiertamente contraria a principios y valores constitucionalmente protegidos pues, por más loable que pudiese ser la finalidad de respaldar la acción de la Fuerza Pública cuando combate los grupos políticos alzados en armas, en que, al parecer pretendió inspirarse, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho ese objetivo no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho incondicional a exigir de parte de las autoridades, del Estado y de todos los coasociados el respeto por la vida e integridad de todos los grupos humanos en condiciones de irrestricta igualdad y su derecho a existir.

Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.”}

De otro lado, el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad¹³, como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad¹⁴. También ha tipificado delitos como la muerte y

¹³ ...

¹⁴ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio.

Al respecto de los tipos penales mencionados, la Corte en sentencia C-013 de 1997, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra tales disposiciones, por cuanto en criterio del demandante esas conductas se sancionan con penas “*irrisorias*”, las encontró ajustadas a la Constitución. En este caso, sin desconocer el deber de protección a la vida, también se valoraron las circunstancias especiales en que se encuentra la madre en tales casos. Al respecto dijo la Corte:

“También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la psicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.

El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.”

Ahora bien. Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expre-

samente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión:

“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.”

A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Posteriormente, al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante sentencia C-013 de 1997, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del *nasciturus*, pero si utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión¹⁵.

¹⁵ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación¹⁶, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *ultima ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico¹⁷; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del *nasciturus*. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego

¹⁶ ...

¹⁷ ...

del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”¹⁸.

Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Algunos intervinientes sostienen que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad, el nasciturus es titular del derecho a la vida y que por lo tanto, a la luz de estos instrumentos internacionales existe la obligación estatal de adoptar medidas de carácter legislativo que penalicen el aborto bajo cualquier circunstancia. Es decir, consideran que se desprende de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto.

¹⁸ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Específicamente hacen alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹. También mencionan el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que haría parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio²⁰.

Al respecto, cabe señalar que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado

¹⁹ La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte en la sentencia C-191 de 1998 sostuvo que: “(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra.

²⁰ Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados. Ver sentencia C-067 de 2003.

por el primer numeral del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *“tanto antes como después del nacimiento”*, no obstante el artículo 1° de dicha Convención no establece claramente que el nasciturus sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1° señala que:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención²¹.

²¹ De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia²² y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el *nasciturus*, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estados Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “*en general*” utilizada por el Convención

²² Ley 12 de 1992.

introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es *“consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*. El segundo párrafo adiciona que *“los derechos esenciales del hombre”* merecen protección internacional precisamente porque *“no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*.

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.

Adicionalmente, esta Corporación también ha reiterado la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución. En la sentencia C-028 de 2006 sostuvo esta Corporación:

“La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el derecho internacional público debe ser consi-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

derado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.

En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.

Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.”

En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

Por otra parte, como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. Como se afirma en la misma sentencia C-028 de 2006:

“En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos²³. En otros términos, los tratados internacionales no se in-

²³ La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas

terpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales²⁴” y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.”

por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, París, 2004.

²⁴ Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31.

²⁵ Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado.

...

En efecto, a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación²⁶. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagran-

²⁶ ...

do también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltando la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros²⁷.

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

²⁷ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*”.

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que “*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*”, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espa-*

ciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo". Este programa establece además, que *"la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia"*. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de *"obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables"* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *"derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo"*.

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", en-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

trada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente²⁸.

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género.

²⁸ Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer –la salud.

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual.

Es así como la CEDAW ha declarado, que *“la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”*. La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995-, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación re-

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

productiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, 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.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el

derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, 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. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.

8. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas²⁹. ...

...

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, *como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas*³⁰.

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano³¹ contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omite auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si

²⁹ ...

³⁰ ...

³¹ ...

bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional³². Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana”, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución³³. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta³⁴, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales³⁵, fundamento³⁶ y pilar ético del ordena-

³² ...

³³ ...

³⁴ ...

³⁵ ...

³⁶ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

miento jurídico³⁷. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que “*la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas*”³⁸.

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia “*a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico*”³⁹.

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)⁴⁰.

Por ser particularmente relevantes para el estudio del caso concreto, es menester detenerse en dos de los contenidos antes enunciados de la dignidad humana: como autonomía personal y como intangibilidad de bienes no patrimoniales. ...

...

37 ...

38 ...

39 ...

40 ...

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye 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.

Ahora bien, sobre todo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida- la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

...

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla 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.

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991⁴¹. Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia nece-

⁴¹ ...

saría de una nueva concepción que postula al Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado”⁴². Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual —entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo— cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”⁴³.

Como ha afirmado la Corte Constitucional este derecho condensa la libertad *in nuce*, “porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”. Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos⁴⁴.

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no “opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta”⁴⁵, y de “una cláusula general de libertad, similar a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13”,⁴⁶ o también un “principio general de libertad”.⁴⁷

No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su mode-

43 ...

43 ...

44 ...

45 ...

46 ...

47 ...

lo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación.

La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería⁴⁸.

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer⁴⁹. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,⁵⁰ así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

El derecho a la identidad personal,⁵¹ del que se desprenden entre otros: (i) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad. La Corte entiende “jurídicamente” este derecho como “la facultad del individuo de proclamar su singularidad”⁵²; (ii) El derecho a la libre opción sexual. La Corte ha afirmado en diversas sentencias que “la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la perso-

48 ...

49 ...

50 ...

51 ...

52 ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

nalidad (...)”⁵³; (iii) el derecho a decidir sobre la apariencia personal, la Corte ha determinado que patrones estéticos no pueden ser impuestos por las instituciones educativas⁵⁴, ni tampoco por el Estado ni por otros particulares⁵⁵. A manera de ejemplo, las decisiones sobre el atuendo o vestido, la longitud del cabello o el uso de cosméticos no pueden ser decididas por el establecimiento educativo⁵⁶. Tampoco las entidades estatales pueden establecer normas reglamentarias discriminatorias del acceso a cargos y funciones públicas con base en patrones estéticos⁵⁷, ni los establecimientos de reclusión imponer reglamentos de visitas que coarten las decisiones sobre la apariencia personal⁵⁸.

Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo⁵⁹, y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca, según criterios de otros, incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud.⁶⁰

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccio-

53 ...
54 ...
55 ...
56 ...
57 ...
58 ...
59 ...
60 ...

nistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

...

En todo caso, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

...

La jurisprudencia reciente ha seguido fielmente los anteriores precedentes y ha declarado inexecutable disposiciones legales en materia disciplinaria y policiva que restringían desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶¹. De lo que se deduce el carácter de este derecho como un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general y especialmente en materia penal.

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garanti-

⁶¹ ...

zar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad⁶².

También ha considerado la Corte, que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluír todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

En efecto, el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental, pues como lo ha considerado la Corte, *“La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.”*⁶³.

Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.

El derecho a la salud reproductiva ha sido considerado por esta Corporación. Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 1993, se concedió la tutela a una mujer embarazada detenida y a la cual no se le concede la detención hospitalaria aún cuando el parto era inminente. Consideró la Corte, además de los dere-

⁶² ...

⁶³ ...

chos del niño, que el trato especial que da la Constitución a la mujer embarazada (asistencia y protección durante el embarazo y después del parto) se sustenta en el derecho a la vida, la integridad personal, el respecto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la familia como institución básica de la sociedad.

Igualmente, al respecto de la recuperación de la función reproductiva como parte del derecho a salud de la mujer, entre otro caso, la Corte protegió a una mujer “copiloto”, que por razón a su oficio tuvo un parto prematuro y la muerte posterior del neonato; a los pocos días también le sobrevino una infertilidad secundaria. Ella requería un tratamiento para recuperar su fertilidad, el cual no fue costado por la empresa así como tampoco se le quiso reconocer la incapacidad cuando ella inició el tratamiento por su cuenta aduciendo que era un estado provocado. Finalmente le fue cancelado su contrato de trabajo. La Corte consideró que en este caso hubo una violación del derecho fundamental a formar una familia, que incluye el derecho a decidir libremente el número e intervalo de hijos; además, que hubo una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación⁶⁴.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles y puede poner en peligro la dignidad personal⁶⁵.

Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que

⁶⁴ ...

⁶⁵ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Adicionalmente, como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la Corte Constitucional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales⁶⁶.

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar 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 afecten la salud sexual y reproductiva. A continuación se hará una breve exposición del contenido de cada uno de estos derechos.

El derecho a planear la propia familia ha sido definido como *“la posibilidad de todas las parejas de individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta*

⁶⁶ ...

*prerrogativa*⁶⁷. Implica la obligación estatal de adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar información en materia planificación familiar y salud reproductiva⁶⁸.

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *“protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física”*⁶⁹.

Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual.

En conclusión las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter

67 ...

68 ...

69 ...

penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

8.4. El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

El bloque de constitucionalidad constituye también un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, así lo reconoció expresamente esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

“Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia.”

Ahora bien, este límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal cobra especial relevancia en el caso en estudio, porque gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas giran en torno a la vulneración por parte de las disposiciones demandadas de diferentes tratados y

disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 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 degradantes⁷⁰ consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos⁷¹, el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷², y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirman los demandantes que las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en esa medida las disposiciones legales que penalizan el aborto serían inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad.

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Llontoy vs Perú*, Comunicación No. 1153/2003.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁷² Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “*En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*”⁷³. Postura reiterada en numerosas ocasiones⁷⁴, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en

⁷³ ...

⁷⁴ ...

cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991⁷⁵, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. ...

...

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración

⁷⁵ ...

puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, tratándose de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana —fundamentos axiológicos de este modelo estatal— debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afec-

tando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

9. La cuestión del aborto en el derecho comparado

Sin pretender hacer una descripción de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, los jueces constitucionales también se han pronunciado sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales sometidas a control de constitucionalidad.

La regulación actual del aborto en los sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva. Al margen de las razones que ocasionaron un cambio tal magnitud, a finales de los años 90 la mayoría de los países de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia. En América Latina la legislación sobre el aborto también es bastante dispar, así mientras algunos países como Argentina⁷⁶,

⁷⁶ El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

Art. 86.- incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Nota: texto originario conforme a la ley n 23077.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

México⁷⁷, Bolivia⁷⁸, Cuba⁷⁹ establecen en su legislación penal eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños⁸⁰, otros países establecen

⁷⁷ El Código Penal Federal mexicano establece:

Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334. No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

⁷⁸ El Código Penal de Bolivia prevé:

Artículo 266.- (aborto impune).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

⁷⁹ El Código Penal cubano dispone:

Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:

- a) se comete por lucro;
- b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
- c) se realiza por persona que no es médico.

⁸⁰ Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.

(i) Bahía

Artículo 279 de la Constitución:

“La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”

Artículo 282 de la Constitución

“El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la

una prohibición total del aborto entre los que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras donde la prohibición es absoluta.

Ahora bien, la intervención del legislador en esta materia no ha sido óbice para que el aborto haya sido una cuestión abordada por los tribunales constitucionales. A título meramente ilus-

interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”

(ii) Goiás

Artículo 153 de la Constitución

“Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquella cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y psicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y psicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”

(iii) Minas Gerais

Artículo 190 de la Constitución

“Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).

(iv) Pará

Artículo 270 de la Constitución

“(…) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).

(v) Río de Janeiro

Artículo 291 de la Constitución

“El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...).”

(vi) Sao Paulo

Artículo 224 de la Constitución

“Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.”

(vii) Tocantins

Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3°)

“Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.”

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

trativo, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973, del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y del Tribunal Constitucional español de 1985, sin que con ello trate de hacer una descripción del derecho constitucional vigente en estos tres países ni de respectiva evolución jurisprudencial.

...

Se tiene, entonces, que cuando los tribunales constitucional han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cual de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

10. Examen del caso concreto.

10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto.

Corresponde a esta Corporación examinar la exequibilidad de las disposiciones que penalizan el aborto. Para tales efectos, se examinará en primer término la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, disposición que penaliza el aborto en todas las circunstancias, interpretado en sus alcances a la luz de los demás artículos acusados, es decir, los artículos 123 y 124, así como del artículo 32-7, en lo pertinente.

El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del nasciturus es un bien constitucional-

Artículo 152 de la Constitución

“El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y psicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).

mente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

Ahora bien, se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápite anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo

largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien 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, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, 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.

En efecto, una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.

En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal⁸¹.

...

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar re-

⁸¹ Código Penal, artículos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

sulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación⁸². Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Ahora bien, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.

No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

⁸² ...

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos⁸³ y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.

En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. ...

...

Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP⁸⁴, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁸⁵, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁸⁶, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también

⁸³ ...

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁸⁵ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

⁸⁶ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Algunos intervinientes sostienen que cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32-7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal. Al respecto, sin perjuicio de las consideraciones generales que posteriormente se harán sobre el punto, advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de

alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana⁸⁷.

Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

⁸⁷ Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si

pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexecutable del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

10.2. La inexequibilidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal.

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere clara-

mente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico establezca medidas de especial protección para ciertos sujetos y específicamente para los menores de edad⁸⁸. Como se hizo alusión en acápites anteriores de esta decisión, tales medidas de protección se han encontrado justificadas especialmente cuando se trata de menores de edad porque éstos *“se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos”*⁸⁹.

Medidas de protección que si bien están justificadas a la luz de la Constitución de 1991, en todo caso deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego. En el caso concreto se acusa a la disposición demandada de establecer una presunción que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de catorce años, pues a juicio de los demandantes la menor podría prestar su consentimiento válido para que un tercero le practique un aborto.

Para resolver este cargo resulta relevante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la titularidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento informado de los menores para la práctica de intervenciones médicas.

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona “en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de

⁸⁸ ...

⁸⁹ ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

juicio suficientes para tomarla”⁹⁰, o, en otros términos, que “el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida”⁹¹. En consecuencia, la Corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho⁹², al igual que los incapaces y en general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente.

Estos criterios han sido objeto de precisiones en algunos fallos de tutela. Así, en primer lugar, respecto de los menores de edad, la Corte ha admitido que la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes), se basa en “el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”⁹³. Esta clasificación no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad,⁹⁴ pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular.

En el mismo sentido en la Sentencia SU-642 de 1998, la Corte evaluó si en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, una niña de cuatro años de edad tenía autonomía suficiente para determinar la longitud de su cabello y, en consecuencia, si vulneraba tal derecho la disposición reglamentaria del jardín infantil al que asistía, en virtud del cual debía llevar el pelo corto. El fallo reiteró que, si bien la titularidad del derecho en cuestión se predica de todas las personas, puede ser objeto de mayores restricciones en razón del grado de desarrollo psicológico e intelectual de las personas. Así las cosas, la Corte acudió a dictámenes periciales que le permitieron deter-

90 ...

91 ...

92 ...

93 ...

94 ...

minar que un menor de cuatro años tiene ya suficiente capacidad para elegir libremente su vestuario, y, por ende, también para decidir sobre su apariencia personal, resolviendo este interrogante de manera positiva.

También resultan relevantes los criterios jurisprudenciales sentados por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual. Sostuvo la Corte a este respecto:

“De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres⁹⁵.”

Lo que lleva a la Corte a afirmar que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aún cuando éstos sean particularmente invasivos, no es un criterio que tenga un carácter absoluto: ...

...

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir trata-

⁹⁵ Incluso la jurisprudencia comparada ha admitido el derecho de las menores embarazadas en consentir la práctica del aborto aun en contra de la opinión de sus padres. Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 V.S. 416 (1983).

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

mientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexecutable.

10.3. De la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.

Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.

En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respectivo parágrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia.

10.4. La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

Se demanda también el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, enunciado normativo que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *“y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”*.

En relación con esta disposición, la Corte encuentra que la causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no solo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

que se trata de una causal genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos.

En efecto, respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquélla de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones “*humillantes y potencialmente peligrosas para la salud*”, no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política.

Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado.

11. Consideraciones finales.

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violato-

rias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Cuarto. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “...o en mujer menor de catorce años ...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

...

LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO DURANTE LAS PRIMERAS DOCE SEMANAS DE GESTACIÓN NO ES VIOLATORIA DE DERECHOS HUMANOS

Sinopsis: Mediante la presente sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió dos acciones de inconstitucionalidad promovidas por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Procurador General de la República, quienes solicitaron 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 sin establecer causal alguna.

En primer lugar, la Suprema Corte de Justicia refirió que los derechos fundamentales, o garantías individuales, no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación. Por ende, el derecho a la vida es un derecho relativo y, en consecuencia, tiene que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos. En esta línea, el Tribunal observó que los trabajos que llevaron hacia la eliminación de la pena de muerte en el ordenamiento jurídico mexicano obedecen a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte, entre ellas, las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en su artículo 4, más que a un razonamiento acerca de la existencia de un derecho general y absoluto a la vida. 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 aún cuando está ubicado en los derechos insuspendibles o

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

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.

De otra parte, la Suprema Corte observó que en los instrumentos en materia de derechos humanos no se definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde qué momento el ser humano es sujeto de protección. Sobre este punto, indicó que el único tratado internacional que hace referencia a un momento posible para el inicio de la protección del derecho a la vida es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual señala 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. En la misma línea argumentativa, señaló que es la Corte Interamericana el órgano competente para interpretar esa disposición, misma que hasta la fecha no se ha pronunciado respecto al alcance y obligaciones que derivan de dicho margen.

