

# REFLEXIONES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA

Ponencias ganadoras del II Concurso Nacional de Semilleros de Investigación

*María Lucía Torres Villarreal*  
*Paola Marcela Iregui Parra*  
-Editoras académicas-

“



”

 **Fundación  
Hanns  
Seidel**



---

*Colección Textos de Jurisprudencia  
Serie Semilleros*





**Reflexiones sobre la libertad de expresión  
en el contexto de la democracia**



# Reflexiones sobre la libertad de expresión en el contexto de la democracia

*Ponencias ganadoras del  
II Concurso Nacional de Semilleros  
Universidad del Rosario,  
mayo 8, 9 y 10 de 1012*

María Lucía Torres V.  
Paola Marcela Iregui P.  
*-Editoras académicas-*



Colección Textos de Jurisprudencia  
Serie Semilleros

© 2012 Editorial Universidad del Rosario  
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia  
© 2012 Fundación Hanns Seidel  
© 2012 María Lucía Torres Villarreal, Paola Marcela Iregui Parra, Juan Camilo Gómez Álvarez, María Mónica Parada Hernández, Natalia Cárdenas Marín, Juan Felipe Lozano Reyes, Aura Carolina Lozano Ortiz, Melissa Pérez Zopoaragón

ISBN: 978-958-738-281-5

Primera edición: Bogotá D. C., septiembre de 2012  
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: Ella Suárez  
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas  
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes  
Impresión: Cadena  
Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00  
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

---

Concurso Nacional de Semilleros (1; 2011 sep. 14-16: Bogotá)  
Reflexiones sobre la libertad de expresión en el contexto de la democracia. —Bogotá:  
Editorial Universidad del Rosario, 2012.—(Colección Textos de Jurisprudencia. Serie  
Semilleros)  
96 p.

ISBN: 978-958-738-281-5

Derecho constitucional – Colombia / Derecho laboral – Colombia / Derechos civiles  
/ Democracia / Libertad de palabra / I. Torres V., María Lucía, editora académica / II.  
Iregui P., Paola Marcela, editora académica / IV. Título. / V. Serie

323.861 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Septiembre 06 de 2012

---

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

# Contenido

Presentación .....	ix
<i>María Lucía Torres Villarreal</i>	
<i>Paola Marcela Iregui Parra</i>	
Ponencia ganadora del primer puesto Inclusión democrática: los nuevos retos del Legislativo en materia de derechos de las familias LGBTI en Colombia .....	1
<i>Juan Camilo Gómez Álvarez y</i>	
<i>María Mónica Parada Hernández</i>	
Ponencia ganadora del primer puesto La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos .....	33
<i>Natalia Cárdenas Marín y</i>	
<i>Juan Felipe Lozano Reyes</i>	
Ponencia ganadora del segundo puesto Libertad de expresión en el derecho laboral colombiano .....	59
<i>Aura Carolina Lozano Ortiz y</i>	
<i>Melissa Pérez Zopoaragón</i>	



# Presentación

El fortalecimiento de los pilares básicos de la democracia en un modelo de Estado como el nuestro es una labor que compete a todos, no solo a las instituciones del Gobierno; por ello el modelo democrático comprende el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, así como de unos principios en los cuales se sustenta, tales como la participación ciudadana. Permitir a los administrados formar parte de las decisiones que los afectarán y hacerse partícipes del control del poder, de la formación de las leyes y del cumplimiento de los fines del Estado social de derecho es una característica de la democracia que se materializa en las normas de nuestra Constitución Política.

Pensando en esto, la Universidad del Rosario, por conducto del Observatorio Legislativo, el Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia y el Programa de Periodismo, en asocio con la Fundación Hanns Seidel y The George Washington University, decidieron aunar esfuerzos para realizar un seminario internacional<sup>1</sup> sobre un

---

<sup>1</sup> El seminario internacional se denominó La Libertad de Expresión en la Red: Retos para la Democracia y la Construcción de Ciudadanía y contó con la conferencia central del señor Frank La Rue, relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión (Bogotá, Colombia, 9 y 10 de mayo de 2012).

asunto de especial coyuntura global: la incidencia de la libertad de expresión en el marco de la democracia, como manifestación del principio, valor y derecho a la participación ciudadana. Es bien conocido por todos que la libertad de expresión ha ido adquiriendo diversas facetas y aristas a largo de los años y que hoy se constituye en una herramienta indispensable en procesos democráticos como la reivindicación y reconocimiento de derechos por grupos de especial protección, el control del ejercicio del poder, la participación en el ejercicio de acciones constitucionales, las intervenciones ciudadanas y el control de legalidad ante las altas cortes y, en especial, para el desarrollo y garantía de otras libertades y derechos igualmente importantes como el libre desarrollo de la personalidad, la libre opinión, la libertad de pensamiento, la libertad de cultos, etc.

De este modo, el comité organizador del seminario consideró cuán relevante sería que los estudiantes de diversas áreas del conocimiento realizaran investigaciones sobre ese asunto, a fin de, por un lado, poner en conocimiento de la comunidad académica diversas discusiones alrededor de este tema y, por el otro, fomentar en los estudiantes el desarrollo de habilidades de investigación formativa, tan indispensables hoy para una formación integral. La convocatoria del concurso se dirigió a todos los semilleros de investigación de las diferentes universidades del país, independientemente de su disciplina de estudios y buscaba la presentación de ponencias que desarrollaran el análisis del tema propuesto para el seminario internacional.

De las ponencias recibidas por parte de las diferentes instituciones educativas, se seleccionaron diecisiete dentro de la fase escrita del certamen; luego de ello, en la fase oral que se dio cita los días 8, 9 y 10 de mayo de 2012, en la Universidad del Rosario, en el marco del seminario internacional *La Libertad de Expresión en la Red: Retos para la Democracia*

y la Construcción de Ciudadanía, se escogieron las tres ponencias ganadoras del concurso. El nivel académico de los escritos presentados, así como el dominio del tema en la sustentación oral, dio como resultado un empate técnico entre las ponencias que ocuparon el primer lugar. Tanto la fase oral como la escrita contaron con la participación de profesores de altas calidades profesionales y académicas que, en calidad de pares evaluadores y jurados, en una y otra fase, certificaron la calidad de las ponencias presentadas y, con ello, los resultados obtenidos. Son las siguientes ponencias las ganadoras y cuyo premio es la publicación en esta obra, debidamente revisadas y ajustadas según los pares designados para ello por la Editorial de nuestra Universidad:

- Ponencia ganadora primer puesto: “Inclusión democrática: los nuevos retos del legislativo en materia de derechos de las familias LGTBI”, de Juan Camilo Gómez y María Mónica Parada, estudiantes de la Universidad del Rosario.
- Ponencia ganadora primer puesto: “La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos”, de Natalia Cárdenas y Juan Felipe Lozano, estudiantes de la Universidad del Rosario.
- Ponencia ganadora segundo puesto: “Libertad de expresión en el derecho laboral colombiano”, de Aura Carolina Lozano y Melissa Pérez, estudiantes de la Universidad de la Sabana.

Felicitemos a los estudiantes por su impecable trabajo y los invitamos a seguir participando en este tipo de iniciativas que fortalecen su formación y les permiten adquirir habilidades

para el ejercicio de su profesión, en el área del conocimiento en la cual se desempeñen. Esperamos seguir desarrollando esta colección con los escritos de nuestros estudiantes y futuros profesionales. Esta segunda versión del concurso nos ha planteado interesantes retos académicos sobre los cuales seguiremos realizando investigaciones y seminarios. Agradecemos nuevamente a la Fundación Hanns Seidel por respaldar esta iniciativa y por creer que, desde la Academia, podemos contribuir a la consolidación de un mejor país y que nuestros estudiantes son la base para ello. Esperamos continuar trabajando conjuntamente en temas que permitan el logro de los objetivos en los cuales se sustenta la Fundación, los cuales compartimos en la tarea diaria de formación de seres humanos y grandes profesionales.

María Lucía Torres Villarreal  
Paola Marcela Iregui Parra  
Editoras académicas

# Inclusión democrática: los nuevos retos del Legislativo en materia de derechos de las familias LGBTI en Colombia \*

*Juan Camilo Gómez Álvarez* \*\*

*María Mónica Parada Hernández* \*\*\*

## Resumen

El debate en torno a la conformación de familias diversas, es decir, aquellas cuyo alguno de sus integrantes pertenece a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas o intersexuales, ha cobrado gran interés en los últimos años, por el desarrollo común del tema en el ámbito internacional. Se ha podido observar que su hilo conductor radica en el reco-

---

\* Avance de investigación. Proyecto desarrollado en el marco del Semillero Inclusión Democrática Vía Judicial. Directora Rocío del Pilar Peña Huertas.

\*\* Estudiante de séptimo semestre de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Pertenece al Semillero Inclusión Democrática Vía Judicial: El Caso de la Familia Homoparental, Universidad del Rosario. Correo electrónico: camu\_55@hotmail.com.

\*\*\* Estudiante de décimo semestre de Jurisprudencia y cuarto semestre de Sociología de la Universidad del Rosario. Pertenece al Semillero Inclusión Democrática Vía Judicial: El Caso de la Familia Homoparental, Universidad del Rosario. Correo electrónico: monicaparadaher@gmail.com.

nocimiento del derecho a la igualdad y, en consecuencia, la no discriminación en razón de la orientación sexual. Este texto utiliza la evolución normativa y jurisprudencial de Colombia y países como Argentina y México, así como la posición actual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de examinar el estado sociojurídico actual colombiano y posteriormente identificar cuáles constituyen los retos del legislador al confrontar la posibilidad de legalizar el matrimonio para las parejas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgeneristas e intersexuales). Se ha encontrado que el Estado colombiano mantiene una posición avanzada frente a la discusión, principalmente por los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional frente a este fenómeno. Los resultados parciales de la investigación demuestran que en pocos años, la inclusión del matrimonio homosexual en Colombia será una realidad y no una mera especulación, y que será el legislador, junto con la sociedad civil, el llamado a continuar con el debate iniciado hace cinco años, desde la primera sentencia que reconoce derechos a la población LGBTI.

*Palabras clave:* democracia, igualdad, matrimonio, familia.

## **Introducción**

La conformación de la familia homoparental es un tema que ha tenido gran desarrollo en las legislaciones latinoamericanas, principalmente por las constantes luchas que al respecto ha tenido la comunidad lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). El derecho a la igualdad, principio reconocido por algunos Estados, es utilizado por los activistas de esta causa para argumentar que, más que ser un derecho fundamental, ha sido estipulado como un derecho inherente a las personas por diferentes instrumentos internacionales.

Colombia es uno de los países que se suman a la lista de ordenamientos jurídicos que aceptan abiertamente la existencia de parejas conformadas por personas LGBTI y reconocen la existencia de derechos fundamentales, civiles y políticos a esta comunidad. Este proceso inició el 7 de febrero de 2007, cuando la Corte Constitucional reconoció la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo a través del derecho a declarar la unión marital de hecho y el reconocimiento de los derechos patrimoniales. A partir de ese momento se intensificaron las manifestaciones cívicas para lograr que las autoridades locales y nacionales, así como la sociedad en general, interiorizara este nuevo modelo que, de frente, proponía una reforma a la concepción tradicional de la familia.

Ha sido de gran importancia el papel protagónico de los jueces de la República, pues a través de ellos se ha otorgado el estatus jurídico a derechos que hasta hace cinco años eran exclusivos de las parejas y familias que cumplían con un modelo de sociedad heteronormativa y patriarcal. Sin embargo, la Constitución Política y la esencia del Estado social de derecho indican que las decisiones que involucran la protección de los derechos de los ciudadanos deben formarse en ambientes de deliberación, que garanticen la participación de cada uno de los grupos políticos y sociales. Y como guarda de la Carta Magna, la Corte declaró que había un vacío legislativo en materia de uniones civiles de parejas homosexuales que no correspondía con la realidad social y por eso exhortó al legislador a regular el tema.

Hoy, el debate está sobre la mesa. El legislador colombiano debe proponer soluciones inmediatas a este vacío legal que genera discriminaciones y promueve los abusos sociales contra la comunidad LGBTI. Debe estar atento de cumplir con los lineamientos constitucionales, en especial el derecho

a la igualdad, pues sobre este se fundamentan las peticiones de los grupos sociales que solicitan el reconocimiento político.

Lo que interesa para el presente capítulo es observar las principales razones que han llevado a este cambio normativo y enfocar la investigación en las sentencias de los diferentes tribunales latinoamericanos, junto con la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, con el fin de identificar el reto que tiene el Legislativo para suplir la evidente desprotección de derechos. En la jurisprudencia se pueden encontrar las principales razones de hecho y de derecho que posibilitaron esta ruptura del sistema tradicional, con miras a determinar la cercanía en la que nos encontramos de aceptar la familia como una institución abierta a cualquier ser humano, independientemente de la orientación sexual.

## **Metodología**

La investigación está fundamentada en el análisis de material bibliográfico y sentencias de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y jueces menores; legislación y jurisprudencia en México y Argentina; pronunciamientos de organismos internacionales; artículos y textos académicos, y artículos de prensa, con el fin de establecer el panorama político y jurídico donde se desenvuelve la igualdad.

## **Derecho a la igualdad**

### **Concepto e importancia dentro de las democracias deliberativas**

El derecho a la igualdad es parte fundamental del sistema universal de protección de los derechos humanos. Consagra la cláusula de no discriminación que impide la existencia de un

trato diferenciado en razón de cualquier categoría o condición social, como raza, sexo, orientación sexual, religión, opiniones políticas y nacionalidad (artículo 26, Convención Americana de Derechos Humanos). En Colombia está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, con dos manifestaciones: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades.

