

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

FERNANDO AURELIO GUERRERO CÁRDENAS

**TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DEFENSA
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO ANTE ORGANISMO, CORTES Y TRIBUNALES
INTERNACIONALES**

TUTORA DE TESIS

Dra. DIANA PATRICIA AVILA RUBIANO

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO**

Bogotá D.C., Noviembre 2014

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
I. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN	7
1. Punto de partida	8
2. ¿Qué se entiende por constitucionalización?	10
2.1. El rosarista Juan Jacobo Calderón.....	11
2.2. Paolo Comanducci de la escuela genovesa	13
2.3. Constitucionalización (es)	14
2.4. Constitución y constitucionalización	15
2.5. La Constitucionalización en un Estado Constitucional.....	17
3. Constitucionalización a secas: ¿De quién, de qué, cómo, dónde, para qué?	18
3.1. Objetos de la constitucionalización: Constitucionalización con apellido	19
3.2. ¿Cómo constitucionalizar?	24
3.3. Conductores de la constitucionalización	25
3.4. Factores de velocidad de la constitucionalización	27
4. La constitucionalización como formalismo.....	27
4.1. Axiológica	28
4.2. Como molde	29
4.3. Como dogmática	30
4.4. Como interpretación	30
5. Como principio	31
6. La constitucionalización y el estudio del derecho	32
II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MANOS DE LOS JUECES. UN CASO DIFÍCIL Y UN CASO POLÉMICO	32
1. Introducción.....	32
1. El derecho internacional de los derechos humanos en la doctrina de la Corte Constitucional colombiana en un caso difícil	34
1.1. Punto de partida.....	34
1.2. La práctica y la teoría en la sentencia C-355 de 2006.....	36
1.3. Construcción del derecho fundamental a la IVE.....	50
1.4. La dimensión ética del derecho a nacer: La Ley del más débil.....	67
2. El derecho internacional de los derechos humanos de la Corte Interamericana: La adopción homoparental y la imposibilidad de un ius constitutionale común*	70
2.1. Punto de partida.....	70
2.2. Hacia la Concreción de Criterios para Casos de Adopción Homoparental.....	72
2.3. Caso Karen Atala Riffo Vs Chile.....	80

2.4. Reflexión desde una sentencia del Tribunal Alemán sobre Matrimonio Homoparental	87
III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN.....	87
1. La(s) relación(es) constitucionalización y derecho internacional de los derechos humanos	87
1.1. La relevancia de una postura sobre la constitucionalización	88
1.2. La especificidad de la constitucionalización.....	89
1.3. La relevancia de un concepto del derecho internacional de los derechos humanos.....	89
2. Factores de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.....	90
3. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos como construcción judicial	91
4. La constitucionalización y el bloque de constitucionalidad	97
5. El derecho internacional de los derechos humanos para un Estado constitucional o un Estado convencional	99
6. El derecho de los jueces interamericanos: Supremacía o Principio Prohomine.....	103
CONCLUSION. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, sobre la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, parte de dos supuestos, uno práctico y uno ontológico. El primero tiene que ver con el paradigma que ha puesto en crisis al positivismo jurídico y en consecuencia a la práctica jurídica, el denominado proceso de constitucionalización del derecho cuyos efectos son más evidente desde la práctica judicial; El segundo tiene que ver con el giro del estudio de los derechos humanos que pasa de ser una preocupación ideológica a una preocupación ontológica, la cual se encuentra en proceso de concretización.

Así las cosas, este trabajo es un acercamiento al estudio del derecho internacional de los derechos humanos desde una perspectiva ontológico-práctica postmoderna, estableciendo un diálogo con los paradigmas jurídicos dominantes, en específico con el fenómeno de la constitucionalización, por lo tanto, este trabajo tiene como caracteres la denominada constitucionalización y la construcción teórica del derecho internacional de los derechos humanos, siendo el principal objetivo, presentar adecuadamente las relaciones que existen entre estos dos, partiendo de una comprensión integral del denominado proceso de constitucionalización, realizándose una descripción de las distintas conceptualizaciones y distinciones que debe tener en cuenta una teoría del derecho para concretizar dicho fenómeno, rescatando sus virtudes, distinguiendo y aclarado algunos conceptos y nociones.

Se abordará entonces primero la constitucionalización empezando por una reconstrucción de sus premisas, para pasar a describir algunos elementos de lo que se entiende por derecho internacional de los derechos humanos, no sin antes poner en medio dos casos prácticos emblemáticos que muestren por un lado un ejemplo de constitucionalización y por el otro una concreción de estándares de derecho internacional de los derechos humanos.

Así pues, en este trabajo se tiene como objetivo analizar el derecho internacional de los derechos humanos desde el paradigma de la constitucionalización para identificar su utilidad en casos de especial complejidad, para lo cual se reconstruirán las premisas de la constitucionalización, se describirán los elementos que influyen en la justiciabilidad, desde dos casos especiales (interrupción voluntaria del embarazo y adopción homoparental).

Este objetivo parte de una base realista, la cual puede fácilmente ser percibida en la práctica judicial, se trata de la irradiación ya no sólo de la Constitución sino de la Convención en el ordenamiento jurídico, del mismo modo de los enfoques teóricos que describen la crisis del positivismo y finalmente de la apertura a cánones más abstractos por parte del activismo judicial en un intento por responder a las nuevas necesidades prácticas de toma de decisiones donde los jueces frente a los vacíos, ambigüedades, lagunas, entre otros, entran al juego. Se perciben así tres cosas frente a esta realidad: un giro jurídico ontológico novedoso en el derecho, su influencia en el establecimiento de nuevos cánones metodológicos en la práctica judicial, y la necesidad creciente de construir teorías para vincularlas a la práctica.

Es así como los fenómenos del Estado Constitucional, la constitucionalización del derecho y el pluralismo jurídico además de desempeñar un papel de estudio teórico importante en la formación presente del jurista, son parte del papel de la toma de decisiones, su estudio se convierte así en una herramienta para la formación de competencias que cobra cada vez más fuerza. Además dichos giros, comportan una constante evolución, lo que posibilita que estas nuevas exigencias de estudio, se justifiquen en el tiempo.

Ahora bien, el planteamiento de la presente investigación presupone una inadecuada reconstrucción de las premisas sobre lo que se entiende por constitucionalización, del mismo modo supone un precario avance por lo que se entiende por derecho internacional de los derechos humanos, al igual que asume el reto de construir trabajos de investigación que se vinculen a la construcción de elementos teóricos para la práctica jurídica. Respecto a esto último, acoge la idea de algunos escritos, de traer casos emblemáticos que posibiliten ese diálogo teórico-práctico.

El problema de la presente investigación, parte entonces de estos presupuestos, la inexistencia de las distinciones apropiadas para la descripción de la constitucionalización y de los elementos del derecho internacional de los derechos humanos, se basa en dos intuiciones principales: la insuficiencia de los estudios locales sobre constitucionalización (no han partido de aspectos que enfrenten las peculiaridades domésticas), y de la escasa teoría jurídica del derecho de los derechos humanos como construcción contemporánea dado

el carácter ideológico que ha predominado históricamente y su reciente vinculación al lenguaje judicial de tomar decisiones para casos concretos.

Parecen existir dos puntos extremos con diferentes problemas, uno relativo a un proceso práctico en sede judicial que evoluciona por la forma en que se toman ahora decisiones judiciales, y al otro lado un problema teórico caracterizado por el paso de la concepción de los derechos humanos desde un plano ideológico-político a puntos de partida evolucionados que involucran nuevos enfoques jurídicos. Los dos identificados por una ruptura de la dimensión ontológica tradicional del derecho, que excluía aspectos morales, éticos, y principialísticos en la toma de decisiones, derrotabilidad que al parecer, requiere de un estudio que fortalezca las premisas de los nuevos paradigmas para la identificación de sus factores jurídicos y facilitar su comprensión para la adecuada práctica judicial.

Para el desarrollo de la presente investigación, se recurrirá al desarrollo de una metodología analítico crítica, una fase descriptiva y otra propositiva. La primera será en relación al proceso de constitucionalización, la segunda en relación con dos casos difíciles que involucran procesos de constitucionalización e interpretaciones de tratados internacionales de derechos humanos, y por último, una relación de propuestas prescriptivas que parte de la evidencia de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, permitiéndonos, como mencionamos anteriormente, ofrecer al jurista: a) relacionar adecuadamente el fenómeno de la constitucionalización con el creciente derecho internacional de los derechos humanos; b) enfrentar de una forma más consiente e interdisciplinar las formas de abordar las decisiones jurídicas donde se presentan casos de constitucionalización; c) comprender de manera crítica las formas en que de vinculan a los asuntos el derecho internacional de los derechos humanos.

La investigación se diseña como descriptiva, abordará dimensiones analíticas y empíricas, por tanto la metodología en principio será la de problemas ontológicos, y de conceptos. Como eje articulador y práctico se entablara diálogo con un caso práctico.

Se intentará presentar algunos argumentos capaces de mostrar la plausibilidad de la hipótesis central antes enunciada, en tres capítulos, el capítulo primero esclarecerá cuál es el estado ontológico que gobierna la constitucionalización. Posteriormente, en el segundo capítulo se reconstruirán un caso de constitucionalización y se presentará un caso

emblemático del derecho internacional de los derechos humanos. Por último se intentará mostrar los debates actuales del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos desde un plano teórico-práctico.

I. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

A manera de extender un poco la introducción anterior y ponerla en diálogo con esta primera parte resalto el hecho de que el diálogo sobre lo que se entiende por constitucionalización es uno de los más abordados dentro del estudio del derecho, ya sea para negarlo, intentar vincularlo a alguna teoría, o para defender por ejemplo sus efectos, produciéndose distintas posturas, puntos de partida bipolares¹, e incluso la inclusión de distintas dimensiones.

Así las cosas se pueden encontrar tesis que se direccionan hacia fines contradictorios entre sí o basadas en hipótesis, factores y supuestos *trasplantados* de estudios de internacionalistas destacados. Se puede decir que la constitucionalización *es un fenómeno todavía ambiguo y hasta algo difuso*, que a pesar de ser resaltada en un buen número de textos, *las teorías que la abordan, en su mayoría, dan por sentado una acepción intuitiva*, y que la constitucionalización *no es un problema jurídico ideológico en sí mismo*.

Un estudio sobre constitucionalización del derecho, requiere en principio una reflexión sobre lo que se entiende o debe entender sobre el fenómeno. Por lo anterior el presente estudio preliminarmente, antes de abordar los casos escogidos para evidenciar la presencia de la constitucionalización en el derecho internacional de los derechos humanos, aprovechará para reflexionar sobre ¿qué se entiende por constitucionalización?, para en la parte final tomar posición sobre el proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

¹ Por ejemplo se pueden presentar tesis sobre la constitucionalización de falacias si se examinan aspectos lógicos y de racionalidad en los argumentos que se emplean para justificar por ejemplo en una Sentencia la creación de nuevos derechos fundamentales (Ver, Hoyos, I., *La Constitucionalización de falacias. Antecedentes de una Sentencia*, Editorial Temis, 2005, Bogotá), y en otras ocasiones la constitucionalización se puede ver como el único instrumento para generar que los derechos constitucionales sean obligaciones estatales y se vinculen de manera inmediata todos los poderes públicos (Ver, Prieto, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, 1990, Madrid).

1. Punto de partida

El estudio de la constitucionalización se ha desarrollado en estos últimos años paralelamente con el estudio de los nuevos paradigmas del constitucionalismo², con el estudio de los efectos del asentamiento del denominado Estado Constitucional³, con la evolución de la teoría interpretativa constitucional introducida al derecho⁴, con la fijación de nuevas exigencias a la argumentación jurídica contemporánea⁵, al igual que con los estudios sobre la maduración del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo que se quiere hacer ver es que la constitucionalización ha sido asumida sin tener en cuenta que con el objeto que se relaciona direcciona los distintos problemas jurídicos a asumir, que en algunas ocasiones la constitucionalización debe estudiarse junto con los fenómenos de contexto, y que en algunos casos se puede hacer referencia a la constitucionalización de objetos extraños a la naturaleza misma de la constitucionalización.

Así las cosas, para quienes se toman la tarea de estudiar el fenómeno de la constitucionalización, es problemático abordar el fenómeno con claridad, ya que depende del libre albedrío del autor, no se identifica una buena teoría que distinga sus perplejidades, premisas, su dependencia a los objetos, entre otros elementos. Incluso se puede verificar que en algunos estudios la constitucionalización es un sinónimo de otra teoría o ideología,

² Al respecto puede decirse que por ejemplo uno de los caminos del nuevo constitucionalismo ha partido de una nueva concepción del sistema de fuentes, ver por ejemplo: Barrano, M., Celador, O., Vacas, F., (Coord), Editorial Dykinson S.L., *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, 2011, España; Bayón, J., Rodríguez, J., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 27, 2003, Bogotá; Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistemas de fuentes*, Editorial Ariel S.A., 1988, Barcelona.