Asimismo, al ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos el único tratado internacional que señala un momento específico para el inicio de la protección de la vida, y siendo el Estado Mexicano parte de ésta, la Suprema Corte de Justicia consideró oportuno analizar la intención de quienes adoptaron ese instrumento internacional para determinar si podía derivarse un derecho absoluto a la vida u obligaciones especiales para la protección de ese derecho desde un momento particular. En tal sentido, consideró que de los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que se decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido como principio el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Además, dicho Tribunal consideró que México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que formuló respecto del artículo 4 al ratificar la Convención Americana, la cual se mantiene vigente.

En razón de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia consideró que no se podía encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico en materia de la interrupción del embarazo con el consentimiento de la mujer. 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.

En esta decisión la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refirió a diversos tratados internacionales de derechos humanos, entre éstos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a los trabajos preparatorios de ésta y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Por otra parte, al referirse a la garantía que prohíbe la privación arbitraria de la vida, así como a las restricciones de la aplicación de la pena de muerte, su abolición gradual y no reincorporación, dicha Suprema Corte se remitió a las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en los casos *de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Escué Zapata vs. Colombia*, *Barrios Altos vs. Perú*, *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* y *de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. De igual modo, al sostener que los derechos humanos no son absolutos, se basó, entre otros, en los casos de *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *Boyce y otros. vs. Barbados y Castañeda Gutman vs. México*, y a la *Opinión Consultiva OC-3/83* relativa a las restricciones a la pena de muerte. La sentencia se encuentra acompañada de seis votos concurrentes así como de un voto de minoría.

THE VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY
DURING THE FIRST TWELVE WEEKS OF GESTATION
DOES NOT VIOLATE HUMAN RIGHTS

***Synopsis:** In the present judgment, the Supreme Court of the Nation of Mexico ruled on two constitutional motions put forward by the President of the National Human Rights Commission and the Attorney General of the Republic, both of whom requested the invalidation of the reform to Articles of the Penal Code of the Federal District and the addition of Articles to the Health Care Law of the Federal District, in general terms, legalizing the voluntary interruption of a pregnancy during the first twelve weeks without having to establish any reason for said interruption. First, the Supreme Court of Justice referenced that fundamental rights, or individual guarantees, are not absolute rights and allow for modulation. As such, the right to life is a relative right, and as a consequence, must be harmonized with other rights. Pursuant to this, the Court observed that the work that led to the elimination of the death penalty in the Mexican legal system, follows obligations in international law related to human rights, adjusting itself to the international tendency to abolish the death penalty. Among them, it refers to those established in the American Convention on Human Rights, particularly Article 4, more than to the reasoning regarding the existence of an absolute right to life. Said Supreme Court also stated that the right to life is recognized widely by international instruments on the subject of human rights, and that in none of them, said right is established or recognized as an absolute right, given that even when it is found in unsuspendable or inderogable rights during times of war, public danger, or other emergencies that threaten the independence and security of the State, as indicated in Article 27 of the American Convention, such situation does not transform this right into an absolute right in the face of other fundamental rights.*

On the other hand, the Supreme Court observed that the instruments on the subject of human rights do not define the question of when the protection of the right to life is to start nor when the human being is subject to protection. Regarding this matter, it noted that the only international treaty that makes reference to a possible moment for when the protection to the right to life commences is the American Convention on the Human Rights, which indicates that this right “shall be protected by law and, ‘in general,’ from the moment of conception.” In this regard, it considered that the expression ‘in general’ offers States a margin to adopt legislation that permits the interruption of pregnancy in specific circumstances. In the same argumentative line, it noted that the Inter-American Court is the organ competent to interpret said provisions, and that to date, it has not ruled on the reach and obligations that stem from said margin.

Likewise, the Inter-American Convention on Human Rights is the only international treaty that indicates a specific moment when the protection to the right to life commences, and being that the State of Mexico is a Party to this treaty, the Supreme Court of Justice considered it timely to analyze the intention of those whom adopted said international instrument to determine whether an absolute right to life or special obligations to protect life from a particular moment could be derived. In this sense, it considered that from the working papers of both the American Declaration of the Rights and Duties of Man as well as of the American Convention on Human Rights, it is clear that the decision was made to not adopt a draft that would have clearly established that the right to life begins at the moment of conception. Moreover, said Court considered that Mexico is not obligated to protect life from the moment of conception for reasons related to the meaning and reach of the interpretive declaration it formulated regarding Article 4 when the American Convention was ratified, that which is still in force.

Given the aforementioned, the Supreme Court of Justice considered that there was no constitutional or international basis for a mandate of criminalization that would allow for the existence of an obligation of the legislator to establish or maintain a criminal codification specifically on the subject of interruption of pregnancy with a woman’s consent. As a consequence, it recognized the validity of a reform to the Articles of the Penal Code for the

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Federal District and the Health Care Law of the Federal District, from which the constitutional motions stemmed.

In this decision, the Supreme Court of Justice of the Nation referred to diverse international treaties on human rights, among them, the American Convention on Human Rights, as well as its working papers and those of the American Declaration on the Rights and Duties of Man. On the other hand, in referencing the guarantee to prohibit the arbitrary deprivation of life, as well as the restrictions on the application of the death penalty, its gradual abolition and non-reincorporation, said Supreme Court looked to the judgments of the Inter-American Court rendered in the Cases of the "Street Children" (Villagrán Morales et. al.) v. Guatemala, Myrna Mack Chang v. Guatemala, Escué Zapata v. Colombia, Barrios Altos v. Perú, of the Miguel Castro-Castro Prison v. Perú, and of the Rochela Massacre v. Colombia. In the same manner, in establishing that human rights are not absolute, it based itself, among others, on the Cases of Hilaire, Constantine, and Benjamin et. al. v. Trinidad and Tobago, Fermín Ramírez v. Guatemala, Boyce et. al. v. Barbados and Castañeda Gutman v. México, and the Advisory Opinion OC-3/83 regarding the Restrictions on the death penalty. The judgment was accompanied by six concurring opinions as well as one minority opinion.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
DE MÉXICO**

**ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
PROMOVIDAS POR EL PRESIDENTE
DE LA COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y POR EL
PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

SENTENCIA DE 28 DE AGOSTO DE 2008

...

VISTOS; y,
RESULTANDO:

PRIMERO. Presentación de las demandas y normas impugnadas.

José Luis Soberanes Fernández, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y Eduardo Medina-Mora Icaza, Procurador General de la República, promovieron acción de inconstitucionalidad, mediante oficios recibidos el veinticuatro y veinticinco de mayo de dos mil siete, respectivamente, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación; ambos solicitaron la invalidez de la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, realizadas mediante

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

El Procurador General de la República también solicitó la invalidez del artículo Tercero transitorio del Decreto de reformas y adiciones mencionado, y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que la invalidez de las normas impugnadas se hiciera extensiva a los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos ordenamientos del Distrito Federal.

SEGUNDO. Artículos constitucionales que se señalan como violados.

Artículos 1º, 4º, 6º, 14, 16, 22, 24, 73, fracción XVI, 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, primer párrafo, incisos h) e i), 123 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERO. Conceptos de invalidez.

I. Conceptos de invalidez expresados por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos plantea, en esencia, los siguientes conceptos de invalidez:

PRIMER CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la vida del producto de la concepción

El actor reclama la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal por contravenir el derecho a la vida del producto de la concepción reconocido en los artículos 22, 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, inciso c de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo tercero transitorio de la reforma a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución publicado el veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete.

...

SEGUNDO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la vida

El actor inicia su argumentación precisando que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal violan el derecho a la vida, el derecho a la vida antes del nacimiento y el derecho a la vida desde la concepción reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

TERCER CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la protección del proceso de gestación

El Comisionado alega que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho del producto de la concepción a la protección del proceso de gestación a partir de la concepción misma contenida en los artículos 4° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

CUARTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derechos de igualdad, procreación y paternidad

El actor argumenta que los artículos 145 y 146 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer, así como el derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor establecidos en los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

QUINTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la igualdad y no discriminación

Los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad del producto de la concepción del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

SEXTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El Comisionado alega que los artículos 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad de la mujer menor de edad que protege el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

SÉPTIMO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Inexacta aplicación de la Ley Penal

El accionante alega que los artículos 144 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal, reformados mediante Decreto publicado el veintiséis de abril de dos mil siete, contravienen el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto por el artículo 14 de la Constitución Federal, toda vez que dichos preceptos no son claros ni precisos, llegando a provocar interpretaciones o aplicaciones erróneas.

...

OCTAVO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Invasión de competencias

El actor argumenta que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contravienen la competencia de legislar en materia de salud en forma concurrente que establecen los artículos 4º y 73, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

NOVENO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho de objeción de conciencia

El artículo 16 bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal contraviene el derecho de objeción de conciencia que reconocen los artículos 6 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 12 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

...

DÉCIMO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Derecho a la salud en su dimensión social y principio de legalidad

El Comisionado demanda la invalidez de los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, porque considera que contravienen el derecho a la salud en su dimensión social y el principio de legalidad otorgados por los artículos 4° y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...
II. Conceptos de invalidez expresados por el Procurador General de la República.

El Procurador hace valer, en esencia, los siguientes conceptos de invalidez

PRIMER CONCEPTO DE INVALIDEZ

El actor argumenta que los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, 16 Bis 6, párrafo tercero, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal, violan los artículos 1°, 4°, 14, 22 y 123 constitucionales ...

...
SEGUNDO CONCEPTO DE INVALIDEZ

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal y las normas que de él dependen, como son los artículos 145, 146 y 147 de ese ordenamiento legal, 16 Bis 6 y 16 Bis 8 de la Ley General de Salud para el Distrito Federal y la circular GDF-SSDF/01/06, que contiene los Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud relacionados con la interrupción del embarazo en la entidad, reformada, adicionada y derogada por acuerdo publicado el cuatro de mayo de dos mil siete en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, violan los artículos 16, 73, fracción XVI, 122, primer párrafo, y los incisos h) e i) de la fracción V de la Base Primera de su Apartado C, 124 y 133 de la Constitución Federal.

...
TERCER CONCEPTO DE INVALIDEZ

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal y las demás normas impugnadas violan el derecho de procreación consagrado en el artículo 4° de la Constitución, que permite a las personas decidir libremente el número de hijos que quieran tener.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

...

CUARTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal y las demás normas impugnadas violan el artículo 14 constitucional al no satisfacer el principio supremo de certeza jurídica en materia penal, que prohíbe la imposición de penas que no estén establecidas por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate y que no se circunscribe a los actos de aplicación, sino que abarca a la ley misma, la que debe concebirse de forma tal que los términos en los que especifique el delito y la pena resulten claros, precisos y exactos, con el fin de evitar que las autoridades jurisdiccionales incurran en confusión.

Por tanto, si conforme a la ciencia médica existen diferentes métodos para determinar el número de semanas de gestación del producto de la concepción, al prescribir la Asamblea Legislativa que se considerará aborto la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de embarazo, sin prever la forma, los métodos, técnicas o estudios específicos para precisar las doce semanas a que se refiere el tipo penal, se viola el principio constitucional de referencia, lo que puede provocar que se sancione por el delito con motivo de la utilización de una determinada técnica, a pesar de que a través de la aplicación de otra no se sobrepasaran las doce semanas de gestación al interrumpirse un embarazo.

QUINTO CONCEPTO DE INVALIDEZ:

El artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal y las demás normas impugnadas violan las garantías de no discriminación y de igualdad previstas en los artículos 1º, tercer párrafo, y 4º, primer párrafo, de la Constitución.

...

SEXTO CONCEPTO DE INVALIDEZ

El artículo 16 bis 6 de la Ley de Salud del Distrito Federal, que establece la obligación de las autoridades del sector público de la entidad de atender las solicitudes de las mujeres para la interrupción del embarazo, aun cuando cuenten con algún otro servicio de salud público o privado, resulta contrario a la Ley

Suprema como consecuencia de la inconstitucionalidad del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal.

...

ŠÉPTIMO CONCEPTO DE INVALIDEZ

El artículo 146 impugnado establece que el aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada, mientras que el segundo párrafo del artículo 144 combatido dispone que el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

A fin de dar sustento a la inconstitucionalidad que demanda el Procurador afirma que la vida del producto de la concepción, que, a su parecer, la Suprema Corte ha reconocido es un derecho del concebido, está desprotegida desde la unión de los gametos hasta la implantación del embrión en el endometrio, pues la propia definición empleada por la Asamblea Legislativa concibe la existencia del embrión antes de su implantación.

Así, considera el accionante que existe violación a la garantía de no discriminación ya que la Constitución reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción, que se transgrede al permitirse la privación de esa vida, incluso sin el consentimiento de la madre, antes de la implantación del embrión en el endometrio, que conforme a estudios científicos ocurre en un periodo que va desde del día cuatro al día ocho o nueve, lo que provoca que el concepto de embarazo proporcionado por la reforma al Código Penal del Distrito Federal resulte inconstitucional por impreciso, inexacto y permitir variaciones de acuerdo al desarrollo del producto de la concepción o a las características de salud o reproductivas de la madre.

...

OCTAVO CONCEPTO DE INVALIDEZ

El Procurador alega que los artículos 144 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 6 y 16 Bis 8 de la Ley de Salud del Distrito Federal violan los artículos 1º y 25, primer párrafo, constitucionales, al ser normas discriminatorias que atentan contra la dignidad humana y que tienen por objeto anular los

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

derechos de los concebidos no nacidos menores a la conclusión de la doceava semana de gestación.

...

NOVENO CONCEPTO DE INVALIDEZ

Los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal y 16 Bis 6, párrafo tercero, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud y Tercero Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan ambos ordenamientos del Distrito Federal vulneran los artículos 16 y 133 constitucionales.

...

QUINTO. Informe de la autoridad emisora de la normas impugnadas en relación con la demanda de presentada por el Comisionado Nacional de Derechos Humanos.

El Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al rendir su informe en relación con la demanda presentada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos manifestó, substancialmente, lo siguiente:

Causal de improcedencia

Conforme a lo establecido por el artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos está facultada para promover acción de inconstitucionalidad, pero no su Presidente actuando a su libre arbitrio, sino que requiere de la aprobación del Consejo Consultivo del organismo. En efecto, los artículos 19 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 41, 43, 44 y 45 del Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establecen las facultades del Consejo Consultivo para dictar los lineamientos generales de actuación de la Comisión, así como para solicitar información sobre los asuntos que se estén tramitando en la misma y para aprobar las recomendaciones generales puestas a su consideración, por lo que si la presentación de la acción de inconstitucionalidad tiene mayor importancia que una recomendación general, se sigue la exigencia de la autorización del Consejo para que el Presidente esté facultado para promover la acción y, no obstante ello, en el caso, no

fue consultado el Consejo, de donde se sigue que el Presidente carece de legitimación pues actuó sin contar con la atribución relativa.

...

Consideraciones Generales

La autoridad hace consideraciones previas, en las que destaca que las normas impugnadas se refieren a un tema controvertido y polémico, por lo que si una amplia mayoría legislativa adoptó una decisión que expande y protege la esfera de derechos fundamentales de las mujeres, en un tema como este, los jueces tienen la oportunidad de fortalecer a las instituciones democráticas que expresan la autonomía política de los ciudadanos y de confirmar la ampliación de la esfera de derechos y garantías, que tienen bajo su responsabilidad y custodia, como guardianes de la Constitución.

Asimismo, destaca que tratándose de derechos fundamentales, la interpretación constitucional debe orientarse por el principio pro homine, esto es, buscar la solución que mejor responda a la vigencia de los derechos humanos, en el caso, de las mujeres como grupo vulnerable que ha sido históricamente objeto de discriminaciones y prejuicios, destacándose que lo que está en juego es el derecho de aquéllas a ejercer con dignidad su autonomía moral, sus libertades básicas, entre ellas la de procreación, su derecho a la privacidad, la vida y la salud.

Por otra parte, destaca que la vida es un derecho fundamental implícito en la Constitución, pero en ésta no hay norma que reconozca el derecho a la vida del producto de la concepción, y en la lista de derechos fundamentales también se encuentran el de la libertad, la dignidad, la igualdad, la integridad, la salud y la educación, entre otros, los que no están jerarquizados, por lo que no puede afirmarse que el derecho a la vida, al ser condición para ejercer otros derechos, sea superior. Entre el derecho a la vida del producto de la concepción, por un lado, y los derechos y libertades de decisión, procreación, intimidad, salud y vida de la mujer, por otro lado, deben prevalecer éstos, lo que lleva a considerar legítima y constitucionalmente una medida

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

como la despenalización del aborto voluntario dentro de las doce semanas de embarazo.

Fundamentos de legalidad de las normas impugnadas.

El Decreto combatido no viola ninguna norma de la Constitución, ya que su artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i), así como el artículo 42, fracciones XII y XIII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, facultan a la Asamblea Legislativa para legislar en materia penal y para normar la salud, además de que el proceso legislativo se apegó a lo dispuesto en los ordenamientos sustantivos aplicables.

Desestimación de los conceptos de invalidez.

a) En relación al primero de los conceptos de invalidez, señala que el promovente hace consideraciones equívocas, ya que, por un lado, parece que sostiene que el derecho a la vida se consagró en la Constitución desde antes de su reforma publicada el nueve de diciembre de dos mil cinco, y por el otro, parece que afirma que tal derecho se integró al texto constitucional a partir de dicha reforma. La consideración del derecho a la vida como presupuesto de los demás derechos fundamentales y, por tanto, de su preeminencia sobre los mismos, resulta incompatible con la afirmación de que la consagración constitucional del derecho a la vida deriva de la reforma aludida, pues ello llevaría a concluir que con anterioridad no existían derechos fundamentales. Así mismo, la afirmación de que el derecho a la vida existía con anterioridad a la reforma resulta incompatible con la consideración relativa a la imposibilidad de aceptar la tolerancia constitucional a la muerte, ya que si el artículo 22 establecía la pena de muerte resulta que no consideraba la vida como valor absoluto.