La Corte Constitucional ha sido la protagonista de los debates que han logrado materializar este derecho; pero su papel dinámico como guarda de la Carta encuentra varios detractores que ven su actividad como una extralimitación de funciones cuando actúa como un legislador positivo, al imponer cargas económicas al Estado y promover valores sociales que son alcanzados sin la promesa del debate deliberativo que debe darse dentro del Parlamento. La Corte se ha encargado de cuestionar la actividad legislativa cuando tiene vacíos que resultan en la desprotección de derechos fundamentales y ha encontrado que:

El Derecho a la Igualdad impone al legislador dar el mismo tratamiento a quienes están en el mismo supuesto de hecho que va a regular. Para establecer si una disposición legal es discriminatoria, se debe verificar si ella otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, si este tratamiento persigue alguna finalidad que lo justifique constitucionalmente y si la limitación a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además se requiere que sea ponderada o proporcional, para evaluar si la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios generados. (República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1047/01)

Además, una vez pronunciada, la Corte impone la creación de nuevos patrones de comportamiento que, en su mayoría, controvierten el statu quo y generan nuevas posibilidades de acción para las entidades públicas y para los individuos.

Así las cosas, la igualdad formal y material es un supuesto que no puede ser alcanzado en su totalidad, debido a los diversos limitantes que se encuentran en el momento de su aplicación; pero el ordenamiento debe optar por fomentar espacios de participación igualitaria que resulten en normas jurídicas encauzadas a la protección integral de los derechos fundamentales, en correspondencia con la legislación internacional.

Adam Przeworski (2010) se aventura en el estudio de la democracia, pero de una forma concienzuda, argumentativa e ilustrativa para finalmente expresar que “la democracia no es sino un marco dentro del cual un grupo de personas más o menos iguales, más o menos eficientes y más o menos libres pueden luchar en forma pacífica por mejorar el mundo de acuerdo con sus diferentes visiones, valores e intereses” (p. 53).

Lo que es claro es que la democracia forma parte de la sociedad, da forma a los fenómenos culturales y está inmersa dentro de la mente y la vida de los ciudadanos, como el sistema que promete la libertad y la igualdad política. La democracia encuentra su quiebre cuando se introducen como criterios fundamentales de decisión, instituciones y sujetos con criterios específicos y estáticos; se rompe porque la Democracia como tal no está en capacidad de afrontar retos de las minorías, ya que “no hay conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático” (Przeworski, 2010, p. 41).

### **Argumentos de las sentencias (Argentina y México)**

Se observa 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. Sobre este derecho las diferentes cortes latinoamericanas han precisado, en diferentes ocasiones y de manera diversa, su alcance y aplicación, dependiendo de la diversa evolución normativa que se presenta en el correspondiente Estado, sin dejar de lado su desarrollo histórico y jurisprudencial. Se observa que la discusión en relación con el derecho a la igualdad obtiene forma en cuanto a la diferencia de derechos que se otorgan a las parejas homosexuales, respecto a los derechos que se hayan reconocido a las parejas heterosexuales. Así, ello marca una desigualdad derivada de la orientación sexual, según alegan los colectivos LGBTI.

Lo anterior se pone de presente en sentencias que se han dictado en Argentina y México, países que se tomarán como modelo de estudio, por ser aquellos que han reconocido integralmente los derechos de las parejas LGBTI.

En Argentina, el caso “Freyre Alejandro contra el Gobierno Civil de la ciudad de Buenos Aires sobre amparo (art. 14, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [CCABA])” 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; posteriormente, presentaron el amparo en el fuero contencioso administrativo porteño. La jueza declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordenó a las autoridades del Registro Civil

que celebraran el matrimonio en el caso que así lo pidieran. Entre sus principales argumentos se rescata 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 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. (República de Argentina, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, art. 14, CCABA, 2009)

Por otro lado, la mencionada jueza reconoce que el sentido de la igualdad democrática y liberal es el derecho a ser diferente, y que no puede hablarse nunca de igualación, pues “carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales” (República de Argentina, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, art. 14, CCABA, 2009).

Reconoce también que estaría promoviendo un trato discriminatorio e inconstitucional si decidiera negar este derecho en razón de la orientación sexual, o incluso si optara por recurrir a una alternativa diferente o a la creación de un régimen paralelo, pues lo único que lograría sería aumentar o mantener la desigualdad.

Tal como afirma la demandada, la norma aludida permite registrar uniones voluntarias conformadas por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. Esta deci-

sión ignora por completo el valor simbólico que la institución del matrimonio ostenta en la sociedad argentina. Si bien muchas parejas pueden elegir quedar fuera de la carga simbólica asociada al matrimonio y, en su caso, optar por este nuevo instituto regulado en la esfera local, el asunto se vincula con la decisión que se tome como pareja, y finalmente con que tales opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación:

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. (República de Argentina, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, art. 14, CCABA, 2009)

Finalmente, la jueza reconoce la importancia de la inclusión de las parejas homosexuales, al mencionar que “es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en el seno del matrimonio, le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación” (República de Argentina, Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, art. 14, CCABA, 2009).

Por otro lado, frente al caso mexicano, se estudia la acción de inconstitucionalidad, adelantada por el procurador general de la República, en febrero de 2012, que pretende

atacar la constitucionalidad de los artículos 146, que define el matrimonio, y 391, referente a la adopción del Código Civil del Distrito Federal, reformados por la Asamblea Legislativa Federal (República de México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Gaceta Oficial, 29 de diciembre de 2009).

El Tribunal Constitucional de la Ciudad de México hace hincapié en la necesidad de eliminar la discriminación e impedir su protección constitucional. Al respecto se menciona:

[...] en este sentido, lo que la Constitución busca, a través de su texto expreso y de los valores que la inspiran, es prevenir esta discriminación, por lo que no podríamos declarar inconstitucional una reforma legal como la que ahora nos ocupa, bajo ese argumento, porque ello implicaría “constitucionalizar” la discriminación. (República de México, Suprema Corte de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010)

Este tribunal también reconoce la importancia que tiene el libre desarrollo de las personas y su libre elección de un plan de vida, el cual debe contar el reconocimiento del Estado “no solo en lo relativo a su orientación sexual, sino también en el reconocimiento de sus uniones bajo las modalidades que en un momento dado decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos y el matrimonio)” (República de México, Suprema Corte de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010).

Por otro lado el Tribunal resalta la importancia de interpretar la Constitución teniendo en cuenta la realidad social y la protección de las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad. Además hace referencia al especial cuidado que se debe tener cuando se tratan temas de igualdad.

En consecuencia, es posible afirmar que los argumentos usados por los jueces de los diferentes tribunales tienden a velar por la salvaguardia del derecho a la igualdad como pilar de la sociedad, buscando proteger a las personas víctima de la discriminación en razón de su orientación sexual o cualquier otra condición social.

## **Tendencias en Latinoamérica**

### **Breve resumen sobre el estado actual de las legislaciones**

En Latinoamérica hay gran diversidad de posturas frente al tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Existen ordenamientos jurídicos que permiten el matrimonio igualitario con todos los derechos que conlleva la figura; otros que regulan el tema por medio de la unión civil, principalmente encaminadas a la protección de derechos patrimoniales; así como legislaciones que simplemente no reconocen la posibilidad de la conformación de parejas homosexuales. Dicho esto, es menester realizar un breve examen sobre el estado actual de los Estados latinoamericanos donde se ha presentado el mayor desarrollo normativo en este tema: Argentina, México (Ciudad de México) y Colombia.

Argentina, actualmente, tiene para todo su territorio matrimonio igualitario; entre tanto, en México, el único lugar donde se ha aprobado el matrimonio homosexual, es en su capital, Ciudad de México. En otros estados todavía se puede apreciar un escaso desarrollo normativo del tema. Vale la pena resaltar que el proceso de inclusión del matrimonio entre parejas del mismo sexo en las normativas de ambos países se produjo en diferentes circunstancias: mientras que en Argentina se logró primero la inclusión judicial que posteriormente

resultó en su consagración legal, en México el proceso inició en el seno del parlamento.

En Argentina, antes de ser ley, los jueces fallaron múltiples peticiones de matrimonio que fueron negadas por las autoridades del Registro Civil, e incluso ocurrió que el primer matrimonio homosexual se celebró antes de que la rama Legislativa entrara a determinar la posibilidad de reconocer efectivamente este derecho (República de Argentina, Corte Suprema de Justicia, Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo, art. 14, CCABA, 2009).

Posteriormente, el 15 de junio de 2010, se aprobó la ley que modificó algunos artículos del Código Civil en los temas referidos a derechos en las relaciones de familia, la sociedad conyugal y otras disposiciones. El principal cambio se dio sobre el artículo 172, que reducía al matrimonio exclusivamente a “hombre y mujer”. A partir de esta ley el término empleado es “contrayente” y agregó: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Además de esta ley, anteriormente también había ley de Unión Civil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que permitía la libre conformación de uniones entre dos personas con independencia a su sexo u orientación sexual.

En Ciudad de México, la inclusión se realizó por vía legislativa, sin restar importancia a los entes jurisdiccionales que también tuvieron relevancia. El 9 de noviembre de 2006 fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la *Ley de Sociedades de Convivencia*, que abrió el camino al reconocimiento de las uniones civiles entre homosexuales; posteriormente, el 21 de diciembre de 2009 se aprobó el cambio de la definición de matrimonio, lo que permitió que la institución estuviera al alcance de las parejas LGBTI e incluyó

la posibilidad de adopción. Esta norma fue controvertida por inconstitucionalidad, pero finalmente el Tribunal se pronunció y desvirtuó los cargos. Esto convierte a la Ciudad de México en la primera ciudad del país en aprobar el matrimonio homosexual. Pese a esto, como se mencionó, no es clara su regulación nacional.

Respecto a los otros países, en términos generales se puede observar un gran avance en la discusión de los derechos de la comunidad LGBTI, pues es preciso recordar que, hace algunos años, varios Estados consagraban la penalización de las relaciones de tipo homosexual. Hoy se puede apreciar un camino que marca como único rumbo posible la garantía de la igualdad entre las personas que decidan libremente conformar relaciones homosexuales y aquellas que opten por los vínculos heterosexuales, reconociendo que cada Estado tiene unos límites y dificultades propias de un contexto particular.

### **Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso Karen Átala e Hijas contra el Estado de Chile**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), en su deber de velar por el cumplimiento de los deberes aceptados por los Estados en virtud de la Convención Americana y como órgano supremo revestido de funciones contenciosas, provisionales y consultivas, ha realizado un pronunciamiento relevante frente al tema de los derechos para la comunidad LGBTI, marcando un hito en el precedente sobre la salvaguarda de los derechos humanos, y principalmente frente al derecho de igualdad y no discriminación. Esto en relación con los deberes de los Estados de respetar, garantizar y adoptar medidas establecidas en los artículos 24 y 1.1 de la Convención.

La Corte impone al Estado chileno la obligación de investigar y sancionar a los funcionarios judiciales por su actuar y de adoptar medidas para que estos casos no vuelvan ocurrir, por ejemplo, la modificación de la legislación interna y la creación de políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación en razón a la orientación sexual.

Para recordar brevemente el caso planteado a estudio de la Corte, se resume brevemente lo sucedido y, finalmente, se destacan algunos argumentos empleados por el organismo que originaron su decisión contra el Estado chileno.

Karen Atala presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), debido a que el Estado chileno, actuando a través de sus jueces, sustrajo de la denunciante a favor de su exesposo Ricardo Jaime López Allende la custodia y cuidado de las hijas concebidas durante el matrimonio, en razón a su orientación sexual. También alega la demandada un evidente trato discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada y familiar en perjuicio de ella. Por estas razones, lo que se buscó con la demanda fue que la Corte concluyera, entre otras cosas, lo siguiente: si el Estado de Chile era responsable por la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, en razón del artículo 24 de la Convención en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Karen Atala.

En principio, la Comisión y la Corte han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Asimismo, se ha establecido que “acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares” (Corte IDH, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 2010).

Por otro lado, recuerda cómo las distintas aristas del derecho a la igualdad se ven reflejadas en lo señalado por la Corte en diversos casos y opiniones consultivas en cuanto, para darle un efecto útil al derecho a la igualdad y no discriminación, los Estados deben “abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” (CIDH, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 2010).

Se observa cómo la Corte se pronuncia sobre una realidad muy común en las legislaciones, pues generalmente cuando se confieren derechos o se regulan, es probable que se deje de lado una minoría que busca también el reconocimiento de ese derecho o, en su defecto, que años después de conferido el derecho un grupo de personas antes indeterminadas se reúnan para buscar el reconocimiento de ese derecho en igualdad de condiciones respecto de la población en general, como es el caso de la comunidad LGBTI. También menciona la Corte que los Estados “[...] deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (Corte IDH, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 2010), con lo cual resalta el deber impuesto a los Estados de realizar cambios en sus legislaciones con el fin de que estas no resulten discriminatorias en perjuicio de minorías, pues atentan contra el derecho a la igualdad.

La Corte reitera que no todas las distinciones de trato están prohibidas por la Convención Americana y establece la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, aclarando que las primeras constituyen diferencias compatibles con la convención por ser razonables y objetivas; mientras que las segundas son diferencias arbitrarias en detrimento de los derechos humanos. Para determinar en cada caso si se tratan

de diferencias razonables y objetivas, la Corte hace un test y menciona que:

[...] si las distinciones se encuentran basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación, existe un consenso en el sentido de que el examen o test que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato, es especialmente estricto. Esto se debe a que por su naturaleza, dichas categorías son consideradas sospechosas. (Corte IDH, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 2010)

Ahora, como bien lo observa la Comisión, la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1.1, por lo cual en principio no tendría la connotación mencionada; pero, recientemente, como refiere la sentencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) estableció que “la orientación sexual es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de ‘cualquier otra condición social’” (Corte IDH, Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile, 2010). Así, en virtud de estas consideraciones la Comisión sostiene que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1, con todas las consecuencias que ello implica en los demás derechos consagrados en la Convención. Con relación al test, la Comisión encuentra que la diferencia de trato a lo largo del proceso no se encuentra justificada en una necesidad social imperiosa y no cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En virtud de lo expuesto, la Comisión le solicita a la Corte que declare que el Estado chileno violó, en perjuicio de Karen Atala, el derecho

a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1.