³ Josep Aguiló Regla en *La Constitución del Estado Constitucional* (2004), ha seguido insistiendo que en los últimos años asistimos a una “verdadera revolución copernicana en los conceptos y categorías jurídicas”, y que las estructuras del edificio jurídico se han visto “seriamente resquebrajadas”. Dentro de este cambio se ha afirmado más o menos lentamente, según Aguiló, el “Estado constitucional”, como algo diferente del “Estado de Derecho”, el cual gravita en torno a la Constitución, y no en torno a la idea de imperio de la ley.

⁴ Un intento por describir y categorizar los fenómenos en torno a la interpretación constitucional son las distinciones realizadas por Paolo Comanducci en *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos* (2010), aquí desde el enfoque realista de la escuela genovesa, se exponen los “problemas abiertos” de la teoría del derecho, el modelo de “Estado Constitucional de Derecho”, y los elementos para un mapa metateórico de la interpretación jurídica, como los diferentes modelos de interpretación de la Constitución.

⁵ Sobre la relación entre argumentación, interpretación constitucional y Estado, Atienza, M., *Interpretación constitucional*, Universidad Libre, primera edición, 2010, Bogotá.

como es el caso del trato dado por algunos al neoconstitucionalismo, lo cual se verá más adelante.

Ahora bien, por ejemplo, respecto al objeto de la constitucionalización, en este caso, el objeto: derecho internacional de los derechos humanos, se puede decir que este parte de preferir justificar la existencia de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, y que en algunos aspectos se contrapone a la preferencia por justificar la existencia es una internacionalización del derecho constitucional, las dos preferencias partes de dos fundamentos diferentes, que a su vez depende, del enfoque referido, aquí se aprecia el primer enfoque.

Por lo anterior se asume en este punto de partida la constitucionalización como problema, lo que supone la existencia de varios significados del fenómeno jurídico constitucionalización, como existen varios significados de constitucionalismo o varios enfoques de teoría del derecho. Ahora el objeto derecho internacional de los derechos humanos, tendría a su vez una operatividad ideológica⁶ (que es la más desarrollada) y una postura teórica junto con una práctica como una doctrina (que está en avance).

Se insiste entonces que un trabajo sobre constitucionalización, debe distinguir tipos y clases de constitucionalización, y distinguirse de distintos tipos de constitucionalismo o de teorías del derecho, además que debe concentrarse en sus factores o elementos, especialmente en sus conductores. Formulo así la siguiente hipótesis en un intento por justificar un estudio preliminar e individual de la categoría jurídica de la constitucionalización: es verificable que existen algunos constitucionalismos que no producen necesariamente ni implican una constitucionalización jurídica, en consecuencia, pueden existir enfoques de la constitucionalización que no implican necesariamente el responder a los problemas de algún constitucionalismo. En conclusión, pueden existir descripciones de la constitucionalización jurídica que no se producen necesariamente desde un constitucionalismo determinado.

⁶ El mismo Rodrigo Uprimny Yepes en *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia* (1992), con motivo de los cuarenta años de la Declaración Universal de los DDHH de las Naciones Unidas y el Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, trató a los derechos humanos como un “discurso” lleno de ambigüedades y contradicciones, y que además son muy pocos los filósofos que están de acuerdo sobre sus fundamentos y sus alcances, por lo menos hasta ese entonces.

La anterior hipótesis, requiere una descripción sobre los diferentes y posibles tipos de constitucionalismo y una reconstrucción de las premisas de la constitucionalización, su naturaleza, origen y fundamento. Sobre los primeros podría decir que existen tres dimensiones o tipologías, una ideológica, otra conceptual y otra procedimental, en el primero pueden clasificarse los constitucionalismos clásicos o políticos, que se asimilan a una concepción de la Constitución como Constitución Política, ideal o aspiracional; en la segunda los nuevos intentos por darle al constitucionalismo una concreción teórica, como conjunto de especificidades que deben ser expuestas en orden y que entienden diferentes modelos de Constitución; la última es la construcción de métodos para favorecer y facilitar los nuevos cambios en la interpretación y argumentación del derecho constitucional, por lo que debe responder por las nuevas fórmulas para argumentar e interpretar.

Sobre los campos descriptivos preliminares de la constitucionalización que ilustren claramente sus diversos aspectos y diversos significados, se continuarán en la siguiente sección, asumiendo como eje del diálogo que la constitucionalización de manera general y común para todos los posibles y distintos significados, es un vehículo del derecho que intenta asumir las perplejidades de la contemporaneidad.

2. ¿Qué se entiende por constitucionalización?

He querido acoger dos puntos de partida para el acercamiento de lo que se entiende por constitucionalización⁷, uno local por compartir que debe ser un esfuerzo de los teóricos domésticos, el identificar los nuevos rumbos y tratamientos de los fenómenos jurídicos, y uno internacional por ser quien en este tiempo representa, a los teóricos de influencia en América Latina específicamente sobre estos temas constitucionales.

⁷ La preocupación sobre lo que se entiende por constitucionalización la he abordado en otros momentos, especialmente en investigaciones para la Segunda Vicepresidencia del Senado de la República 2011-2012, las cuales exteriorice en dos artículos: Guerrero, F. (2012), *Píldoras para salvar la constitución de 1991. Excesos de la democracia procedimental y escasez en la representación argumentativa (I Parte)*, Revista Iustitia No. 10, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bucaramanga; *Píldoras para salvar la constitución de 1991 (II parte). Procesos de constitucionalización en el imperio del hiperpresidencialismo*, Revista Iustitia No. 11, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bucaramanga (por publicar).

2.1. El rosarista Juan Jacobo Calderón

Un buen punto de partida doméstico que trata de trazar una ruta de diálogo desde lo local para una teoría local, se encuentra en los estudios del profesor Juan Jacobo Calderón⁸. Enfrentó el desafío de enlazar los problemas de la constitucionalización con la dogmática local, abordando en sus estudios la constitucionalización como problema antes de hacerle frente a su principal interés que es la constitucionalización del derecho privado, especialmente en el estudio que realizó junto con Nelcy López y el profesor Erick Rincón Cárdenas, donde se preguntó si se podría considerar la constitucionalización del derecho como problema de investigación⁹, y si se justificaría el intento por categorizar primero qué es la constitucionalización del derecho y los sentidos en los que puede emplearse la palabra constitucionalización¹⁰, desafiando lo ya dicho por internacionalistas destacados y cuestionando lo que para otros es ya una obviedad e incluso repetitivo estudiar¹¹.

⁸ Dentro de sus escritos al respecto se encuentran: *La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación* (2005), con Nelcy López Cuéllar y Erick Rincón Cárdenas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá; *Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia* en Revista Universitas No 113 enero-junio 2007, Universidad del Rosario, Bogotá, págs. 113-137; *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (2011), prólogo de Diego López Medina, Editorial Temis, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia Universidad de los Andes, Bogotá.

⁹ A nivel internacional quien ha encontrado la constitucionalización también como problema propio de investigación es el profesor Louis Favoreau, como lo deja ver en *Legalidad y constitucionalidad* publicado originalmente en las *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, 1996, París, al preocuparse por su noción terminológica, y rastreando sus orígenes que datan de 1939 con Mrcel Waline y J. Belin, y el debate entre Vedel y Charles Eisenmann, con escritos y respuestas de 1949, 1954 y 1989 con Vedel y de 1957 y 1972 con Eisenmann. Incluyendo como problema la manera de describir el proceso de constitucionalización articulado por la generalización de la aplicación de la Constitución que pasa por analizar el "hiperconstitucionalismo", el "panconstitucionalismo", el "todo constitucional" y otras desviaciones. También advierte el proceso de constitucionalización sobre la imagen de una normatividad en cascada, que haría emanar toda solución de la Constitución por grados sucesivos percibida desde una lógica desencarnada, e identificada con el mecanismo que permitió la instalación de regímenes totalitarios. Igualmente señala que existen efectos directos e indirectos de la constitucionalización, de los primeros salen tres tipos de constitucionalización: La constitucionalización-juridización, la constitucionalización-elevación, la constitucionalización-transformación, de los indirectos está la constitucionalización del derecho y la constitucionalización del orden jurídico.

¹⁰ La ontología, axiológica y epistemología de la constitucionalización, en las investigaciones se aborda como un fenómeno concretizado o como una categoría que depende de lo ya dicho por una "escuela jurídica global". Su estudio es residual en la dogmática jurídica y teoría local, su categorización doméstica se encuentra en etapa embrionaria.

¹¹ Textos como los de Prieto Sanchís, Josep Aguiló o Paolo Comanducci, entre otros, parten de lo descrito por Guastini sobre las principales condiciones de constitucionalización, a las cuales se adscriben de manera completa casi todos, como en *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*, por Paolo así: 1. La existencia de una constitución rígida que incorpore los derechos fundamentales. 2. La garantía de la Constitución. 3. La

En su estudio independiente posterior, el profesor Juan Jacobo resalta la dependencia que tiene la constitucionalización de la existencia de un activismo judicial de la Corte Constitucional, de la densidad y precisión de regulación constitucional, o del grado de simetría de las relaciones donde se involucran derechos fundamentales. También concluía que la razón principal de la importancia de la constitucionalización, se concentra en sus efectos, los cuales entre otras cosas, han forzado la recomposición del sistema de fuentes, generado una nueva actitud no sólo hacia la Constitución sino hacia la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los tratados internacionales de Derechos Humanos y las sentencias de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, pero además ha reincorporado nuevas metodologías de interpretación para resolver casos, ha activado nuevas formas de litigio, y han gestado un encuentro de formas de razonamiento jurídico especialmente sobre lo que es derecho público y derecho privado.

El valor de abordar eso de ¿qué se entiende por constitucionalización? para una construcción de sus premisas desde la dogmática y la teórica local, en un Estado de singular ejemplo mundial, no puede más que festejarse, y presentarle más preguntas a la razón de la constitucionalización, ya que pone el dedo en el problema de la definición de la constitucionalización, y sorprende porque en no poca doctrina se considera como un asunto superado, mientras que de hecho presenta serias dificultades, por esto, el importante trabajo del actual Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional, Juan Jacobo Calderón, debe ampliarse y responder a otras preguntas con mayor abstracción, o que aborden la especificidad del lugar de la palabra constitucionalización, la búsqueda del equilibrio pedido a una *constitucionalización local adecuada*, y la comprensión de la constitucionalización como categoría global e independiente, que se ocupe de lo que se ha dicho y se pregunte por distinguirlo de ideologías, doctrinas y teorías¹².

fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas). 4. La sobreinterpretación de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos). 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también en las relaciones entre particulares. 6. La interpretación adecuada de las leyes. 7. La influencia de la Constitución sobre el debate político.

¹² Por ejemplo, si se quiere se puede resolver los problemas de la constitucionalización, con los de las relaciones entre positivismo, constitucionalismo y neoconstitucionalismo, los cuales incluso tienen individualmente problemas propios. Hablar de constitucionalización debería suponer hacer referencia a cuestiones que no necesariamente respondan a un neoconstitucionalismo(s), constitucionalismo(s) o

2.2. Paolo Comanducci de la escuela genovesa

Tal vez el mejor trabajo y el más citado cuando se abordan los problemas de la constitucionalización, es el del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova (Italia). A Comanducci después de bautizar a la nueva doctrina del derecho (con sus hermanos de escuela la nombraron neoconstitucionalismo), se atribuye el actual cambio estructural del ámbito jurídico a la "constitucionalización" del Derecho, y el actual cambio doctrinal jurídico al "neoconstitucionalismo". Así comienza entonces su estudio, pero relacionándolos entre sí, considera que no deben separarse, “ya que uno favorece y sustenta al otro en un proceso de acción y retroacción”¹³. Por esto cuando en su texto *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*¹⁴ presenta al neoconstitucionalismo, no lo deja de enunciar como formas de constitucionalización, ya que según su tesis de acción y retroacción, es necesaria para explicar las formas en que se presenta la doctrina del neoconstitucionalismo.

Para el profesor Comanducci es necesario para abordar la “constitucionalización”, hacerlo al tiempo con el objeto al que se dirige, es decir, con el “derecho”, por lo tanto su estudio es sobre la “constitucionalización del derecho”, y este parte del supuesto de que la constitucionalización es un proceso y que su relación con el derecho se explica desde los tres tipos “homogéneos” de neoconstitucionalismo.