Lo cierto es que el derecho constitucional a la vida existe con anterioridad a la reforma de que se trata y nuestro sistema constitucional acepta que ese derecho no es absoluto, sino que, como todos los demás derechos, es susceptible de ceder frente a otros pues no puede afirmarse su supremacía a priori, ya que, en todo caso, debe ponderársele al entrar en conflicto.

...

El derecho a la vida es un derecho de las personas, según se desprende de los artículos 1º, 4º, 5º, 14, 16 y 17 constitucionales, lo que coincide con la doctrina que señala que los titulares de los derechos fundamentales son las personas.

La Constitución no explicita qué se entiende por persona; sin embargo, siempre que utiliza esa palabra lo hace para referirse a personas ya nacidas o a personas jurídicas o morales, pero en ningún momento se refiere al nonato como persona o da motivo para calificarlo como tal.

...

b) Respecto del segundo concepto de invalidez, en el que se sostiene que la Convención de Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos establecen un derecho a la vida desde la concepción, debe precisarse que el Estado Mexicano fue explícito y específico en no reconocer una obligación de legislar la protección de la vida a partir de la concepción; en consignar que tal reserva era aplicable tanto a la legislación vigente al momento de la adhesión al tratado como a la futura; así como al señalar que la protección de la vida desde la concepción y antes del nacimiento era materia reservada a los Estados.

Por tanto, si los instrumentos internacionales son obligatorios en los términos en que han sido aceptados por los Estados, resulta claro que la extensión del derecho a la vida a la etapa previa al nacimiento y posterior a la concepción no fue una obligación aceptada por el Estado Mexicano y, por tanto, no es vinculante en el orden jurídico interno.

No puede sostenerse que la reserva opera sólo respecto de la legislación vigente al momento de la adhesión al tratado, ya que el texto de la reserva se proyecta también hacia el futuro y se hizo para sustraer del compromiso internacional la obligación de legislar en la materia en un determinado sentido.

...

c) En relación al tercer concepto de invalidez, en el que se sostiene que el artículo 123 constitucional establece un derecho a la protección del proceso de gestación, cuyo titular es el producto de la concepción, debe señalarse que las medidas establecidas

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

en la norma constituyen un privilegio laboral a favor de la mujer a fin de cuidar su propia salud durante la gestación; que la reforma laboral en la materia tuvo por objeto dotar de igualdad jurídica a la mujer frente al hombre, estableciendo las provisiones laborales relacionadas con la maternidad; que la referida reforma se vincula con la igualdad de género que establece el artículo 4° constitucional, mismo que no refiere la protección del producto de la concepción; y que la protección que a éste se da en el artículo 123 se vincula específicamente con los derechos laborales de la mujer, estableciéndose obligaciones a cargo del patrón y no del Estado.

...

d) No tiene razón el accionante al sostener en el cuarto concepto de invalidez que la reforma impugnada viola el derecho a la igualdad ante la ley del varón y la mujer y el derecho a la procreación y a la paternidad del progenitor varón, reconocidos por los artículos 1° y 4° constitucionales.

Lo anterior se afirma porque el artículo 4° constitucional otorga el derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos a la persona y no a la pareja, por lo que no se trata de un derecho de ejercicio conjunto. Aunque existiera un compromiso de solidaridad, éste no puede coartar la libertad de la persona para ejercer su derecho, máxime que la maternidad justifica un trato diferenciado entre el hombre y la mujer.

El derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos tutela también la decisión de no tener hijos, esto es, de procrear o no procrear, lo que constituye un derecho de la persona y no conjunto, por lo que no puede afirmarse la inconstitucionalidad de la reforma impugnada porque no prevea el consentimiento del varón para la interrupción del embarazo, ya que ello implicaría otorgarle un veto que pasaría sobre la libertad de la mujer y permitiría que fuera el varón quien decidiera en definitiva al respecto. En todo caso, ante el conflicto de derechos que se presenta entre el derecho de procreación del padre que se opone a la interrupción del embarazo y el de la mujer para decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, debe prevalecer el derecho de ésta pues ello no afecta per-

manentemente el derecho de procreación del varón y, por el contrario, de obligarse a la mujer a ser madre se altera su vida y su condición jurídica en forma permanente, además de afectarse sus derechos a la vida, la salud, a la autodeterminación de su cuerpo, a la libertad, la intimidad y la vida privada, máxime si se considera que se haría nugatorio totalmente el derecho de la mujer cuando el varón se encontrara ausente, o bien, ante la dificultad de la prueba de la filiación.

e) Las normas impugnadas no violan el derecho de igualdad y no discriminación por razón de la edad del producto de la concepción, ya que éste es un bien constitucionalmente protegido pero no es persona y, por tanto, no es titular de derechos.

No se justifica el establecimiento de un proceso para verificar el tiempo de gestación ya que se trata de una reforma penal. El parámetro temporal de las doce semanas es proporcional pues la interrupción posterior aumenta considerablemente el riesgo en la salud de la mujer, además de que toma en cuenta las características propias del producto de la concepción antes y después de las doce semanas.

...
f) Las normas impugnadas no violan el derecho de igualdad y no discriminación por razón de edad de la mujer, por no regular el caso especial de las mujeres menores de edad, como lo pretende el accionante, ya que de no darle acceso a esas mujeres en igualdad de circunstancias que a las demás para obtener la interrupción del embarazo cuando lo deseen, se atentaría contra sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la autodeterminación de su cuerpo, su libertad reproductiva, a la intimidad y a la privacidad, de los que son titulares aunque no hayan alcanzado la mayoría de edad.

...
g) Las disposiciones combatidas no violan el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que el margen de error en la determinación del momento de implantación del óvulo en el endometrio es muy pequeño y es más difícil determinar el momento de la fecundación. Además, en caso de duda, los

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

adelantos médicos y científicos permiten determinar la edad del producto de la gestación.

...
h) Las normas combatidas no contravienen la competencia que la Constitución otorga a la Federación para legislar en materia de salud. Efectivamente, conforme a lo dispuesto por los artículos 4º, párrafo tercero, 44 y 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i), constitucionales, la Asamblea Legislativa está facultada para legislar en las materias penal y de salud, tanto en el ámbito de la salubridad local, como de la salubridad general en forma concurrente con la Federación, en los términos que se establezcan en la Ley General que expida el Congreso de la Unión.

...
i) El artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud para el Distrito Federal no contraviene el derecho de objeción de conciencia, ya que se refiere a todos los casos de interrupción del embarazo, y no al tipo penal de aborto o a sus excluyentes de responsabilidad, sin que pueda afirmarse lo contrario por el hecho de que esa norma no haya sido objeto de reforma en el Decreto impugnado, pues la legislación debe interpretarse integralmente y no por capas de entrada en vigor. Así, se entiende que al remitir la disposición legal al Código Penal, se debe atender al contenido vigente de éste, de suerte tal que al modificarse las normas del Código Penal, se entiende modificada la disposición de la Ley de Salud.

Por tanto, también los artículos 16 Bis 6 y 16 Bis 8 impugnados son constitucionales porque la objeción de conciencia opera en todos los casos en que la interrupción del embarazo está permitida, esto es, incluye la interrupción dentro de las primeras doce semanas de gestación.

SEXTO. Informe de la autoridad emisora de las normas impugnadas en relación con la demanda presentada por el Procurador General de Justicia.

El Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al rendir su informe en relación con la demanda presentada por el Procurador General de la República manifestó, substancialmente, lo siguiente:

Fundamentos generales que sostienen la validez de las normas generales impugnadas

El Decreto de reformas a los artículos 144 a 147 del Código Penal y de adiciones a la Ley de Salud, con un párrafo tercero a su artículo 16 Bis 6 y un artículo 16 Bis 8, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, fue emitido por la Asamblea Legislativa en ejercicio pleno de las facultades que le otorgan los artículos 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, incisos h) e i), constitucional, y 42, fracciones XII y XIII, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, para legislar en materia penal y normar la salud en el Distrito Federal, además de que el proceso legislativo se apegó a lo dispuesto en los ordenamientos sustantivos aplicables.

Consideraciones Generales.

Las reformas al Código Penal y a la Ley de Salud, ambos ordenamientos del Distrito Federal, fueron expedidas por el órgano establecido en la Constitución para emitir leyes que regulen la vida de los ciudadanos en la entidad, que forma parte de la Federación, y si bien aún no se le ha dado en su totalidad el trato de Estado, cuenta con una soberanía y, por tanto, debe ser respetada por el Ejecutivo Federal, del que forma parte el Procurador General de la República.

...

Derechos Humanos.

El aborto tiene relación con los derechos humanos, cuya noción se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona. La sociedad contemporánea reconoce que todos los seres humanos tienen derechos que deben ser respetados y garantizados por el Estado, cuyas características son: ser inherentes a la persona humana, irrenunciables, universales, inalienables, integrales y progresivos.

...

Desestimación de los conceptos de invalidez:

a) Lo infundado del primer concepto de invalidez, relativo a la violación de los artículos 1º, 4º, 22 y 123 constitucionales, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

en los incisos a), b) y c) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

b) Lo infundado del segundo concepto de invalidez, relativo a la invasión a la esfera competencial del Congreso de la Unión, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos en el inciso h) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

c) Lo infundado del tercer concepto de invalidez, relativo a la violación al derecho de procreación consagrado en el artículo 4º constitucional, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos en los incisos a) y d) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

d) Lo infundado del cuarto concepto de invalidez, relativo a la violación al principio de exacta aplicación de la ley penal, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos en los incisos e) y g) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

e) Lo infundado del quinto y séptimo conceptos de invalidez, relativo a la discriminación del producto de la concepción con motivo de la edad gestacional y a la exclusión del varón en la toma de la decisión de interrumpir el embarazo, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos en los incisos d) y e) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

f) La desestimación del sexto concepto de invalidez, relativo a la violación al derecho de objeción de conciencia, se sustenta substancialmente en los argumentos referidos en el inciso i) del punto 4) del resultando precedente de este fallo.

g) Es infundado el octavo concepto de invalidez, en el que se argumenta que las disposiciones impugnadas violan los artículos 1º y 25, primer párrafo, constitucionales, al ser normas discriminatorias que atentan contra la dignidad humana y que tienen por objeto anular los derechos de los concebidos no nacidos menores a la doceava semana de gestación.

...

h) El noveno concepto de invalidez, referido a la violación de los artículos 16 y 133 constitucionales, al afirmar el accionante

que las normas impugnadas carecen de la debida fundamentación y motivación pues la Asamblea Legislativa no está facultada para establecer la posibilidad de que una mujer pueda interrumpir el embarazo dentro de las doce semanas de gestación, también resulta infundado.

Lo anterior se afirma porque la fundamentación de las disposiciones combatidas radica en el hecho de que el órgano legislativo del Distrito Federal está facultado para legislar en materia penal, de salud y de asistencia social, mientras que la motivación se satisface también porque aquéllas se refieren a relaciones sociales que reclaman una regulación, dado el problema de salud pública que representan las muertes o afectaciones a la salud de las mujeres con motivo de la práctica de abortos clandestinos, existente porque las mujeres que desean interrumpir su embarazo no tienen acceso a la prestación de los servicios de salud pública para esos efectos, poniéndose en riesgo su vida, su salud y su integridad personal.

Así, la Asamblea Legislativa sólo recogió una situación fáctica que provocaba la afectación de derechos de la mujer reconocidos constitucionalmente, a saber, la vida, la salud, la libertad de decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento y el de autodeterminación de su cuerpo.

Por último, es de destacarse que la Asamblea Legislativa, al expedir el Decreto impugnado, se ajusta al orden de supremacía constitucional y jerarquía normativa establecida en el artículo 133 constitucional, ya que no vulnera el Pacto Federal, ni desconoce o contraviene disposición alguna de la Carta Magna.

SÉPTIMO. Informe de la autoridad que promulgó las normas impugnadas.

El Jefe de Gobierno del Distrito Federal rindió su informe dando contestación, en forma conjunta, a las demandas de la Procuraduría General de la República y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, manifestando, sustancialmente, lo siguiente:

1. En relación a la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

a) Carece de legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad, pues sólo puede incoarla cuando considere que se están vulnerando derechos humanos consagrados en nuestra Ley Fundamental y, en el caso, si bien aduce la violación de tales derechos lo vincula con cuestiones de competencias constitucionales, que, en última instancia, son materia de una controversia constitucional, particularmente en el planteamiento que hace valer en su octavo concepto de invalidez.

b) El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos carece de facultades para promover la presente acción de inconstitucionalidad por decisión propia, en representación de dicha Comisión, pues si bien conforme al artículo 15, fracción I, de la Ley de la referida Comisión el Presidente de ésta tiene la facultad de ejercer la representación legal de la Comisión, corresponde al Consejo Consultivo establecer sus lineamientos de actuación, por lo que el Presidente debe permitir la participación del Consejo o solicitar su opinión en la determinación de promover o no una acción de inconstitucionalidad.

2. Por lo que se refiere a los conceptos de invalidez hechos valer:

I. En relación al primer concepto de invalidez aducido por el Procurador General de la República y el correlativo de la demanda de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

En primer término, se precisa que la Asamblea Legislativa tiene facultades para legislar en materias civil y penal, es decir, para determinar cuándo una conducta u omisión es ilícita y culpable expresamente descrita por la ley y sujeta a una pena o sanción; cita en apoyo a su argumento la tesis de rubro: “EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS.”

Constituye una realidad de la sociedad del Distrito Federal que de facto se ha despenalizado el aborto, pues no existen denuncias por la comisión de dicho delito, sino preocupación por los índices de muertes y daños por abortos clandestinos.

Ninguno de los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano prohíben la interrupción del embarazo, ni reconocen el derecho a la vida desde la concepción.

Una vez que ha expuesto las anteriores precisiones sostiene que:

a) Los preceptos impugnados no contrarían el derecho a la vida, pues éste se vincula únicamente con la persona que ha nacido. El vocablo “persona”, como sujeto de derechos y obligaciones y que denota un concepto elaborado por el Derecho, se distingue de los de “ser humano” u “hombre”, que implican una realidad biológica y que no son el objeto del Derecho. Además, para que una persona pueda ser sujeto de derechos y obligaciones requiere de la “capacidad jurídica”, sea ésta de goce o de ejercicio.

...

b) Las normas impugnadas se encuentran debidamente fundadas y motivadas.

La autoridad legislativa que expidió las normas impugnadas actuó dentro de su marco constitucional de competencia, pues el Constituyente dejó al legislador ordinario la calificación de ilicitud de las conductas sociales y la sanción que, en su caso, les corresponda, salvo casos determinados en los que estableció las condiciones de creación de la normatividad que establezca el castigo relativo, dentro de los que no se encuentra el aborto, por lo que la tipificación de dicho delito que realizó la Asamblea del Distrito Federal no puede ser inconstitucional. Una consideración contraria llevaría a sustentar la inconstitucionalidad de todas las legislaciones penales, locales y federal, al establecer excluyentes de responsabilidad para el delito de aborto, inclusive después de la décimo segunda semana de gestación.

...

II. En cuanto al segundo concepto de invalidez planteado por el Procurador y su correlativo de la demanda promovida por la Comisión:

a) La Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene competencia para legislar en materia de salud, porque el artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, inciso i), le otorga a la Asamblea Legislativa la facultad expresa de normar la salud, por lo que al expedir los preceptos impugnados no hizo uso de una facultad concurrente con la Federación en materia de salu-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

bridad general, sino de las que le han sido conferidas por el Constituyente.

...
b) *La Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene competencia para legislar en materia penal en relación con la interrupción del embarazo, lo que implica la tipificación del delito de aborto.*

...
III. *Por lo que se refiere al tercer concepto de invalidez hecho valer por el Procurador General de la República y su correspondiente de la demanda promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el que se sostiene la vulneración por parte de los preceptos impugnados al artículo 4º constitucional, se afirma que tal planteamiento es infundado por lo siguiente:*

La libertad de procreación implica una obligación dual, a saber que a nadie puede prohibírsele que tenga los hijos que desee y el espaciamiento entre ellos, como tampoco puede obligársele a tenerlos cuando no lo desea.

El planteamiento relativo a que dicha libertad constituye un derecho de la pareja debe desestimarse, pues si con la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo se afecta un derecho del hombre, tiene prevalencia el derecho de la mujer porque en su cuerpo se desarrollará el proceso de gestación.

...
IV. *Por lo que se refiere al cuarto concepto de invalidez manifestado por el Procurador y su correlativo de la demanda de acción acumulada, en el que se plantea la vulneración al artículo 14 constitucional por la posibilidad de error en la determinación de las semanas de embarazo al no preverse una técnica o método específico para determinarlo, se manifiesta que el elemento de temporalidad del tipo penal (ya que la tipicidad de la conducta se dará cuando se ejecute la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación) es, precisamente, el que otorga certeza y seguridad jurídica al gobernado, al constituir una medida de tiempo de uso corriente, cierto y verificable sin dificultad alguna.*

Además, desde el punto de vista médico, existen técnicas científicas que establecen con un alto grado de exactitud la edad gestacional del embrión.