La importancia que este pronunciamiento tiene en el marco de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos es trascendental, pues la decisión acá tomada debe ser recogida por las legislaciones de los Estados que aceptan la jurisdicción de la Corte, a saber, los Estados firmantes, que acepten su competencia, pues de acuerdo con el artículo 6.3 de la CADH: “la Corte es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan la competencia de la Corte”. Por otro lado, esta sentencia otorga una dirección argumentativa que lleva a reconocer la importancia de la regulación que sobre este tema deben hacer los Estados para no atentar contra los derechos de sus asociados que les son reconocidos en virtud de la Convención y de los cuales el respectivo Estado es garante.

### **Leyes que consagran el matrimonio igualitario y otros derechos**

En el mundo, diez países y dos Estados federados han reconocido el matrimonio igualitario y, por ende, los derechos que llevan consigo (a excepción de Portugal, donde la adopción conjunta no está permitida). Otra serie de países han reconocido la totalidad de derechos del matrimonio optando por un concepto nominativo diferente (unión civil), y otros solo han reconocido parcialmente los derechos.

Sin duda, este fenómeno de reconocimiento de derechos ha sido invocado por las múltiples actitudes colectivas y la aceptación social de las diferentes manifestaciones que se derivan del concepto de familia, renunciando al modelo nuclear

judeocristiano. A continuación se presenta un resumen (tabla 1) de los derechos reconocidos a las parejas homosexuales en el mundo y se demuestra que es un fenómeno social que está presentando avances en múltiples países de todos los continentes.

Tabla 1. Resumen de derechos reconocidos a parejas homosexuales

País	Matrimonio	Unión civil parte o totalidad de los derechos del matrimonio	Unión civil reconocen algunos derechos del matrimonio	Adopción conjunta	Prohibición de discriminación de rango constitucional
África del Sur	x			x	x
Alemania		x			Algunas partes
Andorra			x	x	
Argentina	x		Algunas partes	x	Algunas partes
Australia		Algunas partes	x		
Austria		x		Algunas partes	
Bélgica	x			x	
Bolivia					x
Brasil		x	Algunas partes	x	Algunas partes
Canadá	x			Mayoría	
Colombia		x			x
Croacia			x		
Dinamarca		x		x	
Ecuador			x		x
Eslovenia			x		
España	x			x	
Estados Unidos	Algunos Estados	Algunos Estados	x	Algunos Estados	

País	Matrimonio	Unión civil parte o totalidad de los derechos del matrimonio	Unión civil reconocen algunos derechos del matrimonio	Adopción conjunta	Prohibición de discriminación de rango constitucional
Finlandia		x			
Francia			x		
Hungría		x			
Irlanda		x			
Isla de Man		x			
Islandia	x	x		x	
Israel		x		x	
Kosovo					x
Liechtenstein		x			
Luxemburgo			x		
México	DF		Algunas partes	DF	
Noruega	x			x	
Nueva Zelanda		x			
Países Bajos	x			x	
Portugal	x				x
Reino Unido		x		x	Islas Vírgenes
Rep. Checa			x		
Rumania					
Suecia	x			x	x
Suiza		x			x
Uruguay			x		

Fuente: ILGA (2011). Véase Anexo.

Al enfocar la investigación en Latinoamérica, principalmente en el caso de Argentina y México, es fundamental

aludir al cambio normativo ocurrido en estos países, pues ambos están encaminados al mismo propósito: eliminar el enunciado que limita el matrimonio a *un hombre y una mujer*. Esto con el fin de abrir la posibilidad para que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio si así lo deciden. Una vez introducida la modificación, se logra extenderle al matrimonio todas las prerrogativas que conlleva, por lo que en el cuerpo normativo se introducen cambios a otros títulos del código civil, principalmente relacionados con familia, adopción y sociedad conyugal (tabla 2).

Tabla 2. Cambios normativos en Argentina y México

	Argentina	Ciudad de México
Ley anterior	Artículo 172: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por <i>hombre y mujer</i> ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.	Artículo 146: “Matrimonio es la unión libre de un <i>hombre y una mujer</i> para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.
Ley posterior	Ley 26.618 de julio 15/2010, art. 2, artículo 172: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente <i>por ambos contrayentes</i> ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.	Modificación del 2009 al Código Civil para el Distrito Federal, artículo 146: “Matrimonio es la unión libre de <i>dos personas</i> para realizar la comunidad de vida, donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

## El caso colombiano

### Los derechos de las parejas LGBTI

En 2012, Colombia celebra cinco años de lucha por el reconocimiento de derechos de la población LGBTI en áreas civiles, penales, laborales y de familia. Desde la primera sentencia que otorgó el derecho a conformar la unión marital de hecho entre parejas LGBTI, esta comunidad ha encontrado en la Corte Constitucional la entrada para la construcción de una sociedad más democrática e igualitaria, donde sus voces ignoradas por leyes silenciosas se hacen presentes a través de la justicia.

A continuación se presenta una breve cronología sobre los triunfos alcanzados por la población LGBTI para después analizar el impacto de la última decisión de la Corte Constitucional, y así lograr encontrar los retos a los que el Congreso se enfrenta y los límites a los que está sujeto.

El primer pronunciamiento de la Corte sobre los derechos de la población LGBTI fue en 2007, cuando se reconoció la unión marital de hecho (C-075) y el beneficio de afiliarse al compañero(a) permanente al Sistema de Seguridad Social (C-811); en 2008 se reconoció la sustitución pensional al compañero(a) permanente (C-336) y la obligación alimentaria (C-798); en 2009 se reconocieron los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, migratorios, penales y otros a parejas del mismo sexo (C-029) y la Corte se inhibe en demanda sobre adopción; en 2010 se igualan los requisitos para acceder al derecho a la pensión de sobreviviente (T-051), y en 2011 la Corte exhorta al Congreso para que se pronuncie sobre el matrimonio igualitario y amplía el concepto de familia (C-577) (Colombia Diversa, 2011).

## **Hacia el matrimonio igualitario (República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia C-577 de 2011)**

En julio de 2011, la Corte Constitucional quiso pronunciarse sobre la constitucionalidad de dos expresiones del contrato solemne por el cual *un hombre y una mujer* se unen con el fin de vivir juntos, de *procrear* y de auxiliarse mutuamente, esto en virtud de la defensa de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y a la familia, invocados para lograr el reconocimiento de la institución del matrimonio a la población LGBTI en Colombia.

El resultado de esta discusión fue la exequibilidad de la disposición, por ser una posibilidad legítima; pero la Corte encontró que resulta discriminatorio el hecho de no existir una forma alternativa que cobije a las parejas LGBTI. Y, así, realizó un llamado al legislador para que, en el término de dos años contados a partir de la providencia, regule la materia y establezca una posibilidad equivalente, dándole el nombre que a su parecer sea correcto. De no hacerlo dentro del término, las parejas LGBTI tendrán la posibilidad de acudir ante un notario o un juez para formalizar la unión mediante un contrato solemne.

Además, la providencia resultó en una manifestación clara acerca de la ampliación del concepto de familia y la inclusión realidades sociales distintas al modelo nuclear, donde las personas LGBTI tienen cabida.

### **Los retos del Legislativo**

Una vez pronunciada la Corte, quedó establecido que el legislador tendrá que tomar las riendas en el asunto y crear una solución jurídica para llenar los vacíos del ordenamiento que perpetúa la desprotección de la población LGBTI. Ante esto,

se han presentado cuatro proyectos de ley ante la Cámara de Representantes.

El primero fue presentado por el representante a la Cámara Miguel Gómez (Partido de la U), en el que se crea la figura de unión civil, un contrato solemne por el cual dos personas mayores de edad, de igual o de diferente sexo, se unen con el fin de vivir juntos y de auxiliarse mutuamente, quedando obligados al reconocimiento de alimentos y a la sociedad contractual civil. Esta normativa no pretende modificar la definición que la Constitución hace del matrimonio, es decir, no pretende abrir la puerta a la adopción por parte de parejas LGBTI, pero en lo demás garantiza un tratamiento igualitario para los cónyuges heterosexuales y homosexuales.

Un segundo proyecto, presentado por el representante Guillermo Rivera Flórez (Partido Liberal), propone modificar el artículo 113 del Código Civil, que reza: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual *un hombre y una mujer* se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”, y el artículo 2 de la Ley 294, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, que indica: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” cambiando la expresión “entre un hombre y una mujer” por “dos personas”. Pretende otorgar a la unión entre parejas del mismo sexo los mismos derechos que tiene el matrimonio pero no se pronuncia sobre la adopción de menores.

Un tercer proyecto, presentado por los representantes Alfonso Prada y Carlos Amaya y los senadores Gilma Jiménez, Jorge Londoño, Iván Ñame, Félix Valera (Partido Verde) y Armando Benedetti (Partido de la U), propone la creación de una unión civil que otorga los mismos derechos a los dos tipos de pareja, pero con diferentes nombres.

Por último, el proyecto de ley presentado por los representantes Alba Luz Pinilla Pedraza e Iván Cepeda (Polo Democrático) propone modificar el Código Civil, el Código de la Infancia y la Adolescencia y reconocer legalmente el matrimonio entre las parejas del mismo sexo, la adopción conjunta para ellas y determinar sus efectos legales.

Ahora bien, crear un concepto alternativo al matrimonio podría ser aún más perjudicial que dejar un vacío en el tema, puesto que resultaría en una consagración legal de la discriminación respecto al matrimonio entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales, al imponer una concepción heteronormativa del matrimonio y de la vida social sobre la base de un juicio de valor de la dignidad humana. La labor del legislador es procurar mecanismos que establezcan bases sólidas para conformar el matrimonio y el fortalecimiento de las familias. Por ello crear una ley especial para un grupo social minoritario, como la población LGBTI, es y ha sido siempre un argumento utilizado por quienes no conceden derechos y promueven la inequidad social.

Se origina una discriminación jurídica, social y, por lo tanto, simbólica con cada propuesta legislativa que promueva un nombre distinto para situaciones que se originan sobre los mismos supuestos y que deje por fuera al menos uno de los derechos inherentes al matrimonio y a la familia.

Tomando como ejemplo el caso emblemático de *Brown vs. Board of Education* (1954), en el cual el Tribunal Supremo dictaminó la prohibición de segregación racial en las escuelas en Carolina del Norte, el abogado de la parte demandante expresó: “Creo que la única forma en la cual se puede llegar a la conclusión de que las escuelas segregadas son constitucionales es probar que, por su propia naturaleza, los negros son inferiores a otros seres humanos” (*Brown et al. vs. Board of*

Education-Closing Arguments, 1954) instando a la sociedad a eliminar la percepción sobre los afroamericanos como ciudadanos de segunda categoría. Al respecto dice Paul Jones, profesor de derecho y experto constitucional de la Universidad de Richmond:

La lucha contra la segregación demuestra cuán difícil es cambiar en cualquier sociedad los puntos de vista y las costumbres arraigados, particularmente aquellos que se hunden profundamente en la tradición y la historia. [...] Es significativo que el cambio, cuando se produjo, fue mayormente resultado de una acción judicial para poner en efecto derechos inalienables que atesora la Constitución de los Estados Unidos, más bien que producto de medidas aprobadas por legislaturas y ejecutivos elegidos por el pueblo. (Citado por Embajada de Estados Unidos en Panamá, 2004)

La lucha en Colombia se basa prácticamente en lo mismo: lograr que, a través del órgano legislativo, la población LGBTI sea considerada ciudadana, y no de primera ni de segunda categoría (esta distinción está prohibida para un Estado social de derecho); sujetos de derecho que merecen el mismo reconocimiento y las mismas posibilidades de contraer matrimonio con los mismos efectos que las parejas heterosexuales. Además, no puede olvidarse que la Corte Constitucional, primera intérprete y defensora de la Carta Magna, amplió el concepto de familia del artículo 42, dando vía libre para que la sociedad empezara a incluir las familias diversas dentro de su cultura y les asignara estatus y roles compatibles con sus necesidades.

Asimismo, se encuentra cómo el modelo social heteronormativo, y en consecuencia el matrimonio, ha cambiado a

lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Existen evidencias normativas como la extensión de los derechos que tenían los hijos naturales a los hijos extramatrimoniales, la adopción de personas solteras, el reconocimiento de derechos patrimoniales a la mujer casada, entre otras (Calle y García, 2012).

El papel protagónico dentro del debate sobre la legalización del matrimonio igualitario en Colombia ha de ser el activismo político, pues no existiendo una clara representación de los intereses de la comunidad LGBTI dentro del Congreso, es necesario crear espacios de negociación política de las diferencias sociales junto con los ciudadanos afectados directamente. El resultado ha de ser la protección del derecho a la igualdad de la población LGBTI, al igual que el reconocimiento del matrimonio y sus prerrogativas. La Corte consideró que:

[...] en esta materia el legislador debe tener en cuenta toda una serie de cuestiones y de relaciones jurídicas que surgen de las distintas modalidades de vínculos familiares, para diseñar la forma institucional a la que podrán acudir las parejas integradas por personas del mismo sexo para solemnizar y formalizar su unión. (República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011)

Estas herramientas serán proporcionadas por la comunidad civil, que han hecho una labor exhaustiva a la hora de poner sobre la mesa los argumentos y las razones por las cuales las parejas LGBTI no deben ser observados desde la óptica de “separados pero iguales”, tal y como lo han hecho en otras ocasiones para lograr que los jueces declaren derechos como la porción conyugal, la unión marital de hecho, la pensión de sobrevivencia y otros.