Así las cosas, para Comanducci los efectos positivos de la constitucionalización intentan ser descritos por el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho, las exaltaciones y valoraciones a esos logros del proceso de constitucionalización son defendidos y ampliados por el neoconstitucionalismo ideológico, y los estudios de los sistemas constitucionalizados presuponen una toma de posición necesaria frente al derecho que debe ser a través de un neoconstitucionalismo metodológico.

positivismo(s), e incluso algún iusnaturalismo(s), debería estudiarse por separado, incluso de los fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado nuevo paradigma, como el Estado constitucional, operatividad constitucional, o justiciabilidad de los derechos fundamentales.

¹³ Comanducci, P. (2010), *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección EL Derecho y Justicia; Madrid, pág. 251.

¹⁴ Comanducci, P.; Ahumada, M.; Gonzalez, D. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, No 16; Madrid

2.3. Constitucionalización (es)

Frente a las posturas anteriores, pueden presentarse posiciones complementarias. En primer lugar, dado que Paolo no niega que la constitucionalización podría ser tratada como una categoría independiente, podría intentarse el trabajo de desligarla de las teorías del derecho, las teorías constitucionalistas y de doctrinas¹⁵, desde la perspectiva de la necesidad de un estudio local sobre la constitucionalización, el estudio de Juan Jacobo podría complementarse intentando razonar sobre sus presupuestos teniendo como enfoque los sujetos y los objetos involucrados.

El desligar el fenómeno constitucionalización de las teorías que se concentran en otros problemas, es purificar el fenómeno de los problemas propios de una teoría, que en algunas ocasiones se presentan con un fuerte contenido ideológico, y colocándolo en perspectiva pueden presentarse preguntas tales como: ¿cómo surge una constitucionalización?, ¿hay distintas clases y tipos de constitucionalización?, ¿se puede concebir una constitucionalización sin una Constitución?, o si ¿una constitucionalización comporta un concepto de Constitución?.

Estas intuiciones, pueden presentar desarrollos diferentes, por ejemplo, uno histórico, uno jurídico, o uno práctico (sin ser los únicos), lo cual exige tomar postura sobre el acento de la cuestión ¿qué se entiende por Constitución?, noción también, o mucho más problemática¹⁶, pero necesaria para afirmar si el estudio sobre la constitucionalización necesariamente debe incluir que se entiende por Constitución.

¹⁵ Norberto Bobbio en El problema del positivismo jurídico, examina los elementos que identifican y dan cuerpo a determinada teoría jurídica.

¹⁶ Ver sobre el estudio de la naturaleza, características, clases y elementos esenciales de las Constituciones ver a Kenneth C. Wheare (1971), *Las constituciones modernas*, Editorial Labor, Barcelona; Ver sobre los conceptos básicos de Constitución absoluto, relativo, positivo e ideal, Schmitt, C. (1982) *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza, Madrid; Ver sobre la función de la Constitución como fuente, desde la noción de Constitución para la teoría del Derecho y el concepto de Constitución del positivismo normativista, del formalismo y constitucionalismo en Laporta, Francisco J. (Ed.-2004), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Ver *Tipología de las constituciones*, en Uprimni, R. (2007), *Abierta pero no neutra: Constitución y Modelo Económico en Colombia*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá; Ver sobre *Concepto y cualidad de la Constitución*, en Hesse K. (2011), *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

2.4. Constitución y constitucionalización

Desde un enfoque historicista metodológico podría argumentarse que a una Constitución le preceden unos elementos materiales, por lo que los valores prepolíticos que fundaron y orientaron un modelo de Constitución son parte esencial y preexistente a la Constitución formal, así las cosas, un historicismo constitucional puede decir que preexistió algún tipo de proceso de constitucionalización antes de la promulgación del texto como norma superior; lo cual podría originar una teoría de la constitucionalización historicista¹⁷.

Si se escoge, por ejemplo, un concepto de Constitución garantista¹⁸, en este caso se supone la existencia de un estado de crisis de la razón jurídica y se propone el derecho como un sistema de garantías para hacerle frente, esto a su vez llevaría a acoger la tesis de la doble dimensión del ordenamiento jurídico, una formal y una material, lo cual específicamente respecto a la producción de una Constitución implica en la práctica desarrollos descriptivos respecto a su "ser" y desarrollos axiológicos respecto a su "deber ser". En esta idea de Constitución garantista dentro del fenómeno de la constitucionalización, aceptaría una concepción de un Estado constitucional de derecho, que condicione y oriente la acción estatal desde vínculos jurídicos formales y sustanciales¹⁹.

Para una escuela realista escéptica, hay una repuesta estándar a la pregunta sobre ¿qué se entiende por Constitución?, la cual consiste en una definición por *género y diferencia*²⁰. El

¹⁷ Un estudio sobre la historia de las constituciones en Maurizio Fioravanti (1996), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, en este el profesor de la Universidad de Florencia (Italia), defiende la reconstrucción del constitucionalismo desde sus raíces.

¹⁸ Luigi Ferrajoli (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, Madrid, págs. 15-35.

¹⁹ El aceptar el estado de crisis, se incluye por lo menos según Ferrajoli, el aceptar que existe alguna evidencia de ausencia o ineficacia de legalidad, esto relacionado al control constitucional a reformas constitucionales, permite justificar la pérdida de confianza en la razón jurídica e imponer cargas de racionalidad formal y sustancial a la representación argumentativa. Al respecto ver *Racionalidad formal y racionalidad sustancial en el paradigma garantista de la validez*, de Ferrajoli, L. (2001), en *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, págs. 20-22; Un estudio juicioso sobre el tema del Dr. Suarez, W. (2011), *Racionalización, racionalidad material y decisiones judiciales*, Revista Iustitia No 9, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga-Colombia, págs. 243-262.

²⁰ Paolo Comanducci, *El objeto "constitución" y su interpretación*, en Juan Carlos Henao (Editor-2013), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Universidad Externado de Colombia/Corte Constitucional de Colombia, Primera edición, Bogotá, pág 203.

género es la constitucionalización y la *diferencia* está determinada por el objeto que se constitucionaliza, lo cual presenta peculiaridades, si dicho objeto incluye la costumbre, la política, la economía, la cultura, entre otros. Sin embargo si sólo incluye objetos jurídicos, su especificidad cobra relevancia, ya si se trata solo de la Ley, la sentencia, el ordenamiento jurídico, los derechos, o el derecho, o de todos. Entonces las discusiones sobre la naturaleza de la constitucionalización dependen, de la configuración del *género*, de la configuración de la *especie*, o de ambos²¹.

Con diferentes posiciones sobre lo que se entiende por Constitución o como se vive una Constitución en un Estado, pueden producirse así distintas concepciones de constitucionalización, así mismo, si se acepta que preexisten elementos prepolíticos a la Constitución formal, se acepta que puede existir una Constitución axiológica o material previa a su constitucionalización positiva, lo cual incluiría una constitucionalización material y una formal, luego los elementos de una Constitución no sólo serían los positivos y formalistas, sino los axiológicos y materiales, gestando así una especificidad amplia de la Constitución, por tanto el objeto de la constitucionalización jurídica podrá ser diferente.

Es decir, pueden existir varias posiciones sobre lo que se entiende por Constitución, los anteriores ejemplos, sin ser los únicos o los más importantes, así lo muestran. Por tanto, se puede avizorar la gestación de distintas familias, teorías, dogmáticas, o posiciones, sobre lo que se entiende por constitucionalización, dado en parte a que depende de la concepción y noción de Constitución asumida, y de la especificidad de la Constitución defendida.

La elección, en últimas es una elección por lo que se entiende por derecho, lo cual también repercutirá en el objeto de la constitucionalización como lo veremos más adelante, a la vez explica las diferentes descripciones y explicaciones que pueden surgir al intentar resolver que se entiende por constitucionalización, las cuales dependen insisto, del concepto de derecho o de la ciencia del derecho parcializada escogida.

Sobre esta base se plantea que los problemas de la especificidad de la constitucionalización del derecho, dependen, del concepto de Constitución elegido, del

²¹ Así se expone en Paolo Comanducci (2010), *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección El Derecho y Justicia, Madrid, cuando el Decano de la Facultad de Derecho de Génova propone la apuesta por el realismo jurídico y describe los modelos posibles de interpretación de la Constitución.

grado y cobertura del objeto al que se dirige, de las preferencias ya sea por lo estrictamente jurídico o con mayor amplitud, de las diferencias entre los posibles entendidos sobre el Derecho, y otras posibles perplejidades.

Como este estudio tendrá desarrollo en relación con el objeto derecho internacional de los derechos humanos, el trato a la Constitución necesariamente debe trabajarse en conjunto con la postura del derecho internacional de los derechos humanos asumida, la cual se desarrollará en la tercera parte.

2.5. La Constitucionalización en un Estado Constitucional

Es menester referirse también brevemente a la constitucionalización y al Estado Constitucional, dado que es importante precisar también si hay una relación existencial entre los dos. Sobre este aspecto no se escudriñará a fondo, dado que tendría que asumirse precisando un concepto de Estado Constitucional, lo cual puede ser objeto de un trabajo independiente y puede problematizarse individualmente. Más bien se plantean preguntas pragmáticas, como si sería posible una constitucionalización en un Estado contrario al Estado Constitucional, como lo es sin duda el Estado Dictador o Despótico, o si puede existir una constitucionalización sin un Estado.

Estas preguntas, aceptan una postura abierta y amplia que tiene tres efectos útiles, el primero que permite el diálogo de otros tipos de constitucionalización en Estados u órdenes distintos al Estado Constitucional, segundo que delibera si existe una dependencia de dicha constitucionalización a un orden jurídico y político determinado, y tercero implicaría el deber de concretar la descripción realista de dichos imaginarios.

Ahora bien, para justificar un estudio de esta magnitud puede partirse de la verificación de la existencia de procesos de constitucionalización como el del “Estado Nazi”, el proceso de constitucionalización de los valores prepolíticos palestinos, incluso procesos de constitucionalización en la monarquía pre-estatal.

Esto nos puede llevar a aseverar la siguiente hipótesis, complementaria a la formulada anteriormente²²: los modelos de constitucionalización dependen de las condiciones y

²² Pág 9.

posibilidades fácticas y jurídicas de determinada organización jurídico y política, desarrollada e implementada en una época; el grado de constitucionalización depende de unos factores que den mayor velocidad y auge al desarrollo de los postulados políticos, materiales y formales en evolución de una época constitucional determinada; los actuales procesos de constitucionalización se mueven dentro del paradigma del Estado Constitucional que asume con el mismo grado de importancia las dimensiones formales, materiales y políticas del pacto social originario y se concentra en hacerlas operativas.

De la anterior hipótesis se podrían desplegar argumentos para concebir la existencia de diferentes momentos y épocas de la constitucionalización, y aceptaría el concepto de Constitución viviente o dinámica, que permite la interpretación y el control constitucional axiológico, además de la interpretación y el control constitucional formal, lo cual es nuevo, dado que pone al derecho y al Estado en un plano operativo y de garantías, más que en un plano aspiracional y de deseos.

Sobre el carácter abierto e indeterminado de la Constitución vinculado al Estado Constitucional o la introducción de los criterios políticos, económicos o morales de la Constitución al oficio Estatal, se pueden ver los trabajos de la Escuela de Alicante²³ y los desarrollos de la teoría garantista italiana²⁴.

3. Constitucionalización a secas: ¿De quién, de qué, cómo, dónde, para qué?²⁵

La Constitucionalización como se dijo depende de los sujetos, de los objetos y también de sus fines. Si esto se acepta, podría abordarse la constitucionalización como “laberinto epistemológico”, a modo de “recipiente” o de panóptico “ético”, afrontando los problemas

²³ Ver, Josep Aguiló Regla (2004), *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra Editores y Editorial Temis, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 2, Bogotá; Manuel Atienza (2013), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Editorial Pasos Perdidos, Madrid.

²⁴ Luigi Ferrajoli (2011), *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo II Teoría de la democracia*, Editorial Gius. Laterza & Figli SpA, original en italiano 2007, Madrid.

²⁵ He insistido en este título porque me parece muy sugestivo, al respecto ver también el artículo de mi autoría *Píldoras para salvar la constitución de 1991 (II parte). Procesos de constitucionalización en el imperio del hiperpresidencialismo*, Revista Iustitia No. 11, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bucaramanga (por publicar).

propios relacionados con su razonabilidad, la forma y la ideología²⁶, que afrontan problemas independientes y así otras formas en las se puede presentar la constitucionalización.

