

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO
PROLONGACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD DE LOS INDIVIDUOS”**

TESIS DE GRADO

MARÍA SOFÍA HERNÁNDEZ CHACÓN

CARNET 10118-12

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, DICIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO
PROLONGACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD DE LOS INDIVIDUOS”

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
MARÍA SOFÍA HERNÁNDEZ CHACÓN

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, DICIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

DRA. IRMA REBECA MONZÓN ROJAS DE PAREDES

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. INETT VICTORIA BATRES MORALES

Dra. Irma Rebeca Monzón Rojas
Abogada y Notaria
rebecamonzon@gmail.com

Guatemala, 7 de septiembre de 2017

Licenciado
Christian Villatoro
Secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar -URL-
Presente.

Señor Secretario:

Tengo el honor de dirigirme a usted, en mi calidad de asesora de tesis de la alumna María Sofía Hernández Chacón, carnet 10118-12, cuyo trabajo de investigación se intitula «El neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos».

La tesis relacionada fue desarrollada cumpliendo con los requisitos que exige el Instructivo para elaboración de tesis de graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, misma que se encuentra en correspondencia con lo planteado en el anteproyecto de investigación que fuera aprobado en su oportunidad.

Es de señalar que las sugerencias y recomendaciones que se hicieron, fueron atendidas con dedicación y esmero por la alumna Hernández Chacón. En el trabajo de investigación se respetó en todo momento el criterio de la investigadora, quien expuso de forma objetiva un tema poco abordado desde el punto de vista jurídico, la libertad sexual.

Por lo anterior, a juicio de la suscrita, el trabajo de investigación constituye un aporte valioso y novedoso en el ámbito académico, por lo que extiendo dictamen favorable a la tesis arriba indicada.

Respetuosamente,



Dra. Irma Rebeca Monzón Rojas
Asesora de tesis

Licda. Irma Rebeca Monzón Rojas
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciada Inett Victoria Batres Morales
Abogada y Notaria

Guatemala, 23 de noviembre de 2017

Señores
**Miembros del Consejo de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar**
Presente

Honorables Miembros del Consejo:

En forma atenta me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedo a rendir **Dictamen Favorable** de la Tesis de Grado titulada **“El Neoconstitucionalismo como Garantía de la Libertad Sexual como Prolongación del Derecho de Libertad de los Individuos”** de la estudiante **María Sofía Hernández Chacón** carnet número **10118-12**.

En el proceso de revisión, se analizaron en los aspectos de fondo y forma, realizando las recomendaciones pertinentes, las cuáles fueron aceptadas e incorporadas en el trabajo de investigación por la alumna, cumpliendo así con lo requerido en el Instructivo de Tesis de esa Facultad.

Y para los efectos correspondientes, traslado el presente Dictamen, para que se proceda a la autorización de la orden de impresión correspondiente.

Habiendo cumplido con el nombramiento realizado, me suscribo de ustedes con altas muestras de consideración y respeto.

Atentamente



Licda. Inett Victoria Batres Morales
Abogada y Notaria
Colegiado No. 17,234

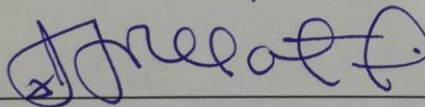
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante MARÍA SOFÍA HERNÁNDEZ CHACÓN, Carnet 10118-12 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07863-2017 de fecha 23 de noviembre de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

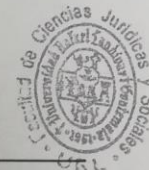
"EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO PROLONGACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD DE LOS INDIVIDUOS"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 4 días del mes de diciembre del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Responsabilidad: La autora es la única responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

RESUMEN EJECUTIVO DE LA TESIS

El término neoconstitucionalismo, acuñado después de la Segunda Guerra Mundial, se caracteriza por la presencia de principios y valores en las normas legales, así como la preeminencia de la ponderación de los primeros sobre la subsunción de las segundas.

Para comprender entonces este tipo de exegesis, es imprescindible el estudio de los Derechos Humanos, sus características y distintas concepciones, haciendo énfasis en el derecho a la libertad y su regulación en distintos instrumentos de carácter internacional. Dentro de este ámbito, se resaltaron las implicaciones de la dignidad humana, de las condiciones necesarias para el desarrollo integral de la persona.

Desde este último aspecto, se comprende la sexualidad como uno de los aspectos fundamentales de tal desarrollo, de forma que para el completo desenvolvimiento del individuo se hace necesario el reconocimiento de los derechos sexuales -que a su vez incluyen la libertad sexual- tanto en cuerpos internacionales como en la legislación interna en Guatemala, pues únicamente se limitan a proteger los derechos relativos a la reproducción, con énfasis en la maternidad.

Así también, se estudian los mecanismos a disposición de los individuos para exigir el respeto y demandar la efectividad de la libertad sexual como parte de la esfera de sus derechos, es decir aquellas acciones de carácter constitucional que garantizan la certeza que dichos derechos sean respetados, tanto por el Estado como por los habitantes del mismo.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	1
Capítulo 1. Neoconstitucionalismo	5
1.1 Origen	5
1.2 Definición	6
1.3 Ejemplos de constituciones surgidas el neoconstitucionalismo	14
1.3.1 Constitución alemana	15
1.3.2 Constitución italiana	16
1.3.3 Constitución española	17
1.3.4 Constitución portuguesa	19
1.3.5 Constitución guatemalteca	19
1.4 Características del Neoconstitucionalismo	20
1.4.1 Principios sobre leyes	23
1.4.2 Ponderación sobre subsunción	26
1.4.3 Omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas	27
1.5 Formas de Neoconstitucionalismo	29
1.5.1 Teórico	29
1.5.2 Ideológico	30
1.5.3 Metodológico	31
1.6 Estado Constitucional de Derecho	32
1.7 Justicia Constitucional	36
Capítulo 2. Derechos Humanos	39
2.1 Nociones generales	39
2.1.1 Derechos naturales	39
2.1.2 Derechos del hombre y del ciudadano	40
2.1.3 Derechos individuales	40
2.1.4 Libertades públicas	41
2.1.5 Derechos fundamentales	42
2.2 Definición de Derechos Humanos	45

2.2.1	Características	48
2.3	Derechos Humanos en la Constitución Política de la República de Guatemala	49
2.3.1	Derechos individuales	50
2.3.2	Derecho a la libertad	51
a)	La libertad como Derecho Humano en tratados internacionales	58
i.	Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	59
ii.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	60
iii.	Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	60
2.4	Dignidad de la persona	61
Capítulo 3.	Derecho a la Libertad Sexual	67
3.1	Protección de la libertad sexual a través de la legislación nacional	67
3.2	Instrumentos internacionales sobre derechos sexuales	72
3.2.1	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1979)	73
3.2.2	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará (1995)	74
3.2.3	Convención sobre los Derechos del Niño (1979)	75
3.2.4	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000)	75
3.2.5	Declaración Universal de los Derechos Sexuales (1999)	76
3.2.6	Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Internacionales de	77

	Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género (2006)	
3.2.7	Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas (2011)	79
3.2.8	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)	79
3.2.9	Recomendación CM/Rec del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (2010)	80
3.3	Derechos sexuales de las personas	81
3.3.1	Libertad sexual	83
3.3.2	Autonomía, integridad y seguridad sexual	85
3.3.3	Privacidad sexual	88
3.3.4	Equidad sexual	90
3.3.5	Placer sexual	92
3.3.6	Expresión sexual emocional	94
3.3.7	Libre asociación sexual	96
3.3.8	Decisiones reproductivas e información sobre reproducción	100
3.3.9	Educación integral sexual	102
3.3.10	Salud sexual	104
3.3.11	Otros: al progreso científico	108
	Capítulo 4. Neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos	111
4.1	Control de constitucionalidad	111
4.1.1	Inconstitucionalidad	117
4.1.2	Amparo	119
4.1.3	Exhibición Personal	121
4.2	Protección de los derechos fundamentales	123
4.3	Protección constitucional para garantizar la libertad sexual	130

4.4	La libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos a la luz del neoconstitucionalismo	137
Capítulo 5. Presentación, análisis y discusión de Resultados		141
5.1	Resultados de la investigación	141
5.2	Confrontación de los resultados con la doctrina y los antecedentes	143
5.3	Discusión y análisis de resultados	145
5.4	Cuadros de cotejo	146
Conclusiones		151
Recomendaciones		154
Referencias		159
1	Bibliográficas	157
2	Normativas	159
3	Electrónicas	162
Anexos		167

INTRODUCCIÓN

El neoconstitucionalismo se refiere a una forma vanguardista y extensiva de interpretación constitucional que tiene como objetivo -entre otros- la ampliación los Derechos Humanos contenidos en la ley fundamental, tal como el derecho de libertad, que al desenvolverse incluye la libertad sexual, como una faceta de la persona humana.

En la presente investigación, el contexto histórico del neoconstitucionalismo se analizó desde las leyes fundamentales de varios Estados, incluyendo la de Guatemala. Fueron abordadas sus características: la preeminencia de los principios generales del Derecho sobre las leyes, la ponderación sobre la subsunción y la supremacía constitucional; y sus formas: teórico, ideológico y el metodológico.

Dentro del ámbito nacional, la Constitución Política de la República de Guatemala no contempla de forma taxativa la libertad sexual como un Derecho Humano dentro de su parte dogmática, ni tampoco existe dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco alguna ley ordinaria que reconozca tal derecho; sin embargo, a partir de lo prescrito en los artículos 44 y 46 constitucionales, se amplía el espectro de derechos de una persona, lo que se conoce como bloque de constitucionalidad. Uno de los métodos para llegar a esta extensiva interpretación de derechos es el neoconstitucionalismo, disciplina que permite dinamizar el Derecho sin circunscribirlo a leyes.

En el ámbito internacional, a partir de la Segunda Guerra Mundial, surge un movimiento de reconstrucción en el mundo, donde, por un lado, se reconocen los Derechos Humanos en convenios internacionales y, por otro, se gestan constituciones de un nuevo orden, que pretenden garantizar tales derechos para evitar las tragedias del pasado. De esto se derivan varias concepciones de derechos, entre los cuales se puede citar la sexualidad y todo lo que implica.

Aunque existen varios instrumentos internacionales que contemplan los derechos individuales, la libertad sexual aún no ha sido abordada de forma integral que garantice el desarrollo de cada una de sus facetas y las facultades que involucra.

El derecho a la libertad sexual como un Derecho Humano, abarca la facultad de plena expresión del potencial sexual de los individuos. De esta forma, excluye toda forma de coerción, explotación y abusos de naturaleza sexual.

En ese contexto, la investigación se complementó con un estudio general sobre el concepto de Derechos Humanos, dando principal atención al derecho de libertad, del cual se partió para examinar lo que implica el derecho a la libertad sexual, sus alcances y su trascendencia en la persona humana y su dignidad. Para el efecto, se formuló la pregunta de investigación siguiente: ¿cómo garantiza el neoconstitucionalismo la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos?

El objetivo general de la investigación fue identificar las formas de utilizar el neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho a la libertad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Mientras que los objetivos específicos consistieron en identificar la aplicación del neoconstitucionalismo en la interpretación extensiva de los derechos; determinar las implicaciones del respeto al derecho a la libertad sexual en la persona; y explicar el neoconstitucionalismo como método para incluir la libertad sexual dentro del derecho a la libertad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la determinación del campo de la investigación, los alcances fueron: espacialmente, el ámbito territorial de la ley, que se enfocó únicamente en el ordenamiento jurídico de la República de Guatemala, y en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala. Además, se analizó la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional guatemalteco en materia del bloque de

constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación extensiva de la Convención Americana de Derechos.

Entre los límites de la investigación, se encontraron la falta de legislación guatemalteca sobre los derechos sexuales y sobre la libertad sexual en sí, así como los pocos tratados en la materia que existen a nivel internacional y la poca participación de Guatemala en los mismos. Esto se pudo superar con las declaraciones efectuadas a través de conferencias y congresos en materia de la sexualidad. Tampoco se contó con la facilidad de consulta a expertos en el tema neoconstitucional, ya que debido a su novedad no hay profesionales que apliquen de forma habitual argumentos neoconstitucionales en su ejercicio forense.

El aporte principal del trabajo de investigación es conocer el neoconstitucionalismo, percibir su funcionamiento y utilizarlo como un argumento sólido para tomar el derecho a la libertad y extenderlo hasta cubrir la libertad sexual de una persona, comprendiendo que esta forma parte de la dignidad de la persona y en virtud de la progresividad de los derechos, tiene un lugar en la esfera de derechos de las personas. También pretende visualizar que la sexualidad forma parte de la personalidad de los humanos y, por lo tanto, merece un espacio de respeto para su expresión y ejercicio de una forma segura.

Las unidades de análisis que se analizaron consistieron en distintos cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como internacional: en el ordenamiento jurídico guatemalteco: la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, la Ley de Desarrollo Social, la Ley de Acceso Universal y Equitativo a los Métodos de Planificación Familiar y su incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la Ley para la Maternidad Responsable.

A nivel internacional, se examinaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre

Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Las unidades de análisis de Derecho comparado abarcaron los países siguientes: Alemania, Italia, España y Portugal. la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del Consejo Parlamentario de 1949; la Constitución de la República Italiana de la Asamblea Constituyente de 1947; la Constitución de España de las Cortes Generales de 1978 y la Constitución de la República Portuguesa de la Asamblea Constituyente de 1976.

Capítulo 1

Neoconstitucionalismo

Antes de definir lo que implica el neoconstitucionalismo, se abordará el surgimiento de este término y todas las acepciones que se han tomado del mismo a lo largo de los años. Se continuará con las corrientes ideológicas que lo han informado hasta la construcción de lo que hoy se entiende por neoconstitucionalismo.

1.1 Origen

Se atribuye entonces a la Escuela Genovesa la acuñación del término en 1988, y se utilizó para referirse a las diversas directrices del constitucionalismo europeo, que con un carácter post-positivistas, otorgaban una forma distinta de estudiar la doctrina constitucional.

El jurista J. Ignacio Núñez Leiva, cita a Paolo Comanducci de la Escuela Genovesa al reivindicarse el concepto de **neoconstitucionalismo**, señalando que se trata de: «...una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias...».¹

Martín Nuria Belloso también hace referencia a la Escuela Genovesa, pues es Susana Pozzolo, la primera en utilizar el término neoconstitucionalismo en una publicación en 1988, en la Universidad de Génova. Y ha sido recurrente para hacer alusión tanto al constitucionalismo europeo actual como a tendencias jurídicas diversas. Este ha

¹ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Colombia. Universidad de Medellín. Revista Opinión Jurídica. 2015. Pág. 3. Disponibilidad y acceso: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=9aedd575-5095-453f-88ce-fdfa38db4ef6%40sessionmgr101&vid=1&hid=117> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

progresado últimamente, especialmente en el contexto italiano y español, así como en el contexto latinoamericano.²

Las ideas neoconstitucionalistas se infiltraron en las exposiciones de los juristas de la última mitad del siglo pasado, esto en reacción a los anteriores, principalmente de Kelsen. De una u otra forma, el neoconstitucionalismo ha incorporado elementos axiológicos en el texto constitucional, siempre en el marco de una democracia.

El neoconstitucionalismo, indica Antonio Salcedo Flores es aquella corriente jurídica que se ha desarrollado en las exposiciones de Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, Susanna Pozzolo, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagreblesky y Rodolfo Luis Vigo, entre otros, y afronta a la teoría de los iuspositivistas, entre ellos, Savigny, Kelsen, Hart. Esta corriente concibe a la constitución medida del ordenamiento jurídico entero, además incorpora en estos principios, valores y moral. Cree que toda constitución democrática moderna posee dos géneros de disposiciones:

- a) dogmáticas, referidas a los Derechos Humanos, y
- b) las orgánicas que regulan al Estado y el aparato estatal.³

1.2 Definición

Andrés Gil Domínguez, define el neoconstitucionalismo como «*un cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política*». Dicho modelo es una mezcla de dos grandes corrientes constitucionales opuestos: la norteamericana, que organizó una constitución con

² Nuria Beloso, Martín. *El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?* Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Brasil, 2015. Pág. 3 Disponibilidad y acceso: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/6448/7416> (Fecha de consulta: 27 de febrero de 2017).

³ Salcedo Flores, Antonio. *El neoconstitucionalismo en México*. México, 2014. Pág. 2. Disponibilidad y acceso en: <http://132.248.9.34/hevila/Alegatos/2014/no88/1.pdf> (Fecha de consulta: 27 de febrero de 2017).

garantías, pero sin contenidos normativos, y la europea, cuyas constituciones tienen un denso contenido normativo, pero sin formas de garantías.⁴

Este autor introduce las corrientes que participan en el neoconstitucionalismo - americana y europea-, pero lo define fundamentalmente como un modelo de Estado de Derecho, que esboza las bases sobre las que descansará el ordenamiento jurídico a partir de una Constitución.

Gil Domínguez asevera que la visión norteamericana comprende a la constitución como la regla de juego que regula la competencia social y política, como un pacto de mínimos. La propuesta primordial de este modelo es la idea de supremacía constitucional y su consecuente garantía jurisdiccional. La ley constitucional se presenta como superior jurídicamente a las demás normas y su garantía se encomienda al poder judicial, por ser el más «neutro» de los poderes y capaz de alejarse del debate político. De tal forma, el constituyente limitó el poder político (especialmente del órgano legislativo por ser el más peligroso pues representa la voluntad de la mayoría) mediante una frontera jurídica que no pueden transgredirse bajo ninguna justificación; la garantía que ofrece este sistema es judicialista.⁵

Sigue argumentando el autor, que la corriente europea entiende la Constitución como *«la representación de un proyecto político articulado generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política»*.⁶ Al texto constitucional no le interesa únicamente fijar las reglas del juego, también desea ser parte del mismo, a través de condiciones a las futuras decisiones colectivas al establecer un amplio catálogo de derechos, que deberán ser desarrollados por medio de una agenda política. De este modo, el poder constituyente pretende mantenerse en ejercicio por su titular: el pueblo, y como tal desemboca en un legalismo, al ser el poder político de

⁴ Gil Domínguez, Andrés. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Argentina, Editorial Ediar, 2009. Pág.12.

⁵ *Loc. Cit.*

⁶ *Ibíd.*, Pág. 13.

cada época (la mayoría de los ciudadanos) el encargado de llevar a cabo o no, lo ofrecido en la Constitución.

Concluye Gil Domínguez, que el neoconstitucionalismo reúne ambas corrientes y propone una *Constitución transformadora* que condiciona las decisiones de la mayoría, donde el génesis legal le atañe al legislador democrático, pero irreparablemente la última decisión sobre su validez la tienen los jueces.⁷

El mismo autor comprende la importancia de los jueces en la supremacía constitucional, tanto desde la concepción americana como la europea, como garante del catálogo de derechos que proporciona la constitución, pero que está pensado para permanecer activamente en el tiempo después de su promulgación.

De una forma similar, Núñez Leiva indica que el neoconstitucionalismo, como conjunto de doctrinas, confluye y subraya elementos propios de ambos orígenes: un enérgico programa normativo impregnado de valores, especialmente dirigido al legislador-modelo constitucional de la Revolución Francesa-, pero sin controles heterónomos; y la garantía jurisdiccional para que lo anterior se cumpla, y no sólo por el órgano legislativo sino por cualquiera sujeto en una democracia, así como lo pensaron los estadounidenses con su *Judicial Review*.⁸

La eficacia del neoconstitucionalismo dependerá entonces de la amplitud del órgano constituyente al elaborar el texto constitucional, al implementar los mecanismos necesarios para la realización efectiva de los valores contenidos en él, y de los jueces constitucionales que harán uso de tales mecanismos en la aplicación al caso concreto.

⁷Loc. Cit.

⁸ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes&Revelations"*. Chile. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Pág. 8 Disponibilidad y acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=1372b1be-78a6-4823-8dc5-8dd0232a6d33%40sessionmgr120&vid=1&hid=117> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

Por otro lado, Aníbal González Dubón, señala que por neoconstitucionalismo se han conocido varias teorías sobre la esencia de la Constitución y cómo se interpreta. Inicialmente, el designado «constitucionalismo» pretendía eliminar los problemas del positivismo jurídico, como lo manifiesta Prieto Sanchís: «*en ocasiones, incluso, no sólo se adivinan contradicciones entre constitucionalismo y positivismo, sino que se pretende construir un modelo de Derecho Constitucional abiertamente superador del positivismo...*».⁹

Continúa González Dubón señalando que al neoconstitucionalismo también se le conoce como «constitucionalismo contemporáneo». De igual manera, el jurista mexicano Miguel Carbonell, quien menciona como pertenecientes a este tipo de constituciones las de Italia (1947) y Alemania (1949) en una primera época, y de Portugal (1976) y España (1978) en una segunda.¹⁰ Es posible entonces ubicar dentro de la historia del constitucionalismo como corriente político-filosófica al término de marras: después de la Segunda Guerra Mundial, al pretender superar los problemas positivistas.

Según Eduardo Aldunate Lizana, se entiende que el término proviene de dos elementos: uno histórico cultural, que se refiere al (...) impacto de la incapacidad del derecho para contener las atrocidades de un poder político totalitario, beligerante y genocida durante la Segunda Guerra Mundial; producto de un exceso del positivismo jurídico, (...) por lo que resulta evidente que se dialogue sobre la esperanza de que el derecho pueda encerrar a la política. De este modo, se recurre a los valores en el discurso jurídico, especialmente en el discurso constitucional, el cual dirige hacia el segundo elemento, afirma Aldunate Lizana, el institucional, que implica la instauración de órganos de jurisdicción constitucional dotados de importantes competencias,¹¹ con el fin de salvaguardar la armonía social a través de la supremacía constitucional.

⁹ González Dubón, Aníbal. *Neoconstitucionalismo, Valores e Interpretación Constitucional*. Cordón Aguilar, Julio Cesar (Prologuista). *Crisis del constitucionalismo en el siglo XXI*. Guatemala. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Estudios de Postgrado. 2014. Pág. 65.

¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹ Aldunate Lizana, Eduardo. *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. Revista de Derecho, Volumen XXIII. No. 1. Chile. 2010. Págs. 2-3. Disponible en:

Los textos mencionados tienen este elemento en común, un intento de efectivizar los derechos otorgados en su cuerpo, por medio de órganos jurisdiccionales que, uniendo tanto los sistemas de control constitucional americano y europeo, ofrecieran a los ciudadanos una serie de herramientas capaces de reivindicar la supremacía de la ley suprema cuando fuere necesario frente ante la misma actuación del Estado.

César Eduardo García Morán indica que el neoconstitucionalismo responde a un nuevo paradigma jurídico, ius filosófico, político e ideológico, así como una postura doctrinaria e institucional, que alteró esencialmente la formación del Estado y la manera de interpretar la constitución y de los derechos fundamentales. Además, se le atribuye destruir el formalismo jurídico interpretativo prevaleciente de los ordenamientos jurídicos propios impregnados del positivismo jurídico.¹²

El autor mencionado apunta que esta corriente deja de concebir al derecho como un conjunto de reglas establecidas por un órgano legislativo y aplicadas por un órgano judicial de manera «*cerrada, silogística, rígida; el juez era, simplemente, vocatiolegis*». Configurándose a la constitución como soporte que todo el andamiaje jurídico interpretativo y social del Estado, cuyo objetivo principal es la garantía de los derechos humanos. Se afirma, por tanto, que el neoconstitucionalismo busca la interpretación del derecho con base a una combinación de principios, valores y reglas; indagando una visión más amplia de la ley suprema en virtud de los primeros, y no solamente en las últimas.¹³

Atrás queda la concepción rígida de la constitución, para convertirse en un ser viviente que a través de fallos jurisdiccionales y una interpretación extensiva, que coloca a la persona humana como génesis del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, las tales normas legales deben ser complementadas y sustentadas en elementos axiológicos.

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004&lng=en&tlng=en
(Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

¹² García Morán, César Eduardo. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Cordón Aguilar, Julio Cesar (Prologuista). *Crisis del constitucionalismo en el siglo XXI*. Guatemala. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Estudios de Postgrado. 2014. Págs. 246.

¹³ *Ibíd.*, Pág. 247.

Núñez Leiva identifica cuatro modalidades del término en materia, que sin estar entrelazadas entre sí reflejan un panorama relativamente completo sobre el pensamiento jurídico neoconstitucionalista como:

- a) Tipo de Estado de Derecho (una doctrina del Estado Justo),
- b) Teoría del Derecho: que propone la superación de la teoría positivista, filosofía;
- c) Concepto del Derecho, que aborda la cuestión de la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral y;
- d) Tipo de Ciencia Jurídica comprometida.¹⁴

En virtud de estas distintas concepciones, Núñez Leiva refiere que el neoconstitucionalismo no puede ser calificado propiamente como una Escuela, por sus graves divergencias y falta de enlace interno. Su desarrollo se dio principalmente en la academia y no en la política, pero su inicio deviene de la organización política ocurrida en Europa a mitad del siglo XX, influyendo a Latinoamérica.¹⁵ Sin embargo, tal ha sido su alcance que vale la pena profundizar en su importancia para analizar los ordenamientos constitucionales.

No sería correcto encasillar al término neoconstitucionalismo como una simple etapa del constitucionalismo, pues es de tal magnitud que su estudio implica la inclusión de nuevas teorías jurídicas, el apoyo de otras disciplinas y la construcción de un concepto de justicia renovado a través de los Derechos Humanos.

Manuel Aragón Reyes indica que se suele entender al neoconstitucionalismo desde dos perspectivas, donde una continúa la línea presentada y la otra se contrapone totalmente. La primera: su novedad frente al constitucionalismo clásico (que predominó hasta finales del siglo XIX), que fue incorporando el sufragio universal, el principio de igualdad, e incluyendo los derechos sociales y los conocidos como de última

¹⁴ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Lagunas Jurídicas y Neoconstitucionalismo: la plenitud del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Católica de Chile. 2012. Pág. 3. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=6cbd44fd-742b-4960-9ea5-70883cb63458%40sessionmgr104&vid=1&hid=117> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

¹⁵ *Loc. Cit.*

generación, de forma que la constitución regulará tanto al Estado como el modo de ser de la sociedad en conjunto, y se encontrará en ella las bases fundamentales de los sectores de su ordenamiento (derecho público y privado). Para lograr estos fines, las leyes fundamentales no sólo consisten en reglas, sino también en principios y valores, preceptos del poder constituyente al constituido, estableciendo fines por cumplir por los órganos públicos.¹⁶

En esa misma línea, agrega Aragón Reyes, se extiende el catálogo de Derechos Fundamentales, algunas incluyendo una cláusula de internacionalidad de los derechos. Se dota entonces a los gobiernos a la creación de nuevas instituciones, tales como defensores del pueblo, contralorías, administraciones independientes y organismos reguladores de mercado. El desarrollo de esta rama del derecho no implica el distanciamiento de su sentido original, más bien su reforzamiento. Por eso, a la idea de este texto como límite de los poderes del Estado, la división de poderes, los impedimentos de arbitrariedad se mantienen completamente vigentes, es más, se amplificaron en los tribunales a través del control de constitucionalidad de las leyes, adquiriendo esta clase de justicia un papel predominante a partir de la Segunda Guerra Mundial.¹⁷

La segunda perspectiva, continúa Aragón Reyes, es otra forma de entender el neoconstitucionalismo, como un avance de una concepción pasada del texto magno, sustituyéndolo por uno que coloca *«el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento «político» de la democracia sobre su entendimiento «jurídico», la democracia directa, «plebiscitaria», sobre la indirecta, representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado «decisionista» sobre el Estado de derecho»*. Por lo tanto, no se acerca para nada al constitucionalismo.¹⁸

¹⁶ Aragón Reyes, Manuel. *Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución*. México. 2013. Pág. 2. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200001&lng=en&tlng=en (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017)

¹⁷ *Ibíd.*, Pág. 3.

¹⁸ *Loc. Cit.*

Es evidente que existen distintas connotaciones del término, precisamente en virtud de su amplitud y su alusión por varios juristas que no necesariamente lo utilizan para referirse a sus postulados. Sin embargo, sí existe actualmente un consenso acerca no sólo de su origen sino de los corolarios que se esperan de una carta magna que revista de tales características.

Núñez Leiva refiere que el extracto del neoconstitucionalismo podría condensarse en una cultura jurídica que presenta la existencia de sistemas normativos guiados por una constitución –con un esquema particular de separación de poderes– que busca determinar de una forma significativa las decisiones de las mayorías a través de requisitos axiológicos y de tribunales jurisdiccionales que garanticen su supremacía y por lo tanto la concreción de sus mandatos no pertenece al legislador sino más bien a los jueces.¹⁹

Ya no es suficiente -para el neoconstitucionalismo- la simple división de poderes liberalmente considerada, o el sistema de frenos y contrapesos, es necesario dotar a quienes mejor conocen de las leyes -los órganos jurisdiccionales- de la base constitucional necesaria para hacerla prevalecer.

Señala Manuel Núñez Poblete que, para la mayoría de juristas, la inclusión de valores en este discurso simboliza uno de los rasgos más interesantes del neoconstitucionalismo.²⁰ Con esto, se traslada un concepto que era más ajustado a la ética que en la argumentación judicial y tiene su origen en la doctrina y en la práctica alemana posterior a la guerra. Posteriormente, esta transitó con gran fluidez hacia otros países especialmente receptivos a la ciencia jurídica alemana, como España o Italia y, desde allí, Latinoamérica.²¹

¹⁹ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Op. Cit. Págs. 5-6.

²⁰ Núñez Poblete, Manuel A. *El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Revista de Derecho No.34. Chile. 2010. Pág. 6. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100016&lng=en&tlng=en (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

²¹ *Loc. Cit.*

Se supera por completo la separación entre moral y norma que alguna vez hizo Kelsen, para dar un lugar, pero fundamental, a los valores y los principios en las normas constitucionales, esto con el fin de evitar la tergiversación e inutilización de las mismas por acontecimientos políticos.

Además, Carbonell, exponiendo la idea de Luigi Ferrajoli, indica que la función principal del Estado para el neoconstitucionalismo es la búsqueda de la satisfacción de los Derechos Fundamentales, y por lo tanto la concepción de Estado de cambia de forma cardinal.²²

1.3 Ejemplos de constituciones surgidas del neoconstitucionalismo

Posterior a la Segunda Guerra Mundial y en la misma época de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la creación de la Organización de las Naciones Unidas, se materializa el neoconstitucionalismo en varios textos constitucionales.

Núñez Leiva indica que los textos fundamentales que se pueden vincular al Neoconstitucionalismo se componen no sólo de normas formales, de competencia o procedimentales, orientadas al ejercicio de los poderes estatales y la relación entre ellos, sino especialmente de normas sustantivas que trazan límites negativos y vínculos positivos a los que estos poderes deciden legítimamente.²³ Para el presente estudio, se analizarán las de Alemania, Italia, España y Portugal.

²² Ávila Santamaría, Ramiro. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ecuador, 2008. Pág. 19 Disponibilidad y acceso: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf (Fecha de consulta: 27 de febrero de 2017).

²³ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations"*. Op. Cit. Pág. 11.

1.3.1 Constitución alemana

Según Norbert Lösing, una vez acabada la Segunda Guerra Mundial y la caída del régimen nacionalsocialista, Alemania se vio en la necesidad de formar una democracia enmarcada en un estado de derecho sobre los restos del antiguo orden. Esto implicó el intento de algo cuyo resultado era impredecible. Tampoco era posible remontarse a una tradición democrática sólida, pero sí a constituciones anteriores y a los fracasos del pasado.²⁴

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania²⁵ del 23 de mayo de 1949, establece la dignidad humana en su artículo 1, y se refiere a los Derechos Humanos como «*inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo*». Mientras que en su segundo artículo instaura el derecho de libertad de acción y de la persona.

Este enfoque de los Derechos Fundamentales en la Constitución alemana, dice Núñez Poblete, recuerda a Rudolf Smend, quien en 1928 formuló la tesis de que la «*Constitución es la expresión de un sistema concreto de valores y de un sistema cultural*». La cual tuvo considerable éxito en la doctrina y fue acogida en 1958 con la sentencia Lüth del Tribunal Constitucional alemán, donde consideró la Ley Fundamental como «un orden objetivo de valores» o un «sistema de valores» que vigoriza el poder de los derechos fundamentales.²⁶

¿Qué mejor ejemplo de neoconstitucionalismo que definir a la constitución como un sistema de valores? Aquel Tribunal Constitucional se adhirió a la misma línea que marcó su Ley Fundamental para interpretarla; es evidente también en el papel preponderante que otorga a la dignidad humana.

²⁴Lösing, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Traducido por: Marcela Anzola Gil. España, Editorial Dykinson, 2002. Pág. 35.

²⁵Consejo Parlamentario. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Disponibilidad y acceso: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).

²⁶ Núñez Poblete, Manuel A. Pág. 6.

1.3.2 Constitución italiana

Norberto Bobbio, como actor de la nueva etapa constitucional de Italia después de la Segunda Guerra Mundial, explica que predicaba una revolución democrática que más adelante definiría como una democracia integral, que «*no sólo debía ser formal sino también sustancial, no solamente como instrumento sino también como fin, no solamente como método sino también como conjunto de principios inderogables de inspiración*».²⁷

La Constitución de la República Italiana²⁸ fue promulgada el 27 de diciembre de 1947, y en su artículo 2 contempla los Derechos Humanos, como inviolables del hombre, mientras que su artículo 3, en la parte conducente indica «...*Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana...*».

La innovación principal de esta democracia, señala Bobbio sería la introducción de los derechos sociales en la primera parte de la misma, además de los personales, civiles y políticos ya reconocidos en las constituciones liberales. Bobbio cita un artículo de Piero Calamandrei en agosto de 1945, *Constitución y cuestión social*, en donde escribía de manera incisiva: «*No basta con asegurar teóricamente a los ciudadanos las libertades políticas, sino es preciso ponerlos en condiciones de poder hacer uso práctico de ellas*». Además, agrega que los promotores de la democracia estaban convencidos que el génesis democrático se vería amenazado por el choque entre dos iglesias contrapuestas, la comunista y la democristiana, pero encontraron un punto medio con el Concordato en el artículo 7 de la Constitución.²⁹

²⁷Bobbio, Norberto. *Entre dos Repúblicas: en los orígenes de la democracia italiana*. Volumen 1. Siglo XXI, 2002. Pág. 103. Disponibilidad y acceso: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/ebookviewer/ebook/bmxlYmtfXzg1NzE5X19BTg2?sid=d9ef92ee-b40c-4d41-ae84-38bd3a6aac97@sessionmgr4010&vid=6&format=EB&rid=4> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

²⁸Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Italiana*. Disponibilidad y acceso: <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).

²⁹Bobbio, Norberto. *Op. Cit.* Pág. 104.

Al comprender la ineludible interrelación entre Derechos Humanos individuales y sociales, no pudiéndose establecer jerarquía entre los mismos, la Constitución italiana reconoce el desarrollo integral de la persona humana, y asume como responsabilidad estatal la eliminación de todas las barreras -económico o sociales- que impidan en libertad de condiciones alcanzarlo.

En su artículo 134 la Constitución italiana establece el Tribunal Constitucional que juzgará sobre controversias de legitimidad constitucional de las leyes y los actos con fuerza de ley.

1.3.3 Constitución española

Según José Manuel Bandrés, España se constituyó en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y como Estado de Derecho sugiere que tanto los poderes estatales como todos los ciudadanos se encuentran sometidos al imperio y la razón de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.³⁰

La Constitución de España,³¹ vigente desde el 29 de diciembre de 1978, hace alusión a la dignidad de la persona en su artículo 10, y textualmente en su numeral 2 profiere: «...*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Lo que significa, indica Bandrés, que el Estado pone bajo su tutela un catálogo de Derechos y Libertades Fundamentales de los

³⁰ Bandrés, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. España, Bosch, Casa Editorial, S.A. 1987. Pág. 17.