El proceso no puede tornarse en un juego de colores políticos como ocurrió en Argentina, donde gran parte de la oposición al proyecto se debió a que era una iniciativa impulsada por el gobierno de Néstor Kirchner. El activismo de gays y lesbianas que militan dentro de los partidos políticos y, en muchos casos, trabajan en el Congreso, fue fundamental para sumar apoyo y luego votos, pues así se logró concienciar a muchos legisladores y dirigentes sobre el tema (Bimbi, 2010). Además, el uso de los medios de comunicación e instrumentos como las redes sociales fue y siguen siendo fundamentales para lograr que la campaña en pro de la protección de derechos de los homosexuales sea efectiva.

Así las cosas, el Congreso colombiano tiene herramientas de sobra para proferir una ley que respete los derechos y garantías constitucionales. Y si bien la Corte Constitucional no ha publicado la sentencia C-577 de 2011,<sup>1</sup> los límites que impone el alto tribunal no pueden exceder la misma Constitución, que a fin de cuentas debe ser la herramienta que limite al legislador. Además, según el comunicado de prensa sobre el mencionado fallo, la Corte establece que el matrimonio al que se refiere la Constitución y la ley está ligado a la pareja heterosexual, pero aclara que el matrimonio entre parejas del mismo sexo no está prohibido por la Carta.

Es menester reconocer que en este caso en particular, la Corte, a diferencia de otras materias sometidas a su juicio, cumple con la dinámica deliberativa propia de una democracia del Estado social de derecho, pues reconoce que el legislador, “dentro del ámbito de su competencia para desarrollar la Constitución Política” (República de Colombia, Corte

---

<sup>1</sup> Para la fecha de la entrega de los avances, el texto completo de la sentencia aún no había sido publicado.

Constitucional, sentencia C-577 de 2011), es el llamado a adoptar el remedio jurídico para garantizar el goce efectivo de los derechos de las parejas del mismo sexo.

## Conclusiones

Como se puede observar a partir de los resultados parciales de esta investigación, el ente legislativo tiene la obligación de entrar en un minucioso y delicado estudio sobre la regulación del tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo; además de la imposición impuesta por la Corte Constitucional, en virtud de la protección de los derechos consagrados en la Carta, y el criterio acogido por la CIDH, en el derecho internacional se han generado sustanciosos argumentos que dan un piso firme para comenzar la discusión sobre el tema en instancias legislativas.

Y si bien el debate en el Congreso debe realizarse teniendo en cuenta los instrumentos mencionados, es determinante el papel que los activistas en pro de la causa tienen sobre la deliberación, pues siguiendo un poco la tradición de otros países que han reconocido el derecho, la fuerza que debe emplearse para lograr el cambio está en la voz de los ciudadanos y la capacidad que tienen para apoderarse de los medios de comunicación. Es necesario ejercer presión sobre cada uno de los partidos políticos, y aún más sobre cada uno de los congresistas, e incluso sobre el gobierno mismo, que, como en otras oportunidades, ha logrado acelerar procesos de legislatura abogando por los intereses del país.

Tal y como lo expresó Bimbi (2010) en su oportunidad, el debate no es acerca de lo que las personas hacen en la cama, sino sobre su unión y los derechos que se desprenden de esta, tal y como ocurre con las parejas heterosexuales. En Colombia, el debate sobre la inclusión democrática no es un debate

abierto, pues la iniciativa para cambiar el orden de las cosas inicia en instancias judiciales, cuando en el órgano legislativo debería producirse el proceso deliberativo. Es como si en Colombia se tuviera la certeza de que la inclusión por vía judicial hace parte de las democracias modernas y ello lleva a que los cambios dependan de la ideología, los intereses o el estado de ánimo del juez de turno.

## Bibliografía

- Bimbi, B. (2010). *Matrimonio igualitario*. Buenos Aires: Planeta.
- Calle, A. y García, C. (2012). *Evolución del concepto legal de familia y sus implicaciones en el reconocimiento de familias homoparentales en sus diversas formas*. s. d.
- Colombia Diversa (2012). *Cronología 5 años celebrando nuestra unión*. Recuperado de <http://www.colombiadiversa-blog.org/p/1.html>.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010, 17 de septiembre). *Karen Atala e Hijas contra el Estado de Chile*, 12.502.
- Embajada de los Estados Unidos en Panamá (2004). *Brown vs. Junta Escolar: la decisión del Tribunal Supremo que cambió una nación*.
- Estados Unidos de América, Corte Suprema de Justicia (1954). Caso *Brown et al. vs. Board of Education—Closing Arguments*.
- International Lesbian and Gay Association (ILGA), (2011). *State-sponsored homophobia report and gay and lesbian rights maps*. Recuperado de <http://ilga.org/ilga/en/article/1161>.
- Przeworski, A. (2010). *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- República de Argentina, Congreso de la Nación (2010), Ley 26.618.

República de Argentina, Corte Suprema de Justicia (2009, 10 de noviembre). Caso Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14, CCABA). Exp 34292/0 Juzgado 1° Inst. Contencioso Adm. N° 15, Argentina.

República de Colombia, Congreso de la República (2011a). Proyecto de ley por medio del cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros.

— (2011b). Proyecto de ley por medio del cual se regula la unión civil entre parejas del mismo sexo y se dictan otras disposiciones.

— (2011c). Proyecto de ley por medio del cual modifica el Código Civil, el Código de Infancia y la Adolescencia y se dictan otras disposiciones.

— (2011d). Proyecto de ley por medio del cual se crea el contrato de unión civil entre personas.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1047/01.

—, Comunicado de Prensa C-577/11.

República de México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal (2009, 29 de diciembre). Gaceta Oficial, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Promovente: Procurador General de la República (Suprema Corte de Justicia del Distrito Federal de México 16 de agosto de 2010).

República de México, Congreso de la Nación (2006). Gaceta Oficial del Distrito Federal, Ley de las Sociedades de Convivencia.

— (2009). Gaceta Oficial del Distrito Federal, decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

## **Anexo. Derechos de la población LGBTI en el mundo**

Siguiente página

Fuente: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA).





# La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos\*

*Natalia Cárdenas Marín\*\**  
*Juan Felipe Lozano Reyes\*\*\**

## Resumen

En este escrito se presenta un estudio del contenido que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ha dado al derecho a la libertad de expresión a través de los pronunciamientos de varios de sus organismos. A partir de allí se examina el desarrollo que han tenido las funciones del mencionado derecho en la jurisprudencia interamericana y se hace

---

\* Avance de investigación dentro del marco de la presentación de un *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Richard Vélez vs. Colombia*, bajo la tutoría de los doctores Nayid Abú Fager y María Teresa Palacios y con la dirección de la doctora Beatriz Londoño.

\*\* Miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP), Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico: nataliacardenasmarin@gmail.com.

\*\*\* Miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP), Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Correo electrónico: lozano.juan@ur.edu.co.

hincapié en el hecho de que no se ha desarrollado la llamada *función instrumental* del derecho a la libertad de expresión, que permite que sea una herramienta fundamental para la protección y garantía de otros derechos. Por esto, la última parte del trabajo muestra la importancia de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos trate este tema en sus sentencias, para el mejoramiento del sistema jurídico interamericano.

*Palabras clave:* libertad de expresión, sistema interamericano, derechos humanos, funciones de libertad de expresión y jurisprudencia interamericana.

## Introducción

El presente documento se originó de una investigación adelantada por miembros del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario, con el apoyo del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad, cuyo objetivo fue realizar un *amicus curiae* que fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Richard Vélez *vs.* República de Colombia.

Si bien por razones de confidencialidad no es posible en este espacio referenciar los pormenores del caso mencionado, sí vale la pena destacar que involucra el derecho a la libertad de expresión, así como la eventual vulneración de otros derechos (el derecho a la familia y los derechos de los niños, por ejemplo). Por esto, la investigación que culminó en la construcción del *amicus curiae* tuvo como eje central la idea según la cual el derecho a la libertad de expresión puede, además de actuar como un derecho autónomo, ser un punto de articulación para la garantía y la protección de otros derechos. Para probar dicha aseveración, el grupo realizó un estudio de la doctrina y la jurisprudencia interamericanas sobre la libertad de expresión

y determinó los elementos constitutivos de este derecho para, luego, usando los conceptos de *función instrumental* e *interdependencia de los derechos humanos* (que serán tratados más a fondo en el presente escrito), establecer una relación entre la libertad de expresión y otros derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El trabajo de investigación culminó, efectivamente, con un escrito presentado ante la Corte IDH, a principios de marzo de 2012.

Este texto recoge los insumos teóricos recaudados en la investigación que le dio sustento al *amicus curiae*, pero extiende sus alcances al plantear, como se verá, un estudio más detallado de la jurisprudencia interamericana y un posterior aparte propositivo, en el que se describen problemáticas que atañen a la libertad de expresión en el marco del sistema jurídico interamericano. Así, la estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, la metodología; en segundo lugar, una breve reseña de los planteamientos de tres importantes filósofos (Baruch Spinoza, John Locke e Immanuel Kant), quienes con sus ideas dieron origen a la modernidad y perfilaron las bases del concepto contemporáneo de libertad de expresión; en tercer lugar, con base en el análisis jurisprudencial y doctrinal realizado en la etapa de investigación, se presenta el contenido del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y, a partir de allí, se determinan las funciones de este derecho y el grado de desarrollo que han tenido en la jurisprudencia de la Corte IDH; en cuarto lugar, se hace hincapié en la llamada *función instrumental* de la libertad de expresión y se establece la importancia y algunos retos que tiene la Corte IDH al tratar dicha función en sus pronunciamientos para una mejor protección de la libertad de expresión y de todos los derechos contenidos en la Con-

vención, y, por último, se relacionan algunas conclusiones que pueden ser extraídas de lo tratado.

Con todo lo anterior, se pretenden evidenciar algunas herramientas jurídicas para la defensa de la libertad de expresión en las Américas y para el fortalecimiento de la justicia interamericana, formando conciencia acerca de la importancia de este derecho para el desarrollo de sociedades democráticas y plurales, y para la garantía y el libre ejercicio de los demás derechos inherentes a la naturaleza humana universalmente reconocidos. Igualmente, entendiendo que desde la academia es posible contribuir a la promoción de los derechos humanos, este documento busca generar una mayor difusión y facilitar la construcción del marco teórico de la libertad de expresión.

## Metodología

Con base en un diseño metodológico teórico y usando los insumos recaudados para la construcción del *amicus curiae*<sup>1</sup> presentado en el caso Richard Vélez *vs.* Colombia ante la CIDH se llevó a cabo una revisión doctrinal de los orígenes teóricos del derecho a la libertad de expresión. Luego se investigaron las referencias hechas sobre este derecho y qué tratamiento ha tenido en el contexto de la doctrina emitida por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. A continuación se trabajó alrededor de lo que esa misma doctrina ha denominado la *triple función de la libertad de expresión*. Finalmente, se profundizó en la función instrumental, haciendo un análisis de la jurisprudencia interamericana sobre la materia.

---

<sup>1</sup> El *amicus curiae* es un mecanismo de participación por el cual uno o varios ciudadanos presentan un escrito ante un tribunal con el objetivo de proporcionar a los jueces elementos de juicio para resolver un determinado caso que tiene gran trascendencia social. El Grupo de Acciones Públicas (GAP) ha presentado *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Perú, el Tribunal Supremo de España y la CIDH.

## Orígenes teóricos del derecho a la libertad de expresión

Para entender la trascendencia actual del derecho a la libertad de expresión y sus funciones, es necesario aludir, aunque sea brevemente, a los orígenes teóricos de este derecho para tener claro su contexto filosófico. En este orden de ideas, la libertad de expresión aparece con la modernidad, una vez se empieza a perfilar la noción de individuo dentro del ámbito de la filosofía política y se abandona la noción colectivista que impregnó el pensamiento medieval (Ansuátegui, 1994, p. 15). Serán filósofos de la talla de Spinoza, Locke, Milton y Kant quienes dan sustentación filosófica a la necesidad de que el individuo goce de la libertad de expresión en el marco del Estado. En efecto, la libertad de expresión para estos autores es, en términos generales, un resultado lógico de la libertad de toda persona, presupuesto necesario para la celebración del acuerdo que dará lugar a la cesión de soberanía, indispensable para la conformación del Estado.

Como se evidencia en el juicioso estudio realizado por el profesor español Francisco Javier Ansuátegui Roig (1994), *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, fue Spinoza el primero en hablar abiertamente sobre un derecho a la libertad de expresión viéndolo, además, como necesario para la misma existencia del Estado; de este modo, en su obra *Tratado teológico-político*, el filósofo holandés hace una férrea defensa del derecho que le asiste a todo ser humano de que en un Estado libre esté “permitido que cada uno piense lo que quiera y diga lo que piense” (Spinoza, citado en Ansuátegui, 1994, pp. 174-175). Esto es así porque la visión que tiene Spinoza del Estado no implica una cesión absoluta de soberanía por parte del individuo, pues de lo contrario se estaría dando paso a un Estado de opresión completamente inaceptable.

Por consiguiente, las personas conservan unos ámbitos de libertad que incluyen la libertad de pensamiento y expresión que no pueden suprimirse “sin suprimir al hombre mismo” (Ansuátegui, 1994, p. 207). En consecuencia, para Spinoza la libertad de expresión es indispensable en un Estado, porque ayuda a la conservación de la paz y, en el ámbito social, permite corregir los errores de los otros y conseguir acuerdos y soluciones comunes.