Respecto de los sujetos y objetos, como se dijo que pueden ser disímiles, se profundizará un poco más en sus características, al igual que respecto de las distintas formas o moldes a usar que suponen a su vez varias operaciones para determinados contenidos. Ahora parece útil una metáfora, y se usará la del “transporte”, en la que se tiene en cuenta vehículos, autopistas y conductores, entre otros elementos²⁷. Estos aspectos se desarrollan a continuación.

3.1. Objetos de la constitucionalización: Constitucionalización con apellido

Otra pregunta por reflexionar tiene que ver con el objeto relacional, es decir, el estudio de la constitucionalización también depende de que tanto se acepte su relación con el derecho, con la economía, con la sociedad, con la cultura, con la política, etc. Así las cosas, podría aceptarse el estudio por ejemplo de la constitucionalización del derecho internacional, de la constitucionalización de análisis económicos²⁸, o de la constitucionalización de sociedades contemporáneas, etc.

La constitucionalización dependiente de un concepto de derecho

Es más útil para entender las discusiones contemporáneas sobre la constitucionalización, plantear desde el plano ontológico y descriptivo de la teoría del derecho constitucional,

²⁶ Rafael Escudero Alday en *Guía para realistas analíticos* (2010), Madrid, identificó en Paolo Comanducci la delimitación de los diferentes problemas del teórico del derecho italiano en cuatro tipos de problemas abiertos: epistemológicos, lógicos, teóricos y deontológicos.

²⁷ El texto de Riccardo Guastini *Distinguiendo. Estudios de metateoría y teoría del derecho*, podría servir para ampliar las maneras de como aborda la especificidad del problema de la constitucionalización, su tesis parte de la fórmula expuesta por Norberto Bobbio en *El problema del positivismo Jurídico*.

²⁸ Al respecto hay diferentes posturas, por ejemplo para Uprimny, la Constitución colombiana al ser también abierta, no constitucionalizó un modelo económico determinado o rígido, y en cambio admite que se activen procesos de constitucionalización de modelos económicos diversos, otorgando una amplia libertad de reforma al Legislador y un margen amplio de actuación al Ejecutivo, dentro de ciertos límites constitucionales, axiológicos y normativos, que reconocen principios y derechos, así como formas de constitucionalización. En ese sentido se puede tener la Constitución como un Carta de triunfo contra la mayoría del parlamento y como una Carta abierta a los nuevos desafíos de desarrollo, al respecto Ver *Memorias del Conservatorio “Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico”* (2007), Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, págs. 11-27.

primero el problema sobre ¿qué es el objeto Derecho? y después plantear el problema de la constitucionalización de aquel objeto, previamente configurado, primero hay la elección de una teoría del derecho de los derechos humanos, parecido o reducido a los Tratados de derechos Humanos y después según la concepción de constitucionalización, tenemos constitucionalización del objeto derecho de los derechos humanos o constitucionalización de derechos, etc.

Si se aceptan otros tipos de constitucionalizaciones pero se escoge por ejemplo profundizar la relación constitucionalización y Derecho, surgen también diferentes posturas teóricas, las cuales dependen, en principio del concepto de Derecho que se tenga y de lo que se quiera entender del Derecho, lo cual supone a su vez diferentes respuestas y así mismo varias tipologías, lo eventual es que una postura sobre la constitucionalización del derecho en conjunto, necesariamente debe tomar posición sobre los problemas acerca de ¿qué es el derecho?.

La constitucionalización desde la desconstitucionalización

También es posible observar la constitucionalización desde su némesis, la desconstitucionalización. En Colombia por ejemplo es el caso del proceso de desconstitucionalización de la Comisión Nacional de Televisión –CNTV-.

El Gobierno Nacional del Presidente colombiano Juan Manuel Santos Calderón, presentó la iniciativa de reforma constitucional, que se introdujo a la Constitución a través del Acto Legislativo No. 2 de 2011, el objeto de dicho Acto es la derogación del artículo 76 de la Constitución de 1991, y facultar la expedición de la ley en materia de televisión, la cual deberá crear el nueva autoridad de control televisiva²⁹.

Con ocasión a lo anterior se expidió la Ley 1507 de 2012 por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se crea la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV)³⁰.

²⁹ Ver el contenido de los cuatro artículos del Acto en el link web oficial de la Presidencia de la República de Colombia: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/actos-legislativos/Documents/2011/ActoLegislativo-02-21junio2011.pdf>

³⁰ La ley 1507 de 2012 crean la ANTV como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del Orden Nacional, con personaría jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica la cual forma

Frente a lo anterior le siguió un juicio de constitucionalidad a dicha intención de desconstitucionalización, que fue atendida por la Corte Constitucional y produjo la sentencia C-170 de 2012, cuyo Magistrado ponente fue Jorge Iván Palacio Palacio, teniendo que realizarse un juicio de posible sustitución de la Constitución, o de un elemento esencial, básico o estructural de la Constitución de 1991.

El método del juicio de sustitución exigió que la Corte evaluara que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fuera reemplazado por otro integralmente distinto. Según la Corte, dicha desconstitucionalización no sustituyó ningún pilar esencial de la Constitución, el Congreso no excedió sus límites al poder de enmienda constitucional y por lo tanto es exequible, principalmente porque la reforma introducida por el Acto Legislativo 2 de 2011 solo se circunscribió a suprimir la naturaleza constitucional del ente de control de la televisión.

En este ejemplo, se identifican dos de los elementos de la tesis de constitucionalización antes expuesta, el sujeto y el objeto, sin embargo hay ausencia de los fines, que aunque no se exponen ni el Acto Legislativo, ni son parte del juicio constitucional en la Corte Constitucional, podrían rastrearse en la exposición de motivos de la presentación de la propuesta de enmienda, que a pesar de ser presentada por representantes del legislativo, es conocido que fue ideado y liderado por el ejecutivo.

La constitucionalización de categorías jurídicas

La constitucionalización de categorías jurídicas, hace referencia a objetos determinados del derecho, ya que pueden presentarse, como se dijo antes, estudios sobre constitucionalizaciones de algún aspecto específico del derecho. Desde este punto de partida, una postura sobre la constitucionalización de categorías jurídicas específicas, también debe incluir en su estudio el concepto de ese objeto parcializado, y debe incluir los problemas especiales que aborda, por ejemplo, si se escoge como categoría el ordenamiento

parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones. La ANTV está conformado por una Junta Nacional de Televisión, que es apoyada por el Fondo para el Desarrollo de la Televisión _- FONTV- Su función principal es ser el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión y la opinión pública en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes. Sobre los actuales miembros Junta Nacional de Televisión, la dirección de la ANTV ver el link web oficial: <http://www.antv.gov.co/>

jurídico, o el sistema de fuentes, se debe presentar o acoger una postura teórica, que en principio justifica, prefiere o supone, una abstracción más adecuada, lo mismo si por ejemplo se quiere abordar la constitucionalización de derechos o la constitucionalización de contratos, exigiendo adoptar un concepto de contrato o una teoría de derechos fundamentales. Cada parcela escogida adopta un concepto de constitucionalización más abstracta o más concreta, y así mismo exige estudios distintos.

Así las cosas observamos dos posibles planos diferentes, uno más teórico y otro más práctico, en el plano teórico lo que se podría estudiar es la constitucionalización del ordenamiento jurídico, del sistema de fuentes, en el plano práctico se buscan caminos de constitucionalización de contratos como el de seguros, o el bancario, o el de servicios, la constitucionalización de derechos fundamentales, de derechos humanos, de Tratados de Derechos Humanos, de los actos administrativos, entre otras categorías.

Podría afirmarse hasta aquí que un estudio integral debe abordar los dos planos y en lo posible por separado, y no debe desconocer la constitucionalización de políticas de estado, de modelos económicos³¹, incluso de ideologías para las sociedades y culturas contemporáneas³².

La constitucionalización de interpretaciones internacionales de derechos humanos

Otro de los objetos de la constitucionalización pueden ser las interpretaciones producidas por órganos, cortes y tribunales internacionales de derechos humanos competentes conforme a convenios o tratados internacionales para interpretar sus enunciados y disposiciones. A este proceso de constitucionalización la doctrina constitucional, o de la Corte Constitucional, lo ha nominado *bloque de constitucionalidad* y le ha dado su estructura y contenido, incluso ha definido que debe excluirse, lo cual, en relación con las interpretaciones internacionales de derechos humanos, presenta posturas divididas que las

³¹ Para una visión de la postura descriptiva crítica de la implantación global del modelo económico teórico Estadounidense ver, Mattei Ugo, *Auge y caída del enfoque "Derecho y Economía"* en Revista Precedente Anuario Jurídico No. 10-2007, p. 121-15, donde rastrea los orígenes de esta corriente y explica el porqué de su nacimiento en Estados Unidos, así como las razones que han hecho de éste uno de los paradigmas legales contemporáneos tanto en la academia como en las políticas de la globalización, y señala los inicios de su período de declive.

³² Al respecto ver Ordóñez, A. (2007), *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural*", Editorial Doctrina y ley, Bogotá.

incluyen como parte del Bloque y aquellas que consideran que no son fuente válida y tan sólo un simple criterio, y prefieren ser los interpretes de los Tratados.

Por ejemplo, al respecto el profesor Fajardo³³ ha descrito diferentes sentidos del Bloque, que dependen del criterio interpretativo y del principio de universalidad de los derechos humanos, o de concepciones sobre la dignidad y sobre la libertad en un mundo global, y así entonces se pueden establecer elementos que consideren tanto a los instrumentos del sistema interamericano como la interpretación de los órganos de dicho Sistema, o que sean acogidos en el sistema jurídico interno con el valor de fuente formal de derecho sólo los Tratados de Derechos Humanos.

Al respecto podría tan sólo señalarse que esta idea, o este estudio, que intenta esclarecer la posición de las interpretaciones internacionales de derechos humanos, se encuentra en construcción, y que el intento proporcionado por la Corte Constitucional en principio no partió pensando en resolver esta problemática³⁴, por lo que puntos de partida y de llegada proporcionados desde la teoría, pueden llegar a concretarlo.

Lo que aquí se quiere hacer ver por ahora, es que un proceso de constitucionalización puede tener como objeto dichas interpretaciones, también que dependiendo del molde, la metodología y la axiología escogida para los distintos modos de constitucionalización, puede resolverse de manera diferentes cuestiones sobre ¿cuál es el valor jurídico interno de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación de estos realizada por los organismos, cortes y tribunales competentes?.

³³ Fajardo, A. (2010). Implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia a través del Bloque de Constitucionalidad, Universidad Sergio Arboleda, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá.

³⁴ Sobre los *Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia* ver la publicación de Ramelli, A., (2011), en *Ámbito Jurídico*, en donde nomina “cajón de sastre” a dicha doctrina, incluye el estudio de la sentencia C- 225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, y enuncia la influencia del estudio de Louis Favoreau, quien retoma el concepto de control de legalidad, para explicar el concepto de control de constitucionalidad y de constitucionalización. Link web del artículo http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10614; También se puede consultar al respecto, Ramelli, A, *La Corte Constitucional como intérprete del Derecho Internacional Humanitario* (2002), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p.473; De igual manera, ver Ramelli, A (2007), *La aplicación del derecho internacional humanitario en Colombia. Avances, desafíos y propuestas*, en *Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Libre, Bogotá.

3.2. ¿Cómo constitucionalizar?

Las concepciones sobre la constitucionalización son muchas y divergentes, sobre todo cuando se trata de identificar las maneras o los distintos procesos disponibles para propiciar la constitucionalización. Los estudios sobre constitucionalización son ausentes de intentos por presentar tipologías y clasificaciones de este³⁵, distinciones que se hacen imperiosas especialmente cuando recaen sobre el sujeto o el conductor de la constitucionalización.

Aquí pueden aparecer varias propuestas, una de ellas puede partir de una tipología metodológica, la cual debe tener en cuenta las diversas técnicas de investigación, que dependen de cada objeto de investigación. Dicho objeto puede ser más amplio o más concreto, es decir, más social o más jurídico, entre otros resultados, lo importante aquí es delimitarlo y considerar relevante la técnica de investigación que ilustre el camino para constitucionalizarlo.

En Bobbio³⁶, se presentan las relaciones del objeto y la actitud investigativa del sujeto, que específica puede ser jurídica, sociológica, política, u otra, y depende de una postura sobre ¿cómo enfocarse y acercarse a la realidad?, por lo que le precede, según Bobbio, una teoría o determinada concepción del derecho, en la que se ubica un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí y que a su vez responde al problema sobre ¿cómo entender, describir y explicar la realidad?. Por esto es que se puede decir que ¿cómo? se relaciona con ¿quién? y ¿dónde se constitucionaliza?, primero en razón a que es importante no solo distinguir los diferentes actores que posibilitan dicha constitucionalización, sino su actitud o postura amplia o sectaria, y segundo respecto a las posibilidades jurídicas e institucionales que permiten su operatividad.