...
V. El quinto concepto de invalidez, en el que se sostiene la vulneración a las garantías de no discriminación y de igualdad consagradas en los artículos 1º, tercer párrafo, y 4º, primer párrafo, constitucionales, por dejar desamparados a los embriones antes de la décimo segunda semana de gestación, es infundado, en virtud de que el fenómeno de la discriminación se vincula con las personas nacidas, sólo puede darse respecto de personas sujetos de derechos y obligaciones y no respecto de embriones que exclusivamente son objeto de protección.

...
VI. En relación al sexto concepto de invalidez hecho valer y su correlativo, en el que se aduce la inconstitucionalidad del artículo 16 Bis 6 de la Ley de Salud del Distrito Federal, que establece la obligación de las instituciones públicas de salud de atender las solicitudes de interrupción del embarazo, se hace notar, en primer término, que la parte actora no precisa cuál es el precepto constitucional que se estima violado.

No obstante ello, se hace notar que dicho numeral es constitucional, pues también lo es el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal.

Además, en cuanto a la objeción de conciencia, debe señalarse que es falso que se obligue a los servidores públicos a participar en la interrupción del embarazo a pesar de sus convicciones personales, pues el artículo 16 Bis 7 de la Ley de Salud impugnada establece la posibilidad de que se excusen de intervenir.

VII. El séptimo concepto de invalidez aducido por el Procurador General de la República y su correspondiente planteado por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el que se sostiene que el artículo 146 del Código Penal del Distrito Federal es discriminatorio pues el embrión se protege hasta su implantación, resulta infundado por lo siguiente.

El artículo 146 controvertido crea un tipo penal autónomo denominado aborto forzado, denominado por la doctrina como

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

aborto sufrido, en el que la interrupción del embarazo se realiza sin el consentimiento de la mujer embarazada, por lo que en éste se afecta el derecho de la mujer a procrear, además del producto de la fecundación.

Dicho precepto no puede ser discriminatorio de los derechos del embrión porque, como se ha señalado con anterioridad, el embrión no cuenta con ninguno de los atributos de la persona o individuo y, por tanto, no puede contar con sus derechos. Se confunden los derechos a la vida y no discriminación de las personas con la protección del embrión.

VIII. Es infundado el octavo concepto de invalidez aducido por el Procurador y el correspondiente de la Comisión, en el que se argumenta que las disposiciones impugnadas atentan contra la dignidad humana, que se adquiere desde el instante mismo de la concepción.

Se sostiene lo anterior en virtud de que el concepto de dignidad, a que se refieren los artículos 1º, tercer párrafo, y 25, primer párrafo, constitucionales, se refieren a las personas como individuos nacidos y en pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones y no a los embriones.

...

IX. Es infundado el noveno concepto de invalidez planteado por el Procurador General de la República y el que en similares términos plantea el Presidente de la Comisión, en el sentido de que los preceptos impugnados vulneran la garantía de legalidad por no encontrarse fundados y motivados al haber actuado la Asamblea Legislativa fuera del ámbito de sus atribuciones y desacatando los artículos 14 y 22 constitucionales que prohíben la pena de muerte.

Lo infundado del concepto de invalidez se basa en que los preceptos impugnados en modo alguno tienen como finalidad privar de la vida a persona alguna, lo que se corrobora si se considera la previsión tanto en Códigos Punitivos locales como en el federal de excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias en diversos casos, lo que no podría entenderse si atentaran contra una vida indefensa.

El argumento de la parte actora colisiona con los derechos de la mujer y con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano, concretamente con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de instrumentar medidas con el propósito de fortalecer la garantía de no repetición de violaciones a los derechos de las mujeres a la interrupción legal del embarazo.

X. Finalmente, se sostiene que es infundado el sexto concepto de invalidez formulado por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el que aduce que los artículos 145 a 147 del Código Penal para el Distrito Federal contravienen el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad de la mujer menor de edad al no haber regulado su caso en que se requiere el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, en virtud de que el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal establece su ámbito de validez personal y edad penal, al determinar que sus disposiciones se aplicarán a todas las personas a partir de los dieciocho años, por lo que la falta de mención de los menores en las normas impugnadas es, precisamente, porque les son ajenas.

La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal reglamenta la función del Estado en la adaptación social de los menores cuya conducta se encuentre tipificada en las leyes penales del Distrito Federal, conforme a su artículo 1º, de lo que deriva que si una conducta no se encuentra prevista como delito por el Código Penal para el Distrito Federal no podrá ser aplicado el sistema tutelar de infracciones.

Así, si una mujer menor de 18 años de edad desea interrumpir su embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, podrá acudir a los centros de salud u hospitales, junto con quien ejerza la patria potestad sobre ella, a fin de que formule la solicitud del procedimiento y otorgue su consentimiento y, en caso de no contar con el consentimiento de éste, podrá llevarse a cabo el procedimiento de controversia familiar para dirimir dicha cuestión.

...

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Competencia. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer y resolver las presentes acciones de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105, fracción II, incisos c) y g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, toda vez que se plantea la posible contradicción entre el Decreto por el que se Reforma el Código Penal para el Distrito Federal y se Adiciona la Ley de Salud para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...
TERCERO. Sobreseimiento y causal de improcedencia.

...
CUARTO. Legitimación activa.

...
Del artículo 105, fracción II, incisos c) y g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que tanto el Procurador General de la República como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad, entre otras normas, contra leyes del Distrito Federal ...

Igualmente, conforme a los artículos 59, en relación con el diverso 11, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, las partes deben comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos ...

En el caso, suscribe la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007, José Luis Soberanes Fernández, en su carácter de Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, carácter que acredita con el testimonio de la escritura pública número setenta y dos mil doscientos noventa y cuatro, en la que se protocoliza la designación emitida en su favor por la

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, de fecha veintiocho de octubre de dos mil cuatro, que obra en la foja ciento quince de autos; en términos de lo dispuesto en los artículos 15, fracción I, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 18 de su Reglamento Interno, corresponde al Presidente de la referida Comisión su representación legal ...

En consecuencia, debe considerarse que en el caso la Comisión Nacional de Derechos Humanos es un órgano legitimado para ejercer la acción, y que la persona que suscribe la demanda es un sujeto que cuenta con la personería para representar a esa comisión.

Por otra parte, es importante resaltar que conforme al artículo 105, fracción II, inciso g), constitucional, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos constituye un órgano legitimado para promover acción de inconstitucionalidad contra leyes del Distrito Federal, como lo son las normas que se impugnan, y en términos de lo dispuesto en el artículo 11 de su Ley Reglamentaria, aplicable a las acciones de inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en su numeral 59, las partes deben acudir a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, cuentan con facultades para representarlos, sin requerirse ninguna otra formalidad para ello, por lo que debe considerarse suficiente para tener por acreditada las facultades de representación del órgano legitimado, que la ley que lo regule le otorgue tales atribuciones, al disponerlo así la ley específica en la materia.

Además, debe advertirse que el artículo 15, fracción I, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y 18 de su Reglamento Interno le otorgan al Presidente de la Comisión las facultades para representar a tal órgano sin requerir acuerdo o formalidad alguna especial para que pueda llevar a cabo tal representación, sin que obste para ello las atribuciones que corresponden al Consejo Consultivo en cuanto a la aprobación de dicho Reglamento y al establecimiento de los lineamientos generales de actuación de la Comisión, en términos de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del Reglamento referido ...

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Así las cosas, a las atribuciones del Consejo no pueden otorgárseles alcances limitativos de la facultad de representación que, sin condicionamiento, la Ley y el propio Reglamento otorgan al Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, porque la facultad del Consejo Consultivo para dictar en acuerdos los lineamientos generales de actuación y la normatividad interna de la Comisión que no esté prevista en el Reglamento, se refiere a asuntos sustantivos propios e internos de la Comisión, es decir, a cuestiones diversas y ajenas a la representación del órgano en la promoción de acciones de inconstitucionalidad, por lo que dichos preceptos reglamentarios no condicionan de manera alguna la promoción y representación legal de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por su Presidente a ningún acuerdo previo.

En otro sentido, este Alto Tribunal ya se ha pronunciado en torno a la materia propia de análisis en una acción de inconstitucionalidad y ha establecido tesis jurisprudenciales en el sentido de que si bien la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son medios de defensa constitucional diversos, pues mientras la primera tiene como fines primordiales garantizar el principio de división de poderes y la salvaguarda del federalismo por lo que la litis en ella, por regla general, versa sobre la invasión a la esfera de competencia o atribuciones entre entidades u órganos de poder, la segunda constituye un medio de control abstracto, a través del cual se hace una denuncia de inconstitucionalidad respecto de normas, leyes generales o tratados internacionales que sean contrarios a la Carta Magna, sin más limitación que la disposición u ordenamiento normativo de que se trate la contravenga, por lo que las partes legitimadas para ejercer dicha acción pueden plantear la contradicción de las normas combatidas con cualquier precepto de la Constitución Federal, ya sea en su parte orgánica o dogmática.

Las jurisprudencias relativas son las identificadas con los números 71/200; 101/99; 73/2000 y 81/2003, cuyos rubros, respectivamente, son los siguientes: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITU-

CIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.”, “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.”, “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA PUEDEN PLANTEAR LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES FRENTE A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, YA SEA EN RELACIÓN CON SU PARTE DOGMÁTICA U ORGÁNICA.” y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES PUEDE SER MATERIA DE ESTUDIO EN UNA U OTRA VÍA.” ...

De esta manera, es claro que cualquiera de las partes legitimadas para promover una acción de inconstitucionalidad, respecto de la ley, norma o tratado en torno de la cual tenga tal facultad, estará en aptitud de cuestionar su apego a la Ley Fundamental en cualquiera de sus partes, es decir la contravención de ésta a cualquiera de sus disposiciones, ya sea que pertenezca a su parte orgánica o bien de alguno de los derechos fundamentales establecidos en su parte dogmática, sin ser necesario que en el análisis de la legitimación activa que realiza este Alto Tribunal se defina si las normas controvertidas vulneran o no derechos fundamentales o si realmente la acción ejercida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos trasciende o se refiere a un derecho fundamental, pues esas situaciones no son propias del pronunciamiento sobre la legitimación activa, pues debe bastar con la expresión de los conceptos de invalidez en los que se expongan violaciones a la norma fundamental, para que se esté en aptitud de considerar que se materializa el supuesto de legitimación previsto en el artículo 105, fracción II, inciso g).

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En ese orden de ideas, es menester precisar que este Tribunal Pleno ha establecido, en la jurisprudencia identificada con el número 7/2007, quiénes se encuentran legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad atendiendo al ámbito de la norma impugnada, determinando, respecto de las leyes del Distrito Federal, que tendrán legitimación: 1. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro ante el Instituto Electoral del Distrito Federal, siempre que se trate de la impugnación de una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal...

Así, los anteriores sujetos legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad contra una ley del Distrito Federal estarán en aptitud de plantear la contravención de la norma a cualquier dispositivo de la Carta Magna.

...

Por otro lado, promueve la acción de inconstitucionalidad 147/2007 Eduardo Medina-Mora Icaza, en su carácter de Procurador General de la República, lo que acredita con la copia certificada de su nombramiento que obra en la foja 346 del expediente, el que cuenta con la legitimación necesaria para hacerlo en términos de lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, inciso c), de la Constitución Federal, ya que plantea la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud, ambos ordenamientos para el Distrito Federal, reformados los primeros y adicionados los segundos mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad de veintiséis de abril de dos mil siete, así como del artículo Tercero transitorio de dicho Decreto

Apoya la conclusión anterior, la tesis de jurisprudencia número P./J. 98/2001, que dice:

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITI-

MACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES ...

...
SÉPTIMO.- Planteamientos sobre la Incompetencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

...

I. ¿SON LA SALUD Y LA SALUBRIDAD GENERAL MATERIAS DISTINTAS?

La salubridad general originalmente, antes de la reforma constitucional de mil novecientos ochenta y tres, se encontraba relacionada solamente con las competencias establecidas en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, refiriéndose tanto a epidemias de carácter grave, enfermedades exóticas, programas contra el alcoholismo o cualquier otra sustancia que envenene al individuo o degenera a la especie humana, así como al combate contra la contaminación ambiental.

La prestación de servicios de salud federales se entendía como uno de los objetivos de la salubridad general, por tanto, la salubridad general, desde sus orígenes, tenía dos ejes básicos: los servicios y control sanitarios, por un lado, y las actividades relativas a la salud, por el otro ... En este esquema, existía un sistema de coordinación entre las facultades federales y las locales de salud, tal y como se advierte de la Ley de Coordinación y Cooperación de Servicios Sanitarios en la República de mil novecientos treinta y cuatro ...

El anterior esquema se hizo más complejo después de la reforma de mil novecientos ochenta y tres al artículo 4º constitucional, que incorporó de manera explícita el derecho a la salud y estableció la delegación para el establecimiento de la materia concurrente a la nueva Ley General de Salud, que derogó el anterior sistema de coordinación y estableció un nuevo Sistema General de Salud, mantuvo los dos ejes anteriormente identifi-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

cados, y elevó la salud a rango de derecho constitucional prescricional...

De este modo, no se advierte que exista o deba existir diferencia entre las materias de salubridad general y salud: la primera es el campo general que comprende tanto a la salud como a los servicios y controles sanitarios, y entre ambas se integra el sistema complejo que comprende tanto la vertiente competencial y orgánica, como aquella que corresponde al derecho fundamental de acceso a los servicios de salud.

II. ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE LEY GENERAL DE SALUD Y SISTEMA NACIONAL DE SALUD?

De este modo, la Ley General de Salud es un ordenamiento que establece concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, reglamenta además el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en términos del artículo 4º constitucional, y prevé las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Tiene aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social...

Esta ley crea un Sistema Nacional de Salud constituido por dependencias de la administración pública tanto federal como locales, y personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud ... La coordinación de este Sistema Nacional se encuentra a cargo de la Secretaría de Salud a la que le corresponden, entre otras cosas, establecer, conducir, coordinar y realizar la política nacional en materia de salud, los programas de servicios de salud y su evaluación, coordinar el proceso de programación de actividades del sector salud, promover el establecimiento de un sistema nacional de información básica en materia de salud, apoyar la coordinación entre las instituciones de salud y las educativas, para formar y capacitar recursos humanos para la salud ...

En este sentido, los gobiernos de las entidades federativas coadyuvan en el ámbito de sus respectivas competencias y, en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren con

la Secretaría de Salud, a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Con tal propósito, planean, organizan y desarrollan en sus respectivas circunscripciones territoriales, sistemas estatales de salud procurando su participación programática en el Sistema Nacional de Salud...

Esta ley, en su artículo 13, distribuye las competencias en materia de salubridad general entre la Federación y las entidades federativas, y para lo que aquí nos interesa conviene precisar que:

1. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud, entre otras (artículo 13, inciso A, fracción II): organizar, operar y vigilar el funcionamiento de los servicios en las materias enumeradas en las fracciones I, III, V, VI, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII Y XXIX, del artículo 3º de la propia Ley ...
2. Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales, entre otras (artículo 13, inciso B, fracción I): organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII y XXVIII Bis del artículo 3º de la Ley de conformidad con las disposiciones aplicables ...

Conviene destacar, asimismo, que la fracción IV de este artículo 3º de la Ley General de Salud se refiere a la atención materno-infantil, materia que compete a las entidades federativas como autoridades locales dentro de sus respectivas jurisdicciones, y que tiene carácter prioritario y comprende entre otras acciones la atención de la mujer durante el *embarazo*, el parto y el puerperio ...

Por su parte, la fracción VII de este artículo 3º de la Ley General de Salud se refiere a la planificación familiar, materia que también compete a las entidades federativas como autoridades locales dentro de sus respectivas jurisdicciones, y que tiene carácter prioritario y comprende entre otras acciones dar información y orientación educativa para los adolescentes y jó-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

venes. Asimismo, informar sobre la inconveniencia del embarazo antes de los veinte años o bien después de los treinta y cinco, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número, mediante una correcta información anticonceptiva

...

III. ¿EXISTE UNA DEFINICIÓN DE EMBARAZO EN MATERIA DE SALUD?

De una lectura de la Ley General de Salud se hace evidente que la misma no contiene o prevé en sus preceptos una definición de lo que debe entenderse por *embarazo*. Si bien en diversos preceptos se contiene dicha palabra, en ningún momento la define.

...

... Es sólo en el Reglamento de la Ley General de Salud en la materia específica de “Investigación para la Salud”, el que en su artículo 40, fracción II, establece una definición de *embarazo*, en los términos siguientes:

“Artículo 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

(...)

II.- Embarazo.- Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos”.

Ahora bien, para contextualizar la anterior definición debemos tener en cuenta lo siguiente:

A) La Ley General de Salud, en su Título Quinto se refiere a la Investigación para la Salud, la que comprende entre otras cosas, las acciones que contribuyan: a) al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos; b) al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social; c) a la prevención y control de los problemas de salud que se consideren prioritarios para la población; d) al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud; e) al estudio de las técnicas y

métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud, y f) a la producción nacional de insumos para la salud...

Estas acciones se llevan a cabo por la Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la Secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el que orientará al desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

La Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán y estimularán el funcionamiento de establecimientos públicos destinados a la investigación para la salud...