³¹ Cortes Generales. *Constitución Española*. Disponibilidad y acceso: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).

ciudadanos, cuyo desarrollo debe llevarse a cabo por todos los poderes y autoridades públicas.³²

Perteneciente a una segunda época del neoconstitucionalismo, la Constitución española se permite incorporar a la Declaración Universal de Derechos y otros tratados internacionales en materia de Derechos Humanos a la interpretación relativa a las mismas que amplía exponencialmente las facultades de control y ponderación de principios de los órganos jurisdiccionales.

Marcelo Huertas Contreras indica que la transición hacia la democracia, especialmente con la entrada en vigor de la Constitución repercutió de gran manera en el sistema político español, como con la nueva formulación jurídica de sus instituciones políticas fundamentales, principalmente en el poder judicial, el cual alcanzó la mayor independencia históricamente, y además extrae del poder ejecutivo todas las facultades sobre la gobernación judicial, trasladándolas a un órgano de estructura democrática denominado Consejo General del Poder Judicial.³³

En la misma línea de las anteriores leyes fundamentales, afirma Bandrés, esta cuenta con un Tribunal Constitucional que resuelve, entre otras materias, sobre los recursos de inconstitucionalidad y de amparo. El artículo 161 establece, según interpretación de Bandrés, el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y conocedor en Derecho de la constitucionalidad de las leyes y último tutor de los derechos y libertades públicas.³⁴

³² Bandrés, José Manuel. *Op. Cit.* Pág. 17.

³³ Huertas Contreras, Marcelo. *El poder judicial en la Constitución española*. España, Universidad de Granada, 1995. Pág. 207.

³⁴ Bandrés, José Manuel. *Op. Cit.* Pág. 18.

1.3.4 Constitución portuguesa

De la misma forma, la Constitución de la República Portuguesa³⁵, aprobada el 2 de abril de 1976, en su artículo 16 establece que los preceptos constitucionales y legales sobre derechos fundamentales deben ser interpretados y además integrados con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, garantiza el derecho a la libertad en su artículo 27, mientras que el 33 contiene el derecho a la identidad y a la intimidad.

Al igual que España, Portugal reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos como fuente de principios de interpretación para garantizar una supremacía de los mismos a la luz de la Constitución que deberá emanar hacia el resto de su ordenamiento jurídico.

Similar a las experiencias de Italia y España, la Constitución portuguesa establece, un gobierno judicial caracterizado por:

1. Relativa independencia política;
2. Composición no exclusivamente judicial;
3. Reconocimiento constitucional;
4. Los tribunales consisten en órganos administrativos, no dentro de la administración estatal, sino con potestad relativamente amplia para tomar sus propias decisiones y;
5. No es totalmente apolítico, subjetiva ni funcionalmente. ³⁶

1.3.5 Constitución guatemalteca

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, la Constitución Política de la República de Guatemala,³⁷ vigente desde 1986, en su artículo 4 establece el derecho de libertad e igualdad para todos los habitantes del país, protege la dignidad de la persona

³⁵Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Portuguesa*. Disponibilidad y acceso: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).

³⁶ Huertas Contreras, Marcelo. *Op. Cit.* Pág. 208.

³⁷ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985.

prohibiendo cualquier tipo de servidumbre o condición que menoscabe la persona. Así, a lo largo del Título II se reconocen una amplia serie de derechos, tanto individuales como sociales que intentan construir la más completa esfera de protección a la persona.

Según Mauro Roderico Chacón Corado, la insistencia en el respeto incondicional al ser humano se materializa con los Derechos Fundamentales, habiendo emitido para el efecto la Corte de Constitucionalidad, órgano establecido en el artículo 268, una serie de fallos importantes, a partir de los artículos 44 y 46 del mismo cuerpo fundamental, que sirvió de fundamento para reconocer el bloque de constitucionalidad; la progresividad de los derechos sociales, la protección especial necesaria para tutelar los derechos de la mujer en la sociedad guatemalteca³⁸, entre otros.

Como parte también de la que se podría denominar la segunda ola del neoconstitucionalismo, la Constitución guatemalteca es especialmente novedosa al reconocer la preeminencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos sobre el derecho interno, es más, ni siquiera lo circunscribe únicamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino que amplía esta preeminencia a cualquier convenio internacional, lo cual complementa el catálogo de los derechos del habitante del territorio guatemalteco.

1.4 Características del Neoconstitucionalismo

Destaca Eduardo Aldunante Lizana que uno de los problemas que plantea el término neoconstitucionalismo es que no se formula dentro de un conjunto de postulados sistemáticos, ni siquiera está presente en todas las realidades constitucionales de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, los fenómenos que tienen en común son:

³⁸ Chacón Corado, Mauro Roderico. «Constitución y neoconstitucionalismo». Instituto de Justicia Constitucional. *I Jornada interuniversitaria de Derecho constitucional* Guatemala. Corte de Constitucionalidad, 2012. Págs.16-17.

- a) Cambio del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho con una constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias;
- b) Constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo, debido a la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores;
- c) Constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación directa en el sistema de fuentes, ocurriendo una «constitucionalización» del derecho;
- d) Consideración de los derechos fundamentales y los valores en la argumentación necesaria de las decisiones jurisdiccionales;
- e) Introducción de la ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales a través de la jurisdicción constitucional.³⁹

Dentro de los elementos que el autor señala como caracteres del neoconstitucionalismo, es necesario destacar que, a través del desarrollo normativo, este tipo de textos constitucionales tiene como fin la realización de un Estado Constitucional de Derecho, el cual se abordará más adelante.

Núñez Poblete también señala las manifestaciones más generales en la ciencia jurídica neoconstitucionalista:

- a) Crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional;
- b) Constitucionalización del derecho;
- c) Difusión de la concepción axiológica de los derechos constitucionales;
- d) Consolidación progresiva de ciertas metodologías de resolución de conflictos (como la ponderación) o de ciertos principios de escrutinio judicial de la actividad pública (principio de subsidiariedad) que aumentan la incidencia de los jueces en el ámbito público o privado;
- e) Renovación del concepto de Principios del Derecho;

³⁹AldunateLizana, Eduardo. *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. Proyecto Fondecyt N° 1090424, Neoconstitucionalismo: análisis y crítica de un modelo teórico y la posibilidad de su aplicación para el fortalecimiento del sistema constitucional chileno. Revista de Derecho Vol. XXIII N° 1, 2010. Págs. 5-6.

- f) Crisis de las constituciones nacionales frente a la globalización, y la apertura de las constituciones y las magistraturas nacionales frente al Derecho internacional y al comparado.⁴⁰

Al igual que el anterior, este autor recoge la importancia de los valores y principios que se incluyen en el desarrollo de la ley fundamental, la inserción de nuevas técnicas para solucionar los casos concretos utilizando la supremacía constitucional, de forma que sean los jueces los encargados de su optimización.

Mientras que González Dubón expone que las características principales del neoconstitucionalismo consisten en su pretensión de superación del positivismo jurídico y de establecer una axiología constitucional propia.⁴¹

Núñez Leiva, se ha referido también a las coordenadas que delineadas por Pozzolo para este término, para lo cual se condensan en cuatro pares de conceptos antagónicos, que ya habían sido desarrollados previamente por otros teóricos del Derecho, pero ahora se conjugan en una denominación unitaria:

- a) Principios versus Normas;
- b) Ponderación versus Subsunción;
- c) Constitución versus independencia del Legislador y
- d) Jueces versus libertad del Legislador.⁴²

Podría afirmarse entonces que el papel que otorgan las constituciones con estas características a los jueces es el mayor frente a los demás órganos estatales, ya no interesa tanto el freno del monarca con un órgano legislativo, más bien se trata de frenar la actuación de ambos organismos -ejecutivo y judicial- cuando tergiversen no sólo lo estipulado en la constitución, y cuando altere los valores y principios que la

⁴⁰ Núñez Poblete, Manuel A. Pág. 7.

⁴¹ González Dubón, Aníbal. *Op. Cit.* Pág. 65.

⁴² Núñez Leiva, J. Ignacio. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes&Revelations"*. *Op. Cit.* Pág. 5.

inspiran, y para tal efecto le concede el control de la juridicidad de los actos estatales a los mismos jueces y magistrados.

José Gomes Canotilho, citado por Sergio Roberto Matías Camargo, expone desde su punto vista, las siguientes características que identifican al mismo concepto: «a) *la juridificación de la política y de los principios*, b) *la importancia de los principios fundantes y estructurantes*, c) *la universalización de los Derechos Humanos y su radicalización como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas*, d) *la insuficiencia del enfoque positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales*». ⁴³

A continuación, se desarrollan las más relevantes.

1.4.1 Principios sobre leyes

Según Núñez Leiva, uno de los elementos más significativos en la literatura neoconstitucionalista ha sido la irrupción de un tipo especial de normas en las constituciones: los principios. Una nueva especie no reconocida y de importancia no valorada en el compendio positivista. No consiste en una primera aparición de las normas explícitas de principio en el derecho, sino más bien de su traslado desde la legislación ordinaria hacia las constituciones formales o escritas.⁴⁴

Este autor expone el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky cuando se refiere a la particularidad funcional de los principios, pues mientras las reglas o leyes, detalladamente determinadas en sus condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas, ofrecen guías sobre conductas y comportamiento, los principios callan, pero presentan criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas, pero no

⁴³ Matías Camargo, Sergio Roberto. *Neoliberalismo, neoconstitucionalismo y democracia*. Colombia. Universidad Libre. Bogotá D.C. 2013. Pág. 5. Disponibilidad y acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=2d65a362-1a72-4a32-aeec-97124e298c1c%40sessionmgr107&vid=1&hid=117> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁴⁴ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Op. Cit. Pág. 8.

aparecen de manera evidente en un ordenamiento normativo. Por lo tanto, los principios no tienen eficacia en abstracto, requieren de casos concretos para ser operativos. Pero el alcance de los principios continúa sobre el derecho subconstitucional, imponiéndose a las normas fundadas en la carta fundamental cuando ellas contravienen su contenido o conducen a situaciones injustas. Tal efecto propio de la supremacía constitucional deviene en esencial en el interior de la relación principio constitucional-norma legal.⁴⁵

El mismo autor, también manifiesta que probablemente los elementos más destacables en las Cartas Fundamentales actuales, los constituyan los principios y las directrices. Los primeros se formulan como enunciados que armonizan siempre casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de una forma abierta, al contrario de las reglas, estos carecen de una condición de aplicación delimitada. Mientras que las segundas se distinguen porque tanto sus condiciones de aplicación son abiertas o aplicables todos los supuestos de hecho, como su consecuencia jurídica tampoco está determinada.⁴⁶

Al ser tan abstractos, los principios únicamente se materializan en el razonamiento del juez al momento de resolver un caso concreto, cuando este no encuentra una solución -por lo menos justa- en la aplicación de las normas legales, por lo que se ve en la necesidad de acudir a la norma constitucional, no sólo para velar por su supremacía, sino también para cerciorarse de la juridicidad de su fallo a través de los principios que esta contempla.

Gregorio Peces Barba, uno de los redactores de la Constitución española, citado por Jorge Guillermo Portela, indica que la relación entre principios y valores aparece comúnmente en el neoconstitucionalismo. Y se refiere a los valores superiores para identificar al conjunto de principios recopilados en dicho texto constitucional, pero ahora poseen un rango normativo, pero con orígenes morales. Mientras que los

⁴⁵ Loc. Cit.

⁴⁶ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Lagunas Jurídicas y Neoconstitucionalismo: la plenitud del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho*. Op. Cit. Pág. 5.

principios son normas que manifiestan los valores superiores de un ordenamiento jurídico.⁴⁷ Este autor, hace una clara distinción entre valores y principios, aun cuando ambos provienen de la misma fuente: la moral.

Luis Prieto Sanchis realiza un comentario del libro de Ronald Dworkin «*Los derechos en serio*», e indica que la crítica central al positivismo jurídico de Dworkin está en la imagen distorsionada y pobre que ofrece del Derecho, pues conecta consecuencias jurídicas con supuestos de hechos, pero cae en problemas cuando se suscitan hechos fuera de la esfera prevista. Esto, en virtud que la realidad jurídica es muy compleja, posee elementos morales, no sólo se trata normas específicas, sino también principios que no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento de Hart u otro procedimiento análogo.⁴⁸

Comenta Prieto Sanchis, que para Dworkin los principios deben ser ponderados por el juez al momento de decidir un determinado conflicto, especialmente si se trata de casos difíciles. Dworkin pretende caracterizar a los principios como modelos de comportamiento «lógicamente» diferenciados de las normas. Pero más allá de las diferencias lógicas, tanto normas como principios presentan un aspecto común en el ámbito de la decisión judicial: ambos establecen derechos y obligaciones vinculantes para el juez, quien los descubre, no los crea.⁴⁹

Independientemente de cómo se apliquen los principios en la labor del juez constitucional, el neoconstitucionalismo permite a este último la capacidad de escoger dentro de un ámbito más amplio de elementos para fundamentar su fallo, de forma que ya no sólo las leyes ni la Constitución, forman parte de ese asidero legal, también lo son los principios y valores que recoge el espíritu constitucional.

⁴⁷Portela, Jorge Guillermo. *Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo*. Colombia, 2009. Número 18. Pág. 8. Disponibilidad y acceso: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=559fc4ba-259f-4cdc-aec9-5cf2132f3bfd%40sessionmgr4010&vid=1&hid=4105> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁴⁸ Prieto Sanchis, Luis. *Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin*. España, Edición Ariel, 1984. Pág. 4.

⁴⁹*Ibíd.*, Pág. 6.

1.4.2 Ponderación sobre subsunción

Para Núñez Leiva, siguiendo la línea de Zagrebelsky, (...) si el derecho estuviere integrado únicamente por reglas, bastaría la maquinización de su aplicación mediante autómatas pensantes. Para estos, serían suficientes el silogismo y la subsunción. Sin embargo, la adopción de posiciones que exigen los principios es incompatible con las máquinas, mientras sigan siendo máquinas, posición incompatible con la teoría positivista de la interpretación jurídica (...) lo cual implica que quienes aplican el derecho, es decir, los jueces, deben ser críticos de las normas.⁵⁰

Como rasgo elemental del positivismo jurídico, la subsunción ya no es suficiente para el neoconstitucionalismo, debe ser superada a través de la ponderación, donde el juez no sólo materialice la ley a través de una sentencia, sino más bien razone acerca de la idoneidad de la misma.

González Dubón presenta el pensamiento de Manuel Atienza Rodríguez, al indicar que, en el campo de la ponderación, sus partidarios se vinculan con la defensa del llamado neoconstitucionalismo, con una visión de principios del Derecho, y destacan el papel predominante de la razón práctica en el mismo. Por lo tanto, este jurista observa que el neoconstitucionalismo propone la eliminación o superación del dualismo positivismo-iusnaturalismo y el establecimiento de un sistema valorativo (axiológico) en la interpretación y aplicación de la Constitución.⁵¹

El mismo autor también hace alusión a la teoría de la ponderación de Robert Alexy, e indica que este autor manifiesta que uno de los principales temas en el actual debate sobre cómo interpretar los Derechos Fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. En su opinión, la ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales y en el derecho constitucional alemán, la ponderación forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad.⁵²

⁵⁰ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Op. Cit. Pág. 8.

⁵¹ González Dubón, Aníbal. Op. Cit. Pág. 66.

⁵² *Ibíd.*, Pág. 89.

El principio de proporcionalidad, siguiendo a Alexy, es un principio que se encuentra en relación de supraordinación con otros tres principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora, (...) interpretar los derechos fundamentales según el principio de proporcionalidad es considerarlos como mecanismos de optimización, o sea, como principios y no simplemente como reglas. Lo anterior implica que los principios constituyen normas que necesitan que algo se desarrolle con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (...) para lo cual se necesita la ponderación, no encontrándose soporte en la subsunción de normas.⁵³

A la ponderación de principios la acompañan otros mecanismos de superación del positivismo, que el neoconstitucionalismo recoge en el ámbito de respeto a los Derechos Humanos y supremacía constitucional, en el entendido que ningún derecho es superior a otro, así como ninguna disposición constitucional es superior a otra.

1.4.3 Omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas

Según García Morán, el neoconstitucionalismo como nueva visión jurídica, concibe a la Constitución como «*un ente viviente, como una norma abierta, no cerrada al cambio, con apertura a modificaciones interpretativas con base al principio pro persona*». Esta doctrina encuentra soporte en la interpretación y argumentación, basadas en una omnipresencia constitucional. Esto conlleva a que toda interpretación jurídica, política e incluso social, desde un punto de vista constitucional, debe ser la medida para todas las cosas. De forma que, en el Estado constitucional de Derecho ya no existen poderes soberanos, pues todos están sujetos a la ley constitucional.⁵⁴

A través del neoconstitucionalismo se consolida la soberanía del pueblo de que se trate, pues al someter a las autoridades estatales creadas a través de ese mismo pacto

⁵³ *Loc. Cit.*

⁵⁴ García Morán, César Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 247.

social, a una norma de tal magnitud: la Constitución, y con ella a los valores y principios que la inspiran, se establece un límite insoslayable para la actuación de dichas autoridades.

Al retomar los principios, Núñez Leiva manifiesta que estos deben estar presentes en el derecho subconstitucional, atribuyéndose preeminencia las normas fundadas en el texto constitucional sobre todas aquellas que contravienen su contenido o en caso, conduzcan a situaciones injustas. Este es entonces el principal efecto de la supremacía constitucional. Sin embargo, continúa el autor, como advierte Alfonso García Figueroa, la novedad de este paradigma actual no está en la capacidad anulatoria negativa de la constitución (compatible con el positivismo de Hans Kelsen), más bien en la tensión interna de esta.⁵⁵

El carácter particular de los principios, entonces, informa una habitual característica de las Cartas Fundamentales establecidas en un Estado de Derecho: la omnipresencia constitucional. Esto desemboca en dos puntos: el primero todo caso tiene una relevancia desde el punto de vista constitucional, y el segundo (...) que cualquier principio no absoluto es posible que sea desalojado por otro principio concurrente (...) como ocurre en la ponderación que hace el juez (sea de tal carácter o no) cuando se le presenta una circunstancia en concreto.⁵⁶

Es decir, ya no sólo es importante que el derecho interno no riña con lo dispuesto en la constitución taxativamente, sino que debe procurar la realización efectiva de lo contenido en el texto fundamental, como si de aquel irradiaran los principios y valores que deben tomar para sí el resto de las normas que componen el ordenamiento jurídico.

⁵⁵ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Lagunas Jurídicas y Neoconstitucionalismo: la plenitud del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho*. Op. Cit. Pág. 5.

⁵⁶ Loc. Cit.

1.5 Formas de Neoconstitucionalismo

El estudio del neoconstitucionalismo se ha dividido en varios puntos de vista, en el presente trabajo se analizan las siguientes formas:

- a) Teórico, como una teoría de Derecho;
- b) Ideológico, como una doctrina y;
- c) Metodológico, en virtud de sus principios novedosos constituye un método para el estudio del derecho.

1.5.1 Teórico

Ingrid Reina Petro González al referirse al neoconstitucionalismo como teoría del derecho, señala que este intenta entender cómo funcionan y los contenidos de las nuevas cartas magnas y todos los efectos que conllevan en sus respectivos Estados. Sin embargo, al ser dinámico, el derecho cambia según el contexto social, político y cultural donde se encuentre, se puede comprender de esta manera la universalidad de elementos que forman parte del constitucionalismo en cada nación, y marcar el programa de cómo los Estados deberían llegar a ser. En esta teoría, el control difuso encomendado a los jueces ordinarios, representa como característica neoconstitucionalista uno de los elementos que debe ser mejor analizado y desarrollado.⁵⁷

Sergio Estrada Vélez asevera que las transformaciones de la teoría del derecho, a partir del neoconstitucionalismo, ocasionaron una evolución cualitativa en el razonamiento jurídico. En esta teoría, los principios no se circunscriben a criterios metajurídicos que condicionan moralmente la existencia del derecho, o sólo se entienden como criterios auxiliares en los casos donde la ley no es clara y presenta lagunas o discrepancias. En el nuevo Estado Constitucional se les reconoce su condición de normas jurídicas y su función de criterios de validez del resto del

⁵⁷Petro González, Ingrid Regina. *El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia*. Colombia. 2016. Pág. 2. Disponibilidad y acceso en: <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/view/361> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

ordenamiento. Estrada Vélez cita aquí a Manuel Aragón Reyes cuando indica: «*parece difícil negar que hoy el Derecho de la Constitución es un Derecho por principios*».⁵⁸

Como ya se había mencionado anteriormente, el vocablo puede entenderse desde distintas acepciones, una de ellas como teoría del Derecho, que, junto a muchas otras, trata de explicar el razonamiento jurídico a partir de ciertas bases, que en este caso principios y valores.

1.5.2 Ideológico

García Morán también hace hincapié en que el neoconstitucionalismo puede ser enfocado y entendido como una doctrina e ideología institucional. Esto como marco del nuevo modelo de defensa de los Derechos Humanos, que necesita de un poder judicial activista y con iniciativa, que garantiza su tutela efectiva. Lo que, además, presupone la existencia y una nueva estructura del ordenamiento jurídico en donde sus tribunales ejerciten un activismo judicial vinculado y encaminado con la democracia constitucional y los derechos humanos.⁵⁹

Alfonso Santiago citado por García Morán, expone que «*el neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales. Así como el siglo XIX fue el siglo del poder legislativo y el siglo XX el del poder ejecutivo, el siglo XXI será, de acuerdo con una profecía neoconstitucionalista, el del poder judicial*».⁶⁰

⁵⁸ Estrada Vélez, Sergio. *El neoconstitucionalismo principialista en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores. Colombia, 2014. Pág. 3. Disponibilidad y acceso: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=ed5d2732-7b55-42a6-88fe-905e7b569bf2%40sessionmgr4007&vid=1&hid=4105> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁵⁹ García Morán, César Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 252.

⁶⁰ *Loc. Cit.*

Desde el punto de vista ideológico, se resaltan los Derechos Humanos como límite tanto de la actividad estatal como de las decisiones sociales de las mayorías, y para su aplicación a través de la judicialización se otorgan grandes facultades a los órganos jurisdiccionales.

Aldunante Lizana cita al jurista Paolo Comanducci cuando este hace uso de la expresión «neoconstitucionalismo ideológico» para referirse al conjunto de doctrinas que no se confina a describir los avances del proceso constitucionalización, sino además los exalta y aboga por su defensa y ampliación.⁶¹

Este autor identifica como manifestaciones de esta ideología:

- a) Una postura auto-reflexiva respecto del neoconstitucionalismo, como teoría del derecho que aspira a describir los logros de la constitucionalización post Segunda Guerra Mundial, con un posible trasfondo iusnaturalista, pero necesariamente opuesta al iuspositivismo;
- b) La reivindicación de la estrecha conexión entre derecho y moral, especialmente al calificar los derechos fundamentales como valores;
- c) La idea del efecto horizontal de los Derechos Fundamentales, y
- d) La ponderación como método para la solución de conflictos entre derechos y/o principios constitucionales, pues la comprende como la mejor manera de asumir las características de la interpretación constitucional y, en general, de la argumentación de la Constitución aplicada, como método del neoconstitucionalismo.

1.5.3 Metodológico

De nuevo, el jurista Núñez Leiva menciona que el neoconstitucionalismo ofrece una de sus novedades como propuesta metodológica, se trata del principio de proporcionalidad dentro de la designada técnica de la ponderación. Su aplicación, no puede asegurar una única respuesta para cada asunto manda al juzgador, para que

⁶¹Aldunante Lizana, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 6.

se extienda, el requisito de fundamentar exhaustivamente sus decisiones a un conflicto normativo donde no es posible la utilización de las clásicas herramientas de solución de antinomias.⁶²

En la práctica, el método neoconstitucionalista, indica Lina Marcela Escobar Martínez, junto al argumento semántico han encontrado lugar dentro de lo estipulado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, con el objetivo de crear nuevas normas jurídicas.⁶³ Expresa Escobar Martínez que esto se produce bajo el peligro de modificar la voluntad del legislador con el pretexto de interpretar su voluntad mediante las palabras consagradas en la disposición determinada.⁶⁴ Por lo tanto, este enfoque interpretativo neoconstitucional adquiere entonces un carácter activista desde los órganos jurisdiccionales, rompiendo el formalismo jurídico.⁶⁵

Aquí también se destaca el carácter activista que se presenta en el neoconstitucionalismo que -tanto como ideología y como método- colabora con la construcción de Derechos Humanos con la dignidad de la persona como único y principal objetivo.

1.6 Estado Constitucional de Derecho

En virtud que a lo largo de la exposición del neoconstitucionalismo se ha hecho referencia a que uno de sus objetivos es la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, es necesario acotar las implicaciones de este término.

García Morán expone el criterio de Luigi Ferrajoli, sobre la existencia de dos modelos de «Estado de Derecho» y señala:

⁶² Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. Op. Cit.* Págs. 11-12.

⁶³ Escobar Martínez, Lina Marcela. *El argumento semántico en la jurisprudencia colombiana una manifestación del neoconstitucionalismo y el positivismo.* Revista de Derecho No. 32, Barranquilla. Colombia. 2009. Pág. 3. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n32/n32a11.pdf> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

⁶⁴ *Ibíd.*, Pág. 19.

⁶⁵ *Ibíd.*, Pág. 22.

- a) Estado de Derecho *lato sensu*, débil o formal, que consiste en cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en la misma forma y procedimientos establecidos en esta, que responde a un modelo paelo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho.
- b) Estado de Derecho *strictu sensu*, fuerte o sustancial, que se refiere a los ordenamientos en los que el propio poder público se encuentra sujeto al contenido de la ley, no sólo desde su estructuración sino también, en su contenido, de modo que se vinculan los principios establecidos por los textos constitucionales, que se identifica con el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho.⁶⁶

Alexy, referido por García Morán, al referirse a los Derechos Fundamentales en un Estado Constitucional Democrático, indica que se caracteriza por: «...*seis principios fundamentales que han hallado en la Ley Fundamental una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de derecho, democrático y social...*».⁶⁷

Al observar este tema, Gil Domínguez señala que (...) el modelo de Estado constitucional de derecho brinda un paradigma diferente al de Estado de Derecho liberal del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, pues asegura por medio de la Constitución el principio de la soberanía popular y rechazar el de la soberanía del Estado (...) ⁶⁸ ubicándose claramente en el período posguerra y en las nacientes democracias de los Estados analizados con anterioridad. Por ello, se evidencia un regreso a las Declaraciones de derechos, expandiendo su esfera hacia los derechos económicos, sociales y culturales, como así también hacia los derechos colectivos.

En el Estado Constitucional de Derecho, continúa Gil Domínguez, la constitución se entiende como un mecanismo conducente a la protección de los derechos, a través de

⁶⁶ García Morán, César Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 247.

⁶⁷ *Loc. Cit.*

⁶⁸ Gil Domínguez, Andrés. *Op. Cit.* Pág. 18.

un proceso de readecuación del significado de las normas de derecho positivo estatal vigente, por lo que no sólo deben ser producidas formalmente de modo correcto, sino que también deben consumir con los contenidos sustanciales constitucionales. Lo resume así: «*La Constitución como norma fundamental de garantía y como norma directiva fundamental derrota por completo al dogma de la ley como techo del ordenamiento jurídico.*»⁶⁹

Ya no interesa tanto para el legislador constitucional la estructuración del aparato estatal, se deviene más importante el establecimiento de derechos y libertades para el ciudadano además de las herramientas y mecanismos que el mismo tiene para su correcta aplicación, la parte orgánica pasa a un segundo plano, y la parte dogmática se convierte en el asidero de los principios y valores que inspirarán a todo el Estado.

De forma teórica, indica Núñez Leiva, el neoconstitucionalismo consiste en una doctrina sustentada por la constitucionalización del Derecho, la cual encuentra sus orígenes en la fusión de las tradiciones de las cartas políticas y las leyes fundamentales garantizadas, ya analizadas previamente. Por lo tanto, afirma, que no es el neoconstitucionalismo el que nace del Estado Constitucional de Derecho, más bien al contrario, el surgimiento del último ha incitado el crecimiento de la amplia gama de estas ideas.⁷⁰

Gil Domínguez al decir que la fuerza normativa de la constitución irradia al ordenamiento jurídico ordinario (civil, comercial, penal, laboral, administrativo), con la idea de su supremacía, de modo que este sistema secundario sólo es válido si practica los requisitos formales y materiales. Por lo que, en un Estado Constitucional de Derecho, no puede referirse a un derecho de familia sino de un derecho constitucional de familia, ni a un derecho penal sino a un derecho constitucional penal, y así continuamente, con todas las demás ramas del derecho.⁷¹

⁶⁹ *Loc. Cit.*

⁷⁰ Núñez Leiva, J. Ignacio. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes&Revelations"*. *Op. Cit.* Pág. 9.

⁷¹ Gil Domínguez, Andrés. *Op. Cit.* Pág. 20.

Por lo tanto, todas las ramas del Derecho deben encontrar un fundamento constitucional, de forma que no sólo las leyes especiales que las rijan sino también las resoluciones judiciales que apliquen tales normas se ajusten a lo pretendido por tal norma.

Rodolfo Vigo, se refiere a la propuesta de Ferrajoli en el marco del Estado de Derecho Constitucional de una democracia sustancial en reemplazo de la procedimental propia del Estado de Derecho legislativo, y reconoce que hay asuntos ya firmes que deben ser inalterables por la decisión autoritativa, incluso -y tal vez especialmente- de la voluntad popular, y se tratan de los Derechos Humanos.⁷²

Las tesis neoconstitucionalistas además, afirma Vigo, suponen los Derechos Humanos, como una (...) juridicidad que no se crea, más bien se reconoce en un ámbito universal e inalienable, y tienen la posibilidad jurídica de hacerse efectivos ante tribunales internacionales, tanto con un reproche jurídico -moral- y las eventuales condenas, y esto aunque existan normas jurídicas -incluso las mismas constituciones- en el derecho nacional que permitan las violaciones cometidas por la autoridad imputada y presentadas a juicio (...) ⁷³ tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional.

Es tal el alcance del neoconstitucionalismo que, a través de la inclusión de la universalización de los Derechos Humanos, previene su violación dentro de un determinado Estado a través de la sumisión del mismo a órganos jurisdiccionales supranacionales que tengan como único fin la revisión de las actuaciones internas estatales para garantizar el cumplimiento de tales derechos, o bien, su reparación en caso de violación.

⁷² Vigo, Rodolfo. *Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)*. Prudentia Iuris, N° 74. Argentina, 2012. Pág. 3. Disponibilidad y acceso:

<http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=1e4e0808-cbd0-4c3c-b932-a84122978ab8%40sessionmgr4007&vid=1&hid=4105> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁷³ *Loc. Cit.*

1.7 Justicia constitucional

Al igual que el Estado Constitucional de Derecho, la justicia constitucional también ha sido parte del presente trabajo de investigación y para el efecto se abordará a continuación.

De forma genérica, manifiesta Petro González, se considera que el *judicial review* es el antecedente histórico del control difuso de constitucionalidad. Dicha figura mostró la confianza guardada a los jueces norteamericanos para que ejercitaran el control de constitucionalidad y hacer predominar la supremacía constitucional; en virtud de la suspicacia en el parlamento que había dictado las leyes antes de la independencia estadounidense.⁷⁴

El *judicial review* no encuentra su desarrollo en la Constitución de 1776 expresamente, sino es a través de la construcción jurisprudencial, iniciando con el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, el fallo donde el juez Marshall cambia totalmente de perspectiva a la práctica judicial vigente hasta ese entonces en la Corte Suprema de Justicia de Norteamérica y con el cual otorga una nueva percepción del rol de los jueces. Se infiere que, aunque la Corte sea el intérprete definitivo de la constitución, los demás jueces tienen una igual función para la solución de conflictos entre ley y aquella norma.⁷⁵

El papel de los jueces en el Estado Constitucional de Derecho viene del que ellos mismos se han atribuido a través de sus fallos en la historia, comenzando con el caso anterior, los jueces han construido a través de su jurisprudencia el control constitucional que se vio ya plasmado en los textos parte del neoconstitucionalismo. Sin embargo, Petro González, hace alusión a Elena I. Highton, cuando menciona que el sistema judicial americano se ha visto influenciado por el estilo europeo, cuya característica esencial son los tribunales constitucionales de última instancia que interactúan con los tribunales de la justicia común. Es decir, el estilo europeo consiste

⁷⁴Petro González, Ingrid Regina. *Op. Cit.* Pág. 2.

⁷⁵*Loc. Cit.*

en una combinación entre los sistemas concentrado y difuso del control de constitucionalidad.

Este último control no solo se ejercita por un órgano especializado, sino también por los jueces ordinarios, quienes pueden interpretar aquel texto en un caso concreto, y por medio de distintas figuras, la más común la inconstitucionalidad, evitar la aplicación de una ley que sea contraria al texto constitucional. Este sistema, se diferencia del control concentrado, pues se otorgan facultades a un Tribunal o Corte Constitucional como órgano superior para ejercer el control de las leyes según la ley fundamental y, en este caso, sus decisiones tienen efectos erga omnes. Siendo esta la generalidad en el territorio latinoamericano.⁷⁶

Pero no se trata simplemente del traslado de los modelos europeos a los Estados latinoamericanos, afirma Lösing, aunque sí los han influido cuantiosamente, consiste en un desarrollo del propio derecho constitucional, de una manera congruente y escalonada. Esto deviene de la revisión del desarrollo constitucional de esta jurisdicción desde los movimientos independentistas, por lo que, en esta región, el derecho comparado ha jugado siempre un rol importante en el desarrollo del propio derecho.⁷⁷

Independientemente del control de constitucionalidad que se utilice en cada país, es necesario contar con uno que otorgue a los jueces de tal carácter la facultad de aplicar la constitución por sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Eduardo Hernando Nieto señala que, en el neoconstitucionalismo, la constitución conduce todas las conductas, al someter tanto la voluntad del pueblo como a sus autoridades a su mandato, el cual es interpretado por los jueces constitucionales, al aplicar el derecho según la constitución, por lo que se puede afirmar que en todos los

⁷⁶*Ibíd.*, Pág. 3.

⁷⁷Lösing, Norbert. *Op. Cit.* Pág. 38.

jueces y cómo ejerciten su jurisdicción verifica el control de constitucionalidad o revisión judicial.⁷⁸

Esta acción expone Hernando Nieto, ha concedido al juez «neoconstitucionalista» un poder que no gozaba en modelos anteriores, donde sólo utilizaba un juicio lógico deductivo -silogismo-. Esencialmente, el vuelco de esta doctrina se ampara en la ponderación entre principios, que confiere a los jueces constitucionales un mayor papel en la práctica del derecho, ocasionando un impacto social al constituirse en los grandes defensores de los Derechos Fundamentales.⁷⁹

De nuevo se alude al papel activista de los jueces en un Estado Constitucional de Derecho, pero esto gracias al uso que los ciudadanos hagan de los mecanismos y garantías previstas para tal efecto, de forma que son ellos quienes inician todo el proceso de omnipresencia de la constitución.

⁷⁸ Hernando Nieto, Eduardo. Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular? Perú, 2013. Revista de Economía y Derecho, volumen 10, número 38 Pág. 3. Disponibilidad y acceso: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=72978760-efbf-4a4d-8a3f-cf245050e7a6%40sessionmgr4009&vid=1&hid=4105> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁷⁹ *Loc. Cit.*

Capítulo 2

Derechos Humanos

Otro de los pilares fundamentales de la presente investigación descansa en los Derechos Humanos, sus implicaciones y su regulación en distintos instrumentos internacionales. Sin embargo, se hará especial énfasis en el derecho a la libertad, pues de este se desprenderá posteriormente la libertad sexual y todo lo que conlleva.