³⁵ La mayoría de los trabajos parten de los cánones proporcionados por la escuela de Génova, los cuales pueden verse entre otros en Guastini, R. (2009), *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell M., *Neoconstitucionalismo(S)*, Editorial Trotta, Madrid, págs 49-74.

³⁶ Bobbio, N. (1991), *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, Editorial Universitaria de Buenos Aires Argentina, Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política No. 12, dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México), traducción de Ernesto Garzón Valdés, primera edición, México, pág. 40.

3.3. Conductores de la constitucionalización

Pueden plantearse distintas clases de construcción práctica de la constitucionalización, las cuales dependen, del sujeto, el activista o conductor principal del proceso de constitucionalización, el cual a su vez está limitado según la autopista constitucional vigente y los vehículos seleccionados o disponibles. Aparecen así desde la práctica, varios de los posibles actores, según las perplejidades disponibles.

Un actor indispensable en un “proceso” de constitucionalización, es en especial el ejecutivo, y no solo sobre posturas políticas o ideológicas, sino para aspectos jurídicos y de forma. Es mucho más complicado enunciar procesos de constitucionalización que identifiquen rasgos políticos, sin embargo a la Corte Constitucional le ha tocado asumir estudios de constitucionalidad de actos legislativos presentados y promovidos por el ejecutivo, los cuales no han sido pocos, y muestran como actor principal de procesos de constitucionalización al ejecutivo. Regularmente este tipo de activismo requiere de que prexista un hiperpresidencialismo³⁷.

Otro actor clave, y más reconocido, es la Corte Constitucional, que al interpretar la Constitución construye procesos de constitucionalización del derecho. Esto supone que exista una Corte con un papel activista, que se presente una acción a esta jurisdicción que active su aparato judicial y por último que tenga cierto contenido que permita su incorporación al mundo jurídico. Cabe subrayar que se trata del plano práctico de la constitucionalización, el plano de los operadores del derecho, el cual depende del juez de turno, por tanto puede haber uno u otro modelo de constitucionalización, en función del tipo de interpretación constitucional³⁸ que se realice. Para posibilitar lo anterior debe de contarse con las exigencias jurídicas esenciales y generales que son: (i) que exista en el

³⁷ Este término se rastrea en sus orígenes en América Latina, a las interpretaciones dadas a lo reseñado en 1968 por Samuel Huntington en *El orden político en las sociedades de cambio*, allí habría consignado que lo más importante para un país en vías de desarrollo no es su forma de gobierno sino su grado de gobierno, el cual se desarrolla en principio fortaleciendo la figura presidencial más que la figura difícil en estos Estados de la deliberación democrática. Ya como diseño de “sistema neopresidencial” es más correcto situar el hiperpresidencialismo influenciado por el desarrollo del régimen político de Stalin en la Unión Soviética.

³⁸ Sobre la teoría de la interpretación jurídica y los modelos de interpretación de la Constitución, ver Comanducci, P. (2010), *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección EL Derecho y Justicia, Madrid

ordenamiento jurídico una Constitución rígida, y, (ii) que exista un control de constitucionalidad.

Un ejemplo que ilustra todo lo expuesto es el caso de la presentación de una acción de inconstitucional contra un Acto Legislativo, aquí el juez puede interpretar la Constitución, ya sea un conjunto de normas en general y en particular de principios, en la que estos últimos por su naturaleza, deben ser interpretados extensivamente, teniendo como efecto que el juicio de constitucionalidad al Acto de enmienda examine tanto la constitucionalidad respecto a las normas formales de la Constitución, como la constitucionalidad respecto a los valores axiológicos de la misma; y también el juez puede interpretar la Constitución al revés, con oposición a la interpretación extensiva, partiendo de un concepto de Constitución como conjunto de normas positivas o como un documento normativo normal parecido a la Ley, que no permite realizar juicios de valor material y sólo exclusivamente formal.

Al respecto puede decirse que cuando la Corte se involucra con seriedad en un juicio de constitucionalidad, puede ser freno o parte del proceso de constitucionalidad gestado desde el ejecutivo o el legislativo, pero cuando omite ejercer la argumentación democrática y se hace a un lado como ya lo ha hecho, permite que el actor promotor de la reforma sea el constitucionalizador directo. Para un estudio más amplio puede examinarse la doctrina de la sustitución de la Constitución producto del juicio de constitucionalidad de la Corte Constitucional jurisprudencial a 37 Actos Legislativos.

Otros procesos de constitucionalización de la Corte pueden orientarse sobre la constitucionalización de derechos fundamentales, la constitucionalización de acciones constitucionales³⁹, y la constitucionalización de políticas de orden público; o bien, pueden encontrarse jurisprudencia de la Corte que incluye posiciones sobre la constitucionalización del derecho⁴⁰, sobre la constitucionalización del ordenamiento⁴¹, o sobre el mismo proceso de constitucionalización⁴².

Puede finalizarse a modo de conclusión que aquí es donde se presentan algunas de las fallas de la constitucionalización, ya sea por escasez de la democracia procedimental o

³⁹ Ver la sentencia C-215 de 1999, y la sentencia C-630 de 2011

⁴⁰ Ver la sentencia C-038 de 1995

⁴¹ Ver la sentencia T-525 de 1992 y la sentencia T-327 de 2004

⁴² Ver la sentencia T-748 de 2005

excesos en la representación argumentativa o falta de concreción de un derecho fundamental⁴³, ente otros.

3.4. Factores de velocidad de la constitucionalización

Los actores dependen de los niveles y grados en los que puedan insertarse los contenidos constitucionalizados. Así las cosas el actor debe tener en cuenta que lo que se constitucionaliza es el ordenamiento jurídico, el sistema de fuentes, un derecho, un acto administrativo, un contrato, entre otras categorías propias del derecho, por tanto además de que se surta el trámite correspondiente, la constitucionalización exige para su operatividad que: (i) que exista difusión e información de lo producido, (ii) que sea aceptado y apropiado por la sociedad; (iii) que esté de conformidad con los estándares internacionales; hay otras condiciones que son eventuales, y en algunos casos necesarias que dependen de las condiciones de cada Estado.

4. La constitucionalización como formalismo

En esta parte me detendré a desarrollar la propuesta de la constitucionalización como formalismo jurídico, dado que los contenidos de la constitucionalización se insertan al parecer bajo fórmulas. A lo anterior podrían aparecer oposiciones, ya que ven una constitucionalización más romántica, o incluso antiformalista, o contraria al formalismo aplicado, pero si se ve desde una perspectiva del papel del sujeto y la especificidad del objeto, la pretensión se vuelca a ser más científica que romántica, y se hace más presentable que aspiracional, más metódica que una rueda suelta. Sin ser parte de estas oposiciones, se prefiere para este momento de la constitucionalización, una postura que responda a los

⁴³ La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin" (1997), estudio preliminar de Cesar Rodríguez, Siglo del hombre editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, 1era edición 1997, pág 32, 68, 135, tercera parte, tipos de casos difíciles, discrecionalidad judicial; Ronald Dworkin, El imperio de la Justicia; Ronald Dworkin (1984), Los derechos en serio, Editorial Ariel, Traducción de Marta Guastavino, 5a reimpresión 2002, Barcelona; María Concepción Gimeno Presa (2001), Interpretación y Derecho. Análisis de la Obra de Riccardo Guastini, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No.21, Universidad Externado de Colombia, Presentación de Alexei Julio Estrada, Bogotá; La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin (1997), estudio preliminar de Cesar Rodriguez, Siglo del hombre editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, primera edición; Daniel Mendoca (2011), Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011

nuevos retos de concreción característicos de la época a la que asistimos hoy, que exige más que maravillarse, concretar el fenómeno, no necesariamente contradiciendo el momento de la constitucionalización del derecho libre.

Para esto se usarán las distinciones del formalismo jurídico desarrolladas por Norberto Bobbio⁴⁴, las cuales presentó con el ánimo de no aceptar de inmediato los “ardores demasiado iconoclastas... las esperanzas demasiado confiadas” que tradicionalmente acompañan las transiciones en el derecho. Norberto Bobbio parte entonces de la pregunta: ¿Qué se entiende por formalismo jurídico?, presentando cuatro significados de “formalismo jurídico”, los cuales se usarán en diálogo con la constitucionalización aquí estudiada.

4.1. Axiológica

Este modo de formalismo se relaciona con lo que entiende por justicia una teoría en particular, así las cosas aquí el formalismo se relaciona con ella, llevándola a considerar acto justo aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Bobbio indica que es una especie de juicio ético que consiste “en un juicio de conformidad de un acto con la norma”⁴⁵, donde el acto es bueno si es para cumplir con la ley, y malo si se realiza para transgredirla.

El papel aquí del formalismo es presentar la norma como “modelo ideal” para prescindir completamente de toda consideración en torno a su naturaleza o sus fines, para poder justificar la medición de los actos o acontecimientos. Este modelo ideal puede presentarse como un sistema normativo, que conlleva necesariamente a ser un modelo para las acciones humanas. La intención no es reducir la justicia a este trato, sino que este formalismo pueda adecuar las acciones al modelo imperante. Las acciones así estarán sometidas al modelo axiológico ideal, no sólo porque son positivas sino porque son justas, no sólo porque es válida sino porque es legítima.

En relación con la constitucionalización se puede decir que puede estar presente cuando se ejerce un control constitucional. En este se pueden presentar juicios de justicia o de

⁴⁴ Norberto Bobbio (1991), El problema del positivismo jurídico, Editorial Fontamara, Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política No. 12, primera edición, México, págs. 11-34

⁴⁵ Ibidem, pág. 13

injusticia, una discusión acerca de lo justo y de lo injusto, un foro que enfrenta una Ley al eje gravitacional del modelo constitucional ideal al que está subordinada toda Ley, es decir, el modelo Constitución actúa como referente de licitud e incluso de validez frente a las Leyes, y cuando este control exige examinar si las leyes son conforme a la naturaleza constitucional, puede presentarse un juicio que incluya aspectos valorativos o juicios morales especialmente cuando se trata a la Constitución material o sustancial y no la Constitución formal o sus aspectos explícitos previstos como enunciados normativas. Aquí la Corte si vincula estos aspectos materiales puede comportar un proceso de constitucionalización.

4.2. Como molde

Según Bobbio con una segunda expresión del formalismo jurídico se puede diferenciar lo jurídico de lo no jurídico, es decir, se presenta como la especialización que determina los elementos que identifican el derecho que es⁴⁶ y lo diferencian del derecho que debe ser, basada en la necesidad de perseguir la certeza y la seguridad, de “poner de relieve los aspectos constantes” del derecho. Esto presenta al derecho como forma, que considera, valga decir, sólo la forma, las formas de hacer los actos, las fórmulas de cómo realizarlas, aquí el derecho establece el modo cómo deben realizarse algunos comportamientos si se quieren ciertos fines, y son definibles según Bobbio, como normas técnicas según la fórmula “si quieres A, debes hacer B”.

La constitucionalización aquí percibida intenta encontrar los elementos constitucionales cuando se consideran hechos en sentido amplio, así las cosas a pesar de que un hecho sea económico, social o moral, el molde constitucional no varía con el cambio de contenido, por tanto se vuelven constitucionales. Esta opción, puede ser una herramienta para el trabajo de los intérpretes y en ese caso la más práctica.

⁴⁶ Ibidem, pág. 18

4.3. Como dogmática

El formalismo también puede ser visto como un cierto modo de hacer de la experiencia jurídica un formalismo científico, “como forma del saber que no tiene por objeto... calificaciones normativas de hechos... cuya tarea es la construcción, y en última instancia, el sistema”⁴⁷. Para Bobbio la noción “construcción” aquí es clave, aclara que no es de él, que fue elaborada por primera vez por Ihering.

La “construcción” para Bobbio es la operación diferente de la mera interpretación de las leyes que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de conceptos jurídicos, puede ser por ejemplo, la forma en que el juez atribuye calificaciones normativas con el fin de ordenarlo dentro de la construcción del sistema, por eso esta estrechamente vinculado con la noción de dogmática en sentido dinámico y dogmática en sentido estático, el primero para la construcción y el segundo como conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción.

Así las cosas, desde esta propuesta de Bobbio, se puede presentar la constitucionalización como dogmática, se puede decir que la constitucionalización es una forma de dogmática judicial, ya sea doméstica o internacional, la cual tendría como objetivo la determinación de la estructura normativa, el status normativo dado a los hechos, a un acto, etc, Su característica sería ser una investigación estructural o formal, para determinar objetivamente la construcción dogmática y de allí incluso realizar estudios de lógica jurídica, por ejemplo del razonamiento de los jueces en los procesos de constitucionalización de derechos.