B) Es este Título Quinto de la Ley General de Salud, referente a la Investigación para la Salud, es reglamentado por “el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud”, el cual como ya precisamos, en su artículo 40, fracción II, define el *embarazo*.

En este sentido, atendiendo al ámbito de validez del Reglamento, esta definición de *embarazo* únicamente es aplicable a efectos de lo relativo a la investigación para la salud, y no es una definición general que para efectos de la materia de salubridad general establezca la Ley General de Salud, pues como ya lo precisamos, este ordenamiento no define este concepto.

...

IV. ¿EN MATERIAS CONCURRENTES, DEBEN LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS OBSERVAR ÚNICAMENTE LA LEY GENERAL, O TAMBIÉN LAS NORMAS QUE LA DESARROLLAN A NIVEL FEDERAL, COMO REGLAMENTOS Y NORMAS OFICIALES MEXICANAS?

Por otro lado y como ya estableció anteriormente, además de la especialidad material que afecta a la legislación en materia de salud y a su desarrollo reglamentario, hay que subrayar que aquella definición de *embarazo* se encuentra precisamente a nivel reglamentario. Por esto, pareciera difícil que el desarrollo de un concepto por parte del Poder Ejecutivo Federal pudiera ser aplicable a los demás órdenes jurídicos: el local y el munici-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

pal, de manera transversal, aun siendo un desarrollo reglamentario de una Ley General que establece la concurrencia entre éstos órdenes.

En este sentido, la facultad reglamentaria del Presidente de la República puede ejercerse respecto de los conceptos establecidos en la Ley General de Salud; sin embargo, su desarrollo no puede considerarse aplicable a los demás órdenes jurídicos, en particular a los de las entidades federativas, los cuales pueden desarrollar estos mismos conceptos de manera concurrente, en el ámbito de sus respectiva jurisdicción, frente al mismo desarrollo federal.

Hay que subrayar que la delegación de las materias concurrentes para su distribución por legislador federal, por medio de una ley general, no implica la observancia obligatoria por los demás órdenes jurídicos de todo el desarrollo reglamentario del Ejecutivo Federal de los conceptos contenidos en esa ley. Esta distribución competencial no puede establecer jerarquía de los reglamentos federales frente a los estados y municipios, ni se puede considerar que la concurrencia opera materialmente de manera monolítica o en bloque frente a las competencias de los demás órdenes jurídicos parciales.

Esto es más claro aun en el caso de las normas oficiales mexicanas; si bien es cierto que existen varias normas que se refieren a temas relacionados con el que aquí se analiza, y que pueden considerarse derivadas de las normas generales que aplican federalmente, esto no significa que sea todo el sistema normativo –Ley General de Salud, normas reglamentarias y Normas Oficiales Mexicanas derivadas- el que se aplique de manera transversal a los demás ordenes jurídicos que integran el sistema constitucional mexicano ...

En el caso de las normas oficiales, el análisis debe partir de la distinción entre metrología y normalización al ser ambas materias contenido de la ley de desarrollo, la primera de estas materias, que se refiere al establecimiento de pesas y medidas, encuentra fundamento el artículo 73, fracción XVIII de la Constitución y su contenido se desarrolla en la fracción primera del artículo 2º de la Ley de Metrología y Normalización; en

este caso estamos hablando de una competencia eminentemente federal que aplica a la totalidad del territorio nacional.

Por otro lado, la normalización, certificación, acreditamiento y verificación son materias que tienen como destinatarias solamente a las autoridades federales, lo cual claramente se encuentra expresado en los diversos artículos relacionados de la citada ley de la materia. Las normas oficiales se refieren particularmente a las dependencias del Gobierno Federal y las mismas son expedidas para regular su específico ámbito de competencia. De otro modo, considerar que el Ejecutivo Federal por vía de reglamentos y de Normas Oficiales Mexicanas pudiera regular el ámbito competencial de los estados y municipios, conduciría al vaciamiento de las competencias estatales y municipales.

De este modo, también debemos excluir la posibilidad de aplicación transversal de las Normas Oficiales Mexicanas relacionadas con la materia.

V. ¿SON OBLIGATORIAS LAS DEFINICIONES ESTABLECIDAS EN UNA LEY GENERAL PARA TODOS LOS RESTANTES ÁMBITOS NORMATIVOS COMPONENTES DE NUESTRO SISTEMA FEDERAL?

Ahora bien, para concluir este ejercicio, es necesario determinar si una cuando el Legislador Federal estableciera una definición de embarazo directamente en la Ley General de Salud, y ésta no se encontrara delimitada dentro de las materias específicas de la misma Ley (sino que fuera aplicable a la totalidad de la materia de salud), resultaría válido que el legislador local o del Distrito Federal definiera alguno de estos conceptos de manera diferente para un ámbito material distinto del relativo a la salubridad general, como los ámbitos penal y civil.

En este sentido, ya esta Suprema Corte ha sostenido en diversas ocasiones que el legislador cuenta con *autonomía calificadora*. Ésta consiste en la potestad de establecer el contenido de distintas figuras normativas atendiendo a la naturaleza de la legislación en cuestión, sin importar que dicha figura se encuentre prevista en un ordenamiento de diferente contenido.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Es decir, atendiendo a la naturaleza y a los fines que se persiguen con cada ordenamiento legal, el legislador cuenta con la facultad de calificar y dar un cierto contenido a las instituciones jurídicas que en ellos se regulen ... Atendiendo a esta *autonomía calificadora* del legislador, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al regular el delito de Aborto en el Código Penal para el Distrito Federal, emitió su propia definición de *embarazo* para efectos de la materia penal contenida en el artículo 144 impugnado.

Si bien es cierto que existe un precedente de esta Suprema Corte de Justicia que establece que cuando ciertos conceptos se encuentran relacionados con la materia específica contenido de un derecho fundamental, los conceptos que pudieran relacionarse o “intersectarse” con aquellos que son propios del derecho (como la salud o la salubridad), deben coexistir en armonía, dándosele preferencia a aquéllos establecidos en la ley materialmente relacionada con el desarrollo o configuración del derecho ... Sin embargo, en este caso este precedente no es aplicable ya que, como ya se analizó en el apartado anterior, en la Ley General de Salud no se encuentra ninguna definición que cumpla con las anteriores características al encontrarse contenida en un reglamento federal y encontrarse delimitada a la materia específica de investigación de la salud. Por tanto, lo no establecido de manera expresa en la ley general, no puede generar criterio de armonización ni entre órdenes, ni entre materias diversas, ya que no existe un parámetro con el cual hacer esta armonización y, de existir éste, tendría que cumplir con todas las condiciones antes mencionadas, lo cual ya no es el caso de analizar en este momento.

Adicionalmente, en este caso nos referimos específicamente a la materia penal, cuya naturaleza la hace particularmente reticente a la aceptación o adopción de contenidos establecidos en otros ordenamientos por las restricciones que genera la aplicación de sus principios generales como legalidad penal, tipicidad, etc. Para considerar que existen excepciones a estos principios generales, la legislación penal normalmente hace una remisión expresa para la integración de este tipo de contenidos,

la limitación que este alto tribunal ha establecido para tales remisiones, es que las mismas se refieran a un ordenamiento del mismo nivel legal, para que la remisión sea en sentido horizontal entre ordenamientos y se respete así el principio de legalidad ... Lo que no se ha permitido de manera consistente y presenta más problemas, es la remisión de la legislación penal a ordenamientos de menor jerarquía, en particular a reglamentos o normas oficiales mexicanas, lo cual se ha considerado generalmente contrario al principio de exacta aplicación y de reserva en materia penal ...

De cualquier modo pareciera que en materia penal el sentido de las posibles remisiones es desde las normas penales hacia las definiciones materiales contenidas en otros ordenamientos, y no así la obligación de una armonización en sentido inverso. Esto último sería atentatorio de los principios en materia penal que nos orientan a que todos los elementos del tipo se encuentren, en principio, previstos en la misma legislación penal y no en diversos ordenamientos, lo que dificultaría la aplicación ortodoxa de la reserva de ley penal y los principios de certeza y exacta aplicación penal ... Esta sería, en sí misma, razón suficiente para considerar la no aplicabilidad del precedente mencionado, el cual se refiere de manera específica a la materia civil.

Finalmente, en el ámbito local del Distrito Federal, el artículo 122, Base Primera, fracción V, inciso h) dispone que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en los términos del Estatuto de Gobierno, tiene facultad para legislar en materia penal. Así, con base en esta facultad y en el ámbito de su competencia expidió el Código Penal para el Distrito Federal.

Este Código en su artículo 144 tipificó el delito de aborto, y definió al *embarazo* en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 144. Aborto 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”.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Como se advierte, la definición de embarazo que estableció la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, fue dentro del ámbito de su competencia para legislar en materia penal y dicha definición únicamente tiene sentido en el ámbito de su respectiva competencia y para efectos, entonces, de la materia penal.

Resumiendo, la definición de embarazo establecida por el órgano legislativo local al desplegar su facultad para emitir leyes en materia penal, en ejercicio de su *autonomía calificadora*, de ninguna manera transgrede la Ley General de Salud, ya que:

— La Ley General de Salud no establece ninguna definición aplicable de manera general.

— La única definición establecida en el ámbito federal se encuentra limitada a la materia de “Investigación para la Salud”, las diversas materias contenidas en la Ley General de Salud tiene su desarrollo en una variedad amplia de reglamentos, por lo que estas definiciones sólo aplican en su ámbito normativo específico.

— En materias específicas, la Ley General de Salud establece la atención materno-infantil y la planificación familiar como materias locales, las mismas se refieren al embarazo, pero no hacen ninguna definición del mismo.

— El precedente del Estado de Nayarit, la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005, sobre armonización en puntos de intersección no es aplicable ya que no existe tal intersección y, de existir, habría que cuestionarse si son aplicables las mismas razones elaboradas en materia civil a la materia penal.

— La definición se encuentra solamente a nivel reglamentario lo que lo hace aplicable solamente en el ámbito administrativo federal, para proveer en la esfera administrativa federal a la exacta observancia de la Ley, excluyendo su obligatoriedad transversal a los demás ordenamientos jurídicos como estados y municipios.

—La Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene, por tanto, libertad de calificación y configuración en lo que se refiere a materias de su competencia, como lo es la materia penal.

— No existe invasión de esferas por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al definir el embarazo para efectos de la tipificación del delito de aborto en el Distrito Federal.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los argumentos contenidos en los conceptos de invalidez identificados al comienzo de este apartado resultan infundados.

OCTAVO.- Planteamientos de Fondo en Relación con la Existencia y Naturaleza del Derecho a la Vida.

Tanto el Procurador General de la República en sus conceptos de invalidez primero, séptimo y noveno, como el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en sus tres primeros conceptos de invalidez, plantean argumentos para demostrar que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal carece de competencia material para emitir los preceptos que se impugnan. Concretamente, argumentan que el legislador secundario no está facultado para permitir actos tendentes a privar de la vida a un ser humano como lo es el producto de la concepción a partir de la fecundación, por lo que no cabe hacer distinciones en tal protección por razón de edad gestacional, pues ello implicaría establecer restricciones a un derecho fundamental en contravención a lo establecido en el artículo 1º constitucional, ya que las garantías que se consagran en la Ley Suprema “no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Los conceptos de invalidez en los que se expresan los argumentos tendientes a demostrar lo anterior resultan infundados en atención a lo siguiente:

I. ¿SE ENCUENTRA EL DERECHO A LA VIDA CONTEMPLADO POR LA CONSTITUCIÓN MEXICANA?

El primer problema a tratar antes de enfocarnos a cada uno de los argumentos particulares contenidos en los conceptos de invalidez, se refiere a sí efectivamente la Constitución reconoce

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

o no un derecho a la vida y, de ser así, cuáles serían sus fundamentos normativos.

Es claro que de una primera lectura de la Constitución Mexicana, no encontramos de manera expresa en ninguna parte de la misma el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado.

A) Sin embargo, en contra de este primer análisis puramente positivo, se argumenta, en primer término, que no es necesaria la existencia expresa del derecho, ya que éste es presupuesto lógico u ontológico de la existencia de todos los demás, lo que le otorga un condición preeminente, como derecho “esencial” o “troncal” frente a estos, ya que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún otro derecho.

Al descomponer este argumento, nos percataremos que el mismo tiene dos partes claramente distinguibles: una estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional (concretamente una condición necesaria) en la que se afirma que si no se está vivo no se puede disfrutar ningún derecho y otra —la conclusión extraída de la primera afirmación— más bien valorativa, en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales.

De este modo, 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. En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.

Asimismo, este argumento no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio. Es evidente que si no existe un individuo vivo, no hay posibilidad de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente, pero de ahí no se sigue que la vida se condición *de existencia* de los demás derechos, menos la necesidad de otorgarle una posición lógicamente preeminente frente a los demás. Aceptar un argumento semejante destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático. Los derechos fundamentales se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un último valor fundamental del Estado el cual devenga intangible jurídicamente. Este alto tribunal ya lo ha refrendado en precedentes y tesis aplicables: los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos¹.

En el sentido anteriormente apuntado, esta Suprema Corte ha sustentado jurisprudencialmente, en la Octava Época: “CONSTITUCIÓN. TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL.”, en donde claramente se establece, refiriéndose a la Constitución que “(t)odos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás.”. Asimismo, la Primera Sala ha precisado que las restricciones a los derechos fundamentales deben tomar en cuenta determinados criterios, para poderse considerar válidas².

Pero ya desde la Quinta Época, el Tribunal Pleno había establecido lo siguiente:

“Los derechos que bajo el nombre de garantías consagra la Constitución constituyen limitaciones jurídicas que en aras de la libertad individual y respecto de ellas, se oponen al poder de la soberanía del Estado, quien por su misma naturaleza y política social puede

¹ ...

² ...

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

limitar la libertad de cada individuo y en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos.”³

De este modo, desde la Quinta, pasando por la Octava, así como en la Novena Época, esta Suprema Corte de Justicia ha aceptado y afinado progresivamente el criterio de que los derechos fundamentales, o garantías individuales, no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación. De este modo. Si el derecho a la vida se encontrara reconocido expresamente en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo y, en consecuencia, tendría que ser un derecho armonizable con otro conjunto de derechos.

Hasta este momento, sin embargo, no se aprecia el establecimiento de un derecho a la vida a nivel constitucional y, por ende, en este momento no resulta apropiado hacer un pronunciamiento sobre el mecanismo mediante el cual este hipotético derecho pudiera oponible al resto de los derechos constitucionales.

B) En segundo término, se argumenta que la misma falta de mención por parte de la Constitución del término vida justamente implica su protección. Esto es así, se sigue diciendo, ya que con la reforma a los artículos 14 y 22 de la Constitución de nueve de diciembre de dos mil cinco, se eliminó el término vida relacionado con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, así como los supuestos previamente considerados en el artículo 22 de la Constitución⁴. Esta reforma reflejaría en-

³ ...

⁴ Artículo 14. a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. (...)

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.(...)

tonces la concepción del constituyente de que la vida tiene que ser protegido como un *valor superior*. Sobre este punto particular conviene hacer las siguientes consideraciones.

Los trabajos que llevaron hacia la eliminación de la pena de muerte comienzan en mil novecientos ochenta y ocho, y es después de quince iniciativas diversas que se llega a la opción final de eliminación. La eliminación de la pena obedece a la existencia de obligaciones en derecho internacional en materia de derechos humanos para ajustarse a la tendencia internacional respecto de la abolición de la pena de muerte. En este sentido, el instrumento aplicable es la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4º, cuarto párrafo, así como los ajustes de derecho interno para la incorporación y aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Esta es la motivación que se desarrolla de manera extensiva en la exposición de motivos y los diversos trabajos preparatorios, más que un razonamiento acerca de la existencia de un derecho general y absoluto a la vida⁵.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

⁵ Todo esto coincide, además, con un momento histórico importante en relación con la defensa de los mexicanos condenados a la pena de muerte en Estados Unidos. Hay que recordar que el 9 de enero de 2003, el Estado mexicano presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia en contra de los Estados Unidos de América sobre la situación de 52 nacionales mexicanos condenados a pena de muerte en ese país, pretendiendo que se reconsideraran sus causas penales al no haberse respetado el debido proceso y lo establecido en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La sentencia favorable para México que emitió dicho tribunal internacional el 31 de marzo de 2004, obligó al Estado mexicano a actuar en consecuencia para eliminar la pena de muerte en la legislación nacional y garantizar los derechos contenidos en la Convención de Viena a los no nacionales que son detenidos y procesados en México. Por otro lado, también resulta relevante para este tema la firma del Estado Mexicano del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 7 de septiembre del año 2000, el cual no podía ratificarse en razón de que dicho tratado prohíbe la pena de muerte aún en los delitos más graves como el genocidio; para librar ese obstáculo, el Estado mexicano debía eliminar la pena de muerte de su legislación nacional; una vez superado aquél, se

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Adicionalmente, si la intención del órgano de reforma de la Constitución hubiera sido establecer algo tan relevante como un derecho general y absoluto a la vida, lo hubiera establecido de manera expresa y no hubiera dejado lugar a suposiciones y especulaciones sobre el fundamento de la reforma constitucional específica sobre la pena de muerte. En este sentido, y utilizando un *argumento general de coherencia*⁶, el Estado mexicano también hubiera retirado su declaración interpretativa sobre el primer párrafo del artículo 4to de la Convención Americana, la cual, sin embargo, sigue en vigor⁷.