La libertad de expresión también encuentra sustento teórico en el constitucionalismo inglés inspirado por las tesis de John Locke. En su afán por sustentar la necesidad de la separación entre Iglesia y Estado, luego de la revolución inglesa, este filósofo ve en la libertad un derecho natural y, por ese camino, entiende que la libertad de pensamiento y de expresión concretan la libertad abstracta y, por lo tanto, deben ser protegidas por el Estado a través de la abstención; esto es, evitando cualquier interferencia de los poderes públicos en temas que son del estricto fuero del individuo (Ansuátegui, 1994, p. 264). Por otra parte, la libertad de expresión es también una necesidad del Estado inglés. En efecto, un sistema parlamentario solo puede funcionar si se reconoce el derecho a la libertad de expresión de quienes participan en este, pues es indispensable conocer los argumentos de los otros en aras de realizar el ejercicio deliberativo propio de los parlamentos.

Años más tarde, Immanuel Kant también se referiría a la libertad de expresión en su célebre texto *¿Qué es la ilustración?*, en el que luego de hacer una apología de la libertad personal indica que la ilustración solo exige del hombre el ejercicio público de la propia razón, lo que implica expresar de forma libre las opiniones. En otras palabras, ese uso público es aquel que se le da a la razón cuando los individuos interactúan con otros, cuando se involucran en los debates propios de su co-

munidad. Para Kant este debe ser un ejercicio completamente libre y solo esa acción discursiva puede llevar a la ilustración, porque permite que las personas razonen por sí mismas (Kant, 2004).

Del breve recorrido hecho, cabe destacar la importancia que le dan los filósofos a la idea de que la libertad de expresión es un derecho consustancial a la idea abstracta de libertad, así como una consecuencia natural al hecho de que el ser humano es capaz de razonar. Existen, además, razones prácticas para la defensa de ese derecho: por más de que así lo quiera la autoridad, resulta imposible inmiscuirse en la mente de las personas y controlar cada una de las cosas que dicen. Sin embargo, cabe decir que es también común la idea de que la libertad de expresión tiene ciertos límites por el hecho de que el individuo vive en una sociedad y en un determinado Estado. Así, por ejemplo, Spinoza considera que la libertad de expresión puede limitarse si con su ejercicio se amenaza la paz del Estado o se afectan los derechos de otros. Locke, por su parte, entiende que el control que las autoridades hagan de ciertas publicaciones sediciosas o injuriantes debe hacerse a posteriori, condenando así la censura previa. Kant, finalmente, admite que ciertas personas pueden ver limitado su derecho a expresarse por su posición como funcionarios públicos, por ejemplo.

Es evidente que a partir de las construcciones de estos filósofos y de muchos otros se ha desarrollado la noción actual del derecho a la libertad de expresión y es en estas tesis (entre otras) en que los sistemas jurídicos encuentran fundamento. Como se verá a continuación, el interamericano no es la excepción.

## Contenido del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

Respecto al derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha desarrollado su jurisprudencia a partir de su consagración en el artículo 13 de la CADH y de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de 2000,<sup>2</sup> documento elaborado y aprobado en el marco de la Organización de Estados Americanos, con el fin de otorgar un marco jurídico a la libertad de expresión y de establecer unos principios para la interpretación del artículo 13 de la CADH que incorporen los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho. Así se ha pronunciado al respecto en las opiniones consultivas OC-5/85 y OC-7/86 y en casos como “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, Ivcher Bronstein *vs.* Perú, Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Palamara Iribarne *vs.* Chile, Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Kimel *vs.* Argentina, y en los más recientes casos Tristán Donoso *vs.* Panamá, Ríos y otros *vs.* Venezuela y Perozo, y otros contra el mismo Estado.<sup>3</sup>

Sobre el contenido del artículo 13, la Corte ha establecido que esta norma “reconoce a todas las personas los derechos y libertades de expresar su pensamiento, de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, así como el derecho colectivo a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Corte IDH, caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, 2009, párr. 115).<sup>4</sup> Lo anterior implica que este de-

---

<sup>2</sup> Aprobada por la Corte IDH en octubre de 2000, en el periodo 108 ordinario de sesiones.

<sup>3</sup> Para mayor información sobre estos pronunciamientos remitirse a la bibliografía.

<sup>4</sup> Véase también OC-5/85, 1985, párr. 30.

recho es una facultad jurídica (Corte IDH, Informe 130/99; Caso 11.740, 1999, párr. 48), en la cual se debe distinguir una dimensión individual y una social. La primera comprende el derecho a hablar o escribir, así como el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y opiniones y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. De esta forma, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles (Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 2004, párr. 78).<sup>5</sup> La dimensión social, por su parte, implica el derecho de todos a recibir y conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros; en este sentido, según la Corte, para los ciudadanos es igualmente importante difundir las propias ideas como conocer las ideas e informaciones de otro (Corte IDH, Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, 2004, párr. 110).<sup>6</sup>

### **Funciones de la libertad de expresión**

Con lo anterior, se demuestra la trascendencia que tiene el derecho a la libertad de expresión para el desarrollo de las sociedades del continente, razón por la cual es necesario un estudio minucioso de las funciones que a este derecho se le ha asignado. En este sentido, la importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático, las cuales están compuestas por: 1) la protección que el derecho de la libertad de expresión implica respecto al derecho de acceso a la información, 2) la relación entre libertad de expresión y democracia y 3) la función instrumental de este derecho (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Corte IDH, 2009, párr. 6).

---

<sup>5</sup> Véase también Corte IDH, caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004, párr. 109); “La última tentación de Cristo” *vs.* Chile (2001, párr. 65).

<sup>6</sup> Véase también Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay (2004, párr. 79) y “La última tentación de Cristo” *vs.* Chile (2001, párr. 66).

La primera función comprende *la libertad de buscar y recibir información de toda índole*. En ese sentido, el acceso a la información es de vital importancia para la comunidad, pues permite a los ciudadanos conocer qué sucede a su alrededor, dándoles la posibilidad de tomar decisiones individuales. Al respecto, la Corte ha afirmado que “una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (Corte IDH, OC-5/85, 1985, párr. 70). Así, la libertad de expresión es una condición esencial para que la sociedad democrática esté suficientemente informada (Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo” *vs.* Chile, 2001, párr. 68).

En segundo lugar, el derecho a la libertad de expresión tiene una importante *relación estructural con la democracia*, pues es considerado por la jurisprudencia interamericana “la piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática” (Corte IDH, caso Ríos y otros *vs.* Venezuela, 2009, párr. 105).<sup>7</sup> En este sentido, el Estado debe garantizar a la población la posibilidad de difundir información o ideas para satisfacer las demandas de pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Así, en ausencia de libertad de expresión se debilita el sistema democrático, los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios (Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 2004, párr. 87),<sup>8</sup> debido a que la participación fundamental que corresponde a un sistema democrático se anula.

---

<sup>7</sup> Véase también Corte IDH, caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004, párr. 112); Ricardo Canese *vs.* Paraguay (2004, párr. 82); Kimel *vs.* Argentina (2008, párrs. 87 y 88); OC-5/85 (1985, párr. 70).

<sup>8</sup> Véase también Corte IDH, caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004, párr. 116).

Por último, “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos” (Corte IDH, Informe 38/97, 1997, párr. 72), lo cual indica que este derecho cumple con una *labor instrumental* al ser una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos humanos consagrados en el sistema interamericano. Por ello resulta que la libertad de expresión es también garantía directa o indirecta de otros derechos, sin perder de vista que cuenta con una entidad propia. Es menester señalar que lo anterior se desprende de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

Así es como el marco jurídico interamericano ha tenido en cuenta el valor instrumental del derecho a la libertad de expresión en documentos internacionales como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, donde se hace hincapié en la importancia de este derecho para el desarrollo y protección de los demás derechos humanos; sin embargo, la Corte IDH —como órgano jurisdiccional del sistema— ha dejado en un segundo plano este aspecto del derecho a la libertad de expresión y se ha inclinado por cultivar en su jurisprudencia lo atinente a la protección del derecho de acceso a la información y a delimitar la relación entre libertad de expresión y democracia, tal como se verá a continuación.

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre la libertad de expresión ha surgido en razón de casos cuyo conocimiento le ha permitido, entre otros, delimitar el rol de los medios de comunicación y periodismo (v. gr. caso Perozo y otros *vs.* Venezuela o el caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú), establecer la importancia de la libertad de pensamiento y expresión en el marco de una campaña electoral (v. gr. caso Ricardo Canese

*vs. Paraguay*) y determinar los alcances sobre las restricciones a la libertad de pensamiento y expresión (v. gr. caso *Tristán Donoso vs. Panamá* o caso *Kimel vs. Argentina*).

Durante este proceso ha desarrollado las funciones que este derecho cumple en un sistema democrático, estableciendo una doctrina sólida y uniforme en lo que respecta al acceso a la información y a su relación “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental” con la democracia (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Corte IDH, 2009, p. 3), pero caracterizándose por una ausencia de pronunciamiento en cuanto a su función instrumental.

Respecto al acceso a la información, en casos como *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte señaló que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información (Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, párr. 84). Ahora, teniendo en cuenta los hechos del caso, la trascendencia de la mencionada sentencia radica en la interpretación que hace del artículo 13 de la CADH respecto al acceso a la información que se encuentra bajo control de la administración pública. En este sentido, señala que:

[...] el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla. (Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, párr. 77)

Por otra parte, en cuanto al rol que cumple el derecho a la libertad de expresión en el desarrollo y subsistencia de la democracia, la Corte, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, establece que:

[...] el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público. (Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004, párr. 127)<sup>9</sup>

Así, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* se dice que a raíz de lo anterior se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático y, además, al permitir el ejercicio de ese control se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (Corte IDH, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, párr. 83).<sup>10</sup> Adicionalmente, ha reiterado que:

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos,

---

<sup>9</sup> Véase también Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (1999, párr. 155).

<sup>10</sup> Véase también Corte IDH, caso *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004, párr. 97); *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004, párr. 127); *Ivcher Bronstein vs. Perú* (1999, párr. 155).

los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. (Corte IDH, caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, 2006, párr. 85)<sup>11</sup>

Luego del estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH, se pueden vislumbrar pocos intentos por sentar una doctrina sobre la función instrumental del derecho a la libertad de expresión. En el caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, a partir del análisis de la importancia de la libertad de pensamiento y expresión en el marco de una campaña electoral, la Corte manifestó que en estos contextos:

La libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos. (Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 2004, párr. 88)

En este sentido, el derecho a la libertad de expresión puede considerarse una herramienta para la guarda de los derechos políticos, pues el ejercicio de ambos se encuentra íntimamente ligado y se fortalece entre sí (Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 2004, párr. 90).

---

<sup>11</sup> Véase también Corte IDH, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay (2004, párr. 82); Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica (2004, párr. 112); OC-5/85 (1985, párr. 70).

Posteriormente, en el caso *Claude Reyes*, anteriormente citado, la Corte afirma que:

[...] la jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo. (Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2006, párr. 75)

Lo anterior implica un intento de reconocimiento por parte del Tribunal de que el derecho a la libertad de expresión cumple una función trascendental para el ejercicio de otros derechos humanos.

Sin embargo, la incipiente jurisprudencia de la Corte sobre la función instrumental del derecho a la libertad de expresión ha impedido que se cuente con una línea clara que sirva de base para la toma de decisiones sobre futuras violaciones de este derecho y de los demás que pudieran verse amenazados o vulnerados.

### **Retos de la Corte IDH frente a la función instrumental del derecho a la libertad de expresión**

Como se evidencia, a pesar de la vasta jurisprudencia de la Corte IDH sobre el referido derecho y la importancia que le asiste para el ejercicio de los demás derechos humanos, el desarrollo de su función instrumental es escaso. Vale la pena destacar que la Comisión ha acuñado los primeros pasos para un desarrollo doctrinal al respecto indicando que “el derecho a la libertad de expresión es fundamental para el desarrollo

de la democracia y para el ejercicio pleno de los derechos humanos” (Informe 130/99, caso 11.740, 1999, párr. 48) y exhibiendo su posición en casos como *Barrios Altos vs. Perú*, donde novedosamente indicó que el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos se enraiza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Asimismo, “en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos” (Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párr. 45). En dicho caso, sin embargo, la Corte IDH se abstuvo de pronunciarse al respecto, por considerar que la cuestión sobre el derecho a la verdad de las víctimas quedó resuelta al haberse declarado la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención (relativos a las garantías judiciales y a la protección judicial), evitando así una decisión de fondo sobre el papel de la libertad de expresión en este tipo de casos.

Un avance en esta materia será reconocer que el derecho a la libertad de expresión desempeña un papel fundamental a través de su función instrumental para resolver casos de graves y sostenidas violaciones a los derechos humanos. Así, por ejemplo, primero, la vulneración de la libertad de expresión de las víctimas de un conflicto armado no solo significa afectar ese derecho per se, sino que constituye, además, una afrenta contra los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto se hace imposible para las personas dar a conocer su caso ante las autoridades y la sociedad, o se les impide acceder a la información y a los registros que servirían para resolver su duelo. Y, segundo, en estas circunstancias se vería afectada la

sociedad entera porque solo mediante la circulación abierta de información y el fácil acceso a esta es posible reconstruir los hechos del pasado para crear memoria histórica que sirva de garantía de no repetición.

Sin embargo, la función instrumental de la libertad de expresión no es aplicable únicamente a situaciones extremas como un conflicto armado o la violación sistemática y grave de derechos humanos; en efecto, este derecho es indispensable para la protección de otros derechos humanos en situaciones de “normalidad”. Para mostrar lo anterior, a continuación se dan algunos ejemplos que se refieren a la relación que tiene la libertad de expresión con el derecho al trabajo, el derecho a la familia y los derechos de los niños y con el derecho a la administración de justicia y a las garantías judiciales. Finalmente, se hace una breve reflexión en torno a la importancia que tiene la libertad de expresión como instrumento para la protección de la dignidad humana.