4.4. Como interpretación

La interpretación jurídica es el cuarto modo en que se presenta el formalismo según Norberto Bobbio, el cual hace referencia al método adoptado para interpretar y aplicar las leyes, la Constitución, la Convención, etc., del mismo modo, a la función atribuida al intérprete, por ejemplo, la función de control constitucional a Actos Legislativos de la Corte Constitucional.

⁴⁷ Ibidem, pág. 23

De los métodos adoptados surgen según Bobbio, jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses, de la función atribuida al interprete surgen según Bobbio, posturas sobre el poder meramente declarativo de las leyes vigentes y de la Constitución, y su contrario la facultad de crear un nuevo derecho, o normas de origen judicial⁴⁸.

Bobbio en Positivismo Jurídico confiesa que “ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas”⁴⁹, es decir, que para esa época y para este momento, se ha aceptado la idea de que la actividad del juez es dinámica, realiza juicios de valor, no meras descripciones de lo que es el derecho.

Respecto a la constitucionalización este modo cae como anillo al dedo, dado que el juez adopta métodos de interpretación valorativos cuando se orienta a transformar el statu quo, por tanto opera aprobando o desaprobando a través de métodos racionales, actos o leyes, juzgando si son justas o si son dignas de ser conservadas. La constitucionalización aquí encuentra un terreno para justificar una interpretación evolutiva y hasta equitativa, y es catalogada como un proceso formal progresista.

5. Como principio

Por último cabe vincular a la constitucionalización como un principio, que implica una facultad de concretar o corregir, garantías fundamentales, que surgen como ciencia legislativa en función constitucional, o en contraposición a las omisiones de ponderación en el proceso deliberativo democrático. La constitucionalización como principio guía tanto la concretización de derechos como la pretensión de corrección del sistema jurídico creado, funcionando como una facultad inmanente a la estructura constitucional.

Una constitucionalización adecuada⁵⁰, puede construirse si se entiende como facultad, y esta se percibe si se acepta que es un principio constitucional, que se extiende más allá del

⁴⁸ Ibidem, págs. 27 y 28

⁴⁹ Ibidem pág. 28

⁵⁰ Robert Alexy (2009) en, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 28, entiende la constitucionalización un trabajo propio de las Cortes Constitucionales el cual puede ser presentado como

ámbito de los derechos fundamentales, y las cláusulas explícitas de la Constitución, si se quiere, se acepta el debate internacional amplio sobre la distinción entre reglas y principios⁵¹, dada su utilidad para comprender que no sólo de reglas está compuesta la Constitución.

6. La constitucionalización y el estudio del derecho

Dentro del paradigma de la constitucionalización se exigen varias evoluciones: una renovada actividad estatal, la observación permanente de la justicia material, tener presente la Constitución como fuente. Esto acelera la transformación general del derecho con intensidad, entusiasmo y velocidad, con alguna resistencia, una mini-revolución jurídica en la aplicación del derecho, transformación funcional del poder judicial, con apertura al derecho de los derechos humanos.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MANOS DE LOS JUECES. UN CASO DIFÍCIL Y UN CASO POLÉMICO

1. Introducción

Frente a la evidencia del profundo cambio que vive el derecho bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, surgen varias preguntas, para Favoreau⁵² por ejemplo dado el hecho del fenómeno a nivel interno, se pregunta si la constitucionalización puede progresar más, es decir, si ¿la constitucionalización del derecho podrá imponerse sobre un proceso de integración internacional?, y si se apoya lo anterior, ¿cómo se resolverían los problemas de interpretación de los instrumentos de derechos humanos?; Jünger Habermas, en cambio se pregunta si ¿deberíamos seguir apoyando el proyecto de una constitucionalización ya en

sobre constitucionalización, infraconstitucionalización o constitucionalización adecuada. Aquí se presenta como un ejercicio propio de dos actores, el legislativo y el judicial, uno desde la teoría de la concretización y el otro desde la posición alexiana.

⁵¹ Ibidem pág. 93

⁵² Louis Favoreau (2000). Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de derecho público No. 59, Universidad Externado de Colombia, Traducción de Magdalena Correa Henao, primera edición, Bogotá, pp- 60-62.

marcha del derecho internacional?⁵³, o si es posible construir estándares y reglas globales para una constitucionalización del derecho internacional adecuada, aspecto que se abordará después de revelar elementos en la práctica judicial.

Lo que se pretende mostrar, es que si se parte de la aceptación realista de la existencia del fenómeno, pueden surgir diferentes problemas, incluso si se intenta dialogar en forma limitada respecto con el derecho internacional. Por lo tanto se hace necesario colocar algunos elementos relevantes para dicho dialogo, en primer lugar precisando que no será con el derecho internacional, sino del derecho internacional de los derechos humanos.

Antes de esto, se pretende colocar en medio un plano práctico, en concreto, dos casos que de manera general a nivel mundial, han tenido cierto margen de complejidad, y por ende ausencia de estándares o de consensos, al igual de una mayor diversidad resolutive desde la juricidad. El primer caso es un ejemplo de constitucionalización de derechos y el segundo uno de aplicación de estándares de derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, en esta parte, se realiza una aproximación a los desenlaces que han tenido estos dos casos emblemáticos en sede judicial, el primero de ellos desde el campo interno dada la ausencia del debate en el sistema internacional de protección de derechos humanos, pero teniendo en cuenta en la reconstrucción la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en las decisiones internas; y en el segundo, realizando una aproximación al único juicio acontecido en sede interamericana analizándose posibles estándares establecidos por la doctrina interamericana o por las interpretaciones de la CADH dentro de la función judicial internacional al abordar los casos sobre adopción homoparental.

El primer caso se abordará del mismo modo como ejemplo de una constitucionalización, por lo que se prestara especial atención a los elementos que permitirán en la tercer parte de este trabajo identificar y reconstruir más fácilmente las premisas de una constitucionalización, con el principal objetivo de delinear la autopista y los vehículos esenciales para movilizar dicha constitucionalización del derecho internacional de los

⁵³ Habermas, Jünger (20008). El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común, Editorial Katz

derechos humanos; el segundo servirá principalmente como puente para la tercera parte del trabajo.

1. El derecho internacional de los derechos humanos en la doctrina de la Corte Constitucional colombiana en un caso difícil

Ronald Dworkin⁵⁴, al igual que muchos, también se preguntó sobre lo que hoy sigue siendo una gran perplejidad para el derecho y sigue propiciando diferentes posturas teóricas y dogmáticas, la formulación problemática se refiere al caso del aborto y la aborda de la siguiente manera: ¿un feto es una persona con derechos e intereses propios desde el momento de la concepción?, si la respuesta es positiva, ¿estos derechos incluyen un derecho a no ser asesinado, incluso si la continuación del embarazo resulta seriamente perjudicial o dañina para su madre?, o en caso contrario ¿existe algún otro fundamento para que el Estado prohíba o regule el aborto?.

El caso en el escenario local ha venido siendo resuelto por la Corte Constitucional y ha venido terminando en una doctrina de concretizar como derecho fundamental de la mujer gestante la interrupción voluntaria del embarazo, teniendo como referente la sentencia C-355 de 2006 que dio el giro y las premisas de su desarrollo, fundamento y concreción. Para un examen de los argumentos, se reconstruirán en seguida el camino jurisprudencial que antecede esta construcción judicial, teniendo como se dijo antes, especial enfoque y acento en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos cuando se afrontaron las tensiones con el principio, derecho humano y garantía de protección del derecho a nacer recientemente incorporado en la justicia global internacional⁵⁵.

1.1. Punto de partida

Recientemente la Corte Constitucional colombiana ha asentado su jurisprudencia sobre la

⁵⁴ Dworkin, R. (1998), *El dominio de la vida un discusión sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Editorial Ariel, Barcelona; Dworkin, R. (2003), *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Colección Estado y Sociedad No.110, Barcelona

⁵⁵ Muchos son los casos desde la bioética que enfrentan los dilemas morales que involucran al nasciturus, desde el derecho son ejemplarizantes muchos casos, por ejemplo el Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica, de la Corte IDH del 28 de noviembre de 2012, sin embargo para esta investigación solo se tomará un caso doméstico (IVE), intentando resolver las preguntas formuladas relacionadas con el fenómeno de la constitucionalización, e intentar ejemplarizar con un caso, la constitucionalización de derechos no contenidos explícitamente en una Constitución.

interpretación constitucional relacionada con los derechos de las mujeres frente a un embarazo con las características desarrolladas en la sentencia C-355 de 2006⁵⁶. Es sabido que desde el año 2006, vía interpretación constitucional justiciable, se asumió la recomendación del Comité de Derechos Humanos del 2004 de despenalizar el aborto en ciertas circunstancias. Luego, del mismo modo, una pequeña cascada de sentencias de la Corte, llevaron a concebir como derecho fundamental, la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)⁵⁷. Esto generó unos problemas, teóricos, axiológicos, ontológicos, e incluso morales y éticos, desde luego, dado las faltas del discurso pragmático, al cual no se le asignan, ni se le deben asignar, tareas distintas a las propias del plano práctico.

En este escrito se pretende realizar un acercamiento descriptivo de la jurisprudencia para proporcionar cierto material⁵⁸ para asumir en otro momento, el problema sobre si la construcción del derecho fundamental a la IVE consolidada como doctrina constitucional, cumple con los desafíos teórico-morales y éticos en desarrollo desde el derecho internacional de los derechos humanos. Para este acercamiento, por lo tanto, se reconstruirán las premisas de la construcción de este derecho (IVE) concretado en sede judicial constitucional, describiendo los elementos que paso a paso delinearon su alcance y su sentido, para esto se partirá de un estudio de la sentencia C-355 de 2006, para luego describir en detalle, la jurisprudencia que desarrollo su elementos, por último simplemente se planteará un ejemplo que podría tensionar las premisas proporcionadas por la construcción de la Corte, y que parte de la perspectiva de obligación de protección internacional del derecho a nacer, específicamente de quien es diferente.

⁵⁶ Sexto Informe Periódico del Comité de Derechos Humanos de la ONU del 4 de agosto de 2010, producido conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito entre otros por Colombia, en evaluación especialmente de los artículos 3, 6 y 26.

⁵⁷ Se propone desde tesis sobre el poder constituyente en manos de Cortes Constitucionales, que casos fundamentalmente constitucionales, por vacíos legales y omisiones parlamentarias, han sido construidas en sede judicial, como en el caso de lo relacionado a la familia. Al respecto ver *La función hermenéutica constituyente de la Corte Constitucional. Una mirada a la luz de la conformación jurídica de familia*, de Franco, D. en *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, Vol. 21 No. 2, diciembre 2012, año 26, ISSN 0120-8942, págs. 407-429, de la Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho, Chía.

⁵⁸ Un trabajo de recopilación de artículos sobre reconstrucciones jurisprudenciales, es abordado en *Hacia un nuevo derecho constitucional* del Observatorio de Justicia Constitucional, de Bonilla y Iturralde, donde compilo varios escritos de este tipo realizados por profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en específico relacionados sobre tres tipos de relaciones con el derecho, abordados por la Corte Constitucional.

1.2. La práctica y la teoría en la sentencia C-355 de 2006

La vida como categoría jurídica, es una construcción permanente, que implica, desde la axiología, mayor trabajo, dado que los riesgos de extinción de los postulados que solía proteger el bien jurídico, actualmente pueden rechazarse. También desde luego, la vida como “vida natural”, requiere un trabajo desde la teoría y la práctica⁵⁹, tarea que se presenta como necesaria desde Kant⁶⁰. Estas exigencias frente a la velocidad con la que avanza el derecho, imponen cargas especiales, tanto a los de tesis liberales como a los conservadores. Por tal razón se asume como imperativo asumir la tarea, pero partiendo de la práctica judicial, invirtiéndose los factores, ya no desde la Teoría y la Práctica, sino primero el aspecto práctico y luego mostrándose la influencia teórica, contrario a la postura de Dworkin que aborda primero la Teoría y luego la Práctica, aceptando más así la tesis de Duncan Kennedy⁶¹, donde la teoría es un medio para llegar a la sentencia que ya se tenía diseñada.

1.2.1. *Práctica: Razones en la sentencia C-355 de 2006*

El Estado colombiano, vía judicial, resolvió las perplejidades relacionadas con las tensiones de los derechos humanos sexuales y reproductivos⁶² frente al derecho de nacer del

⁵⁹ Ronald Dworkin (2003). *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A., Colección Estado y Sociedad No.110. Texto original del 2000 Harvard University.