De este modo, este tribunal no puede partir de suposiciones incorrectamente reductivas, o elaborar las mismas a partir de una conclusión previamente formulada; en el mecanismo de la elaboración de una *causa adecuada* de los actos normativos del órgano de reforma, que pretenda explicar las razones por las cuales estos actos tuvieron lugar, tienen un mayor peso los elementos mencionados, más que un supuesto que sostenga la idea de un derecho absoluto y general a la vida⁸.

C) En tercer lugar y como resultado de las anteriores consideraciones, analizaremos directamente el contenido de los instrumentos internacionales aplicables, como el caso del ya mencionado artículo 4º de la Convención Americana, para determinar en que sentido es que su contenido se refiere a la existencia de un derecho a la vida y cuáles serían sus condiciones de aplicación.

El derecho a la vida se encuentra reconocido en una gran cantidad instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los cuales se pueden mencionar: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3)⁹, el Pacto Internacio-

pudo depositar el instrumento de ratificación de dicho Estatuto el 28 de octubre de 2005.

⁶ ...

⁷ Véase más adelante la referencia a las reservas y declaraciones interpretativas...

⁸ ...

⁹ Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

nal de Derechos Civiles y Políticos (art. 6)¹⁰, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1)¹¹, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4)¹². De

¹⁰ 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

¹¹ Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹² 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En 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 le aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

manera complementaria a estos se encuentran también: la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6 y 37)¹³, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (art. 1)¹⁴, el Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 1)¹⁵, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 3)¹⁶, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (principio 4, 5, 6 y 9)¹⁷, Convenios de Ginebra de mil novecien-

los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

¹³ Artículo 6. 1 Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizan en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

a) (...) No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

¹⁴ No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.

¹⁵ Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.

¹⁶ Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

¹⁷ 4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (...)

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de

tos cuarenta y nueve (art. 3 común)¹⁸, Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (art. I y II)¹⁹, Decla-

evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

¹⁸ En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. (...)

¹⁹ Artículo I. Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II. En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

ración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 1 y 2)²⁰, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (art. I y II)²¹, por citar algunos de los más importantes.

- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

²⁰ Artículo 1. 1. Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia.

Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

Artículo 21. Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas.

2. Los Estados actuarán a nivel nacional, regional y en cooperación con las Naciones Unidas para contribuir por todos los medios a prevenir y a eliminar las desapariciones forzadas.

²¹ Artículo I. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación

Lo primero que se advierte de la lectura de todas esas disposiciones, es que el derecho a la vida en los tratados internacionales no se establece ni reconoce como un derecho absoluto. Pues 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 en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esa situación no lo transforma en un derecho absoluto frente a los demás derechos fundamentales, en la medida que los propios tratados internacionales contemplan la pena de muerte y en algunos casos establecen o aceptan la posibilidad de afectar ese derecho, siempre y cuando se haga por los procedimientos adecuados, sin excesos y sin causar sufrimiento innecesario.

Un ejemplo claro de lo anterior se encuentra en los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve sobre el derecho humanitario, de los cuales México es parte, los que protegen a las personas en caso de conflictos armados y establecen que no se debe de privar de la vida a las personas como principio general, buscando garantizar ese derecho aun en las peores condiciones, pero si eso no es posible en razón de las características y situación propia de un conflicto armado, la afectación a ese derecho se debe hacer sin cometer excesos o sufrimientos innecesarios, pues eso derivaría en una privación arbitraria de la vida²². Ejemplo similar, aunque tal vez no tan extremo, lo es la posibilidad de aplicar la pena de muerte, esto es, no se prohíbe la aplicación de esta sanción penal en los tratados de derechos humanos de manera absoluta, sino se restringe su aplicación siempre y cuando se imponga por los delitos más graves, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada dictada con anterioridad a la comisión del delito y por un tribunal competente. Si el derecho fuese absoluto, sería impo-

de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

²² Así lo reconoció incluso la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

sible admitir estas dos posibilidades, así como otras más que podrían ser referidas.

Consecuentemente, el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado de ningún modo como absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este derecho fundamental es lícita.

De una lectura integral de las normas internacionales que protegen el derecho a la vida, encontramos que estos en general consagran respecto a este derecho dos tipos de garantías:

a) Una garantía genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida, y

b) Otra que contiene algunas más específicas que restringen la aplicación de la pena de muerte al cumplimiento de algunos requisitos y supuestos, así como que buscan la abolición gradual y no reincorporación de ésta.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la primera garantía genérica que establecen los tratados de derechos humanos ha señalado que “[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²³.

Por lo que hace a la segunda garantía, el mismo tribunal interamericano ha señalado que “[a]ún cuando la Convención no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte²⁴, [...] las normas convencionales sobre ésta deben interpretarse en el sentido de limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de

²³ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 144.

²⁴ Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrafo 99.

modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”²⁵. Además, que “[q]uedan [...] definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital”²⁶.

No interesa para el presente asunto hacer un desarrollo más detallado respecto a estas dos garantías genéricas que recogen los instrumentos internacionales de derechos humanos, ni las modalidades o condiciones concretas que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han establecido para determinar cuando se presenta la afectación al derecho a la vida por transgredir dichas garantías. Para el asunto que nos ocupa, basta señalar, como ha quedado demostrado, que los instrumentos internacionales de derechos humanos sí garantizan y protegen el derecho a la vida, pero no como un derecho absoluto y que la garantía se dirige de manera particular a la privación arbitraria de la vida y a la pena de muerte.

²⁵ Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 57.

²⁶ Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83, párr. 55. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha manifestado que del artículo 6 (incisos del 2 al 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desprende que los Estados partes están obligados a limitar el uso de la pena de muerte y, particularmente, a abolirla para los crímenes que no sean los más serios, a efectos de lo cual estos deben considerar la posibilidad de revisar sus leyes penales. Cfr. Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 6, en *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994).

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

No se pasa por alto que diversos órganos internacionales encargados de la vigilancia y protección de los derechos humanos han establecido la especial y relevante importancia del derecho a la vida para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, sin embargo, ello tampoco significa que al hacer esos señalamientos se le haya dado un valor superior frente a otros derechos fundamentales.

A este respecto cabe destacar que en el párrafo 5 de la Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en mil novecientos noventa y tres, se señaló que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad debe tratar los derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos la misma importancia.”

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente en este sentido señaló que “[s]alvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”²⁷.

Otro elemento que deriva del análisis de los instrumentos en materia de derechos humanos anteriormente reseñados, es que los mismos no definen el momento en el cual inicia la protección del derecho a la vida, ni desde que momento el ser humano es sujeto de protección. El único tratado internacional que hace referencia a un momento específico para el inicio de la protección del derecho a la vida, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece un momento a partir del cual, “en general”, debe ser protegida la vida. El resto de tratados guardan silencio a ese respecto.

²⁷ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrafo 174.

Esta expresión “en general” es única en los tratados de derechos humanos, ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección de la vida. De hecho, durante el proceso de elaboración de dicha Convención, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas rechazó una propuesta que definía el concepto niño desde su concepción hasta los 18 años de edad²⁸. La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en mil novecientos ochenta y siete del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad. Algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa (la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto), llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso que eliminó la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento.

De este modo, la Convención Americana es el único instrumento que establece que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

Con relación a este punto, vale la pena hacer referencia a la opinión doctrinal de Sergio García Ramírez, que dice:

“Las consideraciones que esta cuestión suscita incorporan en la Convención un dato de relatividad que no existe en otros extremos: “en general”. De aquí se desprende la posibilidad de que la protección a la vida, derecho fundamental” pueda comenzar en otro momento si así lo resuelve el legislador interno. Esto significaría, por

²⁸ Véanse los documentos de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

ejemplo, tutela en un estado posterior de la concepción. La expresión utilizada en el Pacto de San José no implica, por supuesto, que la tutela de la vida deba diferirse hasta un momento posterior a la concepción: sólo es “posible” hacerlo²⁹.

Es entonces esta expresión “en general” en el texto de la Convención, la que otorga a los Estados un margen para adoptar legislación que permita la interrupción del embarazo en determinadas circunstancias según podemos entender del origen mismo de esa expresión desde los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, posteriormente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De Cualquier manera hay que subrayar que hasta la fecha ni la Comisión ni la Corte Interamericana han publicado ninguna decisión sobre el alcance de dicho margen.

Las decisiones existentes respecto al derecho a la vida de la Corte Interamericana están relacionadas con las dos garantías que antes se señalaron, como: a) derivadas de hechos relacionados con ejecuciones extrajudiciales, por ejemplo, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)³⁰; Caso Myrna Mack Chang³¹, y Caso Escué Zapata³²; b) masacres, por ejemplo, Caso Barrios Altos³³; Caso del Penal Miguel Castro

²⁹ Véase el texto de Sergio García Ramírez, *La Pena de Muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Boletín mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año XXXVIII, Número 114, Septiembre-Diciembre 2005, p. 1035.

³⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

³¹ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

³² Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

³³ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Castro³⁴ y Caso de la Masacre de la Rochela³⁵; c) aplicación inadecuada o injustificada de la pena de muerte, por ejemplo, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros³⁶; así como el Caso Fermín Ramírez³⁷ y Caso Óbice, entre otros³⁸. En ninguna decisión encontramos un pronunciamiento respecto al momento del inicio de la vida ni la protección de la vida en supuestos diferentes a los ya señalados.

De este modo, al ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos el único tratado internacional que recoge un momento específico para el inicio de la protección de la vida, siendo el estado Mexicano parte de éste, vale la pena analizar la intención de quienes adoptaron ese instrumento internacional, para determinar si pudiera derivarse un derecho absoluto a la vida u obligaciones especiales para la protección de ese derecho desde un momento específico.

Así, desde los trabajos preparatorios de la Declaración Americana, antecedente normativo previo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de lo que actualmente es su artículo 4º, se hace evidente que no se enfrentó esta cuestión y se decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido como principio el derecho a la vida desde el momento de la concepción³⁹.

³⁴ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

³⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

³⁶ Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

³⁷ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

³⁸ Corte IDH. Caso Boyce y otros. Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

³⁹ De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz celebrada en México en 1945, el Comité Jurídico Interamericano con sede en Río de Janeiro formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, cele-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La controversia surgida respecto a la forma en que debía ser recogida la protección del derecho a la vida desde la elaboración de la Declaración Americana se reflejó de manera similar en la negociación y elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰. El Proyecto presentado contenía 88 artículos, e incluía una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a introducir el concepto, ya intentado desde el contenido de la Declaración, de que “*Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción*”⁴¹.

Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter-alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. *Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción*”⁴².

En los trabajos preparatorios se destaca que el relator propuso en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera “(...) en general, desde el momento de la concepción”. Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes en la mayoría de los Estados ameri-

brada en Bogotá, en 1948. Ese texto preliminar es el que sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.

⁴⁰ Este instrumento tiene sus orígenes en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, donde se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

⁴¹ Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237.

⁴² *Ibíd.* p. 321.

canos, con la siguiente adición: “para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derecho Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general”⁴³.

En los referidos documentos de creación de la Convención Americana, se establece también que la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la Organización de Estados Americanos en su Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el texto del párrafo 1, sin cambios.

En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3º (derecho a la vida), o sea: “en general, desde el momento de la concepción”. La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil⁴⁴. La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras “en general”. Por fin, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aprobado por el Consejo de la Organización de Estados Americanos, el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4º, párrafo 1, de la Convención Americana⁴⁵.

De este complejo surgimiento histórico de la Convención Americana, observamos que, primero, en ningún caso se habló de una condición de derecho absoluto y, segundo, que la expresión “en general” tenía como destino específico permitir que los Estados en los cuales se hubiere ya previsto la realización de abortos o en los Estados que posteriormente aceptaran esta legislación, no se diera una condición de violación a las obligacio-

⁴³ *Ibíd.* p. 97.

⁴⁴ Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, Washington, D.C. 1978, (reimpresión), p. 57, 121 y 160.

⁴⁵ Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, p. 160 y 481.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

nes que iban a adquirir con la firma y ratificación de dicho tratado.

Como ya se señaló, el órgano interamericano competente para interpretar esa disposición no se ha pronunciado respecto al alcance y obligaciones que derivan de la expresión “en general”. Sin embargo, aun aceptando que la Convención Americana estableciera el concepto absoluto del derecho a la vida desde el momento de la concepción, sería imposible imponer a México dicha obligación por medio de una interpretación, en la medida de que México hizo una declaración interpretativa a ese precepto del Pacto de San José.

El instrumento de adhesión de México a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se recibió en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno, con dos declaraciones interpretativas y una reserva.

El texto de las declaraciones y reserva originales es el siguiente:

1. Declaraciones Interpretativas:

a) Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4, considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

b) Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

2. Reserva:

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23 ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

Posteriormente, con fecha nueve de abril de dos mil dos, el gobierno de México notificó a la Secretaría General su inten-

ción de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo en los siguientes términos:

1. Declaración interpretativa:

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4º, considera que la expresión “en general” usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

2. Reserva:

El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

Como se observa, desde que México presentó su ratificación a la Convención estableció la forma en que debía ser entendida o la forma y alcances bajo los cuales se obligaba frente a la expresión “en general” del artículo 4.1 del Pacto de San José, y en esa medida, no se obligó internacionalmente a adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”. Es decir, no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida y en esa medida, se encuentra obligado el Estado mexicano a proteger y garantizar el derecho a la vida como en el resto de tratados internacionales lo disponen, esto es, sin un momento específico para el inicio de la protección y aceptando que no es un derecho absoluto.

Por todo lo anterior debemos concluir 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.

— 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, y tan solo, exigen que

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

se cumplan y respeten las garantías relacionadas con la no privación arbitraria de la vida y las vinculadas con la aplicación de la pena de muerte, y

— El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece un derecho a la vida de tipo absoluto;

— La expresión “en general” que utiliza la Convención Americana fue introducida para que tanto los Estados que querían y protegían la vida “desde la concepción”, como aquellos que no deseaban obligarse a que dicha protección se diera desde un momento específico, pudieran ser parte de dicho tratado;

— México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o algún momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que formuló al ratificar la Convención Americana y que se mantiene vigente;

D) Una vez establecido lo anterior, este Tribunal considera que lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa, son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida, por ejemplo el artículo 4º de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, a la protección a la niñez, a la alimentación y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto.

Es decir, la Constitución, 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.

De este modo, aceptando la existencia de un bien constitucional e internacionalmente protegido en los términos hasta ahora expuestos: expresado en la prohibición del Estado de establecer sanciones penales de privación de la vida o de ejecutar

sanciones que tuvieran ese efecto de manera arbitraria, y como derecho en un sentido relativo e interdependiente con los demás derechos, no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico.

Hay que hacer énfasis en este último elemento, central para el problema que estamos analizando, ya que no es posible jurídicamente sostener la existencia de conductas malas en sí mismas (*mala in se*), sino sólo conductas prohibidas (*mala prohibita*). Lo prohibido penalmente se entiende como una conducta considerada perjudicial socialmente, pero no es posible aceptar de ningún modo la existencia de una obligación prejurídica o que, encontrándose más allá del mismo derecho, determine cuáles son las conductas que debieran estar penalizadas en un momento histórico determinado.

Así, dentro de un hipotético catálogo de conductas que el legislador se encuentra facultado para penalizar, él mismo puede decidir discrecionalmente cuales de ellas penalizar siempre y cuando lo haga mediante los procedimientos y respete las limitaciones de contenido establecidas por ciertos derechos fundamentales. Debemos dejar en claro, sin embargo, que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte. Si bien antes de la existencia de los derechos fundamentales constitucionalizados el derecho penal era la única fuente primaria de protección de derechos individuales, mediante el establecimiento de bienes jurídicos protegidos, de ello no se sigue que una vez que los derechos adquieren rango constitucional y se establecen los medios para su protección, estos deban tener obligatoriamente una expresión penal para su protección.

De este modo, el sentido de las conductas establecidas positivamente en la Constitución en relación con el legislador penal sólo puede ser de tres tipos: a) conductas que el legislador está constitucionalmente obligado a penalizar (obligación o mandato); b) conductas para las que está facultado para hacerlo sin

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

que esto implique la existencia de una obligación para ello (facultamiento sin mandato); y, c) conductas que tiene prohibido penalizar (prohibición).

A modo de contraste, podemos encontrar varios ejemplos en el derecho comparado: el caso de *Roe contra Wade*, de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁴⁶; la sentencia C-355-06 del Tribunal Constitucional colombiano, la sentencia del caso *Regina contra Morgentaler*, de la Corte Suprema de Canadá⁴⁷, así como la sentencia STC 53/1985 del Tribunal Constitucional de España. En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada punible.

En este contexto, este caso nos enfrenta con un problema peculiar, en donde hay que hacer un cuestionamiento inverso al que se hicieron los tribunales o cortes constitucionales en los ejemplos previamente reseñados: debemos preguntarnos si el Estado se encuentra obligado o encuentra un mandato para penalizar una conducta específica, y no si la penalización de una conducta particular afecta o vulnera derechos constitucionales.

En este sentido, en la Constitución Política existen mandatos claros de penalización, en donde de manera expresa se obliga al legislador ordinario a la emisión de normas penales para sancionar determinados supuestos. Encontramos, por ejemplo, el artículo 16 que, en su séptimo párrafo, al establecer que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público más de cuarenta y ocho horas, concluye: “Todo abuso a lo anteriormente dispuesto, será sancionado por la Ley Penal”; el mismo artículo, en su décimo párrafo, al establecer la inviolabilidad de las comunicaciones, establece que ley “sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas”; su párrafo trece, establece el mandato de penar las violaciones a la libertad de registro de correspondencia; asimis-

⁴⁶ 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁷ 1 S.C.R. 30, 1998.

mo, el artículo 19 en su segundo párrafo, después de al establecer el plazo de la detención, establece que su prolongación, en perjuicio del indiciado, será sancionada “en la forma que señale la ley”; finalmente, el artículo 20, que en su fracción II establece que nadie puede ser obligado a declarar y que “(Q)ueda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura”.