La relación del derecho a la libertad de expresión y el derecho al trabajo puede verse claramente en el caso de aquellas que dependen de la expresión pública de ideas y opiniones. El más notorio es el de los periodistas, cuyo trabajo consiste en la publicación de sus argumentos y opiniones en foros abiertos y medios de comunicación. Sin embargo, otras profesiones, como la abogacía u ocupaciones como la labor parlamentaria, también requieren el libre ejercicio de la libertad de expresión para llevarse a cabo. La importancia de esto radica en que la libertad de expresión no es solo un derecho ciudadano, sino que su ejercicio es, además, un modo de subsistencia para estas personas y sus familias, por cuanto los provee de los recursos necesarios. De esta manera, garantiza un modo de vida digno y permite el cumplimiento de lo dispuesto en la Declaración

Universal de los Derechos Humanos,<sup>12</sup> al permitir que las personas puedan trabajar y obtener recursos de ello. En otras palabras, la libertad de expresión se encuentra en conexión con el *derecho al trabajo* (art. 6 del Protocolo de San Salvador) y con la obtención de un *mínimo vital de recursos*. A partir de allí también puede verse clara la relación entre la *libertad de expresión* y el *derecho a la familia y los derechos de los niños*: si el derecho a la libertad de expresión es necesario para la subsistencia en algunos casos, entonces de este dependerá el bienestar de la familia y de los niños que en ella hubiere.

Ahora bien, como parte de los derechos de los niños se encuentra el que tienen de recibir educación adecuada. Así, por mandato del artículo 19 de la CADH, se deben tomar medidas especiales de protección para garantizar el derecho a la educación de los niños en razón de su situación de vulnerabilidad. En este sentido, la educación de los niños está íntimamente ligada con el derecho a la libertad de expresión, por cuanto es necesario que los maestros y los mismos padres gocen de la posibilidad de enseñarles a sus hijos lo que ellos consideren necesario con las limitaciones propias de un Estado de derecho. Por supuesto, es indispensable que los niños y, en general, los alumnos ejerzan libremente el derecho a expresarse, para poder completar satisfactoriamente su proceso formativo.

Por otra parte, el ejercicio pleno del derecho a expresarse libremente es trascendental para el ejercicio del derecho a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25 de la CADH). Para la comparecencia ante un tribunal y el ejer-

---

<sup>12</sup> “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23).

cicio de las acciones legales tendientes a la protección de los derechos de las personas, estas deben poder contar libremente los hechos que les constan y, en general, deben poder dar su testimonio a la justicia sin el peligro de ser amenazados o afectados de algún modo por sus afirmaciones. Los juicios públicos, abiertos y la administración de justicia efectiva requieren la libertad de expresión para el esclarecimiento de los hechos y la correcta aplicación del derecho.

Finalmente, vale la pena resaltar la importancia que tiene el derecho a la libertad de expresión, en su función instrumental, para la dignidad de las personas. Como se evidencia en los ejemplos propuestos, la libertad de expresión es un instrumento esencial para el ejercicio de otros derechos humanos. Si se considera que en la concepción contemporánea los derechos son garantía y muestra de la dignidad humana, puede decirse que la libertad de expresión es un instrumento eficaz para la protección de la dignidad de las personas en las democracias. Lo anterior se ve reforzado, por cuanto la libertad de expresión no solo permite el ejercicio pleno de los derechos y libertades, sino que propicia la consolidación de un sistema político sano, en el que los ciudadanos pueden participar activamente y sin restricciones injustificadas.

Abundan los ejemplos de derechos que pueden verse violados o vulnerados cuando se desconoce el derecho a la libertad de expresión, de ahí se deriva la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial por parte de la Corte IDH. Esto nos conduce a advertir cuál es la importancia de que el tema bajo análisis se someta a estudio de este órgano interamericano: la jurisprudencia de la Corte se enmarca dentro del esfuerzo del sistema regional americano para consolidar una jurisdicción internacional en materia de protección a los derechos humanos y donde se acepta que los pronunciamientos sean

de carácter vinculante para los Estados que hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte. En este sentido, la tutela internacional ha sido posible, gracias a la obligatoriedad de las sentencias que se profieren en el ámbito interamericano ante el fracaso de los mecanismos internos de protección; entonces, teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH debe exponer la magnitud que tiene el derecho a la libertad de expresión en los ordenamientos jurídicos y su influencia sobre los demás derechos que se ven indirectamente afectados cuando no se establecen las garantías necesarias para que las personas puedan libremente expresar su pensamiento, buscar, recibir y difundir informaciones, de tal forma que sea de carácter vinculante para los Estados.

Cabe señalar, además, que en los casos en que se produzcan violaciones del derecho a la libertad de expresión, la Corte debe salvaguardar no solo este derecho en sí mismo, sino también aquellos cuya violación se derive del desconocimiento de aquel, de tal forma que se pueda condenar integralmente al Estado que sea responsable. Sin embargo, es innecesario esperar a que se produzcan violaciones de derechos humanos en los Estados para activar la actuación de la Corte IDH; por el contrario, un desarrollo jurisprudencial trae consigo la formación de una cultura que valora, defiende y promueve los derechos humanos y cuyo alcance será preventivo de futuras violaciones, más que reparador de aquellas transgresiones que recaigan sobre el derecho a la libertad de expresión y de los derechos conexos.

Por otro lado, a pesar de que se ha hecho hincapié en los pronunciamientos de la Corte IDH en asuntos contenciosos, no podemos descartar que su competencia consultiva también es un mecanismo del que se debe hacer uso, pues las opiniones consultivas permitirían interpretar la Convención

u otros tratados de derechos humanos y establecer un *corpus juris*<sup>13</sup> sobre el significado y alcance de la función instrumental del derecho a la libertad de expresión, no obstante carecer de fuerza vinculante como las sentencias.<sup>14</sup>

Para finalizar, es pertinente subrayar que lo anterior se fortalece con la recepción que los Estados realizan de los pronunciamientos de la Corte IDH, tanto de sentencias como de opiniones consultivas, en su ordenamiento jurídico, reconociendo la misión del tribunal internacional como intérprete de la CADH y aceptando, por lo tanto, el imperio de la jurisprudencia interamericana en el orden interno (García Ramírez, 2005, p. vii). Así, “la verdadera trascendencia de los pronunciamientos de la justicia internacional en materia de derechos humanos radica en la influencia que tienen en la orientación de leyes, decisiones judiciales, programas administrativos y prácticas nacionales” (García Ramírez, 2005, p. vii); por ello en materia de derecho a la libertad de expresión la jurisdicción internacional puede ser un estándar de referencia

---

<sup>13</sup> Al respecto, la Corte IDH manifestó que “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (Corte IDH, OC-16/19, 1999, párr. 115).

<sup>14</sup> La Corte IDH posee una doble competencia: una consultiva y otra contenciosa. Respecto la primera, es desarrollada por medio de opiniones consultivas, las cuales tienen fuerza moral y jurídica, pero no son de carácter obligatorio como las sentencias. En este sentido, “no debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” (Corte IDH, OC-1/82, 1982, párr. 51), pues tal como se desprende de lo establecido el artículo 64 de la CADH, su objetivo es realizar una interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, diferente a la competencia contenciosa, en que el propósito radica en solucionar un litigio.

para las naciones americanas en el establecimiento de políticas que tiendan a su promoción y protección.

Con lo anterior, se ha demostrado la trascendencia del derecho a la libertad de expresión, por un lado, como derecho autónomo y, por el otro, en el ejercicio de los demás derechos esenciales del ser humano. Por ello es necesario abrir la discusión y el debate acerca de su función instrumental para defender los derechos humanos como un todo indivisible y para evitar que se desconozcan otros derechos, haciendo más gravosa la situación de estos en el continente americano.

### **Reflexiones y conclusiones**

El derecho a la libertad de expresión trae consigo un sinnúmero de retos tanto nacionales como internacionales. De todo lo expuesto cabe concluir:

1. La tendencia internacional sobre el derecho a la libertad de expresión debe establecer como uno de sus objetivos es crear un *corpus iuris* de derecho internacional sobre la función instrumental para evitar violaciones futuras de derechos humanos que partan del desconocimiento de la libertad de expresión. La influencia y la legitimidad del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno es fundamental para el cumplimiento de esta tarea y la consolidación de una cultura de protección de los derechos humanos.
2. Así, es menester que la jurisprudencia interamericana reconozca explícitamente la función instrumental de la libertad de expresión porque, de este modo, en los casos en los que se presente una violación, la Corte IDH podrá también otorgar protección para los derechos que se vean vulnerados indirectamente sin desco-

nocer el carácter autónomo de la libertad de expresión como derecho humano contenido en la CADH.

3. Lo anterior cobra especial fuerza si se tiene en cuenta que América Latina, en especial, es una región cuyos Estados aún tienen graves dificultades para consolidar la democracia y garantizar los derechos de todos los ciudadanos.
4. Reconocer que la libertad de expresión es fundamental para el ejercicio de los otros derechos es un paso en la dirección correcta para que todos los americanos gocen de los beneficios de un Estado de derecho, en el que todos pueden discutir y expresar sus opiniones libremente.

## Bibliografía

- Ansuátegui, F. (1994). *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C-75.
- *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C-151.
- *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C-107.
- *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C-74.
- *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C-177.
- *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C-73.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C-135.
- *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C-195.
- *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C-111.
- *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C-194.
- *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C-193.
- *Declaración de principios sobre libertad de expresión de 2000*. Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el periodo 108 ordinario.
- *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A-16.
- *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A-7.
- *Informe 38/97*. Caso 10.548. Hugo Bustios Saavedra vs. Perú.
- *Informe 130/99*. Caso 11.740. Víctor Manuel Oropeza vs. México, 19 de noviembre de 1999.
- *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A-5.
- “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión

Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A-1.

García Ramírez, S. (2005). Prólogo. En *La Corte Interamericana: un cuarto de siglo (1979-2004)*. s.l.: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Kant, I. (2004). *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Barcelona: Alianza.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 1/09. 30 diciembre 2009.



# Libertad de expresión en el derecho laboral colombiano

*Aura Carolina Lozano Ortiz\**

*Melissa Pérez Zopoaragón\*\**

## Resumen

La Constitución Política colombiana consagra la libertad de expresión como derecho fundamental y tiene especial protección. En el ámbito internacional se ha destacado al igual como un derecho que es inalienable a la persona y como tal debe ser respetado. De la normativa colombiana en materia laboral se desprende el reconocimiento de la libertad de expresión dentro de las relaciones laborales en el marco de la finalidad del Código Sustantivo del Trabajo, expresada en artículo 1,

---

\* Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana. Miembro activo y coordinadora del Semillero de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho. Correo electrónico: [aura.lozano@unisabana.edu.co](mailto:aura.lozano@unisabana.edu.co).

\*\* Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana. Miembro activo y coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Interinstitucionales del Semillero de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro activo del Semillero Interdisciplinario en Responsabilidad Social (SIRS). Correo electrónico: [melissa.perez@unisabana.edu.co](mailto:melissa.perez@unisabana.edu.co).

que es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El presente documento se propone dilucidar los componentes de la libertad de expresión aplicados al derecho laboral tanto individual como colectivo en Colombia. Se expone como punto de partida el concepto de libertad de expresión de forma general y su consagración en la Carta Política, para luego revisar el tratamiento que se ha dado al tema por la Corte Constitucional, especialmente en el ámbito del trabajo, y determinar el marco normativo laboral en el que las autoras consideran se desarrolla en la legislación laboral vigente.

*Palabras clave:* libertad de expresión, obligaciones y prohibiciones del empleador y del trabajador, reglamento interno de trabajo, libertad sindical, asociación sindical.

## **Introducción**

Este documento trata el concepto de *libertad de expresión* en el derecho laboral colombiano. Se busca determinar el ámbito de aplicación de este derecho fundamental dentro del marco normativo colombiano del trabajo, teniendo como punto de partida las sentencias de la Corte Constitucional, instrumentos internacionales y normatividad laboral.

Este escrito surge de la inquietud del Semillero de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por profundizar en un tema que en Colombia no se ha ahondado lo suficiente en el área laboral. Por ello esta reflexión se propone mostrar cómo la libertad de expresión se reconoce tanto en el derecho laboral individual como en el colectivo.

## Metodología

La metodología utilizada es de corte descriptiva-documental, por cuanto se revisó la Constitución Política y el Código Sustantivo del Trabajo, a fin de determinar el tratamiento, la implementación y las manifestaciones de la libertad de expresión en el campo laboral. Se examinaron sentencias de la Corte Constitucional desde 1992 hasta 2011, con la escogencia de aquellas que tenían más relevancia con el tema objeto de estudio y claridad respecto al alcance del derecho. Asimismo, se alude a instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión.

## Concepto sobre libertad de expresión en organismos e instrumentos internacionales

Encontramos en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (Naciones Unidas, s. f.). Se consagra entonces la libertad de expresión como un derecho humano o fundamental.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”, por cuanto se instituye como el cimiento sobre el cual se edifican otros derechos. “Es indispensable para la formación de la opinión pública y también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”. Es, en fin, “condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente

informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (Corte IDH, 1985, párr. 70). Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 consagra, entre otros aspectos, que:

[...] las personas tienen derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, el que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Dicho derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a “responsabilidades ulteriores”; y ante todo, deben respetarse los derechos a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (Organización de los Estados Americanos, 1969)

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que ninguna persona puede ser molestada a causa de sus opiniones y tiene derecho a la libertad de expresión. Su alcance es similar al del artículo 13 de la Convención Americana mencionada, pero agrega que “entraña deberes y responsabilidades especiales” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

En el mismo sentido, está el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades fundamentales, que se refiere también al sometimiento a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley (European Court of Human Rights, 2002). Lo anterior, nos da luces sobre el tratamiento dado al

concepto *libertad de expresión*, por importantes instrumentos internacionales.