⁶⁰ Sobre la distinción kantiana ver, Carrillo, Y. (2009), *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Lugar y límites de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales*.

⁶¹ Kennedy, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*. El debate con la teoría crítica del derecho, Universidad de los Andes, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá.

⁶² Las obligaciones internacionales del Estado Colombiano en relación con la promoción y protección de los derechos sexuales y reproductivos, se desprenden principalmente de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de la ONU, adoptada por la Asamblea General, según Resolución No.34/180, del 18 de diciembre de 1979, que entro en vigor el 3 de septiembre de 1981. La CEDAW estipula la siguiente obligación para los Estados Partes, entre ellos Colombia, respecto a los derechos sexuales y reproductivos: “Artículo 5. [Los Estados se obligan:] ... a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estado partes a adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres

nasciturus. Se puede afirmar que a partir del año 2006, la Corte Constitucional cambió el paradigma sobre el delito de aborto y dio las bases para la constitucionalización de nuevos derechos, un examen preliminar a sus elementos, permitirá a futuro detallar sus falencias o imprecisiones teóricas, y las fallas en asumir la relación del derecho con la moral.

Un primer elemento puede estar relacionado con el mito de lo emblemático de la estructura de la sentencia, específicamente con que se estableció doctrina en setecientas (700) páginas⁶³ (realmente son 689). Su extensión responde principalmente a la siguiente descripción: 17 páginas relativas a su introducción⁶⁴; 17 páginas donde se describen los aspectos más relevantes de las demandas de inconstitucionalidad presentadas⁶⁵; 131 páginas para las intervenciones⁶⁶ (incluyendo las extraordinarias y extranjeras); 40 páginas que relatan los aspectos generales del Concepto 4024 del 1 de febrero de 2006 del Procurador General⁶⁷; un poco menos de 100 páginas para las consideraciones de la Corte

y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...

⁶³ Link de la Corte Constitucional Colombiana que anexa el texto oficial de la Sentencia C-355 de 2006 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

⁶⁴ Se relacionaron las normas demandadas por inconstitucionalidad del Código Penal: numeral 7 del artículo 32 relativo a la ausencia de responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente; el artículo 122 relativo al reproche penal a la mujer y al sujeto que causare aborto; el artículo 123 relativo al aborto sin consentimiento; el artículo 124 sobre las circunstancias de atenuación punitiva en tres cuartas partes cuando el aborto se produzca por embarazo resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

⁶⁵ Demandas de Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santanilla.

⁶⁶ Intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-; La Corporación Casa de la Mujer de Bogotá; Corporación Sisma Mujer; Defensor del Pueblo; Ministerio de Protección Social; Conferencia Episcopal Colombiana; Universidad Santiago de Cali; Academia Nacional de Medicina; Miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo de la Fe; Intervención de Rafael Nieto Navia y otros; David Pérez Palacio miembro de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos y de la red de abogados Advocates International; entre otros.

⁶⁷ El Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón, dividió el concepto en 10 partes, solicitando a la Corte la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 cuando se presenten los casos de i) concepción no consentida por la mujer, ii) en embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, y el iii) establecimiento médico de la existencia de enfermedades o disfuncionalidades del feto que le hagan inviable. Dividió sus razones en 10 partes así: 1. Problema jurídico; 2. Aclaración previa (donde señala que el concepto expresa lo antes presentado dentro del expediente que dio origen a la sentencia inhibitoria C-1299 de 2005); 3. Inexistencia de cosa juzgada constitucional; 4. Determinación de la constitucionalidad de una norma (confrontación con la CN y los tratados internacionales de DDHH); 5. La dignidad humana como parámetro para resolver la tensión que se presenta en la norma acusada; 6. El bloque de constitucionalidad; 7. Los derechos fundamentales asociados a la interrupción voluntaria del embarazo en la constitución colombiana y en las normas internacionales; 8. La

Constitucional de la que pueden restarse las 14 páginas dedicadas al estudio de impedimentos y posibles nulidades del proceso y 10 páginas de la descripción del asunto y el estudio de posible cosa juzgada⁶⁸.

Lo anterior para reseñar que la Corte Constitucional en realidad esboza en menos de 80 páginas la tesis que da el giro hermenéutico constitucional, la cual comprende básicamente siete partes, la primera un examen a la vida como un bien constitucionalmente relevante y diferente al derecho a la vida⁶⁹; un examen a la vida del *nasciturus* frente a la protección de los instrumentos internacionales específicamente respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PDCP-⁷⁰, la Convención de los Derechos del Niño⁷¹ y la CADH; en un tercer punto analiza los derechos de las mujeres en la Constitución y en el derecho internacional; también dedica un amplio espacio a la descripción de los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal; en un quinto tema relaciona el aborto frente al derecho comparado; y en un penúltimo tema examina el caso concreto; y finalmente describe sus consideraciones finales.

De esta descripción preliminarmente pueden surgir dos posiciones de debate, la primera

política en torno al aborto; 9.Los criterios que determinan la constitucionalidad de la política criminal; 10.El aborto con consentimiento en menor de catorce años.

⁶⁸ Adicionalmente la Sentencia relaciona en 386 páginas, las aclaraciones y salvamentos de voto.

⁶⁹ Esta diferencia tiene como punto de partida, según la Corte, un aspecto histórico, dado que la vida como derecho es una inclusión al mundo jurídico relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial (no quedó estipulada dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1778), la cual tiene como precursora a la Ley Fundamental de Bonn (el derecho a la vida tiene otro antecedente explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776), pero es a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 cuando se consagra de manera solemne como un derecho, posteriormente en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

⁷⁰ El PDCP fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200^a-XXI del 16 de diciembre de 1966 en New York, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976, y fue adoptado al mismo tiempo que el Protocolo de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PDESC-. Estos pactos junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos .DUDH-, comprenden la Carta Internacional de Derechos Humanos. El PDCP contiene seis partes en 53 artículos, y posterior a él se celebraron dos protocolos facultativos, el primero sobre el mecanismo por el cual las personas pueden iniciar las denuncias contra los Estados miembros, y el segundo sobre la abolición de la pena de muerte. Del mismo modo conforme al Pacto, los Estados deben poner a consideración de la Comisión de Derechos Humanos de manera periódica informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones sobre la materia.

⁷¹ Para esta Convención, según la Corte, en los documentos preparatorios o preliminares E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48, se presentaron tres propuestas relativas a la definición de “niño”, dentro de los trabajos de proyección del documento internacional: La primera proponía y argumentaba la conveniencia de no incluir una definición de “niño” en la Convención; la segunda definía “niño” como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho años; la tercera definía “niño” desde el momento de la concepción. Las tres propuestas al final fueron rechazadas, según la Corte.

frente a la dependencia de la razonabilidad de la doctrina constitucional⁷² a una tesis que permite dar el giro hermenéutico; y la segunda frente a su principal fuente para construir sus consideraciones y fundamentos. Parto primero de un análisis a esta última para dar paso a la primera posición.

Ya en materia en la parte de las consideraciones y fundamentos de la sentencia, se pueden examinar dos momentos fuertes que sustentan al final algunas premisas de la parte resolutive, el primero cuando la Corte examina la vida del *nasciturus* frente a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el segundo cuando de alguna forma toma posición sobre la fuerza vinculante de las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos no jurisdiccionales.

Sobre el primero se puede decir que la Corte después de hacerle frente al PDCP y a la Convención de los Derechos del Niño, prestó especial atención a la estipulación del artículo 4.1 de la CADH que señala lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”

Al respecto señaló lo siguiente:

1. Un enunciado internacional puede tener distintas interpretaciones.
2. Las interpretaciones en este caso dependen primero del concepto que se adopte respecto a qué es “persona”, y segundo del concepto que se adopte respecto a la “concepción”.
3. La interpretación de este enunciado normativo está relacionado con dos momentos distintos, uno cuando se está frente al derecho al respeto a la vida y otro cuando se está frente al derecho a la protección de la vida.
4. El derecho al respeto a la vida tiene que ver con ser sujeto de la titularidad del derecho.

⁷² La doctrina constitucional en este caso se reduce principalmente a una Sentencia, sin embargo existen antecedentes a la Sentencia de 2006, como son los salvamentos de voto de los magistrados de la Corte Constitucional Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez, tanto en la Sentencia C-133 de 1994 como en la Sentencia C-013 de 1997, las cuales evaluaron la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto 100 de 1980 antiguo Código Penal. Del mismo modo las aclaraciones de voto de la Sentencia C-647 de 2001, que estudio la constitucionalidad de la consagración de la facultad de los jueces de prescindir de la pena, donde se exhorto en ahondar en la posibilidad de despenalizar el aborto en circunstancias extremas. A pesar de estos antecedentes, la doctrina constitucional sobre este tema no es muy extensa antes de 2006.

5. El derecho a la protección a la vida depende del inicio de la protección del derecho contemplado en la ley y en general desde la concepción.
6. Hay una regla general que puede admitir excepciones según la ley.

Esto es importante y crucial para comprender la razonabilidad de la Corte de frente a su interpretación convencional, y evaluar si la Corte Interamericana está de acuerdo con esta interpretación. Esta interpretación de la Corte le permite justificar y concluir que el enunciado internacional incluye como regla *general* el *deber estatal de protección de la vida* desde la concepción, regla-deber que admite excepciones al incluir una cualificación en eventos excepcionales que la ley contemple.

Es evidente que en Colombia no hay ley que estipule dichas eventualidades, y que el examen de la Corte debía crearlas, para llegar allá la Corte construye el siguiente argumento después de examinar concretamente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del PDESC, y especialmente de la CADH:

1. De las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación.
2. Tanto de la interpretación literal como sistemática del derecho internacional de los derechos humanos surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.
3. La ponderación exige identificar y sopesar derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos.

Habiendo la Corte determinado una de sus premisas, el paso siguiente fue la creación de derecho, para esto la Corte debía asumir una tesis sobre si aceptaba con fuerza vinculante las recomendaciones, observaciones y demás documentos internacionales sobre derechos humanos formuladas por órganos internacionales relacionados con la adopción de medidas para proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez, o catalogarlas más bien como un criterio relevante para identificar las posibilidades fácticas y las posibilidades jurídicas en las que una mujer puede solicitar la interrupción de su embarazo siendo

indirectamente parte del Bloque⁷³, un especie de criterio de interpretación⁷⁴.

Lo anterior lo estudió la Corte al examinar el límite de libertad de configuración del legislador en materia penal sobre el aborto, ante la petición de acatar algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁷⁵ al interpretar el artículo 7 del PDCP⁷⁶, del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁷, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁷⁸, que en general recomiendan y recuerdan a los Estados partes la obligación de revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el PDCP, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte Constitucional al respecto precisó que las recomendaciones y observaciones proferidas por organismos internacionales no se incorporan de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyen en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes, recordó que incluso en reiteradas ocasiones la Corte ha dicho que la misma jurisprudencia de instancias internacionales es un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales⁷⁹, y una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos

⁷³ Según la Sentencia C-067 de 2003 por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción, forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados; Del mismo modo la Sentencia C-191 de 1998 sostuvo que resulta posible distinguir dos nociones del concepto de bloque de constitucionalidad, la noción *strictu sensu* donde se encuentran los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93), y la noción *lato sensu* donde se encuentran las normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.

⁷⁴ La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos; (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil.

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú, Comunicación No.1153/2003.

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁷⁷ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

⁷⁸ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14

⁷⁹ Sentencia C-010 de 2000.

contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁸⁰, por lo tanto, con menor razón, dice la Corte, puede atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales. Sin embargo concluye la Corte que lo anterior no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991⁸¹.

Lo anterior es polémico, dado que algunas recomendaciones fueron definitivas e incluso aceptadas por la Corte Constitucional, y por tanto su relevancia no fue menor, casi que fueron fuente formal. Por ejemplo, una de estas recomendaciones dirigida específicamente a Colombia es la del Comité Interamericano de Derechos Humanos de febrero 26 de 1999 que estipulaba lo siguiente, según la Procuraduría:

“...El Código Penal vigente en Colombia, en su capítulo III tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal – “circunstancias específicas”)...”

Este informe resalta tres situaciones fácticas en la que una mujer en estado de embarazo puede eventualmente interrumpir su embarazo, pero lo grave es que en la sentencia se vinculan sin citar dicha recomendación, por eso algunas veces la confusión de que fueron una creación de la Corte.

Ahora bien, no sólo se vinculan, sino que a su vez, a cada posibilidad fáctica, se le impone cargas jurídicas para que se surtan, a pesar de que una de ellas ya venía siendo trabajada (riesgo de la vida de la materna), la otra era poco común o hasta entonces poco identificable y problemática (malformación congénita grave) y la tercera tenía que ver con un delito recurrente en Colombia, un problema de política criminal. Esto generó muchos

⁸⁰ Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

⁸¹ En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

inconvenientes que debieron ser zanjados, y resueltos por la Corte judicialmente de manera posterior.