2.1 Nociones generales

Antes de definir este término, es necesario identificar las distintas acepciones que se le han asignado. Antonio Osuna Fernández-Largo señala que cuando un vocablo alcanza un uso universal, como lo es «*derechos humanos*» se tiende a disipar su precisión, lo cual conduce a variadas confusiones e inconvenientes para emprender su definición. Este concepto ha sido designado de múltiples formas, según el contexto y momento histórico en que se estudian.⁸⁰

2.1.1 Derechos naturales

Indica Osuna Fernández-Largo que esta denominación tiene un tono filosófico, siendo recurrente en las teorías iusnaturalistas. Esta se utilizó desde el Renacimiento, pero su circulación fue a partir de la época del racionalismo, cuando por Derecho Natural se tenía una concepción de los derechos innatos o de los derechos propios del estado pre-civilizado. Este término implica que comprende los Derechos Humanos como requerimientos de la ley moral natural. Por lo tanto, se vinculan a la condición humana, y en virtud de esto, trascienden los sistemas jurídicos estatales, actuando como fundamento de los derechos positivos.⁸¹

⁸⁰ Osuna Fernández-Largo, Antonio. *Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar*. España, Editorial San Esteban, 2001. Pág. 14.

⁸¹ *Ibíd.*, Págs. 14-15.

Como vestigio de la presencia religiosa a fines de la Edad Media, los Derechos Naturales se entendían como de naturaleza divina, proveniente de algo sobrenatural, de la cualidad intrínseca del ser humano. Esta denominación ha sido recurrente para defender la inherencia como característica de estos derechos, como más adelante se abordará.

2.1.2 Derechos del hombre y del ciudadano

El autor anterior afirma que este nombre surge en la Revolución Francesa, y se origina de la teoría contractualista del pacto social, pues se refiere a los derechos de la persona individual frente al Estado. También de carácter iusnaturalista, subraya la índole innata de esos derechos y su condición pre-jurídica y pre-social. Se utiliza en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia afirmaba que *«los hombres por su naturaleza son igualmente libres y tienen ciertos derechos innatos...»*. Thomas Paine, citado por el mismo Osuna Fernández-Largo argumentaba que los Derechos Humanos son el conjunto de *«derechos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir y por el hecho de ser miembro de la sociedad»*.⁸²

Lo más importante durante los movimientos republicanos e independentistas de Francia y Estados Unidos es la autonomía que los ciudadanos reclaman sobre su vida frente a las Coronas francesas e inglesas respectivamente, es por esto que esta denominación se ubica en un periodo eminentemente antropocéntrico.

2.1.3 Derechos individuales

Antonio Enrique Pérez Luño hace referencia a que este nombre se manejó como sinónimo de los Derechos Humanos en el período donde se identifican con el reconocimiento de ciertas libertades relacionadas con la autonomía de los individuos. Proveniente de la corriente liberal el individuo se considera un fin en sí mismo, mientras que la sociedad y el derecho son medios a su disposición para lograr de sus intereses.

⁸²*Ibíd.*, Págs. 15-16.

Desde este punto, estos son entendidos a partir de un sentido plenamente negativo como garantía de no injerencia estatal en su esfera; es lo Georg Jellinek llama *status libertatis* y Georges Burdeau libertad-autonomía.⁸³

Mientras que Osuna Fernández-Largo se refiere a los derechos individuales como la expresión que alude a los derechos subjetivos previos a una ley estatal. En el liberalismo, estos son entendidos como un límite al poder totalitario y absolutista del Estado. Sin embargo, desconoce el amplio campo de los derechos sociales y las exigencias de justicia derivadas de la solidaridad, a pesar de haber iniciado la concepción individualista y personalizada de lo que es la sociedad y la vida jurídica y política.⁸⁴

En el devenir histórico, este término se conoce como la primera generación de los Derechos Humanos, que tiene como objeto frenar la actividad estatal y circunscribirla a una esfera inviolable de derechos de cada persona, de modo que el Estado debe abstenerse de actuar sobre ella, respetando la voluntad individual de cada una.

2.1.4 Libertades públicas

Señala Osuna Fernández-Largo que se trata de una denominación creada en el siglo XIX, a impulso del estado liberal de Derecho, que se impregnó en el pensamiento francés, que identificó la justicia con el reconocimiento público de las libertades del individuo. Se desarrolla al mismo tiempo que las doctrinas alemanas acerca de los derechos públicos subjetivos de G. Jellinek. Debido a que se originan en las teorías políticas actuales, este término continúa en el uso de los Derechos Humanos, por ejemplo, en la *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales*, pero que también olvida los derechos sociales y culturales.⁸⁵ Al igual que la acepción anterior, ésta también identifica a una

⁸³ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. España, Editorial Tecnos, 2010. 10ma. Edición. Pág. 33.

⁸⁴ Osuna Fernández-Largo, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 16.

⁸⁵ *Ibíd.*, Pág. 17.

determinada categoría, que se enfoca principalmente en la individualidad de la persona.

2.1.5 Derechos Fundamentales

Indica Pérez Luño que esta denominación, *droits fondamentaux*, surgió en Francia aproximadamente en 1770 con el movimiento político y cultural que llevó a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁸⁶ Posteriormente, señala Osuna Fernández-Largo es utilizado en la Carta de las Naciones Unidas (1945) en su preámbulo y los artículos 1 y 3, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Se cree que puede ser un concepto universalmente aceptable, por su intención de afectar a todo ser humano, por encima de cualquier diferencia, otorgándoles un rango superior y de mayor estabilidad.⁸⁷

A partir de la internacionalización de los Derechos Humanos con la Declaración Universal de Derechos Humanos y la formación de la Organización de las Naciones Unidas, se inició también con la constitucionalización de los mismos, y al contenerse en estos textos se les conoció como fundamentales por su obligatoria efectividad en cada Estado.

Sobre este término, Laura Nahabetián Brunet hace alusión a Robert Alexy, cuando indica que se caracteriza por cuatro puntos:

- a) Los derechos fundamentales regulan con rango máximo;
- b) Con máxima fuerza jurídica;
- c) Su objeto es de la máxima importancia y;
- d) Con máxima indeterminación.

⁸⁶ *Ibíd.*, Pág. 32.

⁸⁷ Osuna Fernández-Largo, Antonio. *Ibíd.*, Pág. 18.

Este tipo de disertación se vincula con el garantismo jurídico, que involucra las técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos en una constitución.⁸⁸

El vocablo fundamental implica la existencia de algún instrumento, formalmente escrito, del catálogo de derechos reconocidos o bien otorgados a la persona humana por su calidad de tal.

Manifiesta Osuna Fernández-Largo que este apelativo resalta específicamente la índole jurídica fundamental de los Derechos Humanos. En virtud de su carácter ideológicamente neutro -pues se aceptan que son básicos- y por incluir un nombre propio de la ciencia jurídica –las normas fundamentales predominan sobre las demás- es una nomenclatura muy común.⁸⁹ Pérez Luño observa que la ciencia comprende esta designación como aquellos Derechos Humanos positivizados en las constituciones estatales. Y señala que últimamente, la doctrina alemana concibe los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales inmersas en los derechos políticos subjetivos y las demandas sociales procedentes de la concepción institucional del Derecho.⁹⁰

Nahabetián Brunet asevera que los Derechos Fundamentales, -desde su estructuración (...) normas deducidas de enunciados normativos que pueden estar contenidos en preceptos de rango constitucional (...) ⁹¹ adquiriendo un rango superior al resto del ordenamiento jurídico interno, que pueden clasificarse en simples o complejos. Los primeros responden a los derechos que permiten a su titular la exigencia de la observancia de los deberes de abstención del poder público o los particulares. Mientras que los segundos, se concretizan con una pluralidad de técnicas de garantía.

⁸⁸Nahabetián Brunet, Laura. *Normas de derechos humanos: Colisión y complementariedad*. Uruguay. 2016. Págs. 7-8. Disponibilidad y acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=4f534e68-4e25-43ac-bf7b-311bf84e302d%40sessionmgr4006&vid=1&hid=4102> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁸⁹ Osuna Fernández-Largo, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 18.

⁹⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. *Op. Cit.* Pág. 32.

⁹¹Nahabetián Brunet, Laura. *Op. Cit.* Pág. 32.

La misma autora asevera que se ha generalizado que estos enunciados normativos que contienen Derechos Fundamentales son abstractos pues no especifican modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho, y es abierto pues cualquier «*conducta que encaje en el enunciado normativo estará protegida por el derecho fundamental*». Y es por esta misma razón, que también se consideran principios, pues son susceptibles de ser optimizados, a diferencia de las leyes.⁹²

Existen diversas formas de denominar entonces a los Derechos Humanos, al punto que se utilizan indistintamente como sinónimos, pero esto constituye una ventaja. Concluye Osuna Fernández-Largo que este conjunto de expectativas y pronunciaciones jurídicas conocidas como Derechos Humanos no puede ser uniforme ni inalterable en la historia, más bien, debe ser dinámico y encontrarse en constante cambio y revisión, pues dependen tanto de la concepción del ser humano de que se trate, como de la organización política de la sociedad y del derecho.⁹³

Este autor hace alusión al Papa Juan XXIII, cuando se refiere a la condición personalizante de los derechos humanos: «*En toda convivencia humana bien ordenada y organizada, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza humana dotada de inteligencia y voluntad libre y que, por lo tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanar inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza*».⁹⁴

Por otra parte, Lucrecio Rebollo Delgado, expone que los Derechos Fundamentales responden a la necesidad de instituir y mantener las condiciones mínimas con el fin que el desarrollo de la libertad y la dignidad de la persona sea realidad. Lo cual se alcanza cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada de igual manera que la libertad individual. Y para evidenciar su punto recuerda a Peces Barba, cuando

⁹²*Loc. Cit.*

⁹³Nahabetián Brunet, Laura. *Op. Cit.* Pág. 19.

⁹⁴*Ibíd.*, Pág. 27.

observa que los derechos presumen llevar a cabo intereses privados en un marco de intereses públicos.⁹⁵

Rebollo Delgado afirma que, por lo tanto, no sólo hay que tomar en cuenta que los derechos del individuo se ejercitan frente al estado o frente a los demás, sin que también configuren objetivos básicos del ordenamiento democrático al que pertenecen. Entonces los Derechos Fundamentales están conectados de forma directa al desarrollo de los valores establecidos en un sistema jurídico concreto, pero no de forma cerrada, sino infiltrable a la evolución social y al momento histórico.⁹⁶

De lo anterior se colige que el término de marras se ha encontrado en una constante evolución y transformación, con lo que se anticipa al dinamismo como una de sus características, pues las circunstancias de las sociedades humanas cambian constantemente, debiendo entonces adaptarse los alcances de los derechos humanos.

2.2 Definición de Derechos Humanos

Se ha indicado lo complicado e inadecuado que resultaría definir el concepto de Derechos Humanos, y por ende circunscribirlo a un determinado ámbito. Sin embargo, es necesario comprender a qué se refieren los juristas al aludirlo, y para el efecto se presenta una serie de precisiones autores con el fin de estudiarlo desde diferentes perspectivas.

Wilson De los Reyes Aragón los comprende como «*demandas sociales concretas derivadas de respuestas ideológicas a situaciones sociales clave y que los derechos*

⁹⁵ Rebollo Delgado, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. España, Editorial DYKINSON, S.L. 2005. Págs. 114-115.

⁹⁶ *Loc. Cit.*

*tiendan a poseer un carácter más colectivo que individual (aunque no se niegue la existencia de tal dimensión)».*⁹⁷

Mientras que Osuna Fernández-Largo los define como el: «*reconocimiento de lo que es propio del ser humano dentro de la vida social. (...) Y los derechos fundamentales son el núcleo del mundo jurídico y la primera categoría por la que existe interdependencia inexcusable entre justicia y derecho*».⁹⁸

El primer autor lo hace desde un punto de vista social, de reivindicación de las personas, no obstante, el segundo los entiende como aquel espacio particular de cada persona, dentro del concierto social, colocándolo como un puente entre valores morales y el ordenamiento jurídico.

En su obra Derecho Global, Bartolomé Clavero indica que (...) si los Derechos Humanos constituyen un objeto, aunque inmaterial, perceptible, un objeto que se pueda identificar y analizar, los mismos no existen con anterioridad al último trimestre de 1945, a la fecha de fundación de las Naciones Unidas (...) ⁹⁹, en donde se empieza a gestar las ideas que después serían plasmadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre del 1948. Este autor se ubica en la historia universal para identificar el nacimiento de los derechos humanos, según es a partir de entonces que se puede realizar un análisis de los mismos.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas los define como «*derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión,*

⁹⁷ De los Reyes Aragón, Wilson. La importancia de la convención y los estudios empíricos para la definición de derechos humanos. Colombia. 2008. Pág. 4. Disponibilidad y acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=a80007c5-b361-4544-98f8-2299a15d93c1%40sessionmgr4009&vid=1&hid=4102> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

⁹⁸ *Ibíd.*, Pág. 27.

⁹⁹ Clavero, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. España, editorial Trotta, 2014. Págs. 13-14.

lengua, o cualquier otra condición...». Por lo tanto, se puede afirmar que se caracterizan por ser interrelacionados, interdependientes e indivisibles.¹⁰⁰

Marco Antonio Sagastume Gemmell cita a Gregorio Peces Barba, cuando señala que los Derechos Humanos son la *«facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombre libres, exigiendo el respeto de los hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.»*¹⁰¹ Sin embargo, el jurista español se limita a abordar los derechos individuales, sin tomar en cuenta los sociales o colectivos.

En la actualidad, señala De los Reyes Aragón, al recordar a Bobbio, lo más importante en esta materia no es tanto su consagración y coherencia teórica, sino más bien su aplicación práctica. Y esto implica aumentar las energías para defender la idea de estos derechos como *«fiel de la balanza, control de razonabilidad y límite de las medidas para alcanzar la seguridad de los Estados»*. Y afirma que para construir una definición de «Derechos Humanos», más que una clasificación sobre las diferentes perspectivas sobre dicho término, resulta más apropiado delimitar los elementos que lo conforman, y así encontrar los aspectos notables que deben incluirse en este.¹⁰²

Norberto Bobbio prefiere ser pragmático al abordar estas libertades, y recalca que su efectividad y aplicación concreta resulta más importante que la definición teórica de lo implica tal concepto.

¹⁰⁰ Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *¿Qué son los derechos humanos?* Nueva York, 2015. Disponibilidad y acceso: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> (Fecha de consulta: 17 de enero del 2017).

¹⁰¹ Sagastume Gemmell, Marco Antonio. *Introducción a los derechos humanos*. Guatemala, Editorial Universitaria, 1999. Pág. 3.

¹⁰² De los Reyes Aragón, Wilson. *Algunos elementos para construir una definición de derechos humanos*. Colombia, 2008. Pág. 2. Disponibilidad y Acceso en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v10n2/v10n2a7.pdf> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

2.2.1 Características

Al ser tan distintas las definiciones estudiadas sobre el término, se hace imprescindible recurrir a los caracteres que le han sido atribuidos a los Derechos Humanos, para una mejor identificación de los mismos, así como sus implicaciones en el derecho internacional público.

David Lafuente Durán indica que fue la Declaración adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993, la que dispuso que «*todos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*».¹⁰³ Lafuente explica estos tres pilares así:

- a) Universalidad: consisten en principios rectores para todos los seres humanos pues forman parte de su propia esencia. Aplican a toda persona, grupo y pueblo sin distinción alguna, independientemente del sistema político, ideológico, económico y sociocultural de los Estados a los que pertenezcan.
- b) Indivisibilidad: no existe jerarquía entre estos derechos, ni unos dignos de mejor o mayor aplicación. Esto deviene para los Estados en su responsabilidad de comprenderlos de manera integral, con las medidas necesarias para garantizar su vigencia.
- c) Interrelación: el fin principal de estos Derechos es optimizar de la calidad de vida de las personas, estando todos los derechos conectados de una u otra forma para lograrlo, entonces el derecho a la vida implica la garantía de existencia de condiciones económicas, sociales, culturales y ambientales que aseguren su calidad.¹⁰⁴

Resulta importante aclarar que a pesar que se ha aludido a ciertas generaciones o categorías de Derechos Humanos, en virtud de su indivisibilidad es imposible

¹⁰³ Lafuente Durán, David. *Garantizar los derechos humanos en un mundo globalizado*. España, 2016. Pág. 2. Disponibilidad y acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=f0840ed1-4ba8-4f7b-8ac8-308286d348d0%40sessionmgr4008&vid=1&hid=4102> (Fecha de consulta: 25 de febrero de 2017).

¹⁰⁴ Loc. Cit.

jerarquizarlos, es decir otorgarles importancia a unos sobre otros, pues para el verdadero desarrollo de la personalidad de cada ser humano, todos son fundamentales.

A las previas características se les puede agregar:

- d) Imprescriptibilidad: los Derechos Humanos no están sujetos a condición alguna, por lo tanto, no se pueden perder por medio de prescripción, pues de lo contrario se pondría en grave riesgo a la persona, y por eso, Aguilar Guerra señala que los Derechos Humanos sólo se pueden limitar, pero no se perder bajo ninguna circunstancia.¹⁰⁵
- e) Inalienabilidad: esta cualidad implica que la imposibilidad tanto jurídica como material del hecho que un individuo transmita sus derechos a otro, y técnicamente no es necesario, pues según su individualidad, todas las personas son titulares de Derecho Humanos.¹⁰⁶

Estas características consisten en limitaciones a la autonomía de la voluntad de la persona, pues con diversos motivos, una persona podría pactar en contra de los Derechos Humanos que le asisten; sin embargo, esto es inconcebible a la luz de lo abordado con anterioridad.

2.3 Derechos Humanos en la Constitución Política de la República de Guatemala

Como ya se ha mencionado, el texto constitucional guatemalteco pertenece a la corriente neoconstitucionalista, y gracias a la clasificación que el Licenciado Ramiro de León Carpio hiciera del mismo, se entiende que cuenta con tres grandes partes: la dogmática, la orgánica y la práctica. Para la presente investigación, es necesario enfocarse en la primera, que se encuentra en el Título II: *Derechos Humanos*, y dentro del mismo, al Capítulo I: *Derechos Individuales*.

¹⁰⁵ Sánchez Usera, Enrique (Coordinador). *Monografías de derechos humanos*. Tomo I. Guatemala, Editorial Cara Parens de la Universidad Rafael Landívar. Pág. 11.

¹⁰⁶*Loc. Cit.*

2.3.1 Derechos individuales

Pérez Luño indica que muchos ciudadanos en las sociedades democráticas actuales ven los Derechos Humanos como un valor perpetuo en su experiencia cívica, pues fueron formulados como categorías que procuraban enunciar las exigencias atemporales y constantes de la naturaleza humana; además de consistir en un conglomerado de facultades jurídicas y políticas propias de todos los seres humanos a través de la historia. Señala también que el devenir de los derechos y libertades desde su nacimiento en la época moderna hasta la actualidad ha sido determinado por el enfoque que se le otorgue. De la misma forma, la comunidad internacional ha contribuido a sus cambios y evoluciones.¹⁰⁷

Esta acepción de derechos inició como derechos políticos frente al poder hegemónico de las monarquías, sin embargo, se ha dejado atrás para incluir en él nuevas perspectivas dentro del contrato social celebrado con el Estado.

En esta misma línea de dinamismo, José Ortega y Gasset, citado por Pérez Luño asevera que: «A los derechos del hombre ya conocidos y conquistados habrá que acumular otros, hasta que desaparezcan los últimos restos de mitología política». Por lo tanto, Pérez Luño considera a Ortega y Gasset como un «ilustre precursor de la concepción generacional de los derechos humanos». La noción emprendedora de los derechos coincide entonces con la etapa de mayor relevancia se les atribuya.¹⁰⁸

Esta mutación histórica, señala Pérez Luño, ha influenciado el surgimiento de las sucesivas «generaciones» de derechos, lo cual les confiere perfiles ideológicos determinados. Los Derechos Humanos nacen con clara impresión individualista, como libertades individuales que consisten en la primera fase o generación. Esta idea

¹⁰⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos*. España, 2014. Universidad de Sevilla. Pág. 2. Disponibilidad y acceso: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/870/872> (Fecha de consulta: 26 de febrero del 2017).

¹⁰⁸Loc. Cit.

individualista sufre deterioros e impugnaciones en las luchas sociales del siglo XIX, que propugnaban la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades con una segunda generación de derechos: los económicos, sociales, culturales, los cuales se consagran jurídica y políticamente en el Estado Social de Derecho.¹⁰⁹

En la misma línea, Julio César Cordón Aguilar asevera que un gran sector doctrinal ha acordado con una clasificación generacional de los Derechos Humanos, la cual fue propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak, en virtud de los principios de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad, fundamentándose en el reconocimiento progresivo de los derechos en cada momento histórico. Por lo tanto, según esta clasificación, los derechos de primera generación, comprenden los derechos de libertad que son los civiles y políticos; la segunda se vincula con los derechos de igualdad, es decir, los económicos, sociales y culturales, y, por último, la tercera que se relaciona con los derechos de los pueblos o de solidaridad.¹¹⁰

Como ya se ha indicado anteriormente, la que interesa en esta investigación es la primera generación. Y en esta, Pérez Luño, indica que los Derechos Humanos son vistos como derechos de defensa de las libertades propias del individuo, que demandan la limitación y ausencia de injerencia de los poderes públicos en la esfera privada, tutelándose por medio de omisión de acción y vigilancia en términos de policía administrativa.¹¹¹

2.3.2 Derecho a la libertad

Afirma Cordón Aguilar que el titular de los derechos civiles, es el ser humano considerado individualmente, sin distinción alguna. Son los primeros con un desarrollo normativo, teniendo como fundamento los derechos de libertad personal y de propiedad. Estos derechos implican un ámbito de acción y de autonomía de los

¹⁰⁹*Loc. Cit.*

¹¹⁰Cordón Aguilar, Julio César. *Derechos Humanos. El anhelo por garantizar el respeto a la dignidad de la persona*. Seire Societatis III. Guatemala. Editorial Cara Parens. 2013. Pág. 41.

¹¹¹ Pérez Luño, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos*. *Op. Cit.* Pág. 4.

particulares, garantizando independencia frente a los demás miembros de la sociedad y el Estado.¹¹²

La libertad implica entonces no sólo un freno al Estado como ente soberano, sino también a los demás miembros de la sociedad, que confiere autonomía -según las capacidades físicas y mentales-a cada persona para decidir sus propios actos-siempre y cuando no perjudiquen aquellos derechos de los demás.

Cordón Aguilar indica que estos derechos impiden al poder público entrometerse en la esfera de libertad individual que es inviolable, imputándole una obligación negativa o de omisión que demanda que se abstenga de ejecutar conductas que violen o impidan el ejercicio de ese derecho. Ubica dentro de esta clasificación:

- a) El derecho a la vida;
- b) La libertad individual;
- c) La seguridad personal;
- d) La propiedad;
- e) La intimidad;
- f) La libertad de acción;
- g) La libertad de religión;
- h) La libertad de emisión del pensamiento;
- i) La libertad de asociación;
- j) La libertad de locomoción y;
- k) A la libertad de industria, comercio y trabajo.¹¹³

Es evidente que muchos de los derechos individuales devienen del derecho a la libertad, pues al manifestarse en todos los ámbitos en que una persona puede desenvolverse, debe garantizarse entonces la libertad en cada uno de ellos, para que sea esta quien elija la forma de ejercer actos, o bien, abstenerse de hacerlo.

¹¹² Cordón Aguilar, Julio César. *Op. Cit.* Pág. 43.

¹¹³*Loc. Cit.*

German J. Bidart Campos y Daniel E. Herrendorf consideran a la persona humana como un ser dotado de libertad. Ontológicamente es libre, y sus conductas son de libertad. Hacen referencia a Ortega quien aduce que la vida humana es proyectiva porque a cada instante se decide lo que se hace al siguiente; y Carlos Cossio manifiesta en su axioma ontológico de la libertad «*todo lo que no está prohibido está permitido*». Pero la libertad es ontológicamente delimitada, pues cada uno de las otras personas también es libre, también tiene libertad, por lo que esta serie de libertades debe ser coordinada. Consiste en un entrecruzamiento de libertades, que deviene de la concepción como derecho subjetivo: el *derecho a la libertad*.¹¹⁴

Los autores abordados aportan sustancialmente a la presente obra, pues inician con una exposición sobre el humano como un ser, al que se le han atribuido ciertas facultades, siendo una de ellas la libertad, y en virtud de la misma desarrollará su personalidad haciendo uso de las elecciones que le permiten.

Bidart Campos y Herrendorf indican que esta esfera de libertad puede ser limitada por la ley, pero no es suficiente que una ley prohíba u ordene, porque la simple legalidad de la norma no la atribuye de por sí de razonabilidad; se necesita sumergirse en el contenido del mandato o prohibición para entender si es o no razonable. Si no lo es, la ley queda vacía, muestra arbitrariedad, y por lo tanto es injusta. La libertad exige, señalan los mismos autores, que se reconozca al ser humano su condición de *persona*. Por eso se les atribuye una personalidad jurídica, y los usos y ejercicios de esa libertad producen efectos jurídicos relevantes ante el Estado que el individuo anhela razonablemente que le sean reconocidos.¹¹⁵

Los autores agregan un requisito más a las normas que limitan la libertad de los seres humanos, además de la legalidad que debe revestir toda norma jurídica, esta debe ser siempre razonable -y al mismo tiempo fundada- de forma que encuentre un asidero social, moral, político para confinar la libertad de una persona.

¹¹⁴Bidart Campos, German J. y Daniel E. Herrendorf. *Principios de Derechos Humanos y Garantías*. Argentina, Editorial Ediar, 1991. Pág. 172.

¹¹⁵*Ibíd.*, Págs. 172-173.

En su artículo *La libertad confiere dignidad al ser humano*, Francisco del Río Sánchez expresa que la libertad se puede definir como: «...la capacidad de la voluntad para elegir entre diferentes posibilidades, entre cursos de acción que la realidad, tal como es percibida por el propio entendimiento humano, puede tener planteada en cada circunstancia histórica y cultural. Y esta elección se realiza desde las condiciones y capacidades en las que se desarrolla la vida del sujeto». Y concluye de la forma siguiente: «Libertad, por tanto, no es libre albedrío, no es capacidad de la voluntad para ejecutar todo aquello que el entendimiento (el alma o la razón, en la filosofía cartesiana y el racionalismo) propone o quiere, sino que está condicionada y limitada». ¹¹⁶

Este autor comprende que la característica de absoluto no reviste al derecho a la libertad, no puede ser ilimitada, es necesaria -para una vida en armonía- establecerle condiciones, que tampoco implica que estas sean inamovibles, las circunstancias cambiarán dependiendo de la época y el lugar para cada sociedad.

Bidart Campos, en lo particular, entiende que la libertad personal en todas sus facetas parece consistir esencialmente, en el uso que de ella quiere hacer cada persona a su arbitrio y elección, y quedando libre de impedimentos realizados por terceros. Por lo que a la libertad de un sujeto se relaciona directamente con el deber de los demás (que aparecen como sujetos pasivos) de omitir toda acción obstaculizadora de esa libertad. ¹¹⁷Los derechos funcionan en una doble vía: lo que constituye un derecho para uno implica una limitante para el otro, y viceversa.

Sin embargo, el mismo autor advierte que esa característica resulta insuficiente. Conforme el constitucionalismo moderno crece, desde su origen clásico hasta el constitucional-social, incrementa el anhelo a complementar la libertad «de» con la libertad «para», en virtud que se empieza a comprender que la libertad negativa necesita integrarse con la libertad positiva. Explica el autor que a pesar de disponer de

¹¹⁶Loc. Cit.

¹¹⁷Bidart Campos, German J. *Los equilibrios de la libertad*. Argentina, Editorial Ediar, 1990. Pág. 41.

una libertad «de» no es suficiente para la persona por sí misma para gozarla, disfrutarla, hacer uso de ella pues no tiene a su alcance los medios efectivos, ya que existen variados obstáculos de tipo social, económico, cultural, político, que limitan del acceso al ejercicio verdadero de su libertad.¹¹⁸

El punto expresado por Bidart Campos resulta toral para la presente investigación, pues si bien explica la doble vía de los derechos, recalca que es necesario profundizar en la libertad. Pues a pesar de poseer la autonomía de decidir sobre su propia vida, puede que una persona -en virtud de circunstancias económicas, sociales o políticas- no pueda acceder a la elección surgida de tal autonomía, deviniéndose en irrelevante, pues no cuenta con los medios necesarios para gozar su decisión.

Afirma entonces Bidart Campos que se origina enfoque liberal distinto -pero consiste en un liberalismo reajustado y recreado- que comprende que si el Estado es realmente es garante y promotor de la libertad, por lo tanto, se encuentra en el deber de realizar acciones, es decir medidas positivas para darle un contenido real a la libertad de aquellos individuos que por sí mismos no pueden aprovechar de ella. Y para el efecto, propone una fórmula de hacer esto realidad: «*todos los hombres han de hallarse en la oportunidad razonablemente semejante de ejercer y disfrutar de su libertad*». Lo cual implica la noción de que el Estado se debería de encargar de una distribución razonablemente igualitaria de la libertad.¹¹⁹

El derecho a la libertad entonces ya no se puede encasillar como una actitud negativa del Estado frente a los individuos, implica un rol más activo del mismo en la garantía de tal derecho, pues será el encargado como principal protector de los derechos humanos, de propiciar las condiciones necesarias para que una persona puede hacer efectiva la libertad que goza.

¹¹⁸*Ibíd.*, Pág. 43.

¹¹⁹*Ibíd.*, Pág. 45.

Friedrich A. Hayek entendía la libertad individual o personal como aquel estado en donde el cual un hombre no se encuentra sujeto a coacción procedente de la voluntad arbitraria de otro o de otros. Asegura que, en ocasiones, el término «libertad civil» es manejado con idéntico significado, pero puede causar confusión con la denominada «libertad política»; y por eso es mejor evitar esta calificación. Por lo tanto, indica Hayek, una política de libertad debe consistir en minimizar la coacción y sus dañosos efectos, y si se puede eliminarlos totalmente.¹²⁰ Bidart Campos y Herrendorf concluyen que el sistema político que ubica a los humanos en el Estado de forma que satisface su libertad se llama *democracia*.¹²¹

Herrendorf en su compilación de Filosofía de los Derechos Humanos, hace alusión a Baruch Spinoza y su constante mensaje de dejar que se expresa la razón en plena libertad, dejando a cada uno la libertad de su juicio. Spinoza constituye un divulgador de la libertad intelectual, identificado con los regímenes liberales, y advierte que la conducta de los hombres está dominada por el temor, la culpa y el terror reverencial que imponen las religiones. Por lo tanto, la libertad espiritual, que entiende como una libertad plena, es decir libertad de conciencia y de moral, es también una libertad política y social es la solución para los males que aquejan al ser humano. Señala: «*demonstré que nadie está obligado, según el derecho natural, a vivir a gusto de otro, sino que cada uno es el protector nato de su propia libertad*».¹²²

Spinoza reconoce entonces que las limitaciones a la libertad no son exclusivamente legales, existen también sociales y religiosas que, sin ser coercitivas, influyen tanto a la persona humana que condicionan su actuar, y al hacerlo frenan el desarrollo de su personalidad. Es por eso que propugna una libertad intelectual.

¹²⁰Hayek, Friedrich A. Los fundamentos de la libertad. Guatemala, Editorial Universidad Francisco Marroquín, 1991. 5ta. Edición. Págs. 32-33.

¹²¹Bidart Campos, German J. y Daniel E. Herrendorf. *Op. Cit.* Pág. 174.

¹²²Herrendorf, Daniel E. (Compilador) *Filosofía de los Derechos Humanos*. Colección Clásicos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1992. Pág. 313.

Atahualpa Fernández indica que la idea misma de la libertad, constituida como una condición *sine qua non* en la que radican la autonomía y la dignidad humana (que se analizará más adelante) no puede ser entendida al borde de la relación con otras personas, pues cómo es el humano en el mundo es de por sí una manera de ser interpersonal. Señala: «*La autonomía de ser y de hacer está inscrita en la misma esencia del hombre; de ella surge la posibilidad y capacidad de actuar de manera libre y digna*». ¹²³Esta autonomía se desarrolla en el diálogo y la interacción con otros, lo cual no podría ser de otra manera en virtud que el hombre es principalmente un ser social. Cómo decida realizar esta libertad, dependerá tanto de su intelecto como de sus capacidades materiales.

Los autores Bidart Campos y Herrendorf clasifican el derecho a la libertad en varios escalones. Comprenden que una primera libertad fundamental para el individuo la constituye la corporal o física, que incluye la libertad de locomoción o desplazamiento, lo cual implica estar emancipado de privaciones arbitrarias, ilegítimas o ilegales que, bajo cualquier denominación implican violaciones. También tiene como consecuencia que la persona que está legítimamente privada de su libertad tiene derecho a que la condiciones en las que ese encuentre no se agraven ilegítimamente, por ejemplo, prohibiendo visitas familiares, práctica de su religión, entre otros. ¹²⁴

El siguiente círculo de la libertad, según Bidart Campos y Herrendorf, sería la *intimidad o privacidad*; las conductas autorreferentes, es decir, referidas solamente a la persona pues no transgreden a terceros, ni tampoco ofenden el orden, la moral pública, la salud pública y, por lo tanto, eluden la intromisión del Estado y de terceros. La intimidad no se circunscribe únicamente a lo que no se percibe ni se puede percibir por otros; no es sólo lo que la persona hace o no hace en su residencia por su cuenta; también alcanza una serie de conductas que los terceros sí conocen, sí perciben, pero no por

¹²³ Fernández, Atahualpa. *La herencia de Darwin y el problema de la justificación filosófico-jurídica de la dignidad humana*. Pág. 16. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. 2011. Disponibilidad y acceso: <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/31/atahualpafernandez.pdf> Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2017.

¹²⁴Bidart Campos, German J. y Daniel E. Herrendorf. *Op. Cit.* Pág. 173.

esa notoriedad pública desisten de ser conductas privadas. Los autores dan ejemplos: quitarse el sombrero frente al templo religioso en muestra de reverencia es una acción de la intimidad, a pesar que los demás lo noten; vestirse al gusto, usar o no barba, pintarse o no los labios, consisten todas en conductas privadas.¹²⁵

Todas estas acciones implican una decisión por parte de cada individuo, que, aunque parezcan insignificantes forman parte del desarrollo integral en la persona, de cómo decide presentarse frente a la sociedad, creando una identidad propia, sin ningún tipo de injerencias, ni estatales ni sociales.

Y dentro de esta misma línea, también son libertades las que, al estar acopladas con la intimidad, protegen el domicilio, la correspondencia, documentos privados, el secreto profesional, las comunicaciones privadas, la sexualidad, el secreto de las fuentes de información. Por último, Bidart Campos y Herrendorf manifiestan que el grado consecutivo de la libertad sería las libertades en plural, que se ejercen junto y frente a otros: el derecho a la libre profesión de culto, el derecho a la libre asociación, el derecho a la libre elección y al libre desempeño de una actividad, el derecho a la libre contratación, el derecho a reunirse libremente, entre otros.¹²⁶

Por lo anterior, es que estos autores son tan importantes para esta investigación pues profundizan en las dimensiones de la libertad al explicar el aspecto positivo de la misma, que comprende necesariamente la sexualidad como un aspecto fundamental de desarrollo personal. Las implicaciones del ámbito sexual en la libertad se abordarán en el siguiente capítulo.

a) La libertad como derecho humano en tratados internacionales

La libertad como Derecho Humano está contemplado en varios tratados y convenios a nivel internacional, iniciando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

¹²⁵*Ibíd.*, Pág. 174.

¹²⁶*Ibíd.*, Pág. 174

acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948¹²⁷ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos convenida por el mismo órgano en 1966¹²⁸ y la Convención Americana de Derechos Humanos, promulgada por la Organización de Estados Americanos en 1969.¹²⁹ A continuación, se presentan los artículos relativos al derecho a la libertad, que proporcionan una idea sobre su reconocimiento internacional.

i. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Como el primer intento de internacionalización de los derechos humanos, esta Declaración constituye un hito en la historia moderna al pretender un fin común entre los Estados del mundo, especialmente cuando se empieza a incluir en los textos constitucionales.