Adicionalmente, existen algunos otros ejemplos de mandatos de naturaleza mas difusa que los anteriores, como el contenido en la fracción VII del artículo 6° de la Constitución Federal que establece que “la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”, sin establecer el tipo de sanción que debe corresponder.

Por otro lado, el Estado mexicano, desde el ámbito internacional, se ha comprometido a sancionar determinadas conductas, como en el caso de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que en su artículo 1° establece que “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que en su artículo 1°, inciso b), establece el compromiso para los estados contratantes que para: “ (...) (s)ancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo”; o, finalmente, la convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, establece en su artículo 7, inciso c) el compromiso de los estados partes para: incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”⁴⁸.

⁴⁸ La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue firmada por México el 14 de diciembre de 1948, ratificada el 22 de julio de 1952

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Lo anterior no significa que legislador sea absolutamente libre para despenalizar conductas, existen claros límites constitucionales, como el establecimiento de una descriminalización discriminatoria en términos del artículo 1º de la Constitución Federal o que la o criminalización de la conducta se haga mediante ley privativa; además debe satisfacer los requisitos procedimentales y orgánicos y obedeciendo a un facultamiento previo.

En este sentido, existen numerosos ejemplos de despenalización de conductas en el ordenamiento jurídico mexicano que no han sido de ninguna manera problemáticos. Por ejemplo, los delitos de disolución social fueron derogados mediante decreto publicado el veintinueve de julio de mil novecientos setenta en el Diario Oficial de la Federación. El delito de juegos prohibidos se derogó mediante decreto publicado el catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco en el Diario Oficial de la Federación. Los delitos de golpes y otras violencias físicas simples, y de injurias fueron derogados mediante decreto publicado el veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco en el Diario Oficial de la Federación. El delito de estupro fue reformado y el delito de raptó, derogado mediante decreto publicado en veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno en el Diario Oficial de la Federación. Los delitos de vagancia y malvivencia, violación a los reglamentos de tránsito, disparo de arma de fuego y ataque peligroso se derogaron mediante decreto publicado el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y uno en el Diario Oficial de la Federación. Los delitos de parricidio e infanticidio como tipos penales autónomos se derogaron mediante decreto publicado el diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro en el Diario Oficial de la Federa-

y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de octubre de 1952; la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, fue firmada el 4 de mayo de 2001, ratificada el 9 de abril de 2002 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de mayo de 2002; finalmente, la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” se firmó el 4 de junio de 1995, ratificó el 12 de noviembre de 1998 y publicó en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999 ...

ción. Por último, el delito de calumnias fue derogado mediante decreto publicado el trece de abril de dos mil siete en el Diario Oficial de la Federación.

De este modo, al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social. Solamente contando con aquellos elementos que constitucionalmente ordenan la penalización de las conductas, referidos en el desarrollo de esta resolución, podríamos considerar que existen las herramientas para limitar la determinación del legislador democrático de que una conducta particular deba dejar de estar penalizada.

Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto.

Es en este sentido que es posible afirmar, además, que el legislador democrático, al descriminalizar esta conducta, no tomó una decisión aislada, sino que la misma se encuentra reforzada mediante obligaciones a cargo del Gobierno del Distrito Federal y en particular de las autoridades que tienen a su cargo los servicios de salud, de proporcionar información oportuna y veraz de otras opciones que se encuentre al alcance de las mujeres, además de la interrupción anticipada del embarazo, así como de proporcionar información sobre las consecuencias que esta interrupción pueda tener para su salud. De este modo, se hace efectiva la obligación prestacional del Estado establecida en el artículo 4º constitucional en relación con la salud, información y responsabilidad en la toma de decisiones por parte de las mujeres. Estas obligaciones deberán además estar respaldadas

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

con sanciones a las autoridades que las incumplan o a quienes incurran en conductas indebidas relacionadas con este tema ...

Si es esta evaluación realizada por el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales de configuración legal la que debe respetarse por parte del juez constitucional, este Tribunal Constitucional considera importante revisar los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como órgano democrático constituido por diputados electos, para justificar las medidas adoptadas y ahora impugnadas.

La justificación general de la medida resultado del ejercicio democrático llevado a cabo por la Asamblea que concluyó con la despenalización de una conducta, fue acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpan voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad; asimismo, garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico aquéllas de menores ingresos, así como reconocerles libertad en la determinación de la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva; reconocer que no debe existir la maternidad forzada y se debe permitir que la mujer pueda desarrollar su proyecto de vida en los términos que lo estime conveniente. Se justificó, asimismo, que el procedimiento para abortar se lleve a cabo dentro del período de doce semanas, puesto que es más seguro y recomendable en términos médicos. La interrupción del embarazo se despenaliza únicamente para el período embrionario y no el fetal, antes de que se desarrollen las facultades sensoriales y cognitivas del producto de la concepción.

Aunado a lo anterior, el legislador al emitir el decreto que modifica los artículos analizados, dado su ámbito de temporalidad, tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer en contraposición. Si dicha interrupción se realizara clandestinamente y fuera de los parámetros dados por el Legislador, no es posible asegurar la salud de la madre. Por otro lado, la penalización de la interrupción de esta etapa primaria del embarazo no resulta idó-

nea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, puesto que el legislador tomó en cuenta que constituye una realidad social que las mujeres, que no quieren ser madres, recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos con el consiguiente detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas.

Como advertimos de lo reseñado, el Legislador local ya realizó un ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático y llegó a la conclusión tantas veces referida. Es importante repetir que este ejercicio de ponderación realizado por el Legislador se circunscribe al ámbito penal, por lo que no puede sostenerse que el mismo sea aplicable a todos los ámbitos jurídicos ya que el mismo se refiere a los bienes en concreto identificados por el legislador local que tuvieron como resultado la despenalización de la conducta analizada.

El ejercicio realizado por el legislador resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria de embarazo o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación concreta entre dos bienes en conflicto que tuvieron como resultado, también en el derecho comparado, la despenalización de una conducta.

Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo 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 de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida, pues no podemos desconocer que aun en la actualidad, como lo refiere claramente el legislador del Distrito Federal en su exposición de motivos, existe mortandad materna.

El reproche por la vía penal; es decir, la imposición de la pena en el citado caso, no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación, pues nuestra realidad social es otra y de lo contrario, se menoscaba y reafirma la discriminación hacia las mujeres. Por ende, no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradica-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

ción de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo, pues más allá de la teoría que utilicemos para justificar la imposición de la pena estatal, 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.

En este sentido, el principio de *última ratio* en el Derecho Penal Moderno obliga que las penas como el medio coercitivo más importante del Estado, sean el último de los instrumentos estatales para prevenir los ataques a los bienes y valores fundamentales de la sociedad; en consecuencia, esa intrusión debe ser la mínima posible. De este modo, penalizar la conducta en cuestión sería tanto como utilizar al derecho penal como una herramienta simbólica y no como un mecanismo de *última ratio*. Es por ello que el legislador considera la penalización de la conducta como ineficaz y, lejos de impedir que las mujeres recurran a la interrupción voluntaria del embarazo de una manera segura, las orilla a someterse a procedimientos médicos en condiciones inseguras en las que, incluso, ponen en riesgo su vida.

Por todo lo anterior, si de lo argumentado resulta que la vida, como bien constitucional e internacionalmente protegido, no puede constituir un presupuesto de los demás derechos, además de que aún como derecho no podría en ningún momento ser considerado absoluto; que sus expresiones específicas a nivel nacional e internacional se refieren a la privación arbitraria de la vida y la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte; que se trata de un problema de descriminalización de una conducta específica y que no existe mandato constitucional específico para su penalización; y, finalmente, que la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional y se encuentra dentro de sus facultades de acuerdo con principios democráticos, este Tribunal Pleno considera que los argumentos analizados en el presente apartado en relación con la naturaleza y existencia del derecho a la vida son infundados.

II. ¿VIOLAN LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?

Los argumentos restantes en relación a este tema no se refieren directamente al problema de la inconstitucionalidad de la permisión de la conducta de interrupción del embarazo hasta la doceava semana, sino que se refieren a problemas secundarios en relación con la igualdad de género y la igualdad (o desigualdad) por razón de edad. El núcleo de estos argumentos es evidenciar la falta de razonabilidad de la medida descriminalizadora de la conducta y no una impugnación directa de desigualdad de la misma. Por lo anterior, este tribunal considera que no se puede hacer un test exhaustivo y reforzado en relación con la igualdad de género y de edad como si se tratara de una impugnación directa de discriminación por parte del legislador, sino simplemente evaluar si estas argumentaciones afectan la potestad del legislador para la permisión de esta conducta y el establecimiento de disposiciones en materia de salud que hacen posible la atención de aquellas personas que realicen una conducta que, desde el punto de vista jurídico, no tiene consecuencias penales.

El primero de estos argumentos se refiere a la violación de los derechos fundamentales de las personas del sexo masculino que pueden estar involucradas en los embarazos que las normas impugnadas permiten —en ciertas condiciones— interrumpir. Al no prever su participación en la decisión sobre la interrupción del embarazo que es parcialmente producto del uso de material genético, señalan, la legislación desconoce su derecho a decidir acerca del número y espaciamiento de los hijos, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Federal. Se sostiene que este derecho debe ejercitarse conjuntamente, pues alude a decisiones que corresponde tomar tanto a hombres como a mujeres.

Se afirma específicamente que, al no contemplarse la participación del varón en la legislación impugnada, se anula su derecho a la paternidad. Aunque la titularidad del derecho a la procreación es de las personas en lo individual, su ejercicio debe

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

ser necesariamente conjunto, lo que permite sostener que el titular del derecho a la procreación es en realidad la pareja. Una vez el mismo se ha ejercido, la libertad de la mujer se ve constreñida por los derechos del producto de la concepción y por los del progenitor del sexo masculino. Se subraya que el derecho fundamental de la mujer a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad se ejerce antes de la concepción: a partir de este momento se generan obligaciones para la mujer y derechos para el padre progenitor; de otro modo se privaría al padre de su derecho a tener descendencia.

En todo caso, se sostiene, los conflictos acerca del ejercicio de este derecho deben resolverse mediante un acuerdo que pondere los derechos del hombre y de la mujer. Los artículos impugnados, al no contemplar al progenitor masculino al momento de la decisión respecto de la interrupción del embarazo, violan el derecho a la igualdad de aquél. Cualquier decisión que ataña al producto de la concepción debe ser tomada por ambos progenitores; privar de esa participación al progenitor masculino carece de razonabilidad.

Se argumenta, en segundo término, que las reformas al Código Penal para el Distrito Federal son inconstitucionales por violar, de nuevo, el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo primero de la Constitución Federal por no regular específicamente el caso de las mujeres menores de edad que buscan la interrupción de su embarazo. Se sostiene que esto evidencia la falta de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la legislación. Al no tener capacidad de ejercicio de sus derechos, señala, la menor no puede otorgar válidamente su consentimiento a la interrupción de su embarazo; por ello la reforma debió haber previsto la obligatoriedad de recabar el consentimiento del padre, la madre o el tutor. Esto sería congruente con la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los que ostentan la patria potestad por poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor bajo su tutela.

Los anteriores argumentos resultan infundados en atención a lo siguiente.

A) En cuanto al problema planteado en primer lugar, relacionado con la igualdad entre hombre y mujer, resulta necesario realizar una serie de distinciones. La primera distinción importante es entre la libertad sexual y la libertad reproductiva, el argumento que señala que el derecho del artículo 4º se ejerce antes de la procreación, parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de 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.

Del mismo modo, el argumento pasa por alto que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción, y el Código Civil del Distrito Federal —por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia— permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual ...

Finalmente, el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, así como el hecho de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Como es natural, los casos en los que resultará relevante o necesario remitirse al contenido de normas jurídicas ahora bajo análisis son aquellos en los que hay desacuerdo entre la persona que puede verse involucrada en la continuación de un embarazo no deseado y otras personas: casos en los que lo determinado por la norma es quién puede vetar la decisión de quién.

La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona (i.e. la persona del sexo masculino que estima haber teni-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

do participación en la creación de ese embrión, o cualquier tercera persona). La continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión.

La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta.

En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al sostenimiento de sus necesidades es una demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial de un modo que justifique la invalidación de la regla general que le permita la toma de decisión a la madre potencial.

Finalmente, es preciso señalar que, incluso si faltaran las anteriores razones normativas que apoyan la conclusión de que la decisión tomada después del debate democrático por parte del legislador local ni es discriminatoria ni limita un supuesto derecho a la procreación, este último derecho presenta enormes dificultades a la hora de reconocer su ejercicio. En el momento inicial de decidir si un embarazo continúa o no, tiene también relevancia el que antes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial. Esto es relevante no sólo en el contexto de legislaciones que exigen consentimiento previo del participante masculino, sino también para las que exigen que

sea consultado, aun sin concederle el poder de tomar la decisión final, y abona la conclusión de que los argumentos sobre la falta de razonabilidad de la medida adoptada por el legislador local son infundados.

B) En relación al último argumento, este Tribunal considera que no existe ninguna obligación constitucional para que el legislador local establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es menor de edad. Las cuestiones de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales prestacionales consagrados en la Constitución no son necesariamente las mismas que rigen el ejercicio de todos los derechos, en particular la capacidad civil. Lo importante, en este caso por consiguiente, no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía.

Este tribunal no encuentra motivos para concluir que la legislación impugnada contraviene imperativos constitucionales de protección en la cuestión bajo análisis. No hay motivos para pensar que el legislador debía haber distinguido expresamente el caso de las menores de edad de la regla general prevista y que no haberlo hecho las discrimine en el ejercicio de algún derecho. No hay motivos para pensar que las reglas sobre consentimiento informado aplicables a la generalidad de los casos no son adecuadas para los casos destacados en los conceptos de invalidez. Los servicios de consejería previstos en las normas de la Ley de Salud del Distrito Federal son extensos y detallados, suficientes a nuestro juicio para cubrir adecuadamente las necesidades que plantea un aborto de menores, quienes, además, están en su contexto mencionadas como sujetos de especial atención ...

En cualquier caso, para esta Corte resulta determinante en el punto bajo análisis lo que hemos destacado anteriormente en otros apartados de esta resolución: cualquier declaración de inconstitucionalidad (en este caso por omisión) equivaldría a una decisión repenalizadora por parte de la Corte: supondría añadir condiciones o obstáculos a lo que los ciudadanos pueden hacer libres de la amenaza del derecho penal, y eso es algo que, por

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

las razones subrayadas con anterioridad, este tribunal considera que corresponde de manera directa al legislador democrático local definir cuales son las conductas que deben ser penalizadas en el caso; el establecimiento de las medidas prestacionales relacionadas no puede generar la inconstitucionalidad de un decisión del legislador democrático como la que en este caso se analiza.

NOVENO.- Planteamientos de Fondo en Relación con los Principios en Materia Penal.

Ahora se analizarán el séptimo concepto de invalidez hecho valer por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como el cuarto concepto planteado por el Procurador General de la República, en los cuales se hacen valer violaciones al principio de legalidad. En ellos se aduce, en esencia, que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal impugnados, contravienen el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, al no ser claros ni precisos, esto es, provocan interpretaciones erróneas.

Al respecto, se afirma que la temporalidad —doce semanas de embarazo— y el inicio del embarazo —la implantación del embrión en el endometrio— son de difíciles determinación, ya que la ley no previó un mecanismo para que el médico determine en que periodo se encuentra el embarazo; además, los términos gestación y embarazo utilizados en los artículos 144 y 145 son ambiguos.

Asimismo, afirman que el artículo 144 establece tres etapas en la gestación (la primera etapa va desde la concepción hasta el “embarazo”, la segunda hasta la duodécima semana y la tercera hasta el nacimiento). A partir de lo cual se sigue que lo que se protege con dicho tipo penal es el proceso de gestación y no la vida.

Agregan que la redacción del artículo 146 da lugar a diversas interpretaciones. La primera interpretación es que “aborto forzado” es la interrupción del embarazo en cualquier momento

del mismo, sin el consentimiento de la mujer embarazada. La segunda es que “aborto forzado” es la interrupción del embarazo en cualquier momento. Se sostiene que el artículo 144 define el inicio del embarazo pero no el final del mismo, por lo que en un parto prematuro, siendo el producto viable, habrá nacimiento al igual que aborto porque se interrumpe el embarazo.

Estos argumentos resultan infundados en atención a las siguientes consideraciones.

I. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD CERTIDUMBRE Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.

A) En primer lugar, se sostiene que la reforma a los artículos 144 y 146 del Código Penal del Distrito Federal, establecen como núcleo de los tipos de aborto y aborto forzado una acción que no se corresponde con el bien jurídico tutelado y, por ende, provocan un estado de inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

Sin embargo, de un contraste entre el texto anterior y el vigente del artículo 144, se advierte que no ha operado ningún cambio en el bien jurídico tutelado, esto es, el bien jurídico tutelado sigue siendo la vida en gestación.