La primera posibilidad, existía con anterioridad, sin embargo ahora identificando que es la materna quien debe vivir con el peso de la decisión, no se señaló el alcance, fundamento y procedimiento de dicho derecho, no se partió de lo que se establecía en esta, la más antigua de las hipótesis, del procedimiento médico que se venía realizando cuando se encontraba en riesgo la vida de la materna, la Corte no hace alusión o examina esta práctica médica; además, dada la escasez en el razonamiento, posteriormente debió asumirse protocolos para la protección de la decisión de la madre, involucrando un certificado como garantía futura de una madre o un hijo inconforme con la decisión tomada, aunque no ha incluido todas las posibilidades, como aquella en la que son los familiares quienes deben decidir ante una posible estado de inconsciencia de la materna.

Respecto a la malformación grave la Corte abrió a una confusión, no presentó ningún elemento de juricidad que permitiera del mismo modo medir el alcance, la naturaleza y los caracteres de dicha posibilidad, se limita a señalar que frente a la inviabilidad de la vida del que está por nacer, y al preexistir una certificación médica que contenga la descripción de la *malformación congénita grave*, una especie de certificado de inviabilidad de vida del feto por fuera del útero, un acto administrativo del médico soportado en exámenes especializados que diagnostica la malformación que al momento del nacimiento hace que se extinga la vida al salir del útero, se configura el derecho a interrumpir el embarazo. Una exhortación a la construcción de protocolos médicos que atiendan oportunamente estos casos no fue parte del activismo judicial, a pesar de que incluye elementos del mayor contenido moral y ético⁸², la jurisprudencia posterior deberá incluir los derechos a nacer de niños con malformaciones simples o de niños diferentes.

La tercera situación sólo menciona una posibilidad, y no incluye, como en otras sentencias, una exhortación a desarrollos de política pública, incluso de política criminal necesaria para procesos y protocolos de atención a víctimas, es decir, simplemente señala frente a un crimen la posibilidad de abortar, sin mencionar el verdadero fenómeno criminal,

⁸² Incluso una postura del positivismo incluyente, desarrolla la tesis del valor moral contingente del derecho o de la conexión conceptual contingente, en el que en algunos casos, la moral debe ser tomada en cuenta.

donde una exhortación para la construcción de una política criminal sobre este delito no es necesaria. Se espera a futuro, en otras Sentencias, que se empiece a moldear a través de situaciones, las categorías diferenciales para tipologías de interrupción del embarazo frente a casos de violación. Así las cosas, la Corte más que ayudar, simplemente presenta una caja de pandora.

Ahora bien, dejando de lado el estudio de la influencia internacional, las faltas en la interpretación de los instrumentos internacionales, y las transmutaciones de las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos, se puede dar paso a la postura relacionada con la influencia en la razonabilidad de la parte resolutive de la Sentencia de la Corte. En ella se puede abstraer que se considera que la Corte asume que se cumplió con la realización de un juicio de ponderación entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, proponiendo, resumiendo y diseñando las siguientes premisas:

- i. La prohibición *total* del aborto es inconstitucional.
- ii. Por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible *condicionalmente*.
- iii. Se enumeran *tres hipótesis extremas* de carácter autónomo e independiente.
- iv. Pueden determinarse *otros casos* adicionales.
- v. La configuración de uno de estos casos no implica una obligación de abortar.
- vi. Una mujer frente a alguna de las causales de excepción tiene derecho a decidir.

Aquí se consideró que el derecho a la vida si se trata como un principio constitucional, no puede suponer la *negación absoluta* de otros principios o derechos: Los derechos fundamentales como principios de optimización, son en sí mismo relativos. Esta premisa sirvió de base para concluir que las medidas orientadas a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no pueden significar atentar contra los derechos de la mujer gestante entre los cuales se encuentran el derecho a gozar de modo pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva. El proteger el valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar toda interrupción del embarazo sería una *protección absoluta* de la vida del feto, lo cual en algunas circunstancias podría violar los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

Al parecer en estos dos elementos se puede decir dos cosas, la primera que se identifican algunas falencias en la tesis sobre la interpretación de las convenciones, especialmente

sobre las recomendaciones, no tanto respecto de los resultados finales que buscan, sino a lo que podría ser una interpretación adecuada, integral, general y vinculante a todo juez, y en segundo lugar deja claro alguna influencia teórica específicamente al desarrollar la ponderación constitucional entre derechos, tema que se involucra directamente con el objetivo de teorizar sobre el concepto del derecho del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que al respecto se analizará con mayor amplitud, y se dejará para la tercera parte una conexión de estas dos posiciones con la debida constitucionalización de este derecho.

1.2.2. *Teoría: Fundamentos en las razones de la C-355-2006*

La Corte Constitucional ha estudiado *teorías* del derecho en varios de sus casos⁸³, algunas veces de manera razonada y paulatina, y en otras de manera abrupta, por ejemplo, ha razonado las cuestiones del positivismo metodológico desde la perspectiva de H.L.A. Hart respecto a la distinción entre reglas primarias y secundarias como elementos constitutivos de un ordenamiento jurídico⁸⁴, o ha considerado la tesis del derecho como integridad de Ronald Dworkin para su razonabilidad, pero en algunos casos, algunas sentencias, se convierten en un antes y un después, un giro revolucionario, y ante esta situación la “teoría” del derecho razonada en ellas no es un elemento accidental, casi siempre puede representar en este tipo de jurisprudencia, el fundamento del cambio del paradigma. Un ejemplo de esto último al parecer es el caso de la sentencia C-355 de 2006, por lo que se examinará con detalle.

Se parte de la hipótesis de que la sentencia C-355 de 2006 es un típico caso de introducción de un nuevo paradigma en la cultura jurídica colombiana, ya que no responde a una transformación progresiva sino indudablemente a una decisión de iniciar un nuevo camino jurídico, razón por la cual se considera imperativo estudiar el componente teórico que acompañó tal razonabilidad, máxime cuando se trata de un caso álgido y después de casi 10 años todavía vigente en el debate jurídico constitucional.

⁸³ Bonilla, D.; Iturralde M. (2005). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho, págs. 1-17. Bogotá

⁸⁴ Véase por ejemplo la Sentencia C-486 de 1993, o la Sentencia C-893 de 1999 en donde se hace referencia a la regla de reconocimiento.

La lectura de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, para identificar los aspectos teóricos implícitos y los explícitos, se puede hacer desde los razonamientos y las citas expresas de la sentencia, teniendo en cuenta los distintos momentos en las casi 700 páginas de la sentencia, es decir, las demandas presentadas por los actores, el detalle de las intervenciones ciudadanas, la intervención del Defensor del Pueblo, la extensa intervención del Procurador de la Nación, y finalmente las consideraciones de la Corte, junto a los Salvamentos y Aclaraciones de Voto.

En ese orden aparecen en la sentencia C-355 de 2006 varios autores y teorías, sin embargo se halló especial énfasis por parte de la Corte Constitucional en los postulados del Alemán Robert Alexy, por tanto en este escrito sólo se *describirá* lo acogido de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, y se deja para otro momento las tesis que incluyeron otros intervinientes como la Corporación Sisma Mujer⁸⁵ respecto a los derechos de libertad positiva y libertad negativa⁸⁶, hasta lo expuesto de Kant, Kelsen y Dworkin en los salvamentos de voto. También se excluye un análisis de lo que pudo haberle faltado al incluir las tesis del alemán, dando paso, como se dijo, a una descripción literal de la inserción teórica.

La Teoría de Robert Alexy fue expuesta especialmente en dos momentos en las casi setecientas (700) páginas de la sentencia, la primera en la demanda presentada por los actores y la segunda en las Consideraciones y Fundamentos de la Corte Constitucional. Mónica Roa López⁸⁷ como demandante según la reseña de la Corte Constitucional, indicó que la teoría de la proporcionalidad atribuida a Robert Alexy⁸⁸, relativiza los derechos, y obliga a identificar la existencia de una tensión entre ellos, para el caso según la actora, las

⁸⁵ Parte IV Sentencia C-355 de 2006, Intervención de la Corporación Sisma Mujer, sobre “Las normas impugnadas vulneran los derechos a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres colombianas”, página 50.

⁸⁶ Carlos Bernal Pulido, en El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, explica que el concepto de libertad negativa de Berlin, se refiere a la libertad de hacer o dejar de hacer lo que se quiere sin la intervención del Estado o de otros individuos, una especie de ausencia de coerción externa, pág. 191

⁸⁷ Parte III Sentencia C-355 de 2006, Demandante Mónica del Pilar Roa López, página 17 a 28.

⁸⁸ Alexy, R. (1986); Theorie der Grundrechte. Prinzipien seien Optimierungsgebote. Segunda edición en castellano de CEPC, Madrid, Traducida por Carlos Bernal Pulido año 2007. Existe una primera edición traducida por Ernesto Garzón Valdés editada en el año 1993 por el Centro de Estudios Constitucionales en Madrid.

disposiciones penales estatales absolutas sobre el aborto y los derechos de la mujer, obligan al juez constitucional a “realizar el test de proporcionalidad adecuado y reconocer que con el aborto no sólo está en juego la potencia o la esperanza de vida, sino la propia vida de la mujer, su salud, su libertad o su dignidad, derecho y valores que igualmente deben ser protegidos”⁸⁹, dice al respecto que pueden existir ciertas circunstancias excepcionales donde no es constitucionalmente exigible el deber de protección del que está por nacer.

En este sentido, desde la demanda se propone considerar los postulados de Robert Alexy específicamente respecto a su tesis de la ponderación⁹⁰, previendo los factores temporal y circunstancial que ponen en tensión derechos y al mismo tiempo los relativiza, en este caso según Roa, “los derechos de la mujer frente a la obligación estatal de proteger la vida en formación”. Señala Mónica Roa que lo que se pretende no es una solicitud al juez constitucional de actuar como legislador y adicionar condiciones de tipo penal general del aborto, sino una solicitud del ejercicio de ponderación de derecho y deberes constitucionales, que en casos como graves malformaciones fetales es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes donde “la proporcionalidad entre los derechos sacrificados (derecho de la mujer) y el bien protegido (vida humana en formación) es absolutamente nula”⁹¹, por tanto considera que el artículo 122 de la ley 599 de 2000 tal y como está contemplaba una vulneración además de los principios fundamentales de libertad y autonomía, del principio fundamental de la proporcionalidad de la Constitución Política.

En las Consideraciones y Fundamentos de la sentencia⁹², la Corte se apropia de las tesis

⁸⁹ Parte III Sentencia C-355 de 2006, Demandante Mónica del Pilar Roa López, sobre “La proporcionalidad”, página 19.

⁹⁰ Alexy influenciado por Aristóteles, Immanuel Kant, Frege, Gottlob, Hans Kelsen, HLA Hart, Gustav Radbruch, Alf Ross, entre otros, a raíz de la distinción de Ronald Dworkin entre reglas y principios, propone la tesis de que los derechos fundamentales deben entenderse en algunos casos como principios para así poder concebirlos como normas sometidas a una relación estatal sirviendo así como comandos de optimización de acuerdo a las posibilidades legales y reales de la más alta medida de lo posible. Con base en esto construye una doctrina de principios que requiere un acto de equilibrio para lo cual es necesario un criterio de proporcionalidad de los derechos fundamentales.

⁹¹ Parte III Sentencia C-355 de 2006, Demandante Mónica del Pilar Roa López, sobre “Tratos Cruels, Inhumanos y Degradantes”, página 22.

⁹² La Parte VI de la Sentencia, reseña las Consideraciones y Fundamentos de la Corte, esta parte sólo representa cien (100) páginas de las casi setecientas (700) que constituyen todo el cuerpo de la Sentencia. De estas cien (100) páginas, doce (12) fueron dedicadas para resolver recusaciones e impedimentos, tres (3) para

de Alexy expuestas en la demanda e incluso la amplia, sin embargo no lo cita, propone una serie de afirmaciones axiológicas, ontológicas y metodológicas para la judicialidad de estos casos. En las consideraciones la Corte libra la tensión entre *la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano y el derecho a la vida misma*, y allí hace afirmaciones propias de la teoría de Alexy tales como: “...(el) deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana...”.

Lo anterior sirvió de base para establecer varias premisas, la primera que el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus*, segundo que más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección, en tercer lugar que el deber de protección exalta al Estado a acciones positivas de carácter prestacional tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación y de carácter legislativo para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando, concluyendo que el determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador.

También