En su artículo 1 reza: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*». Mientras que el artículo 3 establece: «*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*». Como ya ha sido abordado con anterioridad, esta Declaración surge en un contexto social y político postguerra, en donde los Estados deciden acordar un sistema internacional que reconozca y proteja los derechos humanos, sin tomar en cuenta su origen, sexo, raza, idioma, condición económica, entre otros. Su importancia radica en ser el primer instrumento internacional en reconocer la universalidad de los derechos.

¹²⁷Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Disponibilidad y acceso: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCAnnexessp.pdf> (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

¹²⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponibilidad y acceso: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/pacto_internacional_de_derechos_civile_y_politicos_version_comentada.pdf (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

¹²⁹ Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. Disponibilidad y acceso: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843 (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

ii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Este Pacto pretende ofrecer una normatividad que los Estados acojan para hacer realidad lo plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues el mismo pacto reconoce en su parte considerativa que con arreglo a esta declaración: *«no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales»*.

La poca efectividad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, llevó a la Organización de las Naciones Unidas, dieciocho años después, a buscar por medios más directos la realización de los Derechos Humanos, clasificándolos en individuales -en este pacto- y sociales.

El artículo 9, en su parte conducente, indica: *«1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...»*.

Esta disposición se refiere principalmente a la protección que debe gozar una persona en cuanto a su libertad y seguridad, pues señala que toda detención o prisión a la que se someta debe ser legítima, en cuanto a encontrarse en ley y con las medidas necesarias para garantizar su seguridad.

iii. Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

A diferencia de los instrumentos anteriores, esta Convención surge en el marco del Sistema Interamericano, que pretende regular en los Estados de América una protección de los Derechos Humanos, y consecuentemente que estos se sometan a

un órgano de características jurisdiccionales que conozca y sancione sobre violaciones a estos derechos ocurridos en los Estados americanos.

Su artículo 7 se refiere al derecho a la libertad personal: «1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas (...)*».

Se enfoca principalmente en la libertad física y su debida protección cuando es limitada o restringida. Además, la Convención Americana en sus artículos 12 y 13 establece la libertad de conciencia y religión y la libertad de pensamiento y de expresión, respectivamente.

2.4 Dignidad de la persona

Para terminar el presente capítulo, se estudiará la dignidad humana como un valor que se encuentra consagrado no sólo en instrumentos internacionales sino también en los textos constitucionales mencionados, y que resulta necesario para comprender el alcance de los derechos sexuales que se abordarán en el siguiente capítulo.

Rafael Santa María D'Angelo explica que la dignidad humana: «*más que un valor, es un rasgo de la condición humana de carácter objetivo, real, un primer principio, fuente de todos los derechos, con carácter basilar, no disponible, que acompaña a todo ser humano, por el sólo hecho de ser un individuo de la especie*». Pero indica que es menester reconocer la diferencia entre la dignidad ontológica y la moral. La primera es constitutiva y está presente en el ser humano desde su concepción. A pesar que todos los humanos participan de la misma dignidad ontológica, no todos poseen la misma

dignidad moral, ya que ésta depende del ajuste de la conducta a exigencias éticas del estatuto personal.¹³⁰

Christoph Menke y Arnd Pollman aseguran que una muestra clara que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* no trata sólo de revitalizar las nociones de los derechos naturales e innatos de cada humano, sino que conceptualmente se consagra un nuevo principio: el papel que en ellos tiene la dignidad humana. Este concepto no aparece en las declaraciones clásicas de Derechos Humanos del siglo XVIII. Es más, cuando en el siglo XIX se discute sobre «dignidad humana», ocurre en relación con demandas por una transformación fundamental de las condiciones de vida sociales y económicas propias del proletariado. No se relacionaba para comprender los derechos humanos.¹³¹

Sin embargo, continúan Menke y Pollman el panorama cambia posteriormente de la segunda guerra mundial, pues la idea de dignidad humana es el sostén los acuerdos para ponerle fin a los actos totalitarios y desastrosos ocurridos. Se plasma así en la mencionada Declaración tanto en su preámbulo con el «*reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*», como en su artículo 1 que establece: «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*». Este acoplamiento entre Derechos Humanos y dignidad humana se observa evidente en las próximas décadas para cimentar el régimen universal de derechos humanos.¹³²

Este concepto, señalan Menke y Pollman, es imprescindible para resolver el problema de qué derechos le corresponden a quién en relación con los Derechos Humanos, y también responde por el fundamento y el contenido de los mismos. Así, la formulación

¹³⁰D'Angelo, Rafael Santa María. *Bases antropológicas para una fundamentación de los derechos humanos*. Perú, 2011. Revista de Investigación Jurídica. Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Pág. 12. Disponibilidad y acceso:

<http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10692704> (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

¹³¹Menke, Christoph y Arnd Pollman. *Filosofía de los Derechos Humanos*. España, Editorial Herder, 2010. Pág. 141.

¹³²*Ibíd.*, Pág. 142.

del nuevo significado de este concepto permitió que posiciones espirituales y políticas sustancialmente diferentes, y en algunos casos contradictorias, como el liberalismo, el socialismo y el catolicismo, que encuentran en este un concepto rector común, constituyendo un ejemplo de la universalización del proceso, incluyéndose la protección de la dignidad elevada cada vez más al rango de una norma fundamental.¹³³

Se entiende entonces que la dignidad humana constituye una base sobre la que descansan todos y cada uno de los Derechos Humanos, con el fin garantizar a cada persona un mínimo de condiciones necesarias para la realización de un proyecto de vida pleno.

Atahualpa Fernández asevera que la dignidad humana también es un principio fundamental, que trasciende la mera funcionalidad normativa. La noción de una libre naturaleza y pleno desarrollo del individuo dentro de un conjunto de instituciones justas (igualitaria y fraterna) es un elemento axiológico objetivo. Por lo tanto, la dignidad de la persona humana no se trata de una simple idea valorativa (lo mejor) en el modelo legal, sino que constituye una condición del orden establecido y por establecerse. Su inserción en las distintas declaraciones de derechos y textos fundamentales la constituyen como un elemento inviolable del que no se puede disponer, y como consecuencia, se vuelve un criterio axiológico-normativo, que guía a los jueces y tribunales.¹³⁴

Ilva Myriam Hoyos refiere que los textos internacionales de Derechos Humanos, el constitucionalismo moderno y la filosofía política y jurídica de la actualidad, han considerado de forma general que su fundamento se encuentra en la dignidad humana. Este principio también expresa la capacidad que tienen las personas de establecer relaciones intersubjetivas tanto de conocimiento como de amor con los demás y de buscar una afinidad con ellas a través de sus actos. Esta facultad del ser humano hacia la verdad y el bien implica superar una noción de dignidad humana

¹³³ *Ibid.*, Págs. 143-144.

¹³⁴ Fernández, Atahualpa. *Op. Cit.* Pág. 18.

enfocada únicamente en la autonomía y en la inmunidad individual. Aquél adquiere, por tanto, un valor objetivo, y todo aquello que pretenda disminuir el alcance de ese valor debe ser removido para conservarla independencia.¹³⁵

Hoyos observa que, si la dignidad es propia a todo ser humano, de forma absoluta, también alcanza su significación jurídica, que se traduce en el hecho de que todo hombre sea titular de derechos y deberes o, si se prefiere, de que todo ser humano tenga dimensión jurídica. Por lo que, si la dignidad anima la excelencia del ser humano, la expresión jurídica de esa dignidad implica ser titular de derechos y obligaciones.¹³⁶ Y es esta facultad la exigida y conferida por el mismo Derecho.

Menke y Pollman afirman que el filósofo con más relevancia en la concepción universalista de la dignidad en la historia de la filosofía es Immanuel Kant, pues determinó la relación esencial entre el concepto de dignidad y la facultad específicamente humana, es decir la autodeterminación ética y moral. Según Kant, al humano le corresponde la dignidad porque ser capaz de elevarse como superior a sus propios afectos e inclinaciones, dotándose a sí mismo de normas morales que lo vuelvan autónomo.¹³⁷ Los autores recuerdan la importancia de Kant al adherir la dignidad a la naturaleza humana, pues de esta idea deviene todo lo pronunciado sobre aquella.

Ahora, señalan Menke y Pollman, la forma especial de reconocimiento social que los humanos se dan mutuamente al certificar su dignidad es el respeto, de forma que cada persona se sienta digna cuando es percibida por los demás como un ser igual y no como una cosa o animal. De este respeto, surge una relación mutua y específica entre personas que es fundamental para la dignidad. Por lo que, donde una persona observa condiciones de vida indignas, se plantea de forma irremediable la cuestión de cómo

¹³⁵ Hoyos, Ilva Myriam. *De la dignidad y de los derechos humanos*. Colombia, 2005. Universidad de La Sabana. Págs. 185 y 186. Disponibilidad y acceso en: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10565580> (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

¹³⁶ *Ibid.*, Pág. 202.

¹³⁷ Menke, Christoph y Arnd Pollman. *Op. Cit.* Pág. 152.

puede mantener su autoestima si no cuenta con el espacio social de libertad para vivir y actuar de acuerdo con esta. En virtud de esto, los ataques a la dignidad se consideran actos de desprecio, humillación o discriminación, esencialmente actos indignos.¹³⁸

Los autores hacen alusión a la autoestima como parte de la dignidad, pues es a través de ella que se interioriza, y de alguna medida puede servir de medida para evaluar el acceso que se tiene a servicios públicos, a un nivel de recreación, entre otros.

Menke y Pollman concluyen que el derecho fundamental debe precisamente garantizar esta protección, y no la dignidad misma, respetando y creando el espacio libre dentro del cual el hombre pueda vivir una vida recta y sin impedimentos -libre de humillación-, con autoestima y dignidad.¹³⁹ Por lo tanto, la posesión ilimitada de dignidad no es la condición previa, sino el porqué de una protección de la dignidad igualmente ilimitada. La dignidad humana es un bien quebrantable, y justamente por eso depende del amparo legal y la protección social.¹⁴⁰

Juan Carlos Lancheros Gámez hace alusión a la corriente alemana sobre la dignidad humana, pues según la Ley Fundamental de Alemania el respeto a la dignidad humana es la base de todo el ordenamiento jurídico. Este modelo alemán fue seguido tanto por la Constitución portuguesa de 1976, como por la española de 1978, que ya fueron abordadas. Los últimos Estados, al proclamar sus textos constitucionales pusieron fin a regímenes dictatoriales abriéndose paso hacia a la democracia. La dignidad humana, era primeramente un valor moral, pero al ser consagrada como mandato constitucional se vuelve un valor jurídico y en una norma positiva que otorga bases sólidas a todos los derechos y deberes del ser humano.¹⁴¹

¹³⁸ *Ibid.*, Pág. 154.

¹³⁹ *Ibid.*, Pág. 157.

¹⁴⁰ *Ibid.*, Pág. 159.

¹⁴¹ Lancheros Gámez, Juan Carlos. *Del estado liberal al estado constitucional: implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*. Colombia, 2009, Año 23, Número 18. Universidad de La Sabana. Pág. 16. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10576684> (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

También afirma Lancheros Gámez que la dignidad es un valor jurídico fundamental del Estado de Derecho, al constituirse como elemento imprescindible de la legitimación del Estado y de su ordenamiento jurídico. Por lo que, sin el respeto a la dignidad humana el Estado pierde todo sentido. Así también, considera que la dignidad es una norma de carácter objetivo, pues presume un triple efecto en las obligaciones del Estado moderno frente el individuo:

- a) El respeto que debe profesarle al individuo;
- b) La protección que le debe brindar y;
- c) La promoción que debe impulsar.¹⁴²

Después de este análisis de los Derechos Humanos individuales, y el derecho de libertad, se abordará especialmente el derecho a la libertad sexual.

¹⁴²*Ibíd.*, Pág. 17.

Capítulo 3

Derecho a la libertad sexual como prolongación del derecho a la libertad

Luego de analizar el derecho a la libertad y sus alcances, y de comprender el aspecto negativo y positivo que atribuye Bidart Campos a este derecho, es necesario profundizar en su trascendencia en la vida del ser humano, cuyas facetas no sólo se reducen a la libertad de acción, sino además a muchas otras cualidades del individuo como lo es la sexualidad, comprendida como la libertad sexual.

Antes de abordar las implicaciones de la libertad sexual, se realizará un examen en el ordenamiento jurídico guatemalteco donde sin estar expresamente regulada, se hace alusión a la libertad sexual.

3.1 Protección de la libertad sexual a través de la legislación nacional

En la Constitución Política de la República no se hace mención sobre la libertad sexual, sin embargo, en el artículo 4 establece: «*En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades...*».¹⁴³ Lo cual esboza lo que ya abordado en el capítulo previo sobre el derecho a la libertad y la dignidad humana.

No obstante, en el ámbito delictivo, el Código Penal¹⁴⁴ guatemalteco, en su Título III, que fue reformado por la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas¹⁴⁵ en el 2009, contempla los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas y establece diversas figuras criminales como la violación,¹⁴⁶ agresión

¹⁴³ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985 y sus reformas.

¹⁴⁴ Congreso de República. *Código Penal*. Decreto No. 17-73. 1973 y sus reformas.

¹⁴⁵ Congreso de República. *Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas*. Decreto No. 9-2009.

¹⁴⁶ Congreso de República. *Código Penal*. *Op. Cit.* Artículo 173.

sexual,¹⁴⁷ exhibicionismo sexual,¹⁴⁸ ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad,¹⁴⁹ violación a la intimidad sexual,¹⁵⁰ promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución,¹⁵¹ promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución agravada,¹⁵² actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad,¹⁵³ remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución,¹⁵⁴ producción de pornografía de personas menores de edad,¹⁵⁵ exhibiciones obscenas,¹⁵⁶ comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad,¹⁵⁷ posesión de material pornográfico de personas menores de edad,¹⁵⁸ utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad.¹⁵⁹

La actualización del Código Penal en materia de sexualidad responde a la ausencia de normativa sobre la trata de personas, la poca atención que se le brindaba a las víctimas de estos delitos, y que con la reforma pretendía la restitución inmediata de los derechos fundamentales conculcados para garantizar la recuperación física y psicológica de aquellas.

Con lo anterior se constata la protección que el Estado de Guatemala brinda a la libertad sexual como bien jurídico tutelado, y sobre este punto José Luis Díez Ripollés señala que: «...*con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, Artículo 173.Bis.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, Artículo 188.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, Artículo 189.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, Artículo 190.

¹⁵¹ *Ibíd.*, Artículo 191I.

¹⁵² *Ibíd.*, Artículo 192.

¹⁵³ *Ibíd.*, Artículo 193.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, Artículo 193.Bis.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, Artículo 193.Ter.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, Artículo 195.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, Artículo 195.Bis.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, Artículo 195.Ter.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, Artículo 195.Quáter.

*individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad».*¹⁶⁰

El autor destaca la importancia de la sexualidad como bien jurídico tutelado, al igual que Bidart Campos, no sólo desde un punto de vista negativo de parte del Estado, sino también positivo en el sentido de garantizar el ejercicio de una libertad sexual donde siempre se encuentre presente el consentimiento de los involucrados.

Además, la Ley contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia contra la Mujer,¹⁶¹ tipifica el delito de violencia contra la mujer e incluye la violencia sexual, y en el artículo 3, literal h) la define como: «*acciones de violencia física o psicológica cuya finalidad es vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la mujer, incluyendo la humillación sexual, la prostitución forzada y la denegación del derecho a hacer uso de métodos de planificación familiar, tanto naturales como artificiales, o a adoptar medidas de protección contra enfermedades de transmisión sexual*».

La violencia sexual no sólo incluye acciones físicas de naturaleza sexual, esta ley amplía la tipificación del delito e incluye acciones que sin involucrar el contacto de genitales afectan gravemente el ejercicio de la sexualidad de la mujer, a través de la negación de métodos de planificación familiar, así como de medidas que la protejan de enfermedades de transmisión sexual. A través de esta ley el Estado se asegura que las mujeres tengan las herramientas para ejercitar sus derechos sexuales, además de denunciar a aquellos que transgredan los mismos.

El otro enfoque con el cual se aborda el tema de la sexualidad, es la salud y educación reproductiva. Así, la Ley de Desarrollo Social,¹⁶² en sus artículos 5, 29 y 30 contempla

¹⁶⁰ Díez Ripollés, José Luis. *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*. España, 2000. Pág. 2. Disponibilidad y acceso en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_06.pdf (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).

¹⁶¹ Congreso de República. *Ley contra el femicidio y todas las formas de violencia contra la mujer*. Decreto No. 22-2008.

¹⁶² Congreso de la República. *Ley de desarrollo social*. Decreto No. 42-2001.

le necesidad de establecer políticas sobre salud reproductiva, así como los objetivos y mecanismos para lograrlo. Primero, el artículo 5 desarrolla el derecho a la libertad: *«Toda persona tiene derecho para decidir libre, responsable y conscientemente sobre su participación en el desarrollo social del país, sobre su vocación laboral, sobre su participación cívica y social y sobre su vida familiar y **reproductiva**. Para ejercer esta libertad tiene derecho a recibir información oportuna, veraz y completa»*. (El resaltado es de la autora).

Como más adelante se analizará, la salud reproductiva forma parte de los Derechos sexuales, y para el efecto, el Estado de Guatemala a través de la ley mencionada procura las políticas necesarias para un desarrollo social, e incluye necesariamente en ella la salud reproductiva como parte esencial del desarrollo integral de una persona, lo cual contribuye a explotar su potencial máximo.

En este orden de ideas, el artículo 30 identifica los objetivos de la Educación en la Población: *«1. Lograr una mejor calidad y expectativas de vida personal, familiar y social a través de acciones educativas y participativas que permitan crear conciencia de la dignidad humana y formar actitudes positivas hacia la paternidad y maternidad responsable, **el sentido y valor de la sexualidad** y la comprensión de las causas y efectos de la dinámica poblacional y su relación con el desarrollo sostenible y sustentable...»*. (El resaltado es de la autora).

En un país tan conservador, la socialización de forma responsable y positiva del valor de la sexualidad resulta indispensable para romper los esquemas impuestos por dogmas que afectan gravemente las relaciones intrapersonales de cada uno, especialmente en los jóvenes.

En la misma línea, se encuentra la Ley de Acceso Universal y Equitativo a los Métodos de Planificación Familiar y su Incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual

y Reproductiva,¹⁶³ cuyo objeto según el artículo 1 consiste en «...asegurar el acceso de la población a los servicios de planificación familiar, que conlleve la información, consejería, educación sobre salud sexual y reproductiva a las personas y provisión de métodos de planificación familiar. Además establecer mecanismos dirigidos a la consecución de nuevas fuentes de financiamiento local, reduciendo la dependencia histórica de los servicios de planificación familiar de donantes internacionales». En esta ley también se crea la Comisión Nacional de Aseguramiento de Anticonceptivos (CNNA) que tendrá como fin velar por la disponibilidad de anticonceptivos para garantizar el acceso de la población guatemalteca a servicios de planificación familiar.

Sin embargo, no es sólo necesaria la explicación sobre la importancia y el papel que juega la sexualidad en cada persona, es indispensable ofrecer las herramientas para ejercerla responsablemente. Lo cual se llevó a cabo con la última ley, que garantiza el acceso a servicios de planificación familiar, incluyendo los anticonceptivos que contribuyan a esta. De modo que desde el 2005, el Estado de Guatemala ha procurado la distribución de anticonceptivos para mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

Y, por último, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,¹⁶⁴ en sus artículos 30 y 76, literal h) se refiere a programas de asistencia médica y a la prevención de enfermedades de transmisión sexual, respectivamente.

El artículo 30 establece que el Estado ejecutará y facilitará el «...desarrollo de programas de asistencia médica y odontológica para la prevención de las enfermedades que comúnmente afectan a la población infantil y campañas de **educación sanitaria y sexualidad humana** para padres, educadores y alumnos». (El resaltado es de la autora).

¹⁶³ Congreso de la República. *Ley de Acceso Universal y Equitativo a los métodos de planificación familiar y su incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*. Decreto 87-2005.

¹⁶⁴ Congreso de la República. *Ley de protección integral de la niñez y adolescencia*. Decreto 27-2003.

En el sentido expuesto, el artículo 76 señala las obligaciones del Estado cuando exista amenaza o violación a los derechos de la niñez y la adolescencia, dentro de las cuales se observa la literal h): «*Diseñar y ejecutar programas de educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, preparación para la procreación y la vida en pareja, que inculquen la paternidad y maternidad responsables*».

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula una serie de bienes jurídicos, dentro de los cuales se encuentran los derechos de los niños y adolescentes, como la educación integral que incluye la sexualidad, así como la obligación del Estado de proteger a los niños y adolescentes de cualquier tipo de violencia, incluyendo el acoso sexual en cualquier ámbito, especialmente en los centros educativos.

3.2 Instrumentos internacionales sobre derechos sexuales

Al realizar este esbozo sobre la sexualidad en la legislación guatemalteca, es conveniente abordar los derechos sexuales en el ámbito internacional, para comprender su universalidad e interrelación con los demás derechos humanos.

Daniel Alejandro Olivera afirma que la sexualidad se encuadra dentro de los derechos de la persona.¹⁶⁵ Lo cual deviene de la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, al proponer eliminar las diferentes formas de discriminación por el sexo y, por otro lado, del derecho a la salud. En virtud de esto, al analizar los derechos relacionados a la sexualidad se deben enmarcar en los derechos de toda persona a la salud y a evitar la discriminación. En el artículo 2 de la mencionada Declaración se puede leer que «*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*»

¹⁶⁵ Olivera, Daniel Alejandro. *Educación sexual integral para formadores*. Pág. 71. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=11125619> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2017).

En ese mismo sentido, señala Olivera el compromiso de los Estados para la aplicación de los Derechos Humanos adquirió una relevancia a partir de los años sesenta con los Pactos Internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, donde se incluyen los derechos sexuales y reproductivos.¹⁶⁶ A continuación, se enuncian varios instrumentos internacionales que se relacionan con los derechos sexuales:

3.2.1 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (1979)

Posterior a los Pactos Internacionales, la atención se enfoca en aquellos grupos vulnerables que necesitan de otros instrumentos que tomen en cuenta las características especiales que los colocan en algunas desventajas, para el efecto surge en 1979 esta Convención para la protección de las mujeres.

Con ella se busca eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, definiendo esta acción en el artículo 1 como: *«Cualquier distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo que tenga el efecto o propósito de disminuir o nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera»*.¹⁶⁷ Por otro lado, se exige a los Estados miembros la creación de instrumentos y políticas públicas en orden a promover el cumplimiento de lo establecido en la Convención.

¹⁶⁶Loc. Cit.

¹⁶⁷Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. Disponibilidad y acceso: https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

3.2.2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) (1995)

Al igual que la Convención anterior, esta se enfoca -en el ámbito interamericano- sobre las desigualdades en las que se encuentra la mujer, tanto en el ámbito público como privado, y para el efecto establece una serie de medidas para que los Estados atiendan de forma que se prescindan de las injerencias que evitan el pleno desarrollo de las mujeres.

En el marco de esta convención se enfatiza que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores sociales, pues independientemente de su clase, raza, grupo étnico, ingresos económicos, cultura, nivel educativo, edad o religión, y por lo tanto su eliminación es fundamental para el desarrollo individual y social de las mujeres, en una participación igualitaria en todos los aspectos de la vida.

Para el efecto, el artículo 2 enumera que se entiende por violencia contra la mujer, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica: *«a. Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra»*.¹⁶⁸

¹⁶⁸Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belem do Pará). 14 de agosto de 1995. Disponibilidad y acceso: https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).

3.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño (1979)

Se trata del texto internacional más completo con el fin de proteger los derechos del niño. Está compuesta de 54 artículos que amparan todos los tipos de derechos de la niñez y se refiere además a aquellos con necesidades especiales, que pertenecen a minorías y los niños refugiados.¹⁶⁹ Formula cuatro principios rectores sobre los derechos del niño o niña: la no discriminación; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; el mejor interés del niño y el respeto a su opinión.¹⁷⁰

En el mismo año de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las Naciones Unidas también se preocupan por los niños como otro grupo vulnerable que merece atención, y esta Convención dio origen a uno de los principios más importantes -incluido también en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia-: el interés superior del niño en cualquier materia que le afecte.

3.2.4 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000)

Este instrumento tiene lugar en virtud de la creciente trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y utilización en la pornografía, en virtud del flagelo que constituye el turismo sexual. Para tal efecto, el artículo 2 establece en qué consiste la prostitución infantil y la pornografía infantil: «...b) *Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución; c) Por pornografía infantil se entiende*

¹⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1979. Disponibilidad y acceso: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

¹⁷⁰ El numeral 1 del artículo 19 establece: *1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra **toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual**, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.* (El resaltado es de la autora).

*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».*¹⁷¹

Con el fin de efectivizar las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, este protocolo se encarga de sentar las medidas necesarias para evitar la prostitución infantil y su utilización en pornografía, en virtud de ser especialmente vulnerables frente a las estructuras criminales que poseen avanzadas tecnologías que ponen en peligro a niños y adolescentes, particularmente del sexo femenino.

3.2.5 Declaración Universal de los Derechos Sexuales (1999)

En el año 1999, la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología se reúne con el fin de armonizar las disposiciones relativas a los derechos sexuales que se encuentran dispersas y ofrecer un catálogo de derechos que se necesitan para ejercer una sexualidad sana y con libertad. Incluso propone una definición de libertad sexual.

Se detallan los derechos sexuales reconocidos por las personas con base en el derecho a la salud. Se incluyen en el derecho a la libertad sexual, a la autonomía, a la integridad y a la seguridad sexual del cuerpo, a la privacidad sexual, a la igualdad sexual, al placer sexual, a la expresión sexual emocional, a la libre asociación sexual, a la toma de decisiones reproductivas libres y responsables, a la información sexual basada en el conocimiento científico, a la educación sexual integral y a la atención de la salud sexual.

¹⁷¹Asamblea General de las Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*. Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000. Disponibilidad y acceso: http://www.ohchr.org/gt/cd_instrumentos/documentos/Pronino2.PDF (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).

El artículo 1 se refiere a la libertad sexual como «*la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual. Sin embargo, esto excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida*». ¹⁷²

3.2.6 Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género (2006)

Este conjunto de principios fue propuesto por un distinguido grupo de especialistas en Derechos Humanos de diversas disciplinas que se reunieron en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, y los adoptaron de forma unánime. ¹⁷³

Dentro del preámbulo de los Principios de Yogyakarta se expone: «*...en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experiencias se ven agravadas por otras causales de discriminación, como género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica, y porque dicha violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad*». ¹⁷⁴

¹⁷²Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS). *Declaración Universal de los Derechos Sexuales*. 26 de agosto de 1999 en el XIV Congreso Mundial de Sexología en Hong Kong. Disponibilidad y acceso: www.felgtb.org/rs/328/.../fd/.../declaracion-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

¹⁷³Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género. *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*. Noviembre del 2006. Disponibilidad y acceso: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

¹⁷⁴Loc. Cit.

Estos principios fueron adoptados siete años después de la Declaración Universal de los Derechos Sexuales abordada con anterioridad, y los avances que se dieron en la misma fueron tan grandes, desde el punto de vista de la orientación sexual y la identidad de género, que permitió sentar un precedente para la judicialización de los derechos de la diversidad sexual.

Carmen Marsal indica que los Principios proponen negar la diferencia sexual para afirmar en su lugar una supuesta «diversidad sexual». A través de esta, se pretende cambiar la realidad para conformarla a los propios deseos de cada momento, y por medio de las múltiples «identidades de género» se quiere desvincular la identidad personal del sexo que es heredado de manera natural, dependiendo entonces del «género», una creación individual potencialmente cambiante. Se da una importancia absoluta y exclusiva a la forma de experimentar internamente las relaciones humanas.¹⁷⁵

Marsal observa que en este contexto de subjetivismo cualquier elección -de carácter sexual- es considerada válida y valiosa, pues su valor no está en la verdad o falsedad de lo elegido, sino en haber sido deseado y solo por ello elegido. Destaca la importancia que todas las «identidades de género» identificadas -y las que en un futuro pudieran existir- son valoradas por igual, pues únicamente importaría que fueran objeto del deseo individual y reportaran placer sexual.

Con esto también se intenta redefinir el concepto de familia al afirmar que existe una «diversidad de formas de familias», los principios pretenden crear nuevos derechos a la adopción y a la reproducción asistida, que serán disfrutados también por las parejas del mismo sexo. Concluye Marsal que los Principios de Yogyakarta están basados en la teoría de género, y consisten en una interpretación neutral de la sexualidad.¹⁷⁶

¹⁷⁵Marsal, Carmen. *Los principios de Yogyakarta: derechos humanos al servicio de la ideología de género*. Colombia, 2011, Año 25, Volumen 20, Número 1. Universidad de La Sabana. Pág. 5. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10576959> (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

¹⁷⁶ *Ibíd.*, Pág. 6.

La autora destaca la importancia de distinguir entre sexo y género, y de cómo los Principios de Yogyakarta lo hacen para proteger cualquier tipo de injerencia en la autonomía sexual de cada persona, y que se vuelven fundamentales para darle el lugar dentro de cada social a otro tipo de sexualidades que no se ajusten a las tradicionales heterosexuales, lo cual incluye también a los modelos de familias.

3.2.7 Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas (2011)

En virtud de los distintos Estados que forman de las Naciones Unidas, es hasta el año 2011 que se pronuncian sobre el tema de la orientación sexual e identidad de género, y lo hacen de una forma solamente enunciativa, rechazando la discriminación en virtud de los mismos, y condenando las violaciones a Derechos Humanos, pero sin hacer un verdadero instrumento que ofreciere una protección debida.

En este cuerpo se condenan las violaciones de los Derechos Humanos basadas en la orientación sexual o en la identidad de género, en su punto 6 indica: *«Condenamos las violaciones de Derechos Humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud»*.¹⁷⁷

3.2.8 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)

Debido a los graves crímenes perpetrados en contra de la humanidad y su trascendencia en la comunidad internacional pues constituyen una amenaza para la

¹⁷⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas*. Resolución 2653 del 7 de junio de 2011. Disponibilidad y acceso: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

paz y seguridad de todos los seres humanos, y con el fin de responsabilizar a los culpables y evitar la impunidad, se conviene en este instrumento. El mismo, en su artículo 7 establece como crímenes de lesa humanidad: «Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable».¹⁷⁸

3.2.9 Recomendación CM/Rec del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (2010)

A pesar de no constituir un instrumento internacional como los anteriores, se hace necesario estudiar esta Recomendación en virtud de su acercamiento al tema de la discriminación a otro grupo vulnerable, la diversidad sexual, y constituye un precedente para otros órganos vigilantes de los Derechos Humanos para abordar las violaciones a Derechos Humanos desde este punto de vista.

El Consejo de Europa creado en 1949, es una organización política intergubernamental, con sede en Estrasburgo, Francia, que cuenta con 47 Estados miembros, que tiene como uno de sus objetivos defender los derechos humanos, la democracia pluralista y la preeminencia del derecho realiza esta Recomendación considerando que *«...que las personas lesbianas, gais, bisexuales y personas transgénero han sido durante siglos y siguen siendo objeto de la homofobia, la transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, incluso dentro de su familia -incluyendo la penalización, la marginación, la exclusión social y la violencia- por motivos de orientación sexual o identidad de género, y que se requiere acción específica con el fin de garantizar el pleno disfrute de los Derechos Humanos de estas persona»*.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Asamblea Nacional de las Naciones Unidas. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Resolución: A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. Disponibilidad y acceso: <http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/Estatuto%20de%20Roma.pdf> (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).

¹⁷⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Recomendación CM/Rec del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*. 31 de marzo de

En primer lugar, se solicita a los gobiernos a garantizar los derechos de los ciudadanos a la vida, a la seguridad y a la protección contra la violencia, especialmente evadiendo los «delitos de odio», cometidos contra las personas debido a su pertenencia real o supuesta a un determinado grupo incluyendo la orientación sexual y la identidad de género, constituyéndolo un agravante del delito. Por otro lado, señala Olivera, se requiere de las fuerzas públicas a no obstaculizar las denuncias realizadas por estos motivos con actitudes hostiles que repetidamente se reportan contra personas con identidades o elecciones sexuales diferentes.¹⁸⁰

Seguidamente, la Recomendación trata sobre la libertad de asociación, especialmente de las personas que se caracterizan como minoritarias o impopulares en una sociedad. También se defiende el derecho a la libertad de expresión y reunión pacífica, lo cual pretende la promoción de un espacio de apertura para que las personas *gais*, lesbianas, bisexuales y transexuales se expresen en un marco de respeto.

3.3 Derechos sexuales de las personas

Después de haber ubicado la regulación en distintos instrumentos internacionales, se abordará la sexualidad desde el sentido de derechos sexuales que le resultan a cada persona en virtud de su dignidad humana.

Juana María Jaramillo-Gómez expone que la sexualidad con frecuencia se califica como humana, lo que implica una redundancia, pues la sexualidad, al ser un elemento radical e integral de la persona, condiciona todas las demás dimensiones y, de esto modo, sólo puede referirse a los seres humanos, no podría existir la sexualidad canina, únicamente la reproducción en este caso. Por lo tanto, la sexualidad entonces se circunscribe al concepto de persona humana y sus características.¹⁸¹

2010. Disponibilidad y acceso: http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Legal_recomendacionCM.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).

¹⁸⁰ Olivera, Daniel Alejandro. *Op. Cit.*

¹⁸¹ Jaramillo-Gómez, Juana María. *Algunas reflexiones acerca del fundamento de la regulación natural de la fertilidad.* Colombia, 2009. Pág. 3. Disponibilidad y acceso:

Mientras que Paulina Vidal Pollarolo afirma que los derechos sexuales y reproductivos conforman una nueva generación de derechos cuando se consideran desde el punto de vista de su reconocimiento, pero de igual modo, son inherentes al concepto de Derechos Humanos, ya que no se pueden separar de los derechos civiles, políticos y sociales. A saber, como derecho civil, la libertad reproductiva está unida a la facultad a decidir sobre el propio cuerpo; como derecho político la libertad reproductiva deviene de las conquistas de los movimientos de mujeres; y como derecho social, la libertad reproductiva está ligada a las políticas de salud pública. Los derechos sexuales y reproductivos implican una serie de libertades individuales, pero también sociales.¹⁸²

Según la autora entonces la sexualidad representada a través de derechos sexuales está presente en todas las distintas categorías de Derechos Humanos, sin poder desligarse del elemento fundamental de los mismos, pues a través de las conquistas de cada uno, la sexualidad amplía cada vez más espacio en la autonomía de la persona.

Existen varias facetas alrededor de la sexualidad de una persona, Carlos Cáceres, Víctor Talavera y Rafael Mazín Reynoso, se mencionan las siguientes: «(...) a) la orientación sexual que se refiere a si una persona siente atracción sexual por personas del otro género, de su mismo género, o de ambos géneros; b) la identidad de género que describe la identificación de una persona como hombre o mujer, independientemente de su sexo biológico; c) la identidad sexual que sería la consagración de la orientación sexual, (...) es decir la afirmación de cada persona sobre lo que es, cómo se identifica y siente cómodo dentro de la sociedad, y hacia quien o quienes se siente atraído.»¹⁸³ Lo anterior evidencia las distintas aristas de la

<http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10566033> (Fecha de consulta: 4 de marzo de 2017).

¹⁸² Vidal Pollarolo, Paulina. *Juventud chilena y derechos en sexualidad*. Chile, 2003. Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, año/volumen 1, número 004. Pág. 5. Disponibilidad y acceso en: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10105488> (Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017).

¹⁸³ Cáceres, Carlos y otros. *Diversidad sexual, salud y ciudadanía*. Perú. 2013. Págs. 2-3. Disponible en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=53690b96-1cb0-4d2a-8f39-76376429340e%40sessionmgr102&vid=1&hid=117> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

sexualidad, y que cambian en cada persona, mereciendo cada una protección determinada.