## **Libertad de expresión en la Constitución Política y en las sentencias de la Corte Constitucional**

El Estado colombiano no ha sido la excepción en la búsqueda incansable en el reconocimiento de los derechos humanos; precisamente uno de ellos, la libertad de expresión, hace parte de la lista de derechos fundamentales que emanan de la Constitución de 1991 y que tiene especial protección.

Así es como el artículo 20 de la Constitución Política establece el mencionado derecho garantizando a:

[...] toda persona la *libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones*, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Cursivas de las autoras)

Gracias a que dicho derecho se encuentra estipulado y amparado por la Constitución, goza de un especial favor que, a su vez, implica que sea de obligatorio cumplimiento, sin que pase a ser un derecho de carácter absoluto, puesto que admite ciertas limitantes que, al tiempo, no pueden constituir una vulneración de otro tipo de derechos de igual o superior rango constitucional.

A la Corte Constitucional se le ha confiado, en cumplimiento del artículo 241 de la Carta, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo y por ello están a su cargo la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de

los derechos constitucionales y la decisión sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Por lo anterior, ha hecho referencia a la libertad de expresión en reiteradas oportunidades, haciendo hincapié en que esta debe entenderse en sentido estricto, puesto que es necesario distinguir entre los diferentes contenidos que se desprenden de ella. Desde esa perspectiva ha definido la libertad de expresión, en sentido estricto, como:

El derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa, la cual puede ser entendida como una libertad negativa pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una libertad positiva pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación.<sup>1</sup> (Sentencia C-442 de 2011, MP Humberto Antonio Sierra Porto)

Sin embargo, la Corte no tiene una definición propia de lo que deba entenderse como libertad de expresión; pero se dejan claros en varias providencias algunos aspectos importantes que a continuación mostramos:

---

<sup>1</sup> En fecha reciente algunos autores criticaron la clásica distinción entre libertades negativas y libertades positivas. Al respecto puede consultarse a Ferrajoli (2011, pp. 151-155).

La Corte ha puesto el relieve en el carácter no absoluto de la libertad de expresión. Se reitera que las limitaciones que el orden jurídico imponga a su ejercicio deben tener como finalidad primordial, la armónica convivencia de las personas en sociedad y que, para que la restricción de estos derechos sea legítima, requiere un fundamento jurídico constitucional (sentencia T-532 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-299 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz).

Igualmente, como ya se mencionó en renglones anteriores, el derecho de expresión implica la libertad de expresar y difundir el pensamiento y opiniones; no obstante, encuentra su límite donde comienza el derecho ajeno, que generalmente se encuentra ligado a los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra, con los cuales entran en constante conflicto (sentencia T-634 de 2001, MP Jaime Araujo Rentería, y T-787 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil).

También en 2004, la Corte estableció que si bien se trata de la protección de derechos como la honra, el buen nombre y la intimidad, a la hora de ejercer el derecho a la libertad de expresión hay que someterse a ciertos límites como lo son la libertad, la finalidad, la necesidad, la veracidad y la integridad (sentencia T-787 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil).

Tres años más tarde, la misma Corporación insistió en el tema de los límites de la libertad de expresión, oportunidad en la cual considera que, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos aplicables y en virtud del principio de legalidad, las limitaciones sobre la libertad de expresión deben ser instituidas en la ley de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa, por lo cual las autoridades que establecen dichas limitaciones por fuera de la autorización legal, o sin ella, violan la libertad constitucionalmente

protegida (sentencia T-391 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa).

Más reciente, la Corte Constitucional recuerda que la libertad de expresión es un derecho fundamental de carácter preferente, razón por la cual una limitación a dicha libertad se presume inconstitucional. Empero, puede ser restringida cuando se determina que la medida supera un test de proporcionalidad y se verifica que: a) persigue una necesidad social imperiosa; b) es razonable u oportuna para lograr dicha necesidad social; c) entre todas las medidas disponibles para lograr el objetivo propuesto, es la más benigna para el derecho a la libertad de expresión, y d) está justificada por la importancia del fin perseguido por la medida restrictiva (sentencia C-442 de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

Del resumen anterior se puede inferir que la libertad de expresión es un tema que ha tenido un interesante desarrollo jurisprudencial en el que se han concretado sus características, limitantes, alcances y sus manifestaciones positiva y negativa, sin que se afecten derechos ajenos.

## **Libertad de expresión en el derecho laboral**

Antes de mencionar la normatividad colombiana es importante resaltar, a manera de ilustración, que en el derecho europeo existen pronunciamientos sobre libertad de expresión, concretamente en el ámbito laboral.

El Tribunal Constitucional español señaló en un fallo de 1985 que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno “la privación para una de las partes como es el caso del trabajador”. A él se le reconocen como ciudadano los derechos que la Constitución establece, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, y “cuya protección queda garantizada frente

a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación”, que en el ámbito de las relaciones laborales es a través del proceso laboral. Se destaca que “las organizaciones empresariales tienen libertad de empresa pero esta no legitima para que quienes prestan servicios en la organización por cuenta y bajo la subordinación emanada del contrato de trabajo” deban soportar “despojos transitorios o limitaciones injustificadas” de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional (sentencia TC 88/1985, de 19 de julio).

En Alemania, hallamos que ya en 1954 los tribunales se referían a la libertad de expresión en la esfera de trabajo. Así es como, de acuerdo con una decisión del Tribunal Federal del Trabajo, “las normas fundamentales sobre la relación de trabajo forman parte de las leyes generales, de las cuales derivan limitaciones para el derecho a la libertad de expresión”. Entre ellas se localiza el principio de lealtad, en el sentido de asumir un comportamiento que “no ponga seriamente en peligro la paz en el ambiente de trabajo y que no impida la interacción razonable con los restantes trabajadores y con el empleador”. Y se agrega que las normas sobre “limitación del derecho a la libertad de expresión que derivan de los principios y obligaciones de la relación de trabajo, deben ser interpretadas a la luz de la importancia de los derechos fundamentales” (Kissel, *Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit*, NZA 1988, 146).

Ahora bien, no debemos olvidar que el derecho al trabajo también en nuestro país es un derecho fundamental porque es inherente a la persona humana. Y, como tal, sobre este se predica la libertad de expresión, tanto en la esfera individual como en la colectiva. En Colombia, poco a poco la jurisprudencia se ha adentrado en el tema de la libertad de expresión

en el campo laboral, pero aún es insuficiente lo que existe. Sin embargo, resulta interesante que dicho derecho lo relacionen con otros que se aplican en el ámbito del trabajo, como se verá más adelante.

### **Libertad de expresión en laboral individual**

El artículo 16 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, entendido como la facultad de:

[...] realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico. (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-624 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo)

Podemos afirmar que la libertad de expresión (artículo 20) está íntimamente relacionada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16). Y el artículo 25 consagra que “[...] toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Consideramos que tanto el artículo 16 sobre libre desarrollo de la personalidad como el 25 sobre condiciones dignas y justas del derecho al trabajo sirven como base para determinar la libertad de expresión en el campo del derecho laboral.

Por lo anterior, estimamos pertinente citar artículos del Código Sustantivo del Trabajo, que se refieren de alguna manera a ellos, como los que tratan obligaciones del empleador

(artículo 57) y del trabajador (artículo 58) y, asimismo, a sus prohibiciones especiales (artículo 59, del empleador; artículo 60 del trabajador).

En el Código Sustantivo del Trabajo se hace referencia en el artículo 57 a “Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, sus creencias y sentimientos” (numeral 5) y a “Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en la que conste el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado” (numeral 7).

En el artículo 59, sobre prohibiciones especiales del empleador, se incluye “Emplear en las certificaciones de que trata el ordinal 7º del artículo 57 signos convencionales que tiendan a perjudicar a los interesados, o adoptar el sistema de ‘lista negra’, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio” (numeral 8). También “Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación”, norma en la cual se observa que la libertad de expresión no es un asunto solamente del trabajador, sino también del empleador, quien debe respetar y hacerlo respetar, sin promover un ejercicio forzado de la libertad de asociación (numeral 4). Y se prohíbe también “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad” (numeral 9).

Por su parte, el artículo 60, sobre prohibiciones del trabajador, consagra la proscripción de “Hacer colectas, rifas y suscripciones o cualquier clase de propaganda en los lugares de trabajo” (numeral 6) y de “Coartar la libertad para trabajar o no trabajar, o para afiliarse o no a un sindicato o permanecer en él o retirarse”.

Con estos artículos se nota claramente cómo la libertad de expresión es transversal en las relaciones laborales que surgen

del contrato de trabajo, pero que a su vez requieren limitaciones legales para su ejercicio. De allí se desprende que debe ser ejercida por parte del empleador y del trabajador con sumo respeto. Es necesario que la libertad de expresión no exceda los límites de la privacidad y el buen nombre.

En cuanto a la jurisprudencia, una importante sentencia en el punto entre la libertad de expresión y personalidad del trabajador y lo que comprende la subordinación derivada del contrato de trabajo, respecto a las obligaciones, prohibiciones y limitaciones, es la proferida por la Corte Constitucional en 1998 (sentencia C-299), ya que determina los parámetros de las obligaciones especiales del empleador consagradas en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, dentro de las que destaca el numeral 5 y el artículo 59 en el numeral 9, ya mencionados.

En este fallo, la Corte Constitucional hace hincapié en la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, en cuanto a la importancia y límite que se debe fijar desde la perspectiva del empleador que tiene la facultad que lo autoriza para “exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento e imponerle reglamentos [...] sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador...”. Es decir, según el alto Tribunal:

[...] corresponde al empleador impartir las órdenes, dirigir a los empleados, imponer los reglamentos, y disponer lo relativo a las relaciones internas de la empresa, con el propósito de conseguir que ella marche de acuerdo con los fines y objetivos para los cuales se creó; el trabajador debe acatar lo ordenado, y someterse a las reglas y cumplirlas, lo cual no afecta por sí solo sus derechos ni su dignidad.

Cabe resaltar que la subordinación no se puede extender hasta el punto de afectar “los derechos y prerrogativas que son esenciales a la persona humana para mantener su dignidad de tal” (sentencia C-299/98, MP Carlos Gaviria Díaz). Como lo señala la Corte Constitucional en el pronunciamiento enunciado, si bien los artículos 16 y 20 de la Constitución Política instituyen que las personas son libres para actuar y expresarse, la ejecución de una agresión, maltrato o injuria contra otra persona, evidentemente, configura un acto ilegal, un hecho ilícito en ocasiones “o un abuso o desbordamiento de los derechos de quien es agresor y la vulneración de los ajenos y traspasan los límites impuestos por la Constitución”. “Por tanto, la limitación a la libertad que tiende a frenar su mal uso y pretende la defensa de los derechos de los afectados por estas conductas, encuentra su soporte en la Carta Política”, continúa revelando la Corte. Y finaliza en la misma sentencia de 1998:

En el contexto laboral, aunque la legislación protege de manera amplia al trabajador en el pleno ejercicio de sus derechos desde la celebración del contrato, a través de su ejecución y hasta su terminación, no excusa conductas de su parte que, a más de ser inconstitucionales, entorpecen las relaciones de trabajo. Por tal razón, en el caso específico de la norma examinada, se faculta al empleador para terminar el contrato en los eventos en que el empleado ejerza actos graves de violencia en contra de él, su familia, sus representantes o socios, vigilantes o celadores.

Luego, en sentencia de la Corte Constitucional de 2004 (sentencia C-934, MP Jaime Córdoba Triviño), en la que se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 106, 118 y 119 del Código Sustantivo del Trabajo, el demandante acusa

por inconstitucionales estos tres artículos por considerar que desconocen los preceptos 25, 29, 39, 53, 58 y 209 de la Carta Política. Si bien el demandante no acusa como violado el derecho a la libertad de expresión estipulado en el artículo 20, se estima pertinente referirnos a dicho pronunciamiento, porque trata sobre la constitucionalidad del artículo 106 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a la elaboración del reglamento interno por parte del empleador “sin intervención ajena, salvo lo dispuesto en pacto, convención colectiva, fallo arbitral o acuerdo con sus trabajadores”. La Corte concluye que en el aspecto concerniente a sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, el empleador debe escuchar a los trabajadores y “abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación”.

La Corte señala que lo propio de todo reglamento de trabajo es el establecimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe desarrollarse la prestación del servicio, así como las condiciones de seguridad y orden que deben reinar en la empresa, asuntos que son conexos al elemento subordinación. También cita a la Corte Suprema de Justicia en la definición de Reglamento de Trabajo:

Es un conjunto normativo, impersonal y estable, objetivo e interno, que tiene por fin procurar el orden y la paz, la seguridad y la solidaridad, como factores indispensables a la actividad laboral y a la dignidad humana, en el proceso económico de una empresa que, al igual que otras formas del derecho de propiedad privada, debe cumplir una función social según exigencia de la misma Constitución Nacional. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de diciembre de 1980, radicación 6199, MP César Ayerbe Chaux)

Respecto al laboral individual y al laboral colectivo, en la sentencia T-657 de 2009, la Corte Constitucional estudió el caso de un trabajador sindicalizado miembro de la secretaría de prensa y propaganda del sindicato que fue sancionado con una suspensión disciplinaria de cinco días por leer y hacer circular un volante no autorizado por la empresa dentro de su turno de trabajo y en las instalaciones, en el que se aludía al maltrato de los supervisores hacia los trabajadores. En la acción de tutela, el trabajador consideraba vulnerados el derecho de información, de asociación, de mínimo vital y de defensa. El reglamento interno de trabajo de la empresa a la cual pertenece el trabajador sindicalizado, a la letra, estipula lo siguiente:

Numeral 5° del artículo 76 del Reglamento Interno de Trabajo. Prohibición para los trabajadores “[...] suspender labores para tratar asuntos ajenos al trabajo, perder tiempo o conversar frecuentemente en horas de trabajo [...]”. Numeral 112 (sic) del mismo artículo, conforme al cual está proscrito para los trabajadores “distribuir periódicos, hojas, volantes, circulares, o exhibir afiches o carteleras no ordenadas o autorizadas por la empresa dentro de las instalaciones”.