En efecto, el delito de aborto se encuentra previsto en los artículos 144 a 148 del Código Penal, que integran el capítulo quinto del Título Primero “Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal”. De hecho, en este título se encuentran previstos, entre otros, los delitos de homicidio, ayuda o inducción al suicidio y aborto, en los que precisamente el bien jurídico tutelado es la vida. En ese sentido, existe una correspondencia formal entre los tipos penales que se prevén en ese título y los bienes jurídicos que con ellos se pretende tutelar; en todo caso, lo único que podría afirmarse es que cambiaron las circunstancias o condiciones en que dicho bien se protege.

El artículo 144, conforme a su redacción actual, en relación con lo dispuesto en el artículo 145, primer párrafo, última parte, dispone que el delito de aborto sólo se sancionara cuando se

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

consume; la idea de consumación del aborto corresponde, entonces, a la de muerte del producto de la concepción. Encuentra apoyo lo anterior en lo dispuesto en la parte correspondiente del artículo 4° del propio Código Penal, que prevé el principio de afectación al bien jurídico para la actualización de un delito conforme al cual cuando se lesione el bien jurídico la conducta es delictiva .

En este sentido, no existe duda en que se mantiene la protección al bien jurídico vida en gestación y que, en todo caso, lo que operó fue una variación en las circunstancias en que se da dicha protección.

B) En segundo lugar, los artículos 144 y 146 impugnados no violentan los principios de certidumbre y exacta aplicación de la ley penal, lo que resulta de un análisis del artículo 144, el cual no constituye en sí mismo un tipo penal, sino que cumple la función de dotar de contenido cierto a los conceptos de aborto y embarazo, que a su vez constituyen elementos normativos de valoración jurídica de los tipos penales de:

1. Aborto autoinducido, previsto en el artículo 145, primer párrafo;
2. Aborto consentido, conforme lo dispuesto en el artículo 145, segundo párrafo; y,
3. Aborto forzado, contemplado en el artículo 146; ambos preceptos aludidos del Código Penal para el Distrito Federal.

En este contexto es necesario realizar algunas precisiones respecto del tipo penal en cuanto a su función y elementos.

En primer término, la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal; además requiere que el tipo esté redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, para lo que es necesario que el legislador utilice un lenguaje claro y asequible al nivel cultural medio empleando, sobre todo, elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera pueda apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo.

En este sentido, una técnica legislativa acorde con las garantías penales debe lograr que los conceptos establecidos resulten tan claros como sea posible. Esta exigencia constitucional se

traduce en la obligación del legislador de estipular significados, esto es, crear aquella definición que habrá de ser jurídicamente vinculante. Lo anterior implica que el concepto así creado será aquel que goce de relevancia jurídica para que la seguridad jurídica del gobernado se vea garantizada al serle posible comprender los conceptos legales sin acudir a diversos ordenamientos para conocer lo que le está vedado hacer.

Lo anterior, corresponde a lo expresado por este Tribunal Pleno al resolver la acción de inconstitucionalidad 4/2006, de la que emanó la jurisprudencia P./J. 100/2006, cuyo rubro es: “TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS” ... en la que se establece el criterio de que la tipicidad es una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

Asimismo, existen diversos criterios emitidos por la Primera Sala respecto del mismo tema, entre los que se encuentran los siguientes:

TIPICIDAD. La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal...

TIPICIDAD. Siendo la tipicidad un elemento objetivo del delito, que se integra mediante la función de comprobación de que el hecho imputado (conducta y resultado) se adecua al presupuesto normativo y descriptivo (tipo), la sentencia impugnada, al aceptar que en autos se comprobó el cuerpo del delito previsto en un precepto, está realizando la función de comprobar que el hecho imputado encaja, en forma perfecta, dentro de la hipótesis recogida por el tipo...

Lo anterior se traduce en que, para colmar la garantía de seguridad jurídica, el legislador debe establecer conceptos en ley que permitan al órgano aplicador subsumir aquellos hechos de que conoce en la norma legal aplicable. Esta exigencia constitucional se satisface creando esos conceptos legales, o bien, remitiendo expresamente para ello, a otra disposición legal.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Del análisis de los artículos impugnados, se advierte que los mismos no son contrarios a lo dispuesto en el artículo 14 Constitucional, al contar con todos los elementos que constituyen la prohibición normativa y no contener conceptos ambiguos o imprecisos

A partir de la lectura del capítulo relativo al delito de aborto en el Código Penal para el Distrito Federal, como se ha dicho, es posible identificar tres tipos penales que a su vez pueden configurarse mediante distintas modalidades de conducta, distintos sujetos activos y distintos medios, el aborto autoinducido, el aborto consentido y el aborto forzado. De la descripción típica que de éstos se hace por el legislador penal, se obtienen con claridad los elementos que lo constituyen y que lo actualizan, por tanto, no existe vaguedad o ambigüedad que se traduzca en incertidumbre o provoque una inexacta aplicación.

En efecto, de lo dispuesto por el artículo 145 en relación con el 144, cabe advertir que lejos de generar incertidumbre, los conceptos allí enunciados generan certeza jurídica respecto de dos momentos. El primero, referido a la condición temporal que actualiza un aborto (artículo 144); y el segundo, que se refiere al instante en que jurídicamente se actualiza el embarazo que comienza con la implantación del embrión en el endometrio (artículo 145).

Esos dos momentos constituyen las condiciones normativas que el legislador estableció para colmar el tipo penal, atribuyendo un significado a una noción determinada en aras de dar certeza jurídica al tipo. De esta manera, la facultad que tiene el legislador de crear conceptos normativos, no sólo es acorde sino que favorece a la garantía de legalidad y seguridad jurídica. Esto es, permite que los gobernados acudan a la norma, comprendiendo qué significa la conducta punible de la manera más exhaustiva posible.

Ahora bien, el legislador no vulnera el principio de exacta aplicación de la ley penal, pues los artículos de referencia resultan acordes con el principio de legalidad en tanto no se trata de normas penales en blanco, sino que las disposiciones son claras y precisas ...

En este sentido, no se puede afirmar que la circunstancia establecida como “después de las doce semanas” no se puede determinar con exactitud y la ley no previó de manera expresa un mecanismo para ello, ya que ello no es un problema de incertidumbre o inexactitud de la norma, sino que la cuestión de temporalidad podrá ser determinada, en el caso concreto, por el juzgador a través de periciales u otros medios de prueba que le ayuden a formar su convicción.

Hay que hacer referencia que la Primera Sala al resolver el Amparo Directo en Revisión 866/2007, elaboró un análisis de los componentes que integran el núcleo normativo y los que no. Aplicando tal análisis a las disposiciones analizadas, cabe apuntar que el artículo 145, en relación con el 144 (ambos del Código Penal para el Distrito Federal) contemplan la totalidad de los elementos que integran el núcleo de la norma “carácter, contenido y condición de aplicación”. Incluso resulta innecesario acudir a otra ley en sentido formal y material a efecto de colmar algún elemento, es decir, no sólo se contemplan todos los elementos que deben formar parte del núcleo normativo, sino también aquellos que no lo son. De lo que resulta completamente innecesario acudir a otra disposición para efecto de integrar o bien interpretar la norma en cuestión.

Esto es, de la descripción típica tal y como se ha analizado, se desprenden con precisión las conductas que están prohibidas, así como sus elementos constitutivos: forma de comisión, calidad de sujetos, elementos objetivos, subjetivos y normativos, objeto del delito, bien jurídico, etcétera. Por tanto, no es la definición de embarazo que se hace en el artículo 144 el núcleo de los tipos penales analizados, sino que ésta sólo constituye uno de sus elementos normativos.

Lo anterior es así, ya que el núcleo de los tipos penales en cuestión son las conductas que actualizan cada uno de ellos: a) que la mujer por sí misma se procure su aborto, b) que consenta que alguien más se lo realice, y c) que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

En ese sentido, existe consistencia entre las conductas prohibidas en la legislación penal y el bien jurídico que se pretende

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

tutelar con las mismas, es decir, la vida en gestación por lo que hace a los tipos penales de aborto autoinducido y aborto consentido y la libre autodeterminación de la voluntad de la mujer en relación con la vida en gestación en el caso del aborto forzado.

II. PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.

Finalmente, se estudiará al argumento propuesto por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, contenido en el séptimo concepto de invalidez, respecto a que las normas impugnadas no imponen penas proporcionales ni con relación al bien jurídico tutelado ni por el grado de participación de los autores del delito, éste debe declararse infundado. Los promoventes aducen que es insignificante la pena impuesta a la mujer pues no guarda relación con la afectación que se causa al bien jurídico protegido aun y cuando el mismo ya no sea la vida sino la gestación.

En primer lugar, debe hacerse notar que en las reformas efectuadas al Código Penal para el Distrito Federal en abril de dos mil siete, y específicamente en relación con las penas previstas para el delito de aborto, se mantiene la distinción entre el aborto realizado con el consentimiento de la mujer y sin el consentimiento de ésta; igualmente, se mantiene en los mismos términos la pena para quien hace abortar a una mujer con su consentimiento (de uno a tres años de prisión), así como la pena para quien lo haga sin su consentimiento (cinco a ocho años de prisión y ocho a diez años si media violencia física o moral) y, el único cambio en la regulación del tipo de aborto se presenta en la atenuación de la pena para la mujer que se practique, después de las doce semanas de gestación, un aborto o que consienta que se le practique, caso en el cual, anteriormente se sancionaba con uno a tres años de prisión, mientras que el artículo 145 reformado establece ahora una pena alternativa entre tres a seis meses de prisión o cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad.

Así las cosas, si bien es cierto que la proporcionalidad de las penas en relación con las conductas cometidas y al grado de participación de los autores del delito son temas que tienen que ver directamente con el establecimiento de políticas criminales y, en su caso, de prevención general, especial y rehabilitación social, cuya atención corresponde, en principio, al Poder Legislativo, también lo es que éste se encuentra obligado, en todos los casos, a justificar, de manera expresa, las razones por las cuales se establecen determinadas penas para ciertas conductas que se estiman delictuosas, atendiendo a la proporcionalidad que debe guardarse entre delito y pena así como a los postulados constitucionales que prohíben las penas crueles, inhumanas, infamantes o trascendentes. Dicho criterio se desprende de la tesis emitida por la Primera Sala de este Tribunal y que en este caso se comparte, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY” ...

En este sentido, del dictamen emitido por la Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, al aprobar las reformas que ahora se impugnan, específicamente de sus considerandos sexto y séptimo, se advierte que el legislador del Distrito Federal sí hizo referencia expresa a la imposición de penas para el delito de aborto, pronunciándose por un lado, sobre lo inconveniente de despenalizar esta práctica de manera absoluta cuando exista consentimiento de la mujer y sólo sancionar el aborto forzado, pues esto se traduciría en una:

“(...) desprotección incondicionada de la vida en gestación, que es un bien constitucionalmente reconocido”.

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Igualmente se precisó que no se justificaba la reducción de la penalidad para los casos en que éste es causado sin consentimiento de la mujer, pues:

“(...) tratándose del aborto la ley penal no sólo sanciona la afectación de la vida en gestación, sino de manera destacada castiga la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos, cuya titularidad corresponde a la mujer embarazada, como son la libertad reproductiva y el derecho a la maternidad libre y consciente, que se encuentran reconocidos en el párrafo segundo del artículo 4º de la Constitución Federal.”

Similares razonamientos se hicieron valer para desestimar la propuesta para reducir la sanción (suspensión en el ejercicio de la profesión por un tiempo igual a la pena de prisión) a los profesionales de la salud que participen en el delito de aborto, señalándose por lo demás, que la propia ley penal establece casos de licitud para su conducta al encuadrar en alguna de las causas excluyentes de responsabilidad penal.

En relación con la penalidad atenuada para la mujer que consiente en que se le practique el aborto, el dictamen fue claro al establecer:

“(...) Adoptando la contemporánea teoría del Derecho Penal Mínimo, con el fin de mejorar la situación jurídica de las mujeres embarazadas procesadas y/o condenadas en la ciudad de México por haber interrumpido su embarazo en los supuestos en que el aborto no les está permitido por la legislación penal y de garantizar hacia el futuro la vigencia y aplicación efectiva de una legislación garantista y razonable, se propone reformular el vigente artículo 145 del Código Penal para el Distrito Federal, con el fin de contemplar en éste la reducción de la penalidad actualmente establecida, fijándose como pena la prisión de tres a seis meses o de cien a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad, en los términos que son expuestos en el Considerando Séptimo de este dictamen. (...) Las Comisiones Unidas consideraran (sic) que la reforma propuesta tiene un carácter ponderado que atiende al principio de razonabilidad, dado que la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, ya que parte del principio de que el

Estado no puede imponer de manera indiscriminada una penalización de aborto cuando el embarazo produce a juicio de la mujer una afectación de modo sustancial en sus derechos fundamentales.”

Para abordar el estudio de la proporcionalidad de las penas, debe considerarse lo dispuesto en el actual artículo 22 de la Constitución Federal, que expresamente dispone que toda pena deberá ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado.

Al respecto debo señalar que el principio de proporcionalidad puede analizarse desde dos perspectivas: en abstracto o en concreto.

1. En su vertiente abstracta, dicho análisis corresponde a un nivel meramente legislativo, esto es, verificar si la punibilidad —entendida como el parámetro de sanciones a imponer—, contemplada en la norma resulta razonable en atención a la conducta sancionada y el bien jurídico tutelado.

2. En tanto que la verificación del principio de proporcionalidad en sentido concreto corresponde al análisis de la actividad jurisdiccional y ejecutiva, esto es, al momento de determinar la pena en cada caso concreto —punición— y al ejecutar la pena en sí misma; ya que en estos casos el criterio para su análisis será el grado de culpabilidad atribuido al sentenciado y la necesidad de su total compurgación, respectivamente.

A partir de lo anterior, resulta que en este caso por tratarse de acciones de inconstitucionalidad, en las que se impugna la validez de normas la verificación del cumplimiento de proporcionalidad debe hacerse a partir de su vertiente abstracta.

En este sentido, las normas impugnadas resultan proporcionales en relación con la conducta prohibida y el bien jurídico tutelado.

En efecto, de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 145 impugnado se advierte que la sanción a imponer a la mujer que procura su aborto es de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad. Misma pena que se prevé a la propia mujer que consiente su aborto en términos de lo previsto en el propio párrafo primero y segundo del propio artículo referido; es decir, en el caso del aborto autoin-

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

ducido y del consentido la punibilidad prevista para la mujer es idéntica, en atención de que en ambos casos la conducta que se prohíbe es la afectación del bien jurídico tutelado —vida en gestación— en el supuesto de que existe voluntad para ello de la propia mujer.

En el aborto consentido —que por su estructura requiere necesariamente la intervención de otro sujeto que actúe con el consentimiento de la mujer— la punibilidad prevista para dicho sujeto activo, en términos del artículo 145, segundo párrafo del Código Penal del Distrito Federal, es de uno a tres años de prisión, esto es, resulta superior a la prevista para la madre. Sin embargo, esto no se traduce en una violación al principio de proporcionalidad, sino que los parámetros referenciados atienden a una razón específica, el inhibir este tipo de conductas por parte de personas distintas a la mujer embarazada, ya que incluso en caso de que se tratare de médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, se le suspende en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión.

El hecho de que en el caso de aborto forzado la punibilidad prevista sea de cinco a ocho años de prisión, guarda relación con la circunstancia de que con la comisión de este delito se lesiona como bien jurídico la libre autodeterminación de la voluntad de la madre en función de la vida en gestación, es decir, se trata de un bien jurídico compuesto por dos elementos, por ello el mayor grado de reproche al sujeto activo se encuentra justificada. De hecho, en el mismo artículo 146, en el caso del aborto forzado se prevé la imposición de una sanción mayor —de ocho a diez años— en caso de que se acredite la existencia de violencia física o moral, lo cual corresponde a la circunstancia de que se considera de mayor magnitud o gravedad la conducta que se actualiza en esas condiciones.

Los motivos que justificaron que el legislador del Distrito Federal determinara que la interrupción del embarazo antes de las doce semanas, con la voluntad de la mujer, ya no se estimara delito, obedecieron al análisis sobre una conducta que no justifica emplear la máxima constricción del Estado.

Existen situaciones singulares o excepcionales respecto de las que el legislador no puede emplear la máxima constrictión —la sanción penal—, para imponer la conducta que, en otros supuestos sería exigible; pero que no lo es en ciertos supuestos concretos, como en el que se está refiriendo. Así, con apoyo en estas consideraciones se concluye que la norma impugnada no viola el principio de proporcionalidad de las penas.

Por todo lo anterior, se considera que los planteamientos contenidos en los conceptos de invalidez de las demandas resultan infundados.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Es parcialmente procedente e infundada la presente acción de inconstitucionalidad.

SEGUNDO. Se sobresee en la presente acción de inconstitucionalidad, respecto de los artículos 148 del Código Penal para el Distrito Federal y 16 Bis 7, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, y Tercero transitorio del impugnado Decreto de reformas a dichos preceptos.

TERCERO. Se reconoce la validez de los artículos 144, 145, 146 Y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como de los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

CUARTO. Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

...

Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 8, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de marzo de 2011 en los talleres de Formación Gráfica S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, Cd. Nezahualcóyotl, 57630, Edo. de México. Se utilizó tipo *Century Schoolbook* en 9, 10 y 11 puntos y Palatino Linotype en 12 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 2000 ejemplares. Impresión offset.