Carol B. Arriaga asevera que el sustento jurídico de los derechos sexuales y reproductivos se encuentra en los derechos o garantías individuales, así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos e incluso en el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, jurídicamente no se han estipulado graves diferencias entre unos de los otros, ni tampoco se han identificado con esa denominación, pero sí existen algunas disposiciones específicas para los derechos reproductivos, y en menor escala para los derechos sexuales.¹⁸⁴

A continuación, se presenta un catálogo de derechos sexuales de la persona -sin ánimo limitativo-, con el fin de demostrar el vasto universo de los mismos y las implicaciones de cada uno, y que en conjunto complementan la personalidad de individuo.

3.3.1 Libertad sexual

En virtud de no encontrarse taxativamente en los instrumentos jurídicos, resulta complicado definir el derecho a la libertad sexual, por lo que los autores son exhaustivos en denunciar el poco alcance jurídico que esto ocasiona, y las dificultades para demanda su efectividad ante los órganos estatales.

Juan José Álvarez Rubio explica que las libertades sexuales «*reivindicadas tanto por movimientos políticos feministas como por la población queer, supone el ejercicio de derechos sobre los cuales no se tiene derecho*». Pues a pesar que los Estados nacionales occidentales reconocen los derechos sexuales y reproductivos como Derechos Humanos, éstos no se toman en cuenta al no existir mecanismos jurídicos eficaces que garanticen su protección. Para ello, sigue el criterio de Hannah Arendt en

¹⁸⁴ Arriaga, Carol B. *Los derechos sexuales y reproductivos*. México, 2003. Disponibilidad y acceso: <http://www.decidiresunderecho.org/files/reprod.pdf> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

su idea de «el derecho a tener derechos» para referirse a un derecho que «no depende de ninguna organización política en particular». ¹⁸⁵

La libertad sexual entonces consiste en el ejercicio de la sexualidad sin ningún tipo de prejuicios. María Mercedes Gómez al referirse al prejuicio sexual, explica que el prejuicio es, siguiendo la filosofía, la condición de todo conocimiento que tiene connotaciones de acercamiento e interés previos a un juicio fundado. También afirma que el prejuicio sólo puede ser social, pues tiene un soporte o base en grupos, y por lo tanto se caracterizan por ser locales y situado. No hay, por lo tanto, prejuicios individuales que no estén dentro de un contexto de apoyo, que funciona como una complicidad social. ¹⁸⁶

Y para definir el «prejuicio sexual», Gómez se refiere a lo manifestado por el psicólogo social Gregory Herek, «(...) *toda actitud negativa inspirada en la orientación sexual y dirigida a personas que se perciben como homosexuales, bisexuales o heterosexuales. Y dado que lo que prima en las sociedades actuales son regímenes sexuales de heterosexualidad obligatoria, la mayoría de estas actitudes negativas se dirigen hacia el comportamiento homosexual, las personas que se definen como homosexuales o bisexuales y las comunidades gay, lésbicas, bisexuales (...).*» Y a esto, Gómez agrega *personas transgénero*. ¹⁸⁷

El prejuicio sexual constituye en una verdadera limitante para el ejercicio de un derecho individual, que muchas veces encuentra asidero en alguna disposición legal o reglamentaria, de modo que el mismo Estado respalda este tipo de restricciones que no permiten el ejercicio propio de la sexualidad.

¹⁸⁵ Álvarez Rubio, Juan José. *Los derechos sexuales y reproductivos de los géneros no-normativos. Una lucha política por una vida digna de ser vivida*. Chile. 2013. Pág. 19 Disponibilidad y acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=99b0b383-593d-47e2-8e3e-1ff449551c00%40sessionmgr4009&hid=4102> (Fecha de consulta: 16 de enero de 2017).

¹⁸⁶ Gómez, María Mercedes. Capítulo dos: Violencia por prejuicio. Motta, Cristina y Macarena Sáenz (Comp.). *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. Siglo del Hombre Editores. Colombia, 2008. Pág. 90. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10637407> (Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017).

¹⁸⁷ *Loc. Cit.*

Al respecto de la libertad sexual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cuya sentencia emitida el 24 de febrero de 2012, estipula en su párrafo 136: «*En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones...*». Y además cita a la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-499 de 2003, cuando expone que: «*la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad*».¹⁸⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comprende y destaca la estrecha relación entre la orientación sexual y la libertad de decisión y consecuentemente de acción, que es ejercida por una persona al determinar las condiciones en las que desea desarrollar su intimidad y la persona o personas con las que decide hacerlo.

3.3.2 Autonomía, integridad y seguridad sexual

Estos derechos hacen alusión a una parte fundamental de la libertad, pues en su conjunto representan la capacidad y comprensión para decidir sobre el propio cuerpo, conservando su integridad de conformidad con los cánones que la persona disponga, y a través de esto genera un sentimiento de seguridad que indiscutiblemente aumentará la autoestima de la persona.

Álvarez Rubio, sigue el criterio de Butler al expresar que en el momento en que la vulnerabilidad social de los cuerpos es reconocida como tal, se tiene el poder de cambiar el sentido y la estructura de la vulnerabilidad misma. Por lo tanto, estas normas se consideran esenciales para nueva significación y reconstrucción de la fragilidad como una condición ontológica de *lo humano*: cuando se demanda el

¹⁸⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponibilidad y acceso: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

reconocimiento, implica invocar una transformación, una necesidad y un deseo del opuesto - a lo heterosexual- sin el cual no se podría saber.¹⁸⁹

En virtud de lo anterior, la lucha por los Derechos Humanos debe ser entendida no únicamente como una la demanda para ser concebidos como personas, pero también para modificar el significado o noción de persona, permitiendo la reestructuración de las normas jurídicas y sociales que determinan qué vidas son valiosas o cuáles no. Y en estas circunstancias se sitúa la reivindicación de los Derechos Humanos de gais, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuados según está vinculada al sentido de posibilidad de la vida, debido a esto, siguiendo a Butler, mencionado por Álvarez Rubio: *«ser parte de una minoría sexual implica, de forma profunda, que también dependemos de la protección de los espacios públicos y privados, de las sanciones legales que nos protegen de la violencia, de las garantías institucionales de varios tipos contra la agresión no deseada que se nos impone y de los actos violentos que a veces sufrimos»*.¹⁹⁰

Al ser parte de los Derechos Humanos, los derechos sexuales y como consecuencia sus reivindicaciones han de ser dinámicas, en el sentido de ajustarse a las exigencias de cada momento de la vida de los individuos, de forma que encuentren nuevos espacios que conquistar, especialmente para los grupos vulnerables.

Continúa Gómez señalando que los derechos sexuales y reproductivos de las personas se relacionan con un ámbito primordial de la individualidad: la autonomía personal, y las reivindicaciones manifestadas por los géneros no-normativos se refieren principalmente al derecho a la autonomía corporal y a la autodeterminación. En esta línea, la consagración jurídica de las libertades sexuales y reproductivas no sólo constituye una aspiración normativa en cuanto a derechos fundamentales, también consiste en una resistencia al sistema patriarcal, androcéntrico y heteronormativo que el feminismo ha tratado de desvirtuar.¹⁹¹

¹⁸⁹ Álvarez Rubio, Juan José. *Op. Cit.* Pág. 15.

¹⁹⁰ *Ibid.*, Pág. 16.

¹⁹¹ *Ibid.*, Págs. 16-17.

No se debe olvidar que las reclamaciones de autonomía sexual siempre tendrán graves limitantes en las sociedades conservadoras -tales como la guatemalteca- pues implican un rompimiento al esquema social establecido, tanto para las parejas como para las familias, lo cual genera serias dificultades para el ejercicio efectivo de estos derechos.

Indica Gómez, que, siguiendo un discurso moral liberal, el Estado no sólo tiene la limitación de invadir las distintas concepciones de vida y planes de vida, también constituye su obligación la garantía y para que los individuos efectivamente realicen los planes de vida que deseen alcanzar. Y esto llevando a cabo políticas sexuales orientadas a la promoción del uso de anticonceptivos y métodos de prevención de infecciones de transmisión sexual, incluso financiar programas y/o tratamientos de hormonización y proveer del erario público las operaciones de cambio de sexo, entre otros.¹⁹²

Lo cual devine a un corolario emancipador, que Gómez identifica así: «*que proporciona a cada individuo la autonomía de gestionar la transformación de su propio cuerpo de acuerdo a la identidad de género que desee rehacer, no sólo permitiendo vivir su corporeidad y subjetividad más allá de lo masculino/femenino, de lo heterosexual/homosexual, de lo normal/anormal, de lo válido/inválido, sino también confiriéndole el derecho a que el Estado reconozca la identidad de género que ha asumido, aun cuando ésta no sea aquella que le fue impuesta al momento de nacer o no coincida con el nombre con el cual fue inscrito en los registros estatales*».¹⁹³

A lo que el autor anterior se refiere es a la obligación de carácter positiva que se ha insistido a lo largo de la presente investigación, en el sentido de la importancia de las acciones concretas por parte del Estado para la garantía de los derechos individuales, que no estarán satisfechos únicamente con la ausencia de actividad estatal; para realizar efectivamente los derechos sexuales se requiere más que el simple respeto.

¹⁹²Loc. Cit.

¹⁹³Loc. Cit.

3.3.3 Privacidad sexual

La Declaración Universal de los Derechos Sexuales propuesta por la Asociación Mundial de Sexología en agosto de 1999 en el XIV Congreso Mundial de Sexología en Hong Kong, define el derecho a la privacidad sexual como el derecho a tomar: «*decisiones y conductas individuales relacionadas con la intimidad siempre y cuando no infrinjan los derechos sexuales de los demás*». ¹⁹⁴ La privacidad sexual está estrechamente ligada a la intimidad, tanto en el ámbito privado y público al que hacía referencia Bidart Campos.

Jon F. Nussbaum, Michelle Miller-Day y Carla L. Fisher, exponen que la intimidad es el sentimiento abrumador de calidez, confianza, felicidad y apoyo que se alcanza a través de las interacciones positivas en las relaciones significativas. Y aunque se perciba en nivel individual, se alcanza y se mantiene a través de relaciones con los demás. No se pueden pensar que una persona tenga un nivel de intimidad aceptable en su vida sin una red de relaciones íntimas y significativas. Indican que este término implica mucho más que sexualidad; es compleja y su experiencia se articula de diversas maneras. ¹⁹⁵

Al respecto, Aurelia María Romero Coloma asegura que uno de los derechos lesionados por la falta de respeto a la libertad y dignidad de la persona humana es su intimidad privada. Resalta que «*íntimo*» se aplica al pensamiento o a la conciencia, a aquello que se ha guardado, o reservado interiormente, sin comunicar a nadie. Utiliza las definiciones de J. Carbonnier, quien se refiere a la intimidad como el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás; y de Baldasarre, quien conceptualiza el derecho a la intimidad como la

¹⁹⁴ Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS). *Op. Cit.*

¹⁹⁵ Nussbaum, Jon F. y otros. Comunicación e intimidad: las relaciones íntimas a lo largo de la vida. España, 2011. Págs. 17-18. Disponibilidad y acceso en: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10592175> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

postulación de la tutela jurídica de la interioridad, entendida como trascendente, como referencia a su poder-ser.¹⁹⁶

Romero Coloma concluye que será vida privada, que se puede ampliar a vida privada sexual, con inherente derecho a la intimidad, aquello que el ser humano decida que lo es. No siendo posible que ningún poder público delimite esa esfera de actuación de la persona, aunque sí podrá establecer límites, relativamente amplios o precisos, según sus efectos jurídicos, al ser evidente que el poder de los medios de comunicación social es un hecho patente en la actualidad.¹⁹⁷

Vale la pena mencionar que el artículo 190 del Código Penal tipifica el delito de violación a la intimidad sexual de la siguiente forma: «*Quien, por cualquier medio sin el consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo, para afectar su dignidad, será sancionado con prisión de uno a tres años. / Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, acceda, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, comunicaciones efectuadas por cualquier medio físico o electrónico o datos reservados con contenido sexual de carácter personal, familiar o de otro, que se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, en perjuicio de la persona titular de los datos o de una tercera persona...*».¹⁹⁸

El Estado a través de la tipificación de esta conducta delictiva protege la integridad moral de la persona y su consentimiento en cualquier aspecto que involucre su sexualidad, de forma que se garantice su privacidad sexual.

¹⁹⁶ Romero Coloma, Aurelia María. *La intimidad privada: problemática jurídica*. España, 2008. Editorial Reus. Pág. 11. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=11046561> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

¹⁹⁷ *Ibid.*, Pág. 12.

¹⁹⁸ Congreso de República. *Código penal*. Decreto No. 17-73 y sus reformas. *Op. Cit.*

3.3.4 Equidad sexual

Entendida como la igualdad de ánimo, la equidad al vincularla con la sexualidad implica una oposición a toda forma de discriminación con base a género, sexo, orientación sexual, edad, religión. Este concepto ha surgido dentro de los movimientos sociales de las últimas décadas que han conquistado espacios tanto sociales como políticos que permiten la reivindicación de este y muchos otros derechos sexuales.

Gloria Careada Pérez y Salvador Cruz aseveran que el feminismo contemporáneo ubicó a las prácticas sexuales predominantes como uno de los elementos centrales que conservaban la inequidad entre mujeres y hombres, como otra herramienta para la subordinación de las mujeres, y de este punto, promovió una fuerte disputa para el reconocimiento de la sexualidad femenina, considerada negada. El aporte del movimiento feminista, además de evidenciar la desigualdad de género en el ejercicio sexual, se postuló a favor del reconocimiento de las diversas expresiones de la sexualidad de las mujeres, en contra la heterosexualidad impuesta, que puede -y de hecho así ha ocurrido- a los géneros no-normativos.¹⁹⁹

Sin embargo, Careada Pérez y Cruz, siguiendo a Michel Foucault, afirman la existencia de la diversidad no responde a los cuestionamientos surgidos en la historia de la sexualidad, pues sólo plantea preguntas nuevas, las cuales son importantes porque desafían a reconsiderar los criterios para solventar entre una conducta apropiada e inapropiada, a reconocer expresiones y comportamientos propios que se habían identificado. Por lo tanto, asumir la diversidad sexual implica la revisión de las categorías construidas sobre la sexualidad y reconocer su insuficiencia, precisando que éstas no son inamovibles, ni definitivas, sino más bien se encuentran en constante cambio.²⁰⁰

¹⁹⁹ Careaga Pérez, Gloria y Salvador Cruz (Coord.) *Sexualidades diversas*. Aproximaciones para su análisis. México, 2004. Universidad Nacional Autónoma de México. Programa Universitario de Estudios de Género. Pág. 14. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=11013512> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2017).

²⁰⁰ *Ibid.*, Pág. 17.

Lo más importante de la equidad sexual es que permite identificar las estructuras sociales y religiosas que -de modo directo o indirecto- generan una desigualdad entre en el nivel de acceso de ciertas personas a algunas instituciones sociales y jurídicas con razón en la forma en que expresan su sexualidad.

Vidal Pollarolo advierte que el embarazo adolescente se constituye en un problema en el campo de la salud sexual y reproductiva, debido a su especial ubicación sociodemográfica en los estratos populares y en las consecuencias que eso tiene para el desarrollo social de las jóvenes involucradas. En Chile, por ejemplo, la maternidad adolescente es una expresión de la inequidad social, pues las adolescentes de un nivel socioeconómico medio o medio-alto generalmente tienen un proyecto de vida, a través de su educación y profesión, y acceso a medios de prevención, y por lo tanto, se embarazan mucho menos. Sin embargo, las adolescentes de un nivel socioeconómico bajo no cuentan con un proyecto de vida atractivo en el ámbito público, ni acceso a medios preventivos. Además, pertenecen a hogares con patrones de maternidad adolescente.²⁰¹

El ejemplo que proporciona la autora clarifica la distinción de oportunidades -entendida como desigualdad- entre ciertos sectores de la sociedad, y que ocasionan una grave brecha entre los individuos, pues según el acceso que tengan a las herramientas para un desarrollo integral -tal como los anticonceptivos- así será el proyecto de vida al que puedan aspirar. De allí la importancia de la educación sexual y acceso a una salud sexual integral.

Expone Vidal Pollarolo que el enfoque de derechos sexuales exige el diseño de políticas con criterio de equidad -más recursos a quienes más lo necesitan, según sus necesidades específicas-; que se traducen en programas de salud sexual y reproductiva, con el objeto de cumplir con la dimensión de universalidad que caracterizan a los Derechos Humanos. Por lo tanto, estos modelos deberán ser

²⁰¹ Vidal Pollarolo, Paulina. *Op. Cit.* Pág. 8.

desmedicalizados, intersectoriales, integrales, democráticos y participativos en la toma de decisiones. Concluye en que un Estado laico y democrático debería vigilar porque la ciudadanía tenga derecho a decidir -libre y con información- sobre los aspectos más íntimos de su vida, aceptando la diversidad de los discursos y prácticas existentes, dentro de un marco de solidaridad y no discriminación.²⁰²

3.3.5 Placer sexual

Miguel Pallarés, Francisca Molero y Ester Pallerés hacen referencia a Octavio Paz, el poeta y ensayista universal, quien abordó el tema del placer sexual en *La llama doble*, donde diferencia de forma clara la sexualidad del erotismo. Para él, la sexualidad tiene como objetivo la reproducción de la especie, mientras que el erotismo tiene un fin en sí mismo, el placer por el placer.²⁰³ Este derecho toma especial relevancia cuando se analizan las costumbres de algunas comunidades indígenas y tribales sobre la mutilación genital femenina y sus implicaciones en la vida de las niñas, adolescentes y mujeres.

Los autores anteriores manifiestan que el orgasmo es una parte importante, aunque no exclusiva, del enredado juego de las relaciones sexuales,²⁰⁴ pues constituye el grado máximo de placer sexual. Y continúan indicando que aparecen en profundas oleadas de placer y numerosos cambios físicos y psicológicos. Para un mejor estudio del orgasmo, los sexólogos lo han dividido en distintas fases que se desarrollan en momentos diferentes para cada persona, sin que la presencia de una determinada fase asegure la siguiente. Las cuatro fases son: excitación, meseta, orgasmo y resolución o fase refractaria.²⁰⁵

²⁰²*Ibíd.*, Pág. 10.

²⁰³Pallarés, Miguel y otros. *Sexo y salud*. España, 2009. Pág. 47. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10957741> (Fecha de consulta: 7 de marzo de 2017).

²⁰⁴*Ibíd.*, Pág. 18.

²⁰⁵*Ibíd.*, Pág. 30.

Estos autores señalan que se inicia con estímulos del deseo sexual, ya sea a nivel cerebral, en forma de recuerdos de relaciones sexuales favorables del pasado, o bien, mediante estímulos imaginados, en forma de palabras, música, imágenes, sensaciones, olores, etc., que llevan al deseo de contactar con determinadas zonas erógenas propias o ajenas. Posteriormente, estas sensaciones son conducidas por los nervios sensitivos hacia la médula espinal y de allí, de nuevo, hacia el cerebro, donde son valoradas como agradables o no. Estas sensaciones producirán la liberación de diferentes hormonas y mediadores químicos, que darán lugar a determinados cambios fisiológicos que culminarán con una gran sensación de placer, el cual con algunas diferencias es fundamentalmente igual en el hombre y en la mujer.²⁰⁶

En virtud de lo anterior, Pallarés, Molero y Pallerés afirman que la relación sexual humana tendría que ser siempre erótica, y debería estar presidida por la imaginación, la sensibilidad y el deseo de satisfacer antes que de satisfacerse. Consistir en el deseo de dar placer y felicidad, de disfrutar con el placer de la pareja sexual tanto como con el propio ser. El sexo ha sido desde los inicios de la raza humana un motor, celebrado por todas manifestaciones artísticas: la literatura, la música, la cinematografía, el dibujo, la pintura, la escultura, la moda, la cocina, la lencería, los objetos eróticos y por los sentimientos culturales de todo un mundo centrado en el erotismo.²⁰⁷

De modo tal, que la relación sexual no se reduce simplemente a la unión de los genitales, y mucho menos con fines únicos de reproducción, involucra al cerebro en todas y cada una de las etapas de la misma, lo cual conlleva una serie de pensamientos, sentimientos y expectativas que bajo ningún concepto deberían estar limitados, especialmente porque son distintos en cada persona, dependiendo de los estímulos internos y externos que reciba, así será su experiencia y su aproximación al placer.

²⁰⁶*Ibíd.*, Pág. 18.

²⁰⁷*Ibíd.*, Pág. 47.

Iván Arango de Montis menciona que, para disfrutar y expresar la sexualidad durante el transcurso de la vida, es importante el autoconocimiento del cuerpo. Tanto en hombres como en mujeres, la posibilidad de experimentar placer es consecuencia del reconocimiento de las posibilidades eróticas individuales, pues quien no conozca su cuerpo tiene menos posibilidades de solicitar y procurarse una experiencia placentera.²⁰⁸

3.3.6 Expresión sexual emocional

La Declaración Universal de los Derechos Sexuales aludida anteriormente, define este derecho como aquel que: *«es más que el placer erótico o que los actos sexuales. Los individuos tienen el derecho a expresar su sexualidad por medio de la comunicación, las caricias, la expresión emocional y el amor»*.²⁰⁹

La expresión sexual emocional sería como un punto medio entre la privacidad sexual -desde el ámbito público- y la autonomía pues cada persona decide como demuestra a los demás las extensiones de su intimidad. Y para el efecto, debería de contar con un espacio lo suficientemente protegido de los prejuicios sexuales que se mencionaban con anterioridad.

Victoria Cabra y Enriqueta Díaz siguen el criterio del psiquiatra psicoanalista Pere FolchMateu, para comprender la sexualidad en su dimensión más amplia, que incluye amor, afectividad, corporeidad, descubrimiento, búsqueda de placer, en general lo que conduce a una persona a formar una relación con el otro para comunicarse. La expresión sexual emocional deviene del concepto sobre sexualidad que la Organización Mundial de la Salud (OMS) publica en 1975: *«La sexualidad es una energía que motiva a buscar afecto, contacto, placer, ternura e intimidad. La sexualidad tiene que ver con el cuerpo, pero influye en pensamientos, sentimientos,*

²⁰⁸ Arango de Montis, Iván. *Sexualidad humana*. México, 2008. Pág. 48. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10751277> (Fecha de consulta: 2 de marzo de 2017).

²⁰⁹ Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS). *Op. Cit.*

*emociones, acciones e interacciones y, por tanto, tiene influencia en la salud física y mental».*²¹⁰

Lo anterior, observan las autoras obliga a reconocer la importancia del primer vínculo afectivo con el cuerpo sexuado implica que la actitud y el cuidado de los padres/madres o primeros cuidadores adultos con los niños contribuirán a construir su personalidad y, por ende, su identidad sexual. Afirman que los primeros estímulos de afecto también lo son de placer físico, al tiempo que inciden en la formación psíquica. Desde este punto, se comprende que la verdadera educación afectivo-sexual empieza en la niñez, donde es necesario transmitir y replantear de forma continuada la importancia del contacto con el prójimo con gestos, palabras, caricias, miradas, sonrisas, así como con la comunidad de convivencia.²¹¹

Del cuidado de los padres, señalan Cabra y Díaz, dependerá si el niño gozará de un mayor o menor equilibrio emocional y se reflejará en su forma de comportarse y en la relación con los demás. Si, por el contrario, el niño no goza de una atención real, el camino hacia su identidad será complejo y las relaciones son fácilmente insatisfactorias, existe una gran vulnerabilidad pues se desconecta la parte emocional de la parte sexual y ambas se disocian.²¹² Es por lo anterior que los primeros años de los niños y niñas resultan trascendentes en sus relaciones sociales, y por lo tanto la sexualidad que desarrollen.

José Gurrea señala que la sexualidad y el afecto son vivencias diarias de los niños. Por lo que, para un mejor desarrollo sexual, el niño necesita crecer en un hogar donde sus padres se respetan y se quieren porque eso ayuda al equilibrio emocional del niño y a pasar de la fijación edípica a identificarse con el progenitor de su propio sexo. Las

²¹⁰ Cabra Quim, Victòria y Enriqueta Díaz. *Afectividad y sexualidad. ¿Son educables? Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*. España, 2011. Fundación Víctor Grífols i Lucas. Pág. 13. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10862605> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

²¹¹ *Ibíd.*, Pág. 16

²¹² *Ibíd.*, Pág. 17.

reacciones de los padres a la sexualidad de sus hijos influenciarán su perspectiva de la sexualidad. El autor afirma que las reacciones represivas comienzan el largo camino de los sentimientos de culpa y ansiedad que tanto distorsionan la sexualidad de los jóvenes y adultos.²¹³

3.3.7 Libre asociación sexual

Al continuar con la Declaración Universal de los Derechos Sexuales se encuentra que el derecho a la libre asociación sexual consiste en: «*la posibilidad de casarse o no, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables*».²¹⁴ Derivado del derecho de libertad de asociación, como muchos otros podría sólo contemplarse su aspecto negativo, es decir el deber del Estado de respetar las asociaciones realizadas por los individuos, sin embargo, en el aspecto sexual este derecho implica un ámbito positivo para que se concreten las medidas legales necesarias para que las personas entablen y rompan asociaciones de conformidad con su sexualidad.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, Juan Camilo Gómez Álvarez y María Mónica Parada Hernández observan cómo el debate en torno al reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales en las distintas legislaciones tiene como eje central el derecho a la igualdad. Los distintos tribunales constitucionales latinoamericanos han sentado, de manera diversa, su alcance y aplicación, según la evolución normativa del Estado, sin olvidar su desarrollo histórico y jurisprudencial. Este derecho de igualdad gira en cuanto a la diferencia de derechos otorgados a las parejas homosexuales, respecto a los derechos que se hayan reconocido a las parejas heterosexuales, siendo evidente la desigualdad derivada de la orientación sexual, según alegan los colectivos LGBTI. Lo anterior se muestra en sentencias que se han

²¹³Gurrea, José. *La sexualidad: sexo, embarazo y contracepción en la adolescencia*. España, 1986. Editorial Montesinos. P. 135

²¹⁴ Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS). *Op. Cit.*

dictado en Argentina y México, que han reconocido integralmente los derechos de las parejas LGBTI. ²¹⁵

Sin embargo, la libertad también juega un papel muy importante desde el punto de vista de la asociación sexual, pues desde este punto de vista, las personas deberían de tener la libertad de unirse legalmente con la persona que deseen en función de su sexo, género y orientación sexual.

Gómez Álvarez y Parada Hernández comentan que en Argentina, el caso «Freyre Alejandro contra el Gobierno Civil de la ciudad de Buenos Aires sobre amparo» fue el primer fallo a favor del matrimonio homosexual, en el que la jueza Gabriela Seijas dictó sentencia en primera instancia a favor de Alejandro Freyre y José María di Bello, quienes fueron juntos al Registro Civil para pedir turno para casarse; pero no lo consiguieron en razón a que el Código Civil argentino establecía que el matrimonio solo era posible entre un hombre y una mujer.²¹⁶

Asimismo, los autores previamente mencionados refieren que la jueza del Juzgado 1era Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordenó a las autoridades del Registro Civil que celebraran el matrimonio. Entre sus principales argumentos está que: *«El derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las*

²¹⁵ Gómez Álvarez, Juan Camilo y María Mónica Parada Hernández. *Inclusión democrática: los nuevos retos del Legislativo en materia de derechos de las familias LGBTI en Colombia*. Torres V, María Lucía y Paola Marcela, Iregui P. (Editoras). *Reflexiones sobre la libertad de expresión en el contexto de la democracia: una manifestación de la participación ciudadana*. Colombia, 2012. Editorial Universidad del Rosario. Pág. 7. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10721524> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

²¹⁶Loc. Cit.

*diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas».*²¹⁷

El fallo judicial recalca la insuficiencia de las disposiciones legales ante el ejercicio de los derechos de las personas al ser éstas las iguales ante la ley, dándole particular importancia a las singularidades de cada individuo, de modo que se garantice el acceso de cada uno a las instituciones jurídicas que el Derecho ha establecido para el desarrollo integral de la personalidad.

Reconocen Gómez Álvarez y Parada Hernández que también se suscita un trato discriminatorio e inconstitucional si decidiera negar este derecho -a casarse- en razón de la orientación sexual, o incluso si opta por acudir a una alternativa diferente o a la creación de un régimen paralelo, pues lo único que lograría sería aumentar o mantener la desigualdad.²¹⁸ Tal como afirma la demandada, la norma aludida permite registrar uniones voluntarias conformadas por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. Además, señala que: *«El mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal».*

En virtud de la rigidez de las normas, han sido los órganos jurisdiccionales quienes han analizado las instituciones jurídicas en función de los Derechos Humanos, especialmente de los sexuales. En la misma línea, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, resolvió la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General de la República, el 16 de agosto del 2010,

²¹⁷Juzgado 1era Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario No. 15. Caso: Freyre Alejandro contra Gobierno Civil de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo. Noviembre de 2009. Disponibilidad y acceso: <https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/caso-freyre.pdf> (Fecha de consulta. 8 de marzo de 2017).

²¹⁸ Gómez Álvarez, Juan Camilo y María Mónica Parada Hernández. *Op. Cit.* Pág. 8.

para declarar la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, que permitían el matrimonio y adopción por personas del mismo sexo.

Una vez manifestaron las partes sus argumentos, la Suprema Corte se pronuncia en el párrafo 256 de la siguiente forma: «(...) estima que la **diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial**, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, **ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia -ídeal-, además-**».²¹⁹ (El resaltado es de la autora).

De igual forma, en su párrafo 264 la sentencia prescribe: «*la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, un elemento relevante en el **proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo o no** y que, en modo alguno, deberá limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad*». «(...) se inscribe dentro de la **autodeterminación de las personas e incide en el libre desarrollo de las mismas, al ser un elemento que innegablemente determinará sus relaciones afectivas y/o sexuales** con personas de diferente o de su mismo sexo y, de ahí, su **elección de con quién formar una vida común y tener hijos, si es que desea hacerlo**». (El resaltado es de la autora). Además, en su párrafo 265, la Suprema Corte indica que el derecho al libre desarrollo implica también el de decidir casarse o no.²²⁰

²¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acción de inconstitucionalidad 2/2010*. México, 2010. Disponibilidad y acceso: <http://bioderecho.org.mx/diccionario/wp-content/uploads/2010/11/AI-2-2010.pdf> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

²²⁰Loc. Cit.

Esta sentencia ha sentado un alentador precedente no sólo para el resto de Estados mexicanos, sino para toda la comunidad de diversidad sexual, pues entre otras cosas, define el proyecto de vida con la felicidad como objetivo, y para alcanzarlo, cada persona deberá elegir dentro del resto de la sociedad a la persona o personas con quienes compartirlo, a través de las instituciones que la legislación pone a su disposición, de forma que la orientación sexual no debería constituir un impedimento para acceder a tales instituciones.

3.3.8 Decisiones reproductivas e información sobre reproducción

Martha Lucía Vásquez, Luz Ángela Argote y Edelmira Castillo señalan que los derechos sexuales y reproductivos han tenido su principal sustento en la Plataforma de Acción de Beijing y en la Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo, dentro de los cuales se encuentran el derecho a una sexualidad placentera y lúdica independiente de la reproducción, el derecho a decidir y usar anticonceptivos y el derecho de hombres y mujeres a participar con iguales responsabilidades en la crianza de sus hijos, reasumiéndola creativamente y a construir identidades propias más allá de los papeles de género.²²¹

No se podría hablar de un ejercicio pleno de derechos sexuales si no se cuenta con la información necesaria para el efecto. Este derecho constituye entonces el génesis de los demás pues permite a la persona poseer los elementos necesarios para tomar una decisión ilustrada sobre lo que mejor le convenga a cada uno.

Jacqueline Gysling afirma que el concepto de derechos reproductivos pretende englobar a todos aquellos derechos básicos de las parejas e individuos que se

²²¹ Vásquez, Martha Lucía, Argote, Luz Ángela, y Castillo, Edelmira. *Apropiación de los derechos sexuales y reproductivos en los adolescentes: una experiencia desde la teoría de la acción razonada*. Colombia, 2006. Red Colombia Médica. Pág. 5 Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10108370> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2017).

relacionan con el libre ejercicio de la sexualidad y la reproducción humanas, independientemente de la edad, condición social, raza y religión. Hace referencia a la definición -que caracteriza de restringida- de los derechos reproductivos enunciada en la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos realizada en 1968, que dice: «el derecho básico de las parejas e individuos para decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y para tener la información, educación y medios para hacerlo».²²²

Sin embargo, asevera Gysling, esta noción se ha desarrollado con aportes del movimiento feminista, a saber: a) el derecho a ejercer la sexualidad sin riesgos de contagio de enfermedades de transmisión sexual, b) el derecho a acceder a una adecuada atención ginecológica durante el embarazo, el parto y el post-parto, c) el derecho a acceder a la prevención y tratamiento de la infertilidad, d) el derecho a un servicio de salud que asegure información, educación y medios para regular la fertilidad y para procrear sin riesgos de salud, entre otros.²²³

La autora anterior se enfoca principalmente en los derechos reproductivos y lo esencial que es la información actualizada sobre estos temas, para poder planificar y tomar decisiones que afectarán al proyecto de vida de las mujeres y las parejas.

Según L. Freedman y S. Isaacs, los derechos reproductivos deben ser entendidos en el contexto de los derechos de la mujer, pues su condición depende de su derecho a actuar como un adulto independiente (capacidad legal), a participar como un ciudadana en la sociedad, a tener un empleo, a la propiedad privada, a ser libre de discriminaciones de género, raza o cualquier significado, de modo que se evite que las mujeres puedan ser subordinadas, contra su voluntad, a los intereses de sus parejas, sus familias, grupos étnicos, instituciones religiosas, proveedores de salud,

²²²Gysling, Jacqueline. Salud y derechos reproductivos. Valdés, Teresa y Miren Busto (Edit.) *Salud y reproducción: hacia la construcción de derechos*. Chile, Corporación de Salud y Políticas Sociales, CORSAPS, 1994. Págs. 21-22.

²²³Loc. Cit.

investigadores, formuladores de política y programas, el Estado o cualquier otro actor.²²⁴

3.3.9 Educación integral sexual

La educación es tan fundamental como la información. Alfredo Sarmiento Gómez indica que esta es el medio privilegiado que ha establecido la sociedad para transmitir y recrear la cultura y el desarrollo. Es esencial para reconocer qué deben hacer los seres humanos sobre su propio ser y su contexto, pues a través de ella se conocen las raíces comunes y los rasgos diferentes. La educación posee la doble caracterización de: a) ser un instrumento de reproducción de la sociedad y sus valores, y b) construir la capacidad crítica para discutirlos y modificarlos.²²⁵

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, el artículo 31 de la Ley de Desarrollo Social establece las orientaciones principales de la educación en población, que deberá formar parte de los planes y programas estatales de estudio, las cuales se manifiestan en tres expresiones:

1. *«Formación socio-demográfica, encaminada a estudiar la importancia y el impacto de las variables demográficas en el desarrollo económico y social del país, así como la influencia de éste sobre la dinámica demográfica.»*
2. **Educación sexual orientada a desarrollar valores y principios éticos y morales sustentados en el amor, comprensión, respeto y dignidad, así como fomentar estilos de vida saludable y un comportamiento personal basado en una concepción integral de la sexualidad humana en sus aspectos biológico, psicosocial y del desarrollo integral de la persona. El contenido y metodologías educativas serán las definidas por la Comisión Intersectorial de**

²²⁴Loc. Cit.

²²⁵ Sarmiento Gómez, Alfredo. *Desarrollo, diversidad y equidad en el siglo XXI*. Colombia, 2006. Red Revista de Economía Institucional. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10110502> (Fecha de consulta: 3 de marzo de 2017).

Educación en Población en congruencia con el carácter científico y humanístico que establece la Constitución Política de la República.

3. ***Educación sobre paternidad y maternidad responsable orientada a fortalecer el ejercicio de la libertad consagrada en la Constitución Política de la República***». (El resaltado es de la autora).

Sin embargo, ¿se puede hablar de educación sexual en Guatemala? En el año 2016 con la discusión de la iniciativa número 3286 que proponía la Ley de Juventud, se generó una polarización en la sociedad guatemalteca que detuvo por completo el estudio de la iniciativa; entre fanáticos religiosos que propugnaban la abstinencia como método de planificación familiar, a pesar de ya existir en Guatemala una ley que regulaba la materia. Esto únicamente denota el poco avance que ha tenido la sexualidad como parte integral de la personalidad en Guatemala.