El empleador, en la impugnación, señala:

2.9. Si se aceptara que el trabajador, en ejercicio de sus derechos como el de información y el de asociación, pudiera suspender o cesar en cualquier momento sus actividades laborales dentro de su turno de trabajo, para dedicarse a la libre expresión y a la difusión de las opiniones de la or-

ganización sindical a la que pertenece, la empresa sería un caos, se desconocerían las obligaciones de los trabajadores, se afectarían las finalidades de la empresa y los derechos de los demás trabajadores que desean que la empresa cumpla su cometido.

Y aunque la Corte Constitucional está de acuerdo con el planteamiento de la empresa, agrega que “No obstante lo anterior, para la Corte también resulta evidente, que la situación descrita por la empresa incorpora algunos elementos valorativos que no se tuvieron en cuenta en el momento de imponer la sanción al accionante”. Y aclara:

Es evidente, en este último caso, que no está proscrita toda forma de comunicación entre los trabajadores durante los turnos de trabajo, sino que para que haya una infracción del reglamento, se requiere que esta sea frecuente, de manera que se afecte la adecuada marcha de las actividades empresariales. En segundo lugar, como se depende de lo expresado, también es necesario valorar el impacto de la conducta sobre la actividad que debe desarrollar el empleado. Dos trabajadores que, sin suspender la labor que les ha sido encomendada, intercambian, de manera habitual comentarios ligeros, que no afectan el desempeño de su actividad, no se encontrarían en la hipótesis de la norma, pese a que, de acuerdo con su tenor literal, la falta se configura por el solo hecho de conversar frecuentemente en horas de trabajo.

Lo establecido en la anterior sentencia de la Corte Constitucional muestra el alcance y los límites que tiene la libertad de expresión en el ámbito laboral en punto del reglamento de trabajo y de asociación sindical.

### **Libertad de expresión en laboral colectivo**

En cuanto a la libertad de expresión vista desde la perspectiva del derecho laboral colectivo, se evidencia que su ejercicio podría presentarse en la práctica de la libertad sindical, en el derecho de reunión, en el derecho de asociación, en la reclamación respetuosa al empleador, incluso en el momento de elaborar y presentar un pliego de peticiones cuya aprobación puede dar lugar a convención o pacto colectivo.

El artículo 53 de la Constitución Política, parágrafo 4, dispone que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”. Y el artículo 93 preceptúa:

Los tratados y convenios internacionales, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Con la garantía constitucional de la que gozan estos convenios por ser parte del bloque de constitucionalidad, se desprende que cuando alguno de estos derechos fundamentales se ha vulnerado, se puede acudir, mediante una acción de tutela, ante el poder Judicial para que se le reconozca el derecho. Gracias a esto, en Colombia se han resuelto numerosos casos de violaciones a la libertad sindical y se ha hecho efectiva la garantía de la protección del derecho a la libre asociación, entre otros derechos laborales.

Cuando se alude a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, es necesario remitirnos al Convenio

87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual establece algunos preceptos, dentro de los cuales está el de la posibilidad tanto para el trabajador como para el empleador de constituir o de afiliarse a organizaciones sindicales que estimen convenientes, sin que para ello tengan que obtener autorización previa alguna. A su vez, tienen la libertad de redactar sus estatutos y reglamentos, de organizar su actividad y de elegir a sus representantes. Además, la adquisición de la personalidad jurídica por parte de las organizaciones sindicales de cualquier ámbito (sindicatos, federaciones y confederaciones) no puede estar sujeta a condiciones que lo limiten.

El Convenio 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, fue adoptado por la OIT en 1949 y suscrito, aprobado e incorporado a la legislación colombiana desde 1976, y señala la protección a los trabajadores contra todo acto de discriminación que menoscabe la libertad sindical relacionada con su empleo, especialmente con aquel acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su filiación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las organizaciones sindicales una vez se conforman debidamente se constituyen en persona jurídica y deben inscribirse en el registro sindical en el Ministerio de Trabajo con fines de publicidad y oponibilidad a terceros, lleva a señalar que son titulares del derecho fundamental de libertad de expresión.

La Corte Constitucional, en sentencia C-442 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), reconoce que las personas jurídicas también son titulares del derecho de la libertad de expresión y, por lo tanto, afirmamos que los sindi-

catos, como personas jurídicas que son, del mismo modo son titulares del derecho.

Una manifestación de la libertad de expresión en el laboral colectivo es la presentación de peticiones respetuosas ante el empleador por parte de los sindicatos o de los trabajadores no sindicalizados y, asimismo, como parte de la etapa de arreglo directo en la negociación, la presentación de pliegos de peticiones para la posterior suscripción de convención o pacto colectivo.

El artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo define la convención colectiva como “la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”. Las normas no definen el pacto colectivo, cuya única diferencia con la convención es ser un acuerdo con los trabajadores no sindicalizados.

En la definición de convención se refleja con claridad la libertad de expresión, por cuanto es el medio de los sindicatos para determinar sus condiciones de trabajo. Las organizaciones sindicales se fijan sus propios estatutos (artículo 42 de la Ley 50 de 1990 que subroga el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo), dentro de los cuales muchas veces incluyen comisiones reglamentarias y accidentales (numeral 6), que son las encargadas de recibir las quejas, los reclamos y las peticiones de los trabajadores, las que a la vez son una forma de garantizar la libertad de expresión dentro del espacio laboral.

El derecho de reunión y el de asociación, en general, son fundamento del derecho de asociación sindical. La Constitución Política estipula que “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá

limitar el ejercicio de este derecho” (artículo 37). Igualmente, garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (artículo 38). Y el artículo 39 consagra el derecho de asociación sindical, al señalar que “los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado”. La Corte Constitucional hace mención al ejercicio de los derechos fundamentales, para lo cual:

[...] es indispensable que los promotores de la asociación actúen con libertad, inclusive dentro de las instalaciones de la empresa, siempre que lo hagan pacíficamente, en busca de la solidaridad de los demás empleados y con el definido propósito de fortalecer y ensanchar la organización, todo lo cual hace parte de su derecho y en modo alguno riñe con la lealtad hacia la empresa ni con el debido desenvolvimiento de las actividades laborales. (Sentencia T-170 de 1999, MP José Gregorio Hernández Galindo)

Finalmente en el mismo fallo, la Corporación señala:

Es ilegítima por parte de los empleadores toda conducta que tienda a obstaculizar, prohibir o sancionar las reuniones indispensables para constituir el sindicato o para desarrollar su actividad. Y aunque el derecho de los trabajadores debe ejercerse en términos razonables y sin que las reuniones que celebren degeneren en perturbaciones de orden público o en daños a las personas o a las cosas, o impidan el curso normal de las labores en la empresa, se lesiona ostensiblemente el uso de la libertad sindical cuando se consagran o aplican restricciones absolutas, que lo hagan imposible o que conviertan las deliberaciones de los promotores sin-

dicales o las de los actuales o eventuales afiliados en actos riesgosos para su estabilidad laboral.

## Conclusiones

A partir de la Constitución Política se ha desarrollado el derecho de la libertad de expresión a través de pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos al ámbito laboral. A lo largo de este texto se ha desarrollado la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política colombiana y se han visto a grosso modo la definición y el contenido de la libertad de expresión en la Corte Constitucional desde el punto de vista del derecho laboral individual y colectivo, así como el concepto de libertad de expresión en organismos e instrumentos internacionales.

Al comparar las dos dimensiones del derecho laboral, introduciendo en ellas la libertad de expresión, se han encontrado varias similitudes y diferencias entre una y otra, sobre lo que nos referiremos a continuación. Respecto a las similitudes, consideramos que tanto en el derecho laboral individual como en el colectivo se busca implementar normas que protejan desde todo punto vista los derechos fundamentales que se derivan de la persona humana y que son reconocidos dentro del marco constitucional, entre ellos, la libertad de expresión.

Igualmente, se identifica una relación en ambos conceptos frente a la libertad de expresión, por cuanto los trabajadores, aunque se desenvuelven en diferentes perspectivas, tienen derecho a ejercer su libertad de expresión. No obstante, aun cuando de cierta forma estén limitados por un reglamento interno de trabajo, dicha limitación no puede excederse hasta el punto de vulnerar derechos fundamentales.

Colombia va a la vanguardia del derecho internacional con la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, en los

cuales la libertad de expresión ha tomado auge, respecto a las relaciones laborales colectivas, y han servido de marco para el ejercicio de la libertad de expresión. Conforme a dichos convenios se ha generado un especial desarrollo de la libertad de expresión dentro de los sindicatos.

En última medida, en efecto, la libertad de expresión se manifiesta en las relaciones laborales tanto individuales como colectivas, para lo cual no es necesario referirse al término, puesto que del mismo articulado del Código Sustantivo del Trabajo se desprende el derecho, el que debe interpretarse de acuerdo con la Constitución Política y con los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana.

Finalmente, estimamos que la libertad de expresión en el ámbito laboral puede entenderse como el derecho del empleador y del trabajador a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas que se derivan de la relación laboral tanto individual como colectiva, a través del medio y la forma escogidos y dentro de ciertos límites dados por la dignidad de la persona humana y por el libre desarrollo de la personalidad.

## **Bibliografía**

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-299 de 17 de junio de 1998. MP Carlos Gaviria Díaz.
- sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011. MP Humberto Sierra Porto.
- sentencia C-934 del 29 de septiembre de 2004. MP Jaime Córdoba Triviño.
- sentencia T-170 de 17 de marzo de 1999. MP Gregorio Hernández Galindo.
- sentencia T-391 de 22 de mayo de 2007. MP Manuel Cepeda Espinosa.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-532 de 23 de septiembre de 1992. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- sentencia T-624 de 15 de diciembre de 1995. MP Gregorio Hernández Galindo.
- sentencia T-634 de 14 de junio de 2001. MP Jaime Araújo Rentería.
- sentencia T-659 del 18 de septiembre de 2009. MP Gabriel Mendoza Martelo.
- sentencia T-787 de 18 de agosto de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985, 13 de noviembre). La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 70.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, 10 de diciembre). Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948DeclaracionUniversal.htm?gclid=CIutnvrQoK8CFUOb7QodhErBrQ>.
- El derecho a la libertad de expresión en relaciones laborales (s. f.). Recuperado de [http://www.estudiosconstitucionales.com/GLOSARIO\\_Archivos/315.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/GLOSARIO_Archivos/315.htm).
- European Court on Human Rights (2002). European Convention on Human Rights. Recuperado de: <http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf>.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: teoría del derecho y la democracia* (vol. 1). Madrid: Trotta.
- Naciones Unidas (s. f.). Preámbulo. En Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.
- Organización Internacional del Trabajo (1948). Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
- (1949). Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios de derecho de sindicación y negociación colectiva.
- (2007). *CIT: Observación sobre la aplicación del Convenio 87, 1948 Colombia (ratif. 1976) Publicado: 1998*. Recuperado de [http://www.oit.org.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1317:cit-observaciobre-la-aplicaciel-convenio-87-1948-colombia-ratif-1976-publicado-1998&catid=271:colombia&Itemid=1320](http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1317:cit-observaciobre-la-aplicaciel-convenio-87-1948-colombia-ratif-1976-publicado-1998&catid=271:colombia&Itemid=1320).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.
- República de Colombia (1951). Código Sustantivo del Trabajo.
- (1991). Constitución Política de Colombia.



Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro  
11 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos  
y encuadernado con método Hot Melt, en el mes de  
septiembre de 2012, Bogotá, D. C., Colombia

Cadena



Durante los días de 8, 9 y 10 de mayo de 2012, se realizó en la Universidad del Rosario el Segundo Concurso Nacional de Semilleros de Investigación, en el marco del seminario internacional Democracia, Libertad de Expresión y Derechos Humanos, desarrollado por el Grupo de Investigación en

Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia, la Escuela de Ciencias Humanas y el Observatorio Legislativo y de Opinión de la Universidad del Rosario, en asociación con The George Washington University, en el que se pretendió profundizar en el estudio y el debate de temas de especial actualidad relacionados con el concepto y alcance de la libertad de expresión en el contexto de las democracias modernas, sus ventajas, desventajas y retos a futuro.

Por segundo año consecutivo, como producto del Concurso de Semilleros, llevamos a cabo esta publicación con el apoyo de la Fundación Hanns Seidel, a fin de incentivar a los estudiantes en la realización de investigaciones que desarrollen sus habilidades en ese sentido y, asimismo, motivar el estudio de temáticas de especial coyuntura y actualidad relacionadas con los derechos humanos y la democracia. De este modo, esta obra reúne las ponencias ganadoras del Concurso, las cuales fueron las mejores tanto de la parte escrita como de la parte oral de la competencia, establecido así por los pares académicos y jurados de alto nivel que, analizando los criterios básicos de publicación del nivel formativo, consideraron que los escritos seleccionados reunían las condiciones necesarias no solo para ganar la competencia, sino para ser publicadas.

Con el ejercicio pedagógico de este Concurso se observaron los resultados y la importancia de la investigación formativa en las facultades de derecho, y el presente libro es prueba de esto. Seguiremos cada año alimentando esta colección con las ponencias elaboradas por nuestros estudiantes, futuros abogados y futuros investigadores. El llamado es, nuevamente, a todos los estudiantes de derecho de Colombia, a que dediquen tiempo de su formación académica y profesional a la investigación y aporten, desde su rol de estudiantes, a la construcción de un mejor país.

*María Lucía Torres Villarreal*  
*Directora Observatorio Legislativo*