Aunado a la anterior, la iniciativa número 5272 que propone la Ley para la Protección de la Vida y la Familia -que ya cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales- resultaría no sólo un retroceso en el reconocimiento de los derechos sexuales de todas las personas sino una verdadera violación a los Derechos Humanos desarrollados en esta investigación, respaldados principalmente por el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República.

De la lectura de los primeros tres párrafos de la exposición de motivos de la mencionada iniciativa, se denota el claro desconocimiento de los diputados ponentes sobre la sexualidad, la expresión sexual y la importancia de la educación sexual para erradicar no sólo los embarazos en niñas y adolescentes sino también los estereotipos contruidos en prejuicios negativos que no permiten convivir a las sociedades en armonía, como pretende la iniciativa.

Al afirmarse en esta que «*existen grupos minoritarios de la sociedad guatemalteca que, siguiendo una agenda de orden internacional, proponen corrientes de*

pensamiento y prácticas incongruentes con la moral cristiana e impulsan modelos de conducta que atentan contra el derecho a la vida, el orden natural del matrimonio y la familia», se encasillan a las personas que no tienen una orientación sexual considerada heterosexual en minorías que deslegitiman su reconocimiento de derechos, que según los ponentes forma parte de una *«agenda de orden internacional»* haciendo alusión a la lucha por la igualdad que ha emprendido el grupo LGBTI alrededor del mundo, siendo supuestamente incongruentes con la moral cristiana que en ninguna parte del ordenamiento jurídico guatemalteco es considerada como la religión oficial. Al contrario, la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la libertad de religión en su artículo 36.

Este tipo de iniciativas únicamente polariza a la sociedad guatemalteca, impide la apreciación y empatía por los derechos de los demás y pretenden institucionalizar los pensamientos de algunos sectores de la población a través de la limitación de garantías fundamentales de las personas, lo cual es inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho.

3.3.10 Salud sexual

La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), referida por Pallarés, define la salud sexual como: *«Un derecho humano básico para disfrutar y controlar la conducta sexual, y libertad para desarrollarla, sin que se perjudique por temor, vergüenza, sentido de culpabilidad, falsas creencias o enfermedades»* y en la misma línea, por trastorno sexual entiende *«cualquier anomalía que afecte a este derecho, que impida o coarte de una u otra forma la libertad y el disfrute sexual a cualquier persona»*.²²⁶

En el plano físico, este derecho, por su aspecto especialmente reproductivo, es quizá el derecho sexual más aceptado y reconocido como Derecho Humano en la

²²⁶Pallarés, Miguel y otros. *Op. Cit.* Pág. 71.

Comunidad Internacional, pero no deviene propiamente de la sexualidad, únicamente como una extensión del derecho a la salud.

En el plano psicológico, Pallarés, Molero y Pallerés señalan que los trastornos sexuales se han clasificado de muy diversas formas a lo largo del tiempo. Actualmente, una de las clasificaciones más aceptadas es la del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Sociedad Norteamericana de Psiquiatría, que observa que los trastornos de la sexualidad, tanto en el hombre como en la mujer, se clasifican en:

- a) Trastornos del deseo sexual;
- b) Trastornos de la excitación sexual;
- c) Trastornos orgásmicos;
- d) Trastorno sexual por dolor;
- e) Trastorno sexual debido a enfermedades;
- f) Trastorno sexual inducido por sustancias;
- g) Parafilias;
- h) Trastornos de identidad sexual e;
- i) Otras alteraciones de la salud sexual.²²⁷

Los autores siguen el criterio de: «*lo que es bueno para la salud, es bueno para el sexo*», en virtud que cuanto más sano y saludable sea un tipo de vida, más sana, saludable y agradable podrá ser la vida sexual. Ya no es suficiente la ausencia de enfermedad física, sino que se demanda una salud física y mental que proporcione un estado de felicidad continuado, además de la salud sexual.²²⁸ Para lograr este objetivo, se hace necesario: a) una alimentación sana y equilibrada, b) una actividad física adecuada al tipo de actividad profesional, al estado de forma y la edad de cada persona, y c) un estado psicológico saludable, relajado y sin estrés.²²⁹

²²⁷Loc. Cit.

²²⁸Ibíd., Pág. 77.

²²⁹Ibíd., Pág. 78.

Arango de Montis determina que uno de los aspectos fundamentales para la promoción de la salud sexual implica el reconocimiento de sus características, tanto en su expresión individual como colectiva. Para tal empresa, el autor hace referencia a los señalamientos propuestos por el Consejo de Información Sexual y Educación de Estados Unidos (SIECUS, por sus siglas en inglés) sobre Comportamientos de Vida del Adulto, los cuales han sido suscritos por la OMS y la Organización Panamericana de la Salud (en adelante OPS).²³⁰

Existen muchos aspectos que informan a la salud sexual, tanto intrapersonales como sociales propiamente dichos. Entre ellos están que una persona adulta sexualmente sana, entre otros aspectos:

- i. Valora su propio cuerpo;
- ii. Afirma que el desarrollo del ser humano comprende el desarrollo sexual, el cual puede o no incluir la reproducción o la experiencia sexual genital;
- iii. Afirma su orientación sexual y respeta la orientación sexual de los demás;
- iv. Utiliza métodos anticonceptivos de manera eficaz a fin de evitar embarazos no deseados;
- v. Evita contraer o transmitir infecciones de transmisión sexual, ente otras el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (en adelante VIH);
- vi. Practica comportamientos que promueven la salud, tales como reconocimientos médicos regulares, autoexámenes de los testículos o de los senos, e identificación oportuna de posibles problemas;
- vii. Muestra tolerancia hacia personas con diferentes valores y modos de vida sexuales;
- viii. Evalúa la repercusión de los mensajes familiares, culturales, religiosos, de los medios de comunicación y de la sociedad en los pensamientos, sentimientos, valores y comportamientos personales relacionados con la sexualidad; entre otros.²³¹

²³⁰ Arango de Montis, Iván. *Op. Cit.* Pág. 47.

²³¹ *Loc. Cit.*

De igual forma, en su esfera colectiva, la salud sexual también presenta característica en el plano de la sociedad. La OMS y la OPS identificaron las Características de una Sociedad Sexualmente Sana:

- a) Compromiso político: donde el Estado reconoce que la salud sexual es un derecho fundamental del ser humano y se hace responsable de la promoción de la salud sexual.
- b) Políticas explícitas: las instituciones sociales, entre ellas las entidades gubernamentales, formulan, desarrollan y ponen en práctica políticas públicas que comprenden instrucciones claras y precisas destinadas a la protección y promoción de la salud sexual como derecho humano fundamental.
- c) Legislación: a través de leyes vigentes destinadas a proteger los derechos sexuales. Por ejemplo, la protección de la explotación a las personas vulnerables; reconocer los derechos de todas las personas a la integridad del cuerpo; y promover la igualdad en todas las dimensiones sexuales.
- d) Buena educación: acceso universal a la educación sexual integral acorde con la edad, durante la vida.
- e) Infraestructura suficiente: contar con una infraestructura de profesionales especializados en la resolución de problemas de índole sexual. Esto incluye ofrecer a los profesionales programas de especialización en salud sexual.
- f) Investigación: apoyo a investigaciones adecuadas y concretas destinadas a abordar las inquietudes clínicas, educativas y de salud pública.
- g) Vigilancia adecuada: supervisar los indicadores biomédicos y de comportamiento que miden las inquietudes y los problemas de salud sexual.
- h) Cultura: es necesario lograr una cultura de apertura hacia la salud sexual que a la vez asigne a ésta la prioridad que le corresponde.²³²

Al igual que los demás derechos sexuales, la salud reproductiva encuentra también un asidero en el aspecto social, pues garantiza que las familias se gesten conforme a sus propias decisiones y tomando todas las medidas médicas para garantizar su bienestar.

²³²*Ibíd.*, Págs. 47-48.

3.3.11 Otros: al progreso científico

Como en casi todos los aspectos de la vida humana, la tecnología también ha revolucionado la forma de ver la sexualidad y con ella la reproducción. Al respecto, Janet Shibley Hyde y John D. DeLamater exponen que las nuevas tecnologías que se han desarrollado en las últimas tres décadas implican que hay muchas formas para concebir y procrear bebés además del coito y el embarazo.²³³

La inseminación artificial, afirman Shibley Hyde y DeLamater implica la colocación artificial de semen en la vagina a fin de producir un embarazo; así, es un medio para lograr la reproducción sin la existencia del coito. Se presentan dos tipos: la inseminación artificial por la pareja (AIH: inseminación homóloga), que se utiliza cuando la pareja tiene conteo bajo de espermatozoides, se obtienen varias muestras de su semen y se combinan para conformar una muestra con un conteo más elevado y se coloca en la vagina de la mujer al momento de la ovulación; y la inseminación artificial por donador (AID: inseminación heteróloga) que se utiliza cuando la pareja es estéril, en donde un donador proporciona el semen para fertilizar a la mujer.²³⁴

Además, los autores se refieren a las transferencias de embrión que consisten en que un óvulo fertilizado en desarrollo (embrión) se transfiere del útero de una mujer a otra. Esta técnica puede hacer posible que una mujer que puede concebir, pero que siempre aborta de manera espontánea al inicio de embarazo, transfiere su embrión a otra mujer que funge como madre sustituta; es decir, la persona que proporciona el útero dentro del cual crece el embrión. Este procedimiento también se utiliza como opuesto de la inseminación artificial, en el caso que una mujer no produce óvulos viables, se puede usar el esperma de su pareja para inseminar a otra mujer (que dona su óvulo) en forma artificial, y entonces se transfiere el óvulo fertilizado de la donadora a la madre.²³⁵

²³³Shibley Hyde, Janet y John D. Delamater. *Sexualidad humana*. Traducido por: Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. México. Mc Graw Hill Interamericana. 2006. 9na. Edición. Pág. 161.

²³⁴*Loc. Cit.*

²³⁵*Ibíd.*, Pág. 163.

Por último, aseveran los autores que la fertilización *in vitro*, es el proceso por el cual un óvulo y un espermatozoide se unen fuera del cuerpo humano (en una probeta) y una vez fertilizado, el óvulo o embrión se implanta en el útero de la mujer para que lo lleve a término. También existe la posibilidad de congelar óvulos fertilizados *in vitro*, lo que da por resultado embriones congelados para ser donados.²³⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, en sentencia de 28 de noviembre del 2012,²³⁷ resuelve la reclamación realizada debido a la resolución de la Corte Suprema de Costa Rica que vedó la realización de la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida, pues consideró que en su desarrollo se perdían óvulos fecundados, lo que violaría el derecho a la vida.

Sin embargo, la Corte Interamericana niega que la realización de la técnica de fecundación *in vitro* afecte el derecho a la vida y a determina que, al contrario, su prohibición sí afecta Derechos Humanos. En su párrafo 272, la sentencia prescribe: «La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja...».²³⁸

Lo que la Corte Interamericana explica es que cada persona decide el método de formación de su familia, ya sea concibiendo hijos, adoptándolos o bien, no teniendo en lo absoluto. Pero en el caso del primero, y se vean afectados por cualquier tipo de

²³⁶Loc. Cit.

²³⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). disponibilidad y acceso: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

²³⁸Loc. Cit.

infertilidad, es entonces también su derecho el acceso a los métodos tecnológicos que les permitan superar esos obstáculos para la satisfacción de su plan de vida.

Capítulo 4

Neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos

Al haber estudiado el origen y desarrollo del neoconstitucionalismo, los Derechos Humanos, la libertad y la dignidad humana, así como los derechos sexuales reconocidos, es apropiado abordar lo concerniente a cómo convergen dichos elementos, de modo que se evalúe la efectividad de lo planteado en la presente investigación.

Para el efecto, se abordará el control de constitucionalidad ejercido por los jueces, las acciones y garantías constitucionales necesarias para la protección de derechos fundamentales, y con esta la que se atribuye a la libertad sexual, para concluir con el análisis de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos a la luz del neoconstitucionalismo.

4.1 Control de constitucionalidad

Carlos Flores Juberías y Mercedes Torres de Pérez señalan que los Derechos Fundamentales reconocidos en las leyes fundamentales no funcionan solamente como límites al poder del Estado, también son un elemento esencial de su legitimación y parte principal del nuevo orden democrático. Por lo que, su protección se encarga a todos los poderes públicos y, especialmente a tribunales constitucionales. Siendo de los últimos competentes para actuar en defensa de los Derechos Fundamentales. Por una parte, la participación en los procesos de reforma constitucional, verificación de la regularidad de la declaración de los estados excepcionales, y por otra, la inconstitucionalidad de actos o leyes contrarias a la Constitución.²³⁹

²³⁹ Flores Juberías, Carlos y Mercedes Torres de Pérez. *Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental*. México, 2001. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 5. Págs. 17-18 Disponibilidad y acceso: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5624/7331> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

Flores Juberías y Torres de Pérez afirman que el control de constitucionalidad de las normas es la competencia por excelencia de todo Tribunal Constitucional, que tiene su fuente directa en la teoría del *judicial review* sobre las decisiones que emanan del órgano legislativo y que permite al tribunal, a pesar de no contar con competencias legislativas propiamente, expulsar ciertas normas del ordenamiento jurídico por ser inversas a la Constitución.²⁴⁰

Los autores indican que el control de constitucionalidad no es únicamente la labor que realizan los jueces y tribunales constitucionales, pues si bien es el elemento más tangible, existen otros métodos que el mismo texto constitucional previene para asegurar su permanencia en el tiempo, así como su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Rubén Sánchez Gil asevera que el control de la regularidad constitucional de las leyes y otros actos es parte fundamental de todo Estado Constitucional de Derecho. Para mantener la vigencia del orden constitucional, existen varios procedimientos jurídicos, pero comparten como esencia el carácter supremo de la Constitución como norma jurídica y la exigencia del respeto a sus disposiciones.²⁴¹

En otras palabras, el principio de supremacía constitucional; el cual fue establecido a partir de la tradición jurídica de los Estados Unidos de América y fue postulada por Hamilton con estas palabras: «*Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo (...) en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*».²⁴²

²⁴⁰ *Ibíd.*, Pág. 24.

²⁴¹ Sánchez Gil, Rubén. *El control difuso de la constitucionalidad en México*. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002. México, 2004. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 11. Disponibilidad y acceso: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5713/7485> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁴² *Ibíd.*, Pág. 4.

Sánchez Gil indica que el control constitucional según el número de órganos que lo ejercen se trata de un criterio apuntado por Carl Schmitt y que se clasifica en: concentrado y difuso. El primero -obra de Hans Kelsen- se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, y si contraviene lo dispuesto en ella, privarlo de todo efecto jurídico. Mientras que el segundo, implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución.²⁴³

Estos sistemas devienen de un origen histórico distinto, pero que en los distintos Estados que los aplican han sido efectivos para mantener la supremacía constitucional, en donde los jueces y tribunales constitucionales en sus distintas organizaciones han interpretado y resuelto en sus fallos.

Otro criterio para estudiar tal control acontece de la doctrina jurídica alemana y consiste la orientación de la interpretación requerida, y se encuentran: abstracto y concreto. En el primer caso, la interpretación de las normas ordinarias, gira en torno a la comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, para determinar si contravienen o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, sin analizar la modalidad de aplicación en un caso concreto. Y por el otro lado, el control concreto se origina de la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con características que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en discusión.²⁴⁴

Dentro de los dos sistemas de control de constitucionalidad, se pueden evaluar de forma general y particular las normas en cuanto a su aplicación y sus efectos, otorgando protección a la generalidad o bien, a una persona en particular.

²⁴³*Ibíd.*, Págs. 7-8.

²⁴⁴*Ibíd.*, Pág. 9.

Jorge Mario García Laguardia manifiesta que la justicia constitucional es probablemente la respuesta más importante a la opresión gubernamental, pues involucra la existencia de normas, instituciones y procedimientos, que se orientan a resaltar que el poder político está limitado por los preceptos constitucionales y que no puede actuar sin control. Hans Kelsen subrayaba la necesidad de establecer garantías que debían utilizarse frente a los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, y también la conveniencia de que el órgano que defendiera la Constitución, no fuera obviamente el mismo que pudiera violarla.²⁴⁵

Es entonces este control una característica fundamental del Estado Constitucional de Derecho, donde los constituyentes se proponen establecer los mecanismos necesarios para asegurar la estabilidad de las constituciones, y las facultades para los órganos constituidos de forma que se evalúen mutuamente y fiscalicen sus acciones con parámetros con tal carácter.

Por lo tanto, la justicia constitucional tiene como fin no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino además su desarrollo y su compenetración con la realidad. Entonces defender la «*pura semántica constitucional*» como indica Pedro de Vega, sería desde el punto de vista histórico y político, una traición a los valores y a la significación del constitucionalismo y en un nivel científico, significaría la negación de la función auténtica de la justicia constitucional. En ese marco, García Laguardia arriba a la conclusión de que las declaraciones de los derechos, necesitan de un sistema judicial para hacerlas efectivas.²⁴⁶

El autor mencionado afirma que la defensa de la Constitución significa la defensa de los valores que inspiraron el movimiento constitucionalista. Por lo que, el control judicial de la actividad gubernamental es la coronación necesaria para la realización del

²⁴⁵ García Laguardia, Jorge Mario. *Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala en 1993*. México, 2000. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 2. Pág. 5. Disponibilidad y acceso: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5578/7240> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁴⁶ *Ibíd.*, Pág. 6.

Estado de Derecho, y en tal calidad es altamente participativo, porque está construido sobre situaciones concretas, hechos reales sobre los que debe pronunciarse en última instancia, dentro de los límites que permiten los planteamientos de las partes. Esto coloca a los jueces constitucionales en un continuo contacto con los problemas reales de la sociedad, con sus aspiraciones, necesidades y conflictos. Estos jueces tienen el cometido de interpretar la constitución y configurar el catálogo de valores con los que no se puede ni debe negociar.²⁴⁷

Es decir, que no sólo se trata de defender el texto fundamental, sino la labor de los jueces constitucionales debe trascender las palabras para encontrar el origen de la disposición -siempre en concordancia con el resto del ordenamiento constitucional- de forma que se protejan también los valores y principios en los que descansa.

Asevera García Laguardia que la Constitución de 1965 introdujo un sistema mixto, por un lado, contempló una declaratoria de inconstitucionalidad en casos concretos, en virtud del control judicial difuso, y por el otro, incluyó una con efectos generales y derogatorios en una nueva experiencia de control concentrado en vía principal. Esta se pedía ante un órgano autónomo de examen constitucional: la Corte de Constitucionalidad, que era un tribunal permanente, pues se integraba al hacer valer una acción de las mencionadas. La experiencia de esta primera Corte Constitucional, la primera de América Latina, fue corta, como la del texto constitucional que tenía de base de 1966 a 1981, pero significó en el derecho constitucional guatemalteco un efectivo avance.²⁴⁸

Apartándose de los sistemas tradicionales, Guatemala adopta un sistema ecléctico que toma los elementos más importantes de cada sistema, creando un particular método para la protección de los derechos reconocidos.

²⁴⁷*Ibíd.*, Pág. 7.

²⁴⁸*Ibíd.*, Pág. 12.

La Constitución vigente, producto de un cuerpo constituyente libremente electo, en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones y su preocupación central fue la de establecer la consagración y garantía de los Derechos Humanos, en un sistema democrático, tendiendo presente la preocupación del pasado autoritario. El título VI, con el nombre de «*Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional*», configuraba un nuevo sistema de justicia constitucional, cuya novedad principal era la creación del Tribunal o Corte Constitucional permanente.²⁴⁹

La última Asamblea Nacional Constituyente, además de establecer el título de las garantías constitucionales en el texto constitucional, también las regula a través de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en donde instituyen los trámites y competencias para el conocimiento de cada una de las acciones constitucionales.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares analiza que el ámbito de competencias de la justicia constitucional en Guatemala comprende: a) el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general y en casos concretos; b) la protección de los derechos fundamentales, cuya violación activa la garantía constitucional por excelencia: el proceso de amparo; c) el recurso de hábeas corpus o exhibición personal, para proteger la libertad personal, tal como el trato digno en caso de una privación de la libertad en el marco legal, a través de las menciona ley constitucional, por lo que a continuación se abordará cada una de ellas.²⁵⁰

²⁴⁹ *Ibid.*, Pág. 16.

²⁵⁰ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala*. Chile, 2006. *Ius et praxis* año/vol. 9, número 001 Universidad de Talca. Pág. 8. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10105439> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

4.1.1 Inconstitucionalidad

Luis Felipe Sáenz Juárez señala que existen dos formas de impugnar leyes, en primer lugar, está el sistema de control concentrado -inconstitucionalidad directa-, que tiene ascendencia austriaca, inspirada por Kelsen incorporado a las Constituciones de Austria y de Checoslovaquia de 1920 y consentido luego en ordenamientos de Europa continental, el cual se centró en un Tribunal Constitucional con facultad privativa para resolver sobre la adecuación de las leyes a la carta magna, es decir un enjuiciamiento del apego a la ley fundamental de las normas emitidas por el órgano legislativo, con la atribución de declarar su nulidad.²⁵¹

Sin embargo, continúa Sáenz Juárez, esta facultad exclusiva de anulación del Tribunal Constitucional demostró una grave dificultad: el hecho que la inconstitucionalidad de normas sólo podría evidenciarse en su aplicación a los casos concretos; lo cual originó la introducción del sistema de control difuso o indirecto, que implica el examen de la denuncia de leyes que, de ser aplicada a conflictos pendientes de fallo en la jurisdicción ordinaria resultarían inconstitucionales. Por lo tanto, esta declaración, por lo general, elimina con efecto *erga omnes*, la ley cuestionada.²⁵²

Una vez analizado el examen de constitucionalidad que pueden realizar los órganos jurisdiccionales cuando actúan con carácter constitucional, así como de los Tribunales Constitucionales, es posible abordar las versiones de protección en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Según Gutiérrez de Colmenares, el control de constitucionalidad de las leyes se realiza por medio de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos e inconstitucionalidad de leyes de carácter general.²⁵³ La primera tiene carácter prejudicial pues es necesario decidir esta cuestión antes de las discutidas en el proceso principal, dado que la

²⁵¹ Sáenz Juárez, Luis Felipe. *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2004. Pág. 41.

²⁵² *Ibid.*, Pág. 42.

²⁵³ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Op. Cit.* Pág. 12.

resolución que recaiga sobre ella en el proceso constitucional debe tenerse en cuenta en la resolución de las cuestiones debatidas en el asunto principal. Al respecto, el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante LAEPC), promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1986, preceptúa: «...*En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley...*».²⁵⁴

Tal norma demuestra la amplitud de la garantía constitucional, que permite al afectado por la inconstitucionalidad de una ley, plantear la denuncia en todo proceso, para lograr la inaplicación de la norma viciada. La Corte de Constitucionalidad ha declarado que el control de constitucionalidad no se limita a la ley *stricto sensu*, sino que abarca todo tipo de disposiciones gubernativas con pretensión de formar parte del conjunto normativo de la nación. Asimismo, también se han impugnado normas de carácter general, emitidas por el Congreso de la República, no sólo por su inconstitucionalidad material -el texto lesiona una norma constitucional-, sino también porque en el proceso de su formación se incumplieron preceptos constitucionales-.²⁵⁵

Los efectos que se atribuyen a las acciones de inconstitucionalidad dependerán de la legitimación activa con que sean planteadas, por lo que, si son en caso concreto su consecuencia será la no aplicación de la norma impugnada, mientras que, si se trata de una inconstitucionalidad general, su corolario será la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento jurídico, no pudiéndose aplicar más en el futuro,

²⁵⁴Asamblea Nacional Constituyente. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. Decreto 1-86.

²⁵⁵ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Op. Cit.* Pág. 14.

4.1.2 Amparo

El nacimiento de las acciones de amparo ocurrió en la Constitución mexicana de 1917, cuyo fin primordial era ofrecer al ciudadano un medio de defensa para proteger la esfera de derechos que la misma les otorgaba, como un freno a la actividad estatal.

Flores Juberías y Torres de Pérez aseveran que el generalmente llamado recurso de amparo resulta en realidad la única competencia meramente encaminada a la defensa de los Derechos Humanos, pues permite que cualquier persona haga valer ante el tribunal los derechos que la Constitución le reconoce debido a una violación de los aquellos por parte de los poderes públicos o privados. Al conferir a un Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los recursos de amparo, se otorga al juez constitucional una vasta capacidad para interpretar el alcance del texto constitucional en materia de derechos y libertades y, por lo tanto, de influir en la aplicación de los mismos por parte de los demás poderes -a pesar de tener, en principio, efectos *inter partes*-.²⁵⁶

En la misma línea, Luis-Quintín Villacorta Mancebo y Antonio Villacorta Caño Vega indican que no se puede considerar trivial la idea del amparo constitucional como control de la ley y garantía de los derechos fundamentales allí donde no alcanza la función restauradora o reparadora del poder judicial. En efecto, además del interés propio y subjetivo, del interés legítimo que resulta obligado invocar para interponer el Recurso de amparo constitucional, también está siempre presente en un recurso de este carácter la defensa de interés abstracto u objetivo a consecuencia del considerado doble carácter de los derechos fundamentales: individual y social.²⁵⁷

²⁵⁶ *Ibíd.*, Págs. 18-19.

²⁵⁷ Villacorta Mancebo, Luis-Quintín, y Antonio Villacorta Caño Vega. *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los derechos fundamentales*. España, 2013. Editorial Dykinson. Pág. 139. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10820577> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

Dichos autores argumentan que el recurso constitucional de amparo se ha convertido en un eficaz medio de control de los actos judicial, pues el juez constitucional no solo controla las leyes y actos del poder público, sino también la interpretación que realizan los órganos judiciales, de modo que los jueces ordinarios apliquen los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales. Por lo tanto, cuando un juez constitucional resuelve un amparo constitucional, no solo preserva o restablece al ciudadano en el derecho fundamental que le ha sido vulnerado, sino que alcanza también una función de alcance general, en cuanto determina la forma conforme a la cual los jueces y tribunales ordinarios han de operar en este tipo de supuestos, ya que su comprensión de los preceptos constitucionales se impone a la totalidad de los poderes públicos.²⁵⁸

La gran ventaja de la acción constitucional de amparo constituye que, a través de las sentencias surgidas en el proceso, es posible invocar las consideraciones como precedentes para futuras situaciones análogas en donde se puedan tomar en cuenta para la protección de los derechos de otras personas que se vean vulnerados.

Además, señala Gutiérrez de Colmenares sobre su función: tanto para la protección de los derechos constitucionales como también de los derechos consagrados en leyes ordinarias. El artículo 1 de la LAEPC extiende su protección a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por Guatemala, lo que deviene en la aplicación de manera directa los instrumentos sobre derechos humanos. Las decisiones de los Tribunales de Amparo, tienen efectos inter partes, pero existe una excepción al tratarse de una sentencia proferida en un proceso de amparo interpuesto por el Procurador de los Derechos Humanos cuando favorezca la comunidad, tendrá efectos generales. También se puede mencionar que la interpretación de un derecho en determinado sentido sienta doctrina legal de acuerdo al artículo 43 de la LAEPC.²⁵⁹

²⁵⁸ *Ibid.*, Págs. 140 y 141.

²⁵⁹ Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **Doctrina legal.** La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia

4.1.3 Exhibición Personal

Si la acción de inconstitucionalidad protege la supremacía constitucional, y el amparo a la arbitrariedad de las autoridades, la exhibición personal lo hace a la libertad personal y la integridad de los individuos, en atención al derecho de locomoción y las seguridades frente a las detenciones ilegales y arbitrarias en contra de los ciudadanos.

Jairo Enrique Herrera Pérez al abordar a la exhibición personal, expone que es una de las instituciones más universales conocidas el mundo jurídico, y se remonta al interdicto *homo libero exhibendo* del Derecho Romano, a cargo del pretor que ordenaba exhibir a la persona detenida, quien procedía a liberarla si estaba arbitrariamente privada de la libertad. Posteriormente, de forma consuetudinaria se estableció por el *common law* en la Gran Bretaña, en donde los dueños de la tierra, obligaron al Rey Juan Sin Tierra en 1215, a otorgarles la *Magna Charta Libertarum*, que concretiza las libertades inglesas, y el origen de la Revolución Francesa, donde nace el Estado de Derecho.²⁶⁰

Los Estados Unidos de América es el primer Estado en incluir la institución en su Constitución de 1787, que entró en vigencia dos años más tarde. En adelante, la mayor parte de los textos constitucionales en el mundo incorporaron paulatinamente el interdicto, orden o acción de *hábeas corpus* contra las detenciones ilegales o arbitrarias, en defensa del derecho fundamental de la libertad, la seguridad individual e integridad personal. A esta figura también se le conoce como auto de exhibición personal, o amparo de la libertad personal, y es actualmente en los países americanos, independientemente de su tradición jurídica, el principal instrumento judicial, rápido y

jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.

²⁶⁰ Herrera Pérez, Jairo Enrique. *Caras nuevas y viejas y problemas en Iberoamérica del hábeas corpus*. Chile, 2009. Red Estudios Constitucionales. Pág. 20. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10294078> (Fecha de consulta: 16 de marzo de 2017).

expedito, para proteger la libertad de las personas y su locomoción contra las detenciones ilegales o arbitrarias.²⁶¹

Esta institución jurídica tiene sus antecedentes en distintas constituciones, y cuyo origen se sitúa en las detenciones ilegales que se hacían de ciudadanos, donde las violaciones a las libertades eran comunes y una actitud concurrente de las autoridades, por lo que pretendía y pretende ser un paliativo ante estas acciones abusivas.

Marcelo Pablo E. Richter argumenta que la importancia del *hábeas corpus* o exhibición personal, como se denomina a este instituto en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra en su función, consistente en la salvaguardia de uno de los valores fundamentales dentro de un Estado de Derecho: la libertad personal; de tal forma que, sin la existencia de este mecanismo constitucional, la libertad no sería más que un postulado formal y la vigencia del Estado de Derecho quedaría en duda.²⁶²

Indica Gutiérrez de Colmenares que, en el ordenamiento jurídico guatemalteco el recurso de exhibición personal está regulado en los artículos 263 de la Constitución y 82 y en adelante de la LAEPC. En este caso, el bien jurídico tutelado es tanto la libertad personal como el trato digno en caso de una privación de la libertad en el marco legal. Se concibe como un proceso sencillo, expedito y sin formalidad alguna, cuya legitimación activa es amplia pues la tienen los agraviados y cualquier persona, así como cualquier juez, que de oficio puede iniciar un proceso de esta naturaleza.²⁶³

En virtud que además de la libertad, la exhibición personal protege la dignidad humana, resulta conveniente mencionar que Christian Starck afirma que las obligaciones estatales se reducen a tres objetivos: garantizar la paz exterior e interior, asegurar la libertad y ocuparse del equilibrio social. Por medio de la protección de la libertad no se resiente la paz; la ley tiene que asegurar que la libertad llegue a todos. La paz se

²⁶¹ *Ibid.*, Pág. 22.

²⁶² Richter, Marcelo Pablo E., Pereira-Orozco, Alberto y otros. *Derecho procesal constitucional*. Guatemala, Ediciones De Pereira, 2015. Pág. 189.

²⁶³ Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Op. Cit.* Pág. 130.

garantiza con medidas que no afecten al margen de libertad al ciudadano y el establecimiento de prestaciones sociales tiene sus límites al paralizar la libertad personal; entonces, para alcanzar la libertad no puede desatenderse la posibilidad de prestación social. Por lo tanto, una relación equilibrada de estos tres objetivos principales del Estado, es decir, paz, libertad y prestación social, se puede encontrar y asegurar sólo bajo la observancia de la dignidad de cada hombre concreto.²⁶⁴

Christian Starck afirma que la garantía de la dignidad humana ofrece límites a la tolerancia: la violación de la dignidad del hombre no debe llegar a realizarse. Para ello el Estado tiene que encargarse, a través de medios adecuados, de asegurar la dignidad frente a tales violaciones, y lo hace generalmente a través de las leyes penales. A pesar del reconocimiento de la libertad de expresión, la propaganda contra la dignidad del hombre puede ser prohibida y sancionada. Por lo que se puede afirmar que la garantía de la dignidad del ser humano obliga al Estado no sólo a respetar la dignidad humana, sino también a protegerla.

Del texto de la LAEPC se entiende que la protección que otorga la presente acción constitucional aplica tanto para la libertad personal como para los vejámenes que pudiera sufrir en su integridad la persona en cuyo favor se plantea, por lo que también podría afirmarse que garantiza la dignidad humana.

4.2 Protección de los derechos fundamentales

A continuación, se examinará como las anteriores acciones constitucionales previstas en la Constitución Política de la República pueden ser utilizadas para salvaguardar los derechos que la misma garantiza, de modo que en la práctica se ofrezca al ciudadano una serie de herramientas eficaces para la protección de su esfera privada.

²⁶⁴Starck, Christian. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. España, 2010. Colección Dykinson-Constitucional Director: Prof. Dr. Francisco Fernández Segado. Pág. 49. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=11200702> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

María Carmelina Londoño Lázaro asevera que el principio de legalidad no sólo es un componente característico del Estado Democrático de Derecho, pues en virtud del nuevo orden internacional de los Derechos Humanos, se instituye en una verdadera garantía indispensable para la protección de los mismos. Como se sustenta en el contexto del Sistema Interamericano y, particularmente de la jurisprudencia de la Corte IDH donde se han hecho cuantiosos aportes en relación con el alcance sustancial de esta noción, los efectos que de este principio se desprenden y las obligaciones que se derivan para los Estados, especialmente las relacionadas con la función judicial.²⁶⁵

Londoño Lázaro menciona que, en este ámbito, el principio de legalidad surge con una doble función: como contención y como protección. Tradicionalmente, este principio sirve como limitación al ejercicio del poder público que tiene fundamento y campo de actuación en la ley; y por otra parte, como garantía individual, pues mantiene la esfera individual libre de intervención estatal, salvo en los casos previstos en la ley. La primera perspectiva sigue siendo importante, pero deriva de ser sólo un presupuesto de la verdadera dimensión que adquiere el principio de legalidad en un escenario contemporáneo, profundamente marcada por la necesidad de la promoción de una auténtica cultura de los derechos humanos.²⁶⁶

A partir de la vigencia de la CADH, Londoño Lázaro analiza que el principio de legalidad tradicional se renueva con nuevas implicaciones debido a las obligaciones del Estado, como garante de los Derechos Humanos y promotor especial de los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo tanto, en el Estado moderno, la ley funciona como canal de facilitador de una gestión eficaz en la tarea de promover y elevar la calidad de vida de los ciudadanos. Desde este ángulo, podría decirse que el principio de legalidad no tiene ya tanto una connotación negativa sino más bien

²⁶⁵ Londoño Lázaro, María Carmelina. *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, 2010. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLIII, núm. 128. Pág. 5. Disponibilidad y acceso: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4626/5964> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁶⁶ *Loc. Cit.*

positiva.²⁶⁷ Aunado a lo anterior, es pertinente hacer alusión también al principio de juridicidad que abarca otras instituciones más allá de las normas legales, pues contempla los cánones del Derecho, que necesariamente implican valores y principios.

La realidad misma de los Derechos Humanos pone de relieve la noción de restricción al poder estatal, como lo expresa la Corte IDH en la opinión consultiva número 6 de 1986, al sostener que: «...*la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente*».²⁶⁸

El principio de legalidad se constituye en verdadera garantía para la protección de los Derechos Humanos en el contexto de llamada relación vertical entre el Estado y el individuo. Según la Corte IDH, uno de esos controles es la exigencia de que las limitaciones a los Derechos Humanos se establezcan por ley, pero también se debe evaluar la licitud de la *restricción legal* a un derecho, de modo que existan condiciones, necesariamente concurrentes, referidas a las nociones de interés general o bien común, el criterio de necesidad y el de proporcionalidad, que confluyen en el principio de legitimidad. Se concluye que una restricción de los Derechos Humanos será legítima, cuando se ajusta a las condiciones legales y constitucionales del orden nacional y a las exigencias establecidas en el orden internacional, en cuanto buscan una más amplia protección de la persona humana.²⁶⁹

De esta forma, se entiende que la Corte IDH comprende que las libertades no tienen carácter absoluto, sin embargo, las limitaciones que se les impongan deben responder a una razonabilidad que no se puede obviar en ninguna resolución de autoridad, a través de su fundamentación y motivación.

²⁶⁷*Ibíd.*, Pág. 6.

²⁶⁸*Ibíd.*, Pág. 8.

²⁶⁹*Ibíd.*, Pág. 10.

Giancarlo Rolla se refiere a la tutela de los Derechos Humanos en la actualidad a través de tres tendencias que han confluído: afirmación de los procesos de positivización, de internacionalización y de especificación de tales derechos. De modo que se confiera a la idea de los derechos un estatuto jurídico que permita una protección eficaz de los sujetos titulares de los mismos; y ha ocurrido a través de la generalización de las cartas constitucionales que reconocen los derechos de la persona y el reconocimiento de la insuficiencia de una tutela de los mismos exclusivamente estatal.²⁷⁰

Como parte de las tendencias, el proceso de especificación de las declaraciones internacionales de los derechos, ofrece una contribución a la perspectiva referida, pues se forman por normas que generan más que derechos verdaderos y propios, estándares de garantía tutelables en términos políticos más que jurisdiccionales, y dichas normas se encuentran reconocidas automáticamente por las constituciones de los Estados miembros y que resultan directamente aplicables en los mismos. En virtud de lo anterior, indica Rolla, se podría considerar que el fenómeno de la globalización se está extendiendo de la economía a las estructuras constitucionales, de los mercados financieros al sector de los Derechos Humanos de la persona.²⁷¹

El núcleo de las tendencias aludidas se encuentra en uno de los valores primarios en este continente, señala Rolla, que consiste en la dignidad de la persona humana, observándola no sólo como individuo, sino como parte de una comunidad. En consecuencia, el individuo adquiere relevancia en cuanto parte de un conjunto social - de la familia, de la tribu, de la colectividad-. Y se representa por medio de las principales codificaciones internacionales, relacionadas con las constituciones nacionales, que pretenden reconducir a la unidad, en torno a la noción de la dignidad

²⁷⁰ Rolla, Giancarlo. *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*. México, 2004. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM Págs. 33 y 34. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaelandivarsp/reader.action?docID=10411054> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁷¹ *Ibíd.*, Pág. 39.

y de la libertad de la persona, derechos que el ordenamiento internacional ha reconocido a través de diversos pactos y declaraciones.²⁷²

De lo anterior se colige que, si las acciones internas no resultaren suficientes para la protección de los derechos afectados, el individuo puede acudir ante los sistemas internacionales para solicitar por medio de los canales previstos y reconocidos por conductos legislativos, para la protección y especial resarcimiento frente dichas vulneraciones.

Rolla asevera que se ha generalizado la conclusión de evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a ser «*una romántica declaración*» pero que carece de efectividad, por lo que la garantía de ese derecho es parte esencial, es una condición indispensable para la existencia del mismo. Pues no se podría referirse a derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Usualmente los derechos de la persona se encuentran asociados a la actividad de los jueces, tanto los ordinarios como los constitucionales.²⁷³

Villacorta Mancebo y Villacorta Caño Vega afirman que la eficacia normativa inmediata de los Derechos Fundamentales, en virtud de su reconocido carácter esencial para la constitución y pervivencia de la comunidad política, su vigencia, respeto y garantía, constituye una cuestión esencial de la legitimidad del Estado. Y esto a través de la tutela judicial por parte de órganos constitucionales independientes que ocupan una posición y desarrollan una función central en la estructura del Estado constitucional moderno, cuya legitimidad democrática de origen -por el modo de designación de sus miembros- es más intensa que la de los jueces y tribunales ordinarios.²⁷⁴

De esta forma, el Tribunal Constitucional impone la observancia de la jurisprudencia constitucional como única vía posible con el fin de lograr la interpretación uniforme y evolutiva de la ley fundamental. Como consecuencia de esto, la jurisdicción

²⁷²*Ibid.*, Págs. 45 y 52.

²⁷³*Ibid.*, Pág. 62.

²⁷⁴ Villacorta Mancebo, Luis-Quintín, y Antonio Villacorta Caño Vega. *Op. Cit.* Pág. 136.

constitucional vive de la confianza depositada en ella como institución destinada a perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho; confianza que ha de ganarse luego a través de su actividad decisoria. Sin embargo, es importante resaltar que el control material llevado a cabo por el Tribunal Constitucional tiene naturaleza política, convirtiéndolo en una instancia política de poder que participa en la dirección de la política constitucional del Estado.²⁷⁵

Y, por lo tanto, es uno de los garantes de la estabilidad democrática, porque el pueblo no está presente únicamente el día de las elecciones sino pluralmente en el proceso de comprensión constitucional, ya sea como partido, grupo de interés e incluso como ciudadano. En la misma línea, la propia doctrina científica alemana recuerda con frecuencia la fórmula ritual: «*en nombre del pueblo*», con la que inicia el Tribunal Constitucional sus sentencias. En virtud de lo anterior, la Constitución, ya no es únicamente un asunto del Estado y de derecho público, pues según su alcance, especialmente en materia de Derechos Humanos alcanza hasta ámbitos descritos tradicionalmente como propios de la esfera de la Sociedad, presentándola como el orden fundamental normativo de toda la colectividad.²⁷⁶

Ya se había mencionado la ventaja de los precedentes en las resoluciones que resuelven los procesos de amparo y que gracias a la doctrina legal que prescribe la LAEPC, es posible invocarlos para que una determinada posición frente a un derecho sea aplicable en otras circunstancias. Así, el Derecho adquiere un dinamismo y una flexibilidad que le permiten adecuarse a las demandas tanto individuales como sociales en la lucha de la defensa de los derechos humanos.

Gilbert Armijo es de la opinión que la protección que ejerce la jurisdicción ordinaria de los Derechos Humanos debería bastar para garantizarlos; pero la práctica parece demostrar lo contrario, de modo que el Tribunal Constitucional le dé el contenido correcto a los grandes lineamientos de los instrumentos internacionales sobre

²⁷⁵*Ibid.*, Págs. 141 y 142.

²⁷⁶*Ibid.*, Págs. 144 y 145.

Derechos Humanos e incluso a sus aspectos prácticos. Estos pronunciamientos han sido el marco del cual surge la necesidad de implementar en la Constitución muchos de los derechos que hoy se garantizan a nivel constitucional.²⁷⁷

En concordancia con Villacorta Mancebo y Villacorta Caño Vega, Armijo señalan que cuando el Tribunal Constitucional acoge un reclamo concreto, no sólo preserva o restablece a un ciudadano en el derecho conculcado, sino que tiene una función de alcance general, en la medida que determina la forma en que los órganos jurisdiccionales han de operar en ese tipo de supuestos. Esto se vuelve cada vez más necesario, pues en la actualidad es más frecuente que el ciudadano se convierte en un fiscalizador del respeto de los Derechos Humanos propios y ajenos.²⁷⁸

Por otra parte, María Carmelina Londoño Lázaro se refiere a la naturaleza propia de los fallos de la Corte IDH, que no solo de una eficacia inter partes -como cualquier sentencia definitiva-, sino además poseen los conocidos «*efectos reflejos*», de forma que estos efectos sean potencialmente irradiadores del orden internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico nacional. Esto implica que sin tener que proponerlo expresamente la Corte, el Estado que recibe una condena debería no solo procurar el cumplimiento de lo prescrito en favor de las víctimas, sino, además, sanear las deficiencias o implementar las reformas necesarias para ajustar el orden nacional al internacional, en cuanto a Derechos Humanos se refiere, en la medida en que se garantice así el goce de estos derechos a todos los ciudadanos y se eviten futuras violaciones que podrían terminar en condenas similares en el ámbito internacional.²⁷⁹

²⁷⁷ Armijo, Gilbert. *La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica*. Chile, 2006. Págs. 19-20. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10105485> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁷⁸ *Loc. Cit.*

²⁷⁹ Londoño Lázaro, María Carmelina. *La efectividad de los fallos de la corte interamericana de derechos humanos*. Colombia, 2005. Dikaion, Año 19, Número 14. Págs. 6 y 7. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10566042> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

Asimismo, argumenta Londoño Lázaro que estos efectos reflejos entonces se convierten en una exigencia de los mismos fines del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues procuran la defensa y garantía de los derechos fundamentales de toda persona, sin discriminación alguna, por el solo hecho de su dignidad, lo cual no ocurriría si la protección de los derechos esenciales queda en última instancia siempre sujeta a un fallo internacional, debido a que el acceso a esta jurisdicción es bastante limitado, tanto por las condiciones de procedibilidad de la acción, como por los recursos económicos requeridos para su acceso. De modo que si un Estado no esté considere esos efectos reflejos propios de las sentencias de la Corte IDH, constituye *per se* una violación a sus obligaciones internacionales de defensa y garantía de los derechos humanos.²⁸⁰

En la misma línea anterior, las resoluciones de la Corte IDH tienen un carácter trascendental para la protección de los Derechos Humanos, pues al constituir el órgano máximo de interpretación de la CADH, sus consideraciones son suficientes motivos también para la aplicación de determinados criterios que permitan aplicar efectivamente la normativa tanto nacional como internacional en materia de derechos humanos.

4.3 Protección constitucional para garantizar la libertad sexual

Por último, se hace apropiado indagar acerca la defensa de los derechos sexuales en el ordenamiento constitucional, y con ellos particularmente la libertad sexual, como objeto principal de la presente investigación, analizando las medidas que permitirían efectivizar tal derecho.

Francisco Fernández Segado señala que la libertad es una dimensión esencial de la persona. Se entiende como libertad general de actuación o como libertad general de autodeterminación individual, se presenta, a juicio del Tribunal Constitucional

²⁸⁰*Loc. Cit.*

español²⁸¹ como un valor superior del ordenamiento jurídico que se concreta en un conjunto de manifestaciones a las que la Constitución concede la categoría de Derechos Fundamentales, como:

- a) Libertad ideológica, religiosa y de culto;
- b) Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen;
- c) Libertad de residencia y de circulación;
- d) Libertades informativas;
- e) Derechos a la libertad y;
- f) A la seguridad personal, entre otros.²⁸²

Judith Salgado hace referencia a Alice Miller en cuanto a los usos del término «*derecho sexual*» que, según Miller, actualmente funcionan como recipiente de una serie de diferentes reivindicaciones sobre los Derechos Humanos. Generalmente, se utilizan para calificar las demandas de los derechos exclusivamente relacionados a las identidades o comportamientos de *gais*, lesbianas o transexuales, pero con mayor frecuencia, es entendido como una expresión que lleva el peso de las demandas de experiencias afirmativas de sexualidad –placer– a diferencia de la protección contra la violencia o la explotación. Además, las personas que abogan a favor de los derechos usan la frase «derechos sexuales» para obtener un reconocimiento general y legitimar la idea de que «la sexualidad merece protección como un derecho».²⁸³

A menudo se utiliza la denominación de derechos sexuales para aludir a los derechos de la diversidad sexual, sin embargo, es necesario recalcar que en virtud del carácter de fundamental, los derechos sexuales pertenecen a cada persona con el fin de

²⁸¹Tribunal Constitucional de España. Sentencia STC137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 9º. Disponibilidad y acceso: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1562> (Fecha de consulta: 29 de agosto de 2017).

²⁸² Fernández Segado, Francisco. *El derecho a la libertad y la seguridad personal en España*. Chile, 2006. Pág. 15. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=10104883> (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2017).

²⁸³ Salgado, Judith. *La reapropiación del cuerpo: derechos sexuales en Ecuador*. Ecuador, 2008. Ediciones Abya-Yala. Pág. 62. Disponibilidad y acceso: <http://site.ebrary.com/lib/elibrorafaellandivarsp/reader.action?docID=11200839> (Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017).

desarrollar su sexualidad como parte de su personalidad, de forma que no se pueden circunscribir a un grupo social.

Salgado entiende los derechos sexuales como: «*todos aquellos derechos que permiten a toda persona un ejercicio pleno de la sexualidad, basado en condiciones de autonomía y equidad*». Y en virtud de esto, los comprende como parte de la teoría de los Derechos Humanos, pues dentro de los presupuestos básicos para la construcción de sociedades democráticas, el ámbito de la sexualidad ha sido considerado como un espacio que merece ser incluido en el acuerdo colectivo y que, además, genera derechos exigibles tanto al Estado como a los particulares, aceptando la relevancia política del ámbito de la sexualidad.²⁸⁴

De forma que el reconocimiento normativo de los derechos sexuales como Derechos Humanos puede reforzar tanto los elementos de regulación como los de emancipación de las personas, en el ámbito de la sexualidad. En el caso de las personas LGBTI se resalta que el enfoque de Derechos Humanos permite superar la discusión de si la orientación sexual es natural o construida, pues lo que cuenta es que como seres humanos su titularidad de derechos no se puede cuestionar.²⁸⁵

Salgado discute que, como estereotipo, el titular de derechos sexuales -siempre vinculados a los derechos reproductivos- es la mujer heterosexual en edad reproductiva. Se imagina a una mujer caracterizada por la vulnerabilidad y en riesgo permanente, mientras que los hombres adultos están invisibilizados, pudiéndose pensar que ellos ya gozan de autonomía en el ejercicio de su sexualidad, no tienen riesgo de ser violentados. Tampoco se menciona a los hombres como titulares de derechos reproductivos. La edad marca límites rígidos entre aquellas personas consideradas como titulares de derechos sexuales. Niños y niñas son únicamente mencionados como posibles víctimas de violencia sexual, nunca como sujetos de derechos sexuales.²⁸⁶

²⁸⁴*Ibid.*, Págs. 62-63.

²⁸⁵*Ibid.*, Pág. 66.

²⁸⁶*Ibid.*, Pág. 92.

Esta dicotomía en la percepción de los derechos sexuales y con ello la libertad sexual, imposibilita la universalidad de los mismos que no permite su visualización e importancia a través de la regulación tanto nacional como internacional, que permitan ofrecer a los ciudadanos el asidero legal necesario para exigir su respeto y cumplimiento.

Al referirse a la comunidad LGBTI, Salgado señala que *«esta población aún está peleando el reconocimiento de su humanidad; esta es, a su vez, una puerta de entrada para su reconocimiento como sujetos de Derechos Humanos en general. Su humanidad en el discurso hegemónico está aún en entredicho. El énfasis en la anormalidad, la enfermedad, la antinaturalidad, la patología, la depravación, colocan a las personas LGBT en el ámbito de los excluidos de la noción de lo humano, con consecuencias nefastas a nivel moral, político y jurídico»*.²⁸⁷

Por lo tanto, el reconocimiento de los derechos sexuales advierte Salgado, constituye un reto la construcción de un enfoque emancipatorio que, sin olvidar la denuncia de las violaciones de derechos y la protección a las víctimas, ponga en discusión las condiciones para un ejercicio efectivo de los derechos sexuales y enfatice en la construcción de sujetos de derecho, sin exclusiones. A su criterio, un punto crucial que atraviesa la construcción de sujetos de derechos, en general, es la autoestima íntimamente ligada a la autonomía.²⁸⁸

Como ya se abordó en capítulos anteriores, las pocas disposiciones que aluden a libertad sexual en Guatemala no resultan suficientes para garantizar su respeto. Ante esto, Sergio García Ramírez indica que claramente, la tutela jurisdiccional no es la única posible, ni tampoco la única deseable forma de proteger los Derechos Humanos. Entre las otras fórmulas no jurisdiccionales del orden nacional destaca el

²⁸⁷Loc. Cit.

²⁸⁸Ibíd., Pág. 95.

Ombudsman,²⁸⁹ que en Guatemala se conoce como el Procurador de los Derechos Humanos, cuyo sustento legal se encuentra en la Constitución Política de la República en el artículo 273, y utiliza los pronunciamientos de la jurisdicción interamericana.

En el marco de sus funciones, el Procurador de los Derechos Humanos ha creado Defensorías que se enfocan en la protección de ciertos grupos vulnerables, dentro de la cual se encuentra la *Defensoría de la diversidad sexual*, que tiene por objeto promover la igualdad de oportunidades, la inclusión, la participación, la no discriminación y el respeto de este sector de la población. Sus funciones, entre otras, son las siguientes:

- a. Referir las denuncias en los casos de violación a los Derechos Humanos, a las diferentes comunidades de la diversidad sexual y de género.
- b. Procurar resultados de incidencia legislativa y en las políticas de atención a las comunidades de diversidad sexual y de género.
- c. Desarrollar actividades de capacitación interna en la temática específica de atención a las comunidades de diversidad sexual y de género, de manera coordinada con la Unidad de Capacitación.
- d. Realizar trabajos de investigación en temas específicos de comunidades de diversidad sexual y de género, pero socialmente sensibles y prioritarios para la IPDH.²⁹⁰

Esta institución representa un auxilio fundamental a este grupo vulnerable, que en virtud de no atender los cánones socialmente aceptables dentro de la conservadora sociedad guatemalteca, se encuentran una situación de grave indefensión, que a lo largo de los años han luchado por un espacio para reivindicar tanto Derechos

²⁸⁹ García Ramírez, Sergio. *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*. México, 2003. Disponibilidad y acceso: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5680/7437> (Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017).

²⁹⁰ Procurador de los Derechos Humanos. *Defensoría de la diversidad sexual*. Disponibilidad y acceso: <http://www.pdh.org.gt/articulo/institucion/defensorias/defensoria-de-la-diversidad-sexual.html> (Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017).

Humanos como sexuales, pero recordando que no lo hacen con objetivos de exclusividad, sino más bien como una conquista general de Derechos Humanos.

En el ámbito internacional, José Chávez-Fernández Postigo y Trilce Valdivia-Aguilar realizan un análisis sobre el examen interpretativo realizado por la Corte IDH en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, sobre la orientación sexual, en donde la Corte hace uso de otros tratados internacionales de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia y las opiniones de otros Tribunales y órganos de protección, lo cual genera la derivación de otros derechos a partir de contenidos implícitos anteriormente deducidos. Y así lo hace para intentar deducir si dentro del artículo 1.1 de la CADH, un supuesto contenido implícito del principio de igualdad, se encuentra la no discriminación por orientación sexual.²⁹¹

En los fundamentos 78 al 82 de la sentencia, la Corte IDH se refiere al principio de igualdad ante la ley y no discriminación,²⁹² el que según su criterio ha ingresado al dominio del *ius cogens*, y ello implica que «*es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares*». De esto modo, para el tribunal, la igualdad es un principio del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo contenido se desprendería directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.²⁹³

A partir del párrafo 83, la Corte IDH recurre a los criterios hermenéuticos evolutivo y *pro homine*, a fin de interpretar la expresión «*otra condición social*», afirmando que: «*Los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1*

²⁹¹ Chávez-Fernández Postigo, José y Trilce Valdivia-Aguilar. *Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala*. Perú, 2015. Págs. 7 y 8. Disponibilidad y acceso: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=a4b461f7-17b0-4761-ab13-0cbd0578b4cf%40sessionmgr104&vid=1&hid=127> (Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017).

²⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponibilidad y acceso: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Fecha de consulta: 29 de agosto de 2017).

²⁹³ Chávez-Fernández Postigo, José y Trilce Valdivia-Aguilar. *Op. Cit.* Págs. 7 y 8.

de la Convención Americana no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo». Y, por último, concluye que esa expresión necesariamente comprende la categoría «orientación sexual». A partir de la definición de discriminación propuesta por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que califican a la orientación sexual como característica personal innata o inherente, el *soft law* producido por la Organización de Estados Americanos y la Asamblea General de las Naciones Unidas.²⁹⁴

También es importante mencionar que la Corte deriva un nuevo concepto de familia que estaría, a su modo de ver, protegido también por la Convención Americana, y así, citando a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, afirma: «...la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación, pues [el TEDH] consideró artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la vida familiar».²⁹⁵

En distintas ocasiones a lo largo de esta investigación se ha aludido a fallos de la Corte IDH pues constituyen un punto de interpretación para determinar el alcance de los Derechos Humanos. En esta ocasión, el órgano interamericano incluye dentro del *ius cogens* el ejercicio de los derechos sexuales sin ningún tipo de discriminación, incluyendo la orientación sexual, dando lugar a una igualdad entre las parejas del mismo sexo frente a las parejas heterosexuales, que implica necesariamente el acceso a las instituciones que es consecuencia de la libertad sexual ejercida en igualdad de condiciones.

Andrei Serbin Pont se refiere al nuevo principio de la Organización de las Naciones Unidas: la responsabilidad de proteger cuyo objetivo máximo es la protección de las poblaciones civiles ante posibles violaciones masivas a sus derechos. En la Asamblea

²⁹⁴*Ibid.*, Pág. 9.

²⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. *Op. Cit.* Párrafo 174.

General de las Naciones Unidas de 2005 se aprobó con unanimidad, el concepto de responsabilidad de proteger, estableciendo que el Estado tiene la responsabilidad en la protección de la población civil, la cual implica tres situaciones: a) el Estado tiene el compromiso fundamental de proteger a las poblaciones civiles, b) ante la incapacidad de proteger a los civiles, la comunidad internacional debe dar el apoyo y ofrecer las herramientas necesarias al Estado para llevar adelante la protección de dichas poblaciones; y c) cuando el Estado es incapaz de proveer dicha protección, aun con el apoyo de la comunidad internacional.²⁹⁶

4.4 La libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos a la luz del neoconstitucionalismo

Rocío Villanueva Flores asevera que se ha utilizado generalmente la expresión «*derechos sexuales y reproductivos*» como si consistiera en un mismo universo de derechos. Expone el criterio de Alice Miller así: «*la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada*». Sin embargo, considera que debe realizarse un esfuerzo por diferenciarlos, pues a pesar que en ocasiones tales derechos se relacionan con los derechos reproductivos, no necesariamente se debe vincular la sexualidad con la reproducción.²⁹⁷

Villanueva Flores indica que la aproximación de la sexualidad como Derecho Humano permite un espacio para futuras reformas legales que reconozcan expresamente la protección de derechos sexuales reivindicándolos de los derechos reproductivos. Y estas reformas deberían comprender no sólo el derecho de control sobre la sexualidad

²⁹⁶Serbin Pont, Andrei. Responsabilidad de proteger: nuevo principio de las Naciones Unidas, implicaciones para la política internacional. *La responsabilidad de proteger*. Guatemala, Editorial Cara Parens, 2015. Colección Cátedra de Coyuntura Internacional. Págs. 1 y 2.

²⁹⁷ Villanueva Flores, Rocío. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Bolivia, 2005. Pág. 5. Disponibilidad y acceso: http://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Rocio_Villanueva.pdf (Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017).

propia, sino a juicio de la autora también deben protegerse, por lo menos, la identidad sexual, la elección de la pareja, la elección de orientación sexual y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De modo que se acepten las actividades sexuales no procreativas o no heterosexuales, y se proscriba la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros.²⁹⁸

Debido a la ausencia de un marco normativo específico, los derechos sexuales se encuentran protegidos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad. Villanueva Flores expone la noción de Carlos Santiago Nino, sobre el principio de autonomía individual como uno de los que fundamentan los derechos humanos, en virtud de la elección o adopción individual de los planes de vida según los ideales de cada uno, principal para la autorrealización de los individuos, tanto en su faceta afectiva y familiar como sexual. En algunos casos, el ejercicio de los derechos sexuales ha estado vinculado al derecho a no ser discriminado por razón de sexo.²⁹⁹

Villanueva Flores se refiere a la Resolución Defensorial N° 38-2000/DP, publicada el 15 de mayo de 2000, en la cual la Defensoría del Pueblo del Perú, emitió una serie de recomendaciones para combatir la violencia sexual, pues sostuvo su competencia para proteger los derechos sexuales, y señaló que éstos «*incluyen el derecho humano de mujeres y hombres a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva*». De esta forma, tal Defensoría invocó el derecho a la dignidad, los derechos a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad y a no ser víctima de violencia física o psíquica ni a ser sometido a tratos inhumanos o humillantes.³⁰⁰

El neoconstitucionalismo -como teoría de Derecho- puede ser un gran justificante para abordar los derechos sexuales en virtud de la preponderancia de principios y valores

²⁹⁸*Ibid.*, Pág. 6.

²⁹⁹*Ibid.*, Pág. 7.

³⁰⁰*Loc Cit.*

que lo caracterizan, así como la interpretación extensiva de los Derechos Humanos, como parte del Estado constitucional de Derecho, que servirían de base para demandar la efectividad de los derechos sexuales.

En Guatemala, esta protección es viable en virtud del artículo 44 de la Constitución Política de la República que establece que los derechos y garantías constitucionales no se agotan a los que la misma expresamente otorgue a los habitantes de la República, pues implícitamente reconoce que existen otros derechos -tales como la libertad sexual- que son inherentes a la persona humana en virtud de su dignidad como tal y el desarrollo de su personalidad de forma integral.

Capítulo 5

Presentación, análisis y discusión de resultados

En el presente capítulo se recopilarán los resultados de la investigación, lo estudiado a lo largo de los capítulos, y la confrontación de los mismos con los antecedentes, para discutir y analizarlos, para finalizar con el análisis del instrumento utilizado, los cuadros de cotejo.

5.1 Resultados de la investigación

La eficacia del neoconstitucionalismo dependerá de la amplitud del órgano constituyente al elaborar el texto constitucional, al implementar los mecanismos necesarios para la realización efectiva de los Derechos Humanos contenidos en él, y de los jueces constitucionales al conocer las acciones planteadas para hacer uso de tales mecanismos en la aplicación al caso concreto, esto deviene en la importancia de los jueces para defender la supremacía constitucional, tanto desde la concepción americana como la europea, como garantes del catálogo de derechos que proporciona la Constitución.

Ya queda obsoleta la concepción rígida de la Constitución, y a la luz del Estado Constitucional de Derecho, se transforma en un ser viviente que a través de fallos jurisdiccionales y una interpretación extensiva, que coloca a la persona humana como génesis del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, las tales normas legales deben ser complementadas y sustentadas en elementos axiológicos.

Como característica del neoconstitucionalismo, la ponderación de principios, como otros mecanismos de superación del positivismo, se sitúa en el ámbito de respeto a los Derechos Humanos y supremacía constitucional, entendiendo que ningún derecho es superior a otro, así como ninguna disposición constitucional es superior a otra.

Como base fundamental de la investigación, los Derechos Humanos son observados desde sus implicaciones y su regulación en distintos instrumentos internacionales, con especial énfasis en el derecho a la libertad, pues de este se desprende posteriormente la libertad sexual y todo lo que conlleva.

A partir de la internacionalización de los Derechos Humanos con la Declaración Universal de Derechos Humanos y la formación de la Organización de las Naciones Unidas, se inició también con la constitucionalización de los mismos, y al contenerse en estos textos se les conoció como fundamentales por su obligatoria efectividad en cada Estado.

A pesar que se ha aludido a ciertas generaciones o categorías de Derechos Humanos, en virtud de su indivisibilidad es imposible jerarquizarlos, es decir otorgarles importancia a unos sobre otros, pues para el verdadero desarrollo de la personalidad de cada ser humano, todos son fundamentales.

En cuanto al derecho a la libertad, ya no es posible de encasillar como una actitud negativa del Estado frente a los individuos, implica un rol más activo del mismo en la garantía de tal derecho, pues será el encargado como principal protector de los derechos humanos, de propiciar las condiciones necesarias para que una persona puede hacer efectiva la libertad que goza.

Ahora bien, como parte de los Derechos Humanos, se encuentran los derechos sexuales de la persona que incluye la libertad sexual, y en virtud de no encontrarse taxativamente en los instrumentos jurídicos, resulta complicado definirla lo que ocasiona dificultades para demandar su efectividad ante los órganos estatales.

Las reivindicaciones de los derechos sexuales deben ser dinámicas, en el sentido de ajustarse a las exigencias de cada momento de la vida de los individuos, de forma que encuentren nuevos espacios que conquistar, especialmente para los grupos vulnerables.

Sin embargo, estas reclamaciones de autonomía sexual tienen graves limitantes en las sociedades conservadoras -tales como la guatemalteca- pues implican un rompimiento al esquema social establecido, tanto para las parejas como para las familias, lo cual genera serias dificultades para el ejercicio efectivo de estos derechos.

No se podría entonces hablar de un ejercicio pleno de derechos sexuales si no se cuenta con la información necesaria para el efecto, este derecho constituye entonces el génesis de los demás pues permite a la persona poseer los elementos necesarios para tomar una decisión ilustrada sobre lo que mejor le convenga a cada uno.

Por otro lado, el control de constitucionalidad una característica fundamental del Estado constitucional de Derecho, donde los constituyentes se propusieron establecer los mecanismos necesarios para asegurar la estabilidad de las Constituciones, y las facultades para los órganos constituidos de forma que se evalúen mutuamente y fiscalicen sus acciones con parámetros de constitucionalidad.

Es decir, que no sólo se trata de defender el texto de las Constituciones, sino la labor de los jueces constitucionales debe trascender las palabras para encontrar el origen de la disposición -siempre en concordancia con el resto del ordenamiento constitucional- de forma que se protejan también los valores y principios en los que descansa la Constitución.

5.2 Confrontación de los resultados con la doctrina y los antecedentes

De los resultados obtenidos, especialmente del capítulo 4 fue posible responder a la pregunta de investigación formulada: ¿cómo garantiza el neoconstitucionalismo la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos? A pesar de no estar taxativamente incluido en la Constitución Política de la República de Guatemala, a través de las acciones constitucionales como el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes es posible la protección de tal derecho como parte de la esfera de derechos de la persona.

El neoconstitucionalismo entonces permite argumentar la necesidad de la interpretación extensiva de las disposiciones que contienen Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: *Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la **adecuada protección de los Derechos Humanos** y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.* (El resaltado es propio).

Tanto el artículo citado como los artículos 44 y 46 constitucionales demuestran la gran influencia del neoconstitucionalismo en la legislación constitucional guatemalteca, que gracias a la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad se ha ampliado la progresividad de los Derechos Humanos a través del bloque de constitucionalidad, que ha sido acotado por tal Tribunal en el expediente 1822-2011 al considerar que “...por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquéllas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano...”.

Fue por eso importante abordar la dignidad de la persona en el capítulo 2, pues toda aquella atribución que contribuya a la construcción de este valor en la persona merece entonces ser protegido a través no sólo de las acciones constitucionales sino de la legislación ordinaria con el fin de que los jueces al respetar la supremacía constitucional -en virtud de los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución- velen por la protección de los derechos no contenidos en el texto fundamental, incluyendo la libertad sexual y los demás derechos sexuales en las controversias que pongan a su conocimiento sobre la materia.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se citaron a lo largo de la investigación resultan de gran importancia en virtud de lo también establecido en por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 3 de mayo de 2014, dentro del expediente 2295- 2012: “*lo que encontraba sustento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de observancia obligatoria como parte del bloque de constitucionalidad...*”. Lo que implica que los jueces y magistrados deberán encontrar en los fallos del órgano interamericano un asidero de fundamentación cuando necesiten resolver las controversias en materia de Derechos Humanos que no estén claramente desarrollados en la Constitución.

5.3 Discusión y análisis de resultados

A través de la investigación y la realización de los cuadros de cotejo que se analizarán a continuación, fue posible valorar si se alcanzaron los objetivos planteados en la misma. A saber, el objetivo general de la investigación fue identificar las formas de utilizar el neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho a la libertad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala, que se cumplió al analizar las características propias del neoconstitucionalismo, la interpretación extensiva de las disposiciones que se refieran a derechos humanos, así como del bloque de constitucionalidad y la pertinencia que puede tener en la defensa de los derechos sexuales.

Mientras que los objetivos específicos consistieron en identificar la aplicación del neoconstitucionalismo en la interpretación extensiva de los derechos, que se alcanzó por medio de la identificación de la normativa atinente al efecto, así como de la jurisprudencia emanada tanto por la Corte de Constitucionalidad como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro objetivo específico fue determinar las implicaciones del respeto al derecho a la libertad sexual en la persona, aspecto agotado en el capítulo 3 al estudiar los derechos sexuales que giran en torno a la dignidad de la persona con el objetivo de garantizarle

el desarrollo integral de su personalidad, tales como la autonomía sexual, el placer sexual, la privacidad sexual, la libertad de asociación sexual, la salud sexual, entre otros.

5.4 Cuadros de Cotejo

El cuadro de cotejo consiste en una guía matricial en la cual se analiza cualitativamente la evidencia de los indicadores a estudiar en las leyes fundamentales, legislación interna e instrumentos internacionales que se analizaron. Dentro de los indicadores que se utilizaron están: Derechos Humanos, derecho a la libertad, derecho a la libertad sexual, dignidad de la persona; mientras las unidades de análisis se analizarán distintos cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como internacional.

En el primer cuadro de cotejo se hizo una comparación de los textos constitucionales abordados en el primer capítulo de la investigación, es decir las constituciones de Guatemala, Alemania, Italia, España y Portugal, y los indicadores fueron la dignidad de la persona, el derecho a la libertad, derecho a la libertad sexual y otros derechos sexuales, rasgos distintivos del neoconstitucionalismo y el bloque de constitucionalidad.

Todas las Constituciones analizadas contemplan a la dignidad como un valor intrínseco de la persona, se incluye en el derecho a la libertad, el cual es desarrollado en todas en sus distintas concepciones: libertad de acción, de locomoción, de manifestar libremente, de creencia y religión, de expresión, de asociación, incluso libertad de enseñanza.

En cuanto al derecho a la libertad sexual, ninguno de los textos constitucionales lo establece expresamente, sin embargo, el guatemalteco lo incluye como derecho inherente a la persona humana en virtud del artículo 44; mientras que el alemán alude indirectamente a este derecho en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres pues indica que es obligación del Estado impulsar la eliminación de las desventajas

existentes entre aquellos. Así mismo, el texto portugués hace referencia al derecho a la identidad personal, a la buena fama y a la intimidad en la vida privada y familiar, que tiene influencia también en la libertad sexual.

Ahora bien, sobre otros derechos sexuales, el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula la obligación del Estado de proteger la familia y en su artículo 52 se refiere a la maternidad como un bien jurídico que protección especial. De la misma forma lo hace el artículo 6.4 de la Constitución alemana, el 39.2 de la española y el 68.1 de la portuguesa.

En el indicador de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo se encuentran variadas concepciones, pues como ya se indicó anteriormente la Constitución guatemalteca abre la puerta a otros derechos de la persona humana en su artículo 44, siendo el único texto que lo hace de forma tan amplia, pues los demás se limitan a definir que los Derechos Humanos deben estar enfocados en el desarrollo de la personalidad de los individuos.

Sin embargo, vale la pena mencionar que de conformidad con el artículo 16 de la Constitución portuguesa los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional. Además, los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Otro aspecto importante es el bloque de constitucionalidad que se contempla indirectamente en el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, y que aparece de la misma forma en otras dos leyes fundamentales; así, en la italiana se indica que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas (artículo 10), y en la española se aduce que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce

se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (artículo 10.2).

En el segundo cuadro de cotejo se analiza la legislación nacional en cuanto a los derechos sexuales, para el efecto también se incluye a la Constitución Política de la República para ofrecer una guía del acercamiento constitucional a dichos derechos. Las demás normas legales abordadas fueron la Ley de Desarrollo Social, la Ley de Acceso Universal y Equitativo a los Métodos de Planificación Familiar y su Incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (en adelante Ley de Métodos de Planificación Familiar), la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante Ley PINA) y la Ley para la Maternidad Saludable.

La dignidad de la persona es elemento recurrente en los objetivos de las leyes mencionadas, especialmente en la Ley de Desarrollo Social en cuanto a la importancia de la protección a la salud, en la Ley PINA que la establece como responsabilidad del Estado frente a los niños, niñas y adolescentes en su artículo 16, mientras que en el 3 regula el goce y ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes en la medida de su desarrollo físico, mental, moral y espiritual.

El derecho a la libertad se encuentra presente en la Ley PINA en su artículo 12, mientras que en el 4 indica que uno de los deberes del Estado es promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones. Como parte del derecho a la libertad, el artículo 6 de la Ley para la Maternidad Saludable establece el derecho al acceso universal a los servicios de salud materna neonatal, que comprende el acceso al servicio de salud materna-neonatal con calidad, con pertinencia cultural y sin discriminación alguna.

En cuanto al derecho a la libertad sexual no hay disposiciones en el ordenamiento jurídico interno que la contemplen expresamente, no obstante, la Ley PINA es enfática en la protección de los niños, niñas y adolescentes frente al abuso sexual, y cualquier

forma de explotación del mismo carácter. Además, el artículo 10 de la Ley de Métodos de Planificación Familiar regula la formación integral del adolescente, por medio de un pensum de estudios que contenga derechos y responsabilidades para la promoción y auto cuidado de la salud, sexualidad y el embarazo precoz y no deseado. Con el fin de brindar la suficiente información para hacer un uso adecuado de la libertad sexual.

Sobre otros derechos sexuales, el artículo 41 de la Ley de Desarrollo Social establece la supervisión de los programas y mensajes de comunicación social que se difundan eviten la perpetuación del machismo, de la subordinación y explotación de la mujer, la reducción de la persona a objeto sexual o la presentación de la sexualidad como un bien de consumo sin criterios, mientras que el artículo 76, en su literal h) de la Ley PINA hace referencia a programas de educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, que sirven como preparación para la procreación y la vida en pareja, para inculcar la paternidad y maternidad responsables.

El artículo 93 constitucional hace referencia a la salud como derecho fundamental, mientras que la salud sexual se encuentra regulada en todas las leyes analizadas, la Ley de Desarrollo Social la denomina salud reproductiva en su artículo 25, la Ley de Métodos de Planificación Familiar en su artículo 8 se refiere a la atención que debe garantizarse en el mujer antes y después del embarazo, así como la prevención de enfermedades de transmisión sexual; la Ley PINA establece la necesidad de campañas de educación sanitaria y sexualidad humana para padres, educadores y alumnos (artículo 30); y el artículo 1 de la Ley para la Maternidad Saludable recuerda la importancia de tal derecho como mecanismo necesario para mejorar la salud y calidad de vida de las mujeres y del recién nacido, y promover el desarrollo humano a través de asegurar la maternidad de las mujeres, mediante el acceso universal, oportuno y gratuito a información oportuna, veraz y completa.

Por último, el tercero cuadro de cotejo abordó los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos de los que Guatemala es parte para determinar la importancia que otorgan a la libertad sexual y otros derechos sexuales. Estos fueron

la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas (en adelante Declaración de las Naciones Unidas), la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante Convención Belém do Pará).

La dignidad de la persona se encuentra contenido en todos los instrumentos analizados en este cuadro, mientras que el derecho a la libertad se aborda desde sus distintas concepciones en casi todos, no abordándolo a Declaración de las Naciones Unidas y la Convención Belém do Pará.

Sin embargo son estas dos últimas las que mejor referencia hacen del derecho a la libertad sexual, la primera en su párrafo 4, indica que los Estados Parte expresan su preocupación por las violaciones de Derechos Humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género, mientras que la segunda en su artículo 5.a resalta la importancia de la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Finalmente, es de mencionar que la Convención Belém do Pará es la única que hace referencia a otros derechos sexuales, como la salud reproductiva, pues en su artículo 5.b establece una obligación a los Estados partes de garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos.

CONCLUSIONES

1. El neoconstitucionalismo, más allá de la fórmula utilizada por los estudiosos del Derecho constitucional para referirse al estilo post positivistas de comprender un texto fundamental, es un mecanismo para dinamizar el Derecho, flexibilizando sus normas rígidas conteniendo al ser humano como fin último de sus nociones.
2. El juez, especialmente el juez constitucional es el más hábil instrumento del neoconstitucionalismo, pues al encomendársele la protección de los Derechos Humanos y las garantías constitucionales, es el órgano estatal que está facultado para trascender del ámbito de aplicación de la norma -dentro de parámetros legales- cuando la persona ubique la violación de sus prerrogativas a su conocimiento.
3. En la historia del constitucionalismo, la libertad ha tenido un papel preponderante al ser las primeras facultades exigidas y reivindicadas de los monarcas y estados autoritarios, por lo se ha constituido como uno de los pilares de la democracia, el Estado de Derecho y el Estado constitucional de Derecho. De esta facultad, surgen los caracteres que distinguen a un humano autónomo y digno, de uno oprimido y cosificado.
4. A pesar que la concepción más popular de la libertad es un límite al poder del Estado, es decir como una obligación negativa, algunos autores recogen la otra faceta del derecho a la libertad, que implica del Estado una actitud positiva, y que involucra la garantía que debe prestar el Estado a las personas de gozar su libertad -de cualquier tipo- sin ninguna injerencia, ya sea política, social o económica, de forma que este derecho no sea únicamente una condición de la persona humana sino que tenga los espacios necesarios para ejercerla.

5. Existen muchos tipos de libertad individual, a saber, política, civil, religiosa, recreacional, intelectual, sexual, pero lo que reside en el núcleo de cada una es la autonomía personal de cada sujeto de elegir entre dos o más opciones, de forma que ni el aparato estatal ni el conglomerado social pueden establecer limitantes a esta elección. Este principio, se recoge en el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde se establece que la únicamente limitante de esta libertad es la ley.
6. La libertad individual no se viola únicamente por la reclusión ilegal o ilegítima de una persona, también se viola con actitudes sociales, religiosas y políticas, que parecen no merecer importancia, pero cohibición por mínima que sea es cohibición, y si una persona no acepta estos límites como propios - especialmente los religiosos- no existe justificación para encasillarla en un rol social.
7. La libertad como derecho fundamental, también se encuentra contenido en muchísimos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que lo colocan en un plano de control internacional a través de los distintos órganos supranacionales que velan por el cumplimiento de los derechos humanos, de forma que se proteja hasta las últimas instancias, o bien se repare su violación.
8. Afortunadamente, el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala abre la puerta para considerar derechos constitucionales a todos aquellas que no hayan sido agotados en el texto constitucional, por lo que gozan de esa calidad las facultades inherentes a la persona y pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales y garantizados a través de sus fallos.
9. Dentro de los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala no contempla expresamente, se encuentra el de libertad sexual, que como parte de la autonomía personal -sobre su mente y cuerpo-, cualquier persona goza por su condición de persona, es decir emana también de su naturaleza y no puede entonces separarse de su libertad personal.

10. La libertad sexual consiste en aquella facultad de cada persona de decidir sobre su sexualidad y su deseo de ejercerla, que incluye desde la orientación sexual hasta la planificación familiar, dotando de autonomía a cada persona sobre su privacidad, placer, su expresión sexual emocional, su asociación, entre otros.
11. Los instrumentos internacionales que contienen a la libertad sexual, como la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas se caracterizan por ser más enunciativos que prescriptivos, realizados por especialistas en la materia que recopilan principios sobre su ejercicio, pero que lastimosamente no gozan de ningún tipo de coercibilidad o injerencia sobre los Estados, dejándose al arbitrio de cada uno su cumplimiento.
12. La libertad sexual, como parte de los derechos sexuales, no tiene sexo ni orientación sexual. Esta afirmación contiene la universalidad de los derechos sexuales como derechos humanos, pues no sólo se ejercen por un grupo determinado de personas, sino pertenecen a todos por su circunstancia humana.
13. La violación a la libertad sexual se configura a través de las figuras delictivas contenidas en el Código Penal, capítulo XXX, contra *la libertad e indemnidad sexual*, así también, por todas los comportamientos y cánones sociales que atentan contra el ejercicio de todo tipo de expresión sexual que difiera de la considerada normal o la esperada de las personas, y en Guatemala determinada por el heteropatriarcado reinante en la sociedad.

RECOMENDACIONES

A los estudiantes de derecho:

1. Profundizar en el estudio del neoconstitucionalismo en sus distintas acepciones, como teoría de Derecho, como método de interpretación constitucional, y como escuela o corriente que pregona por el dinamismo de las normas constitucionales, incluyendo los principios y valores tanto expresos como implícitos dentro de las mismas.
2. Reconocer la transversalidad de los Derechos Humanos en todas las ramas del Derecho, y su trascendencia en el campo social y político del que formarán parte al convertirse en profesionales del Derecho.
3. Conocer el significado de la libertad sexual, como parte del derecho de libertad, y de todas las acepciones en las que aparece en la vida de las personas que contribuyen a la construcción de su autonomía individual.

A los jueces constitucionales:

4. Comprender la importancia de su papel como contralor de las arbitrariedades de los organismos del Estado, así como de la misma sociedad, pues como defensores de la Constitución, saben que el límite de la mayoría social está en el respeto a los derechos humanos.
5. Conocer los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que, aunque no hayan sido ratificados por Guatemala, pueden ser considerados como parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, de los derechos inherentes a la persona humana como lo estipula el artículo 44 de la Constitución Política de la República.
6. Comprender los alcances de la libertad sexual dentro de la esfera privada de cada persona para identificar las invasiones que el Estado y la sociedad pueden

ejercer sobre esta, de forma que al realizar su interpretación constitucional haga prevalecer el ejercicio legítimo de un derecho a través de su fallo.

A los abogados constitucionalistas:

7. Utilizar el neoconstitucionalismo para fundamentar sus alegatos sobre violaciones a los derechos fundamentales, pero especialmente para aquellos que no están contenidos expresamente en el texto constitucional pues al resaltar el valor y trascendencia de la ponderación frente a la subsunción, invitando al juez constitucional a realizar un examen más profundo que no se circunscriba a la norma legal.
8. Encontrar el elemento de Derechos Humanos que puede ser tergiversado en los casos de sus clientes, de forma que puedan argumentar sustancialmente las solicitudes aparentemente ínfimas pero que, a largo plazo, tienen un significado material más importante para el ejercicio de los derechos de sus clientes.
9. Identificar las posibles violaciones a la libertad sexual, pues no únicamente ocurren en el ámbito penal, para garantizarle a sus clientes una defensa técnica y completa de manera que puedan ejercer de una forma positiva todas las nociones del derecho del derecho de libertad.

A las Facultades de Derecho del país:

10. Recalcar en los cursos constitucionales impartidos en las distintas cátedras, la importancia del neoconstitucionalismo para la sustanciación y argumentación de acciones constitucionales de forma que los estudiantes puedan fundamentar sus solicitudes no únicamente en la ley sino también en los principios y valores constitucionales.

11. Continuar con la instrucción sobre derechos humanos, pero sin circunscribirla a los instrumentos internacionales donde se encuentran contenidos, sino también como un limitante de toda actividad estatal y social.
12. Promover desde la cátedra el respeto de la libertad sexual como parte de los Derechos Humanos individuales de forma que los estudiantes puedan acceder a un estudio global de los problemas derivados de la violación a este derecho y puedan emitir un juicio propio sobre los mismos.

REFERENCIAS

1. Bibliográficas:

1. Álvarez Gayou, Juan Luis. *Los rostros de la humanidad*. México. Editorial El Manual Moderno. 2013.
2. Álvarez Ledesma, Mario I. *Acerca del concepto "Derechos Humanos"*. México, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. 1998.
3. Bidart Campos, Germán J. *Constitución y Derechos Humanos*. Argentina, Editorial EDIAR, 1991.
4. Bidart Campos, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Argentina, Editorial Astrea/UNAM, 1991.
5. Casesse, Antonio. *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*. España, Editorial Ariel, 1991.
6. Clavero, Bartolomé. *Derecho global. Por una historia verosímil de los Derechos Humanos*. España. Editorial Trotta, S.A. 2014.
7. Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal. Ponencia de Guatemala. *Jurisdicción constitucional de Guatemala*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad. 1999.
8. Cordón Aguilar, Julio Cesar (Prologuista). *Crisis del constitucionalismo en el siglo XXI*. Guatemala. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Estudios de Postgrado. 2014.
9. Cordón Aguilar, Julio César. *Derechos Humanos. El anhelo por garantizar el respeto a la dignidad de la persona*. Seire Societatis III. Guatemala. Editorial Cara Parens. 2013.
10. Fernández-Galiano, Antonio. *Derecho natural*. España. Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, S.A. 1990. 5ta edición.
11. García Laguardia, Jorge Mario. *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala, Editorial Universitaria, 2010.
12. García Laguardia, Jorge Mario. *Política y constitución en Guatemala: la constitución de 1985 y sus reformas*. Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, 1993. 5ta. Edición.

13. Giddens, Anthony. *La transformación de la Intimidad*. Traducido por: Benito Herrero Amaro. Editorial Catedra. 2004.
14. Gil Domínguez, Andrés. *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Argentina, Editorial Ediar, 2009.
15. Gurrea, José. *La sexualidad: sexo, embarazo y contracepción en la adolescencia*. España, Editorial Montesinos, 1986.
16. Huertas Contreras, Marcelo. *El poder judicial en la constitución española*. España, Universidad de Granada, 1995.
17. Miller, Jonathan M. y otros. *Constitución y derechos humanos*. Traducido por: Juan M. Dighero y otros. Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1991.
18. Prado, Gerardo. *Derecho constitucional*. Guatemala, Editorial Estudiantil Fenx, 2012. 3era. Edición.
19. Rebollo Delgado, Lucrecio. *Derecho constitucional*. 2005. 2da. Edición.
20. Sánchez Usera, Enrique (Coord). *Monografías de derechos humanos*. Tomo I. Guatemala, Editorial Cara Parens de la Universidad Rafael Landívar, 2013.
21. Shibley Hyde, Janet y John D. Delameter. *Sexualidad humana*. Traducido por: Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra. México. Mc Graw Hill Interamericana. 2006. 9na. Edición.
22. Solano Ramírez, Mario Antonio. *¿Qué es una constitución?* El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2000. Págs. 73-84
23. Trujillo Muñoz, Augusto. *El Estado y el Derecho*. Colombia. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2001.
24. Wolfe, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Traducido por: María Gracia Rubio y Sonsoles Valcárcel. España, Editorial Civitas. 1991.
25. Zafra Roldán, Gustavo. *El derecho a la constitución*. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana. 1998.

2. Normativas:

2.1 Nacionales:

1. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985 y sus reformas.
2. Asamblea Nacional Constituyente. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. Decreto 1-86.
3. Congreso de la República. *Ley de Acceso Universal y Equitativo a los Métodos de Planificación Familiar y su Incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva*. Decreto 87-2005.
4. Congreso de la República. *Ley de Desarrollo Social*. Decreto No. 42-2001.
5. Congreso de la República. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*. Decreto 27-2003.
6. Congreso de República. *Código Penal*. Decreto No. 17-73. 1973 y sus reformas.
7. Congreso de República. *Ley contra el Femicidio y Todas las Formas de Violencia contra la Mujer*. Decreto No. 22-2008.
8. Congreso de República. *Ley contra La Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas*. Decreto No. 9-2009.

2.2 Internacionales:

1. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Italiana*. Disponibilidad y acceso: <http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).
2. Asamblea Constituyente. *Constitución de la República Portuguesa*. Disponibilidad y acceso: <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).
3. Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS). *Declaración Universal de los Derechos Sexuales*. 26 de agosto de 1999 en el XIV Congreso

- Mundial de Sexología en Hong Kong. Disponibilidad y acceso: www.felgtb.org/rs/328/.../fd/.../declaracion-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).
4. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. Disponibilidad y acceso: https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).
 5. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos del niño*. Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1979. Disponibilidad y acceso: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017).
 6. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Disponibilidad y acceso: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCAnnexessp.pdf> (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).
 7. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponibilidad y acceso: http://www.planv.com.ec/sites/default/files/pacto_internacional_de_derechos_civile_y_politicos_version_comentada.pdf (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).
 8. Asamblea General de las Naciones Unidas. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000. Disponibilidad y acceso: http://www.ohchr.org/gt/cd_instrumentos/documentos/Pronino2.PDF (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).

9. Consejo Parlamentario. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Disponibilidad y acceso: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).
10. Cortes Generales. *Constitución Española*. Disponibilidad y acceso:
11. http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf (Fecha de consulta: 26 de febrero de 2017).
12. Organización de Estados Americanos. *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (Convención de Belem do Pará). 14 de agosto de 1995. Disponibilidad y acceso: https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2017).
13. Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. Disponibilidad y acceso: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-1-30.pdf?140922172843 (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2017).

2.3 Jurisprudenciales:

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). disponibilidad y acceso: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Disponibilidad y acceso: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).
3. Juzgado 1era Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario No. 15. Caso: Freyre Alejandro contra Gobierno Civil de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo. Noviembre de 2009. Disponibilidad y acceso:

<https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/caso-freyre.pdf> (Fecha de consulta. 8 de marzo de 2017).

4. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 2/2010. México, 2010. Disponibilidad y acceso: <http://bioderecho.org.mx/diccionario/wp-content/uploads/2010/11/AI-2-2010.pdf> (Fecha de consulta: 8 de marzo de 2017).

3. Electrónicas

1. Aldunate Lizana, Eduardo. *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. Revista de Derecho, Volumen XXIII. No. 1. Chile. 2010. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004&lng=en&tlng=en
2. Ávila Santamaría, Ramiro. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ecuador, 2008. Disponibilidad y acceso: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/3_Neoconstitucionalismo_y_Sociedad.pdf
3. Colombo Murúa, Ignacio. *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley ¿el constitucionalismo del derecho libre?* Núñez Leiva, José Ignacio. Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 2. Chile. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. 2013. Disponibilidad y Acceso en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345024>
4. Del Río Sánchez, Francisco. *La libertad confiere dignidad al ser humano. Del republicanismo clásico a la renta básica*. España, 2016. Disponibilidad y Acceso en: <https://www.pensamientoalmargen.com/renta-b%C3%A1sica/>
5. Ebscohost. Álvarez Rubio, Juan José. *Los derechos sexuales y reproductivos de los géneros no-normativos. Una lucha política por una vida digna de ser vivida*. Chile. 2013. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=99b0b383-593d-47e2-8e3e-1ff449551c00%40sessionmgr4009&hid=4102>
6. Ebscohost. Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Fundación Rosa Luxemburg.

- Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. 2011. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=e389ef05-b1a4-45c6-9536-ff5610d0a48c%40sessionmgr103&vid=3&hid=117>
7. Ebscohost. Cáceres CF, y otros. *Diversidad sexual, salud y ciudadanía*. Perú. 2013. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=53690b96-1cb0-4d2a-8f39-76376429340e%40sessionmgr102&vid=1&hid=117>
 8. Ebscohost. De los Reyes Aragón, Wilson. *La importancia de la convención y los estudios empíricos para la definición de derechos humanos*. Colombia. 2008. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=a80007c5-b361-4544-98f8-2299a15d93c1%40sessionmgr4009&vid=1&hid=4102>
 9. Ebscohost. Echeverría, Genoveva y José Martín Maturana. *Análisis crítico del discurso de políticas públicas en diversidad sexual en Chile*. Colombia. 2015. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=c4ec3ddb-98fd-407c-86a7-407bc1333283%40sessionmgr120&vid=1&hid=117>
 10. Ebscohost. Franco-Morales, F. y otros. *Relación actitudes-conocimientos sobre diversidad sexual en una muestra universitaria colombiana*. Magis, Revista Internacional de Investigación en Educación. Colombia. 2016. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=4d01ec3e-1d14-4f78-b796-bec95488141a%40sessionmgr106&vid=1&hid=117>
 11. Ebscohost. Lafuente Durán, David. *Garantizar los Derechos Humanos en un mundo globalizado*. España, 2016. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=f0840ed1-4ba8-4f7b-8ac8-308286d348d0%40sessionmgr4008&vid=1&hid=4102>
 12. Ebscohost. Matías Camargo, Sergio Roberto. *Neoliberalismo, neoconstitucionalismo y democracia*. Colombia. Universidad Libre. Bogotá D.C. 2013. Disponibilidad y Acceso en:

- <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=2d65a362-1a72-4a32-aeec-97124e298c1c%40sessionmgr107&vid=1&hid=117>
13. Ebscohost. Nahabetián Brunet, Laura. *Normas de derechos humanos: Colisión y complementariedad*. Uruguay. 2016. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=4f534e68-4e25-43ac-bf7b-311bf84e302d%40sessionmgr4006&vid=1&hid=4102>
 14. Ebscohost. Nieto, Eduardo Hernando. *Constitucionalismo en el siglo XXI: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular?* Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 38. Sociedad de Economía y Derecho UPC. Perú. 2013. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=583c31d3-7136-44bf-8cbc-7c5f0a23119f%40sessionmgr101&vid=2&hid=117>
 15. Ebscohost. Núñez Leiva, J. Ignacio. *Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations"*. Chile. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=1372b1be-78a6-4823-8dc5-8dd0232a6d33%40sessionmgr120&vid=1&hid=117>
 16. Ebscohost. Núñez Leiva, J. Ignacio. *Lagunas Jurídicas y Neoconstitucionalismo: la plenitud del ordenamiento jurídico en el Estado Constitucional de Derecho*. Chile. Universidad Católica de Chile. 2012. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=6cbd44fd-742b-4960-9ea5-70883cb63458%40sessionmgr104&vid=1&hid=117>
 17. Ebscohost. Núñez Leiva, J. Ignacio. *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Colombia. Universidad de Medellín. Revista Opinión Jurídica. 2015. Disponibilidad y Acceso en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=9aedd575-5095-453f-88ce-fdfa38db4ef6%40sessionmgr101&vid=1&hid=117>
 18. Fernández, Atahualpa. *La herencia de Darwin y el problema de la justificación filosófico-jurídica de la dignidad humana*. Pág. 16. Nómadas. Revista Crítica de

- Ciencias Sociales y Jurídicas. 2011. Disponibilidad y acceso: <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/31/atahualpafernandez.pdf>
19. Grinnell, Lucinda. *Los Derechos Humanos y el internacionalismo en el movimiento lésbico-gay mexicano, 1979-1991*. México. 2016. Disponibilidad y Acceso en: http://ac.els-cdn.com/S0188947816300627/1-s2.0-S0188947816300627-main.pdf?_tid=016dded0-e1cc-11e6-ab93-00000aab0f26&acdnat=1485217879_2ccb0cdd815e1b4e5eb38a684999475c
20. Lo Editorial Uniamericana. Petro González, Ingrid Regina. *El juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia*. Colombia. 2016. Disponibilidad y Acceso en: <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/view/361>
21. Nuria Belloso, Martín. El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Brasil, 2015. Disponibilidad y acceso: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/6448/7416>
22. Salcedo Flores, Antonio. *El neoconstitucionalismo en México*. México, 2014. Disponibilidad y acceso en: <http://132.248.9.34/hevila/Alegatos/2014/no88/1.pdf>
23. Scielo. Aragón Reyes, Manuel. *Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución*. México. 2013. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200001&lng=en&tlng=en
24. Scielo. CollignonGoribar, María Martha. *Discursos sociales sobre la sexualidad: narrativas sobre la diversidad sexual y prácticas de resistencia*. México. 2011. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-252X2011000200006&lng=en&tlng=en
25. Scielo. Da Costa Santos, Gustavo Gomes. *La diversidad sexual y la política electoral: el análisis de las solicitudes de los travestis y transexuales en el Brasil*

- contemporáneo*. Brasil. Universidad Federal de Pernambuco. 2016. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872016000200058&lng=en&tlng=en
26. Scielo. De los Reyes Aragón, Wilson. *Algunos elementos para construir una definición de derechos humanos*. Colombia. 2008. Disponibilidad y Acceso en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v10n2/v10n2a7.pdf> Págs. 2-29
27. Scielo. Escobar Martínez, Lina Marcela. *El argumento semántico en la jurisprudencia colombiana una manifestación del neoconstitucionalismo y el positivismo*. Revista de Derecho No. 32, Barranquilla. Colombia. 2009. Disponibilidad y Acceso en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n32/n32a11.pdf>
28. Scielo. Martín-Fernández, M. y otros. *Cambio de actitudes hacia la diversidad afectivo-sexual: la reducción de la percepción del intento persuasivo*. Revista Colombiana de Psicología. Colombia. 2016. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-54692014000100007&lng=en&tlng=en
29. Scielo. Núñez Poblete, Manuel A. *El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Revista de Derecho No.34. Chile. 2010. Disponibilidad y Acceso en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100016&lng=en&tlng=en

Anexos

CUADRO DE COTEJO No. 1 Comparación constitucional sobre derechos sexuales

Tema: El Neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos

INDICADORES ↓	UNIDADES DE ANÁLISIS				
	Constitución Política de la República de Guatemala, 1985	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949	Constitución de la República Italiana, 1947	Constitución Española, 1978	Constitución de la República Portuguesa, 1976
Dignidad de la persona	Art. 4. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, prohibiéndose cualquier circunstancia que atente contra la dignidad de la persona.	Art. 1.1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.	Art. 3. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales.	Art. 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.	Art.1. Portugal es una Republica soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad sin clases.
Derecho a la Libertad	Art. 4. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Art. 5. Libertad de acción	Art. 2. Libertad de acción y al libre desarrollo de la personalidad, indicando para el efecto, que la libertad de la persona es inviolable.	Art.13. Libertad de la persona Art. 15. Libertad y el secreto de la correspondencia y cualquier otra forma de comunicación. Art. 16. Libertad de locomoción	Art. 9.2. Libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificultades su plenitud y facilitar	Art. 27. Libertad y a la seguridad, y regula la privación de la libertad. Art.37. Libertad de expresión e información, así como el derecho de réplica.


	<p>Art. 26. Libertad de locomoción</p> <p>Art. 35. Libertad de emisión del pensamiento</p> <p>Art. 36. Libertad de religión</p> <p>Art.43. Libertad de industria</p>	<p>Art. 4. Libertad de creencia, de conciencia y de confesión.</p> <p>Art. 5. Libertad de opinión, de los medios de comunicación, la artística y la científica.</p> <p>Art. 8. Libertad de reunión,</p> <p>Art. 11 Libertad de circulación y de residencia.</p> <p>Art. 12. Libertad de profesión.</p>	<p>Art. 21. Libertad de manifestar libremente el pensamiento de palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión.</p>	<p>la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; mientras que</p> <p>Art. 16. Libertad ideológica y religiosa.</p> <p>Art. 20. Libertad de expresión, la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra.</p>	<p>Art. 41. Libertad de conciencia, religión y culto.</p> <p>Art. 43. Libertad de enseñanza.</p> <p>Art. 46. Libertad de asociación.</p>
Derecho a la libertad sexual	<p>Art.44. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.</p>	<p>Art. 3.2. Establece la igualdad ante la ley, al indicar que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.</p>			<p>Art.33. Se basa en el derecho a la identidad personal, a la buena fama y a la intimidad en la vida privada y familiar, que tiene influencia también en la libertad sexual.</p>
Otros derechos sexuales	<p>Art. 47. El Estado, al proteger la familia, debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad</p>	<p>Art. 6.4. Establece que toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.</p>	<p>Art. 31. El Estado protege la maternidad, la infancia y la juventud, a través de las instituciones necesarias.</p>	<p>Art. 39.2. El Estado debe proteger a las madres sin importar su estado civil.</p>	<p>Art. 68.1. El Estado reconoce la maternidad como valor social eminente, garantizando su realización</p>

	<p>responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.</p> <p>Art.52. La maternidad tiene especial protección del Estado, al garantizar el ejercicio de los derechos y asunción de las obligaciones que de esta se deriven.</p>		<p>Art. 51. Se refiere un poco a otro tipo de derechos sexuales en cuanto establece: Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la ley.</p>		<p>profesional y su participación en la vida cívica del país.</p>
<p>Rasgos distintivos del neoconstitucionalismo</p>	<p>Art. 44. Amplía el catálogo de derechos de las personas a un número ilimitado.</p>	<p>Art.1. Además de referir a la dignidad humana, hace relación a que los derechos fundamentales enumerados en adelante en el cuerpo constitucional vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.</p>	<p>Art. 2. Italia reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como individuo, en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad.</p>	<p>Art.9.3. Regula el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.</p>	<p>Art.16. Establece que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional. Además, los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los</p>

					Derechos del Hombre.
Bloque de constitucionalidad	Art. 46. Establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.		Art.10. Estipula que el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.	Art.10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias.	Art.207. Los Tribunales no podrán aplicar normas inconstitucionales. Art.279. Regula la inconstitucionalidad por omisión, dándole la facultad al Consejo de la Revolución para recomendar a los órganos legislativos. Art.282. Estipula el control judicial de inconstitucionalidad como una garantía en los procesos.

CUADRO DE COTEJO No. 2
Legislación nacional sobre derechos sexuales

Tema: El Neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos

UNIDADES DE ANÁLISIS					
INDICADORES 	Constitución Política de la República de Guatemala	Ley de Desarrollo Social	Ley de Acceso Universal y Equitativo a los Métodos de Planificación Familiar y su Incorporación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia	Ley para la Maternidad Saludable
Dignidad de la persona	Art.4. Libertad e igualdad. Esta disposición prohíbe cualquier trato que disminuya la dignidad de la persona.	Art. 24. Estipula la protección a la salud, y hace referencia a la responsabilidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, así como del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social de la implementación de programas para la prevención, recuperación y rehabilitación de la salud.		Art. 13. Regula el goce y ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes en la medida de su desarrollo físico, mental, moral y espiritual Art.16. Establece la responsabilidad del Estado de garantizar la dignidad de los niños, niñas y adolescentes.	
Derecho a la Libertad	Art. 4. Libertad e igualdad. Este artículo comprende la igualdad entre hombres y mujeres,			Art. 4. Dentro de los deberes del Estado que promover y adoptar las medidas necesarias para	Art. 6. Establece el derecho al acceso universal a los servicios de salud materna neonatal,

	sin tomar en cuenta su estado civil.			proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones. Art.12. Hace alusión a la libertad que confiere la Constitución, así como los instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.	que comprende el acceso al servicio de salud materna-neonatal con calidad, con pertinencia cultural y sin discriminación alguna.
Derecho a la libertad sexual	Art. 44. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. De forma que el derecho para decidir sobre la sexualidad propia forma también parte del catálogo de derechos que la Constitución garantiza.		Art. 10. Regula la formación integral del adolescente, por medio de un pensum de estudios que contenga derechos y responsabilidades para la promoción y auto cuidado de la salud, sexualidad y el embarazo precoz y no deseado. Es decir, al proporcionar la suficiente información se podrá hacer un uso adecuado de la libertad sexual.	Art. 44. Se refiere a la protección que gozan los niños, niñas y adolescentes pues obliga a los establecimientos de enseñanza pública y privada a denunciar cualquier caso de abuso físico, mental o sexual que involucre a sus alumnos. Art. 54.b. Estipula que comprende el abuso sexual. Art.56. Establece la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a cualquier forma de explotación o abuso sexual.	

<p>Otros derechos sexuales</p>	<p>Art. 47. El Estado, al proteger la familia, debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.</p> <p>Art.52. La maternidad tiene especial protección del Estado, al garantizar el ejercicio de los derechos y asunción de las obligaciones que de esta se deriven.</p>	<p>Art. 31.2. Comprende dentro de las orientaciones principales de la educación a la educación sexual orientada a desarrollar valores y principios éticos, basada en una concepción integral de sus aspectos biológico, psicosocial y del desarrollo integral de la persona.</p> <p>Art.41. Establece la supervisión de los programas y mensajes de comunicación social que se difundan eviten la perpetuación del machismo, de la subordinación y explotación de la mujer, la reducción de la persona a objeto sexual o la presentación de la sexualidad como un bien de consumo sin criterios.</p>	<p>Art.1. Acceso de la población a los servicios de planificación familiar, que conlleve la información, consejería, educación sobre salud sexual y reproductiva a las personas y provisión de métodos de planificación familiar.</p> <p>Art.11. Establece que el MSPAS debe asegurarse que los usuarios reciban la información completa que les ayude a seleccionar el método de planificación familiar más adecuado, así como que ninguna persona podrá ser obligada a utilizar ningún método tradicional o moderno de espaciamiento de los embarazos.</p>	<p>Dentro de las obligaciones del Estado que establece el artículo 76, en su literal h) se regula la de diseñar y ejecutar programas de educación sexual, prevención de enfermedades de transmisión sexual, preparación para la procreación y la vida en pareja, que inculquen la paternidad y maternidad responsables.</p>	
<p>Salud sexual</p>	<p>Art. 93. Establece que el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.</p>	<p>Art. 25. Regula la salud reproductiva, entendida como el estado general de bienestar físico, psíquico, personal y alguna.</p>	<p>Art. 8. Establece la atención integral incluye atención prenatal, post parto y puerperio, detección de cáncer cérvico uterino y de mama,</p>	<p>Art. 30. Indica que el Estado ejecutará y facilitará el desarrollo de programas de asistencia médica, entre otras, campañas de</p>	<p>Art. 1. La salud sexual se constituye objeto de la ley, que indica la necesidad de un marco jurídico que permita implementar los mecanismos</p>

		<p>social en todos los aspectos relacionados con la sexualidad humana, con las funciones y procesos del sistema reproductivo, con una vida sexual coherente con la propia dignidad personal y las propias opciones de vida que conduzcan a disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como con la libertad de procrear o no, y de decidir cuándo y con qué frecuencia, de una forma responsable.</p>	<p>pruebas para enfermedades de transmisión sexual y prevención de la osteoporosis.</p>	<p>educación sanitaria y sexualidad humana para padres, educadores y alumnos.</p>	<p>necesarios para mejorar la salud y calidad de vida de las mujeres y del recién nacido, y promover el desarrollo humano a través de asegurar la maternidad de las mujeres, mediante el acceso universal, oportuno y gratuito a información oportuna, veraz y completa.</p>
--	--	--	---	--	--

CUADRO DE COTEJO No. 3
Legislación internacional sobre derechos sexuales

Tema: El Neoconstitucionalismo como garantía de la libertad sexual como prolongación del derecho de libertad de los individuos

UNIDADES DE ANÁLISIS					
INDICADORES ↓	Declaración Universal de los Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas	Convención Americana de Derechos Humanos	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Dignidad de la persona	Art.1. Establece la igualdad en dignidad que gozan los seres humanos al nacer en libertad y dotados de razón y conciencia.	Art. 10.1. Prescribe que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.	Párrafo5. Los Estados Parte muestran su alarma por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, pues estas prácticas socavan la integridad y dignidad de la persona.	Art. 5.2 Garantiza la dignidad de la persona al prohibir torturas penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Art.6. Prohíbe la esclavitud y servidumbre. Art. 11. Se reconoce el derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de dignidad de la persona.	Art. 2. Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, y acuerdan, a través de políticas su eliminación.
Derecho a la Libertad	Art. 3. Indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.	Art. 9.1. Regula que todo individuo tiene derecho a la libertad		Art. 7.1. Garantiza que toda persona tiene derecho a la libertad y a la	

	<p>Art.19. Libertad de opinión y de expresión.</p> <p>Art.20. Libertad de asociación y reunión.</p>	<p>y a la seguridad personales,</p> <p>Art.18.1. Regula el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.</p> <p>Art.19.2. Asegura el derecho a libertad de expresión.</p> <p>Art.22.1. Se refiere al derecho a la asociación libre.</p>		<p>seguridad personales.</p> <p>Art.12. Se refiere a la libertad de conciencia y de religión.</p> <p>Art.13. Hace alusión a la libertad de pensamiento y de expresión.</p> <p>Art.16. Contempla el derecho a la libertad de asociación.</p>	
Derecho a la libertad sexual		<p>Art. 2.2. Contempla como obligación de cada Estado Parte la adopción de las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos (que podrían incluir la libertad sexual).</p>	<p>Párrafo4. Los Estados Parte expresan su preocupación por las violaciones de Derechos Humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.</p>		<p>Art. 5.a. Contempla como medida la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.</p>
Otros derechos sexuales					<p>Art. 5.b. En cuanto a la salud reproductiva, entre otros derechos sexuales, los Estados partes se comprometen a</p>

					garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos.
--	--	--	--	--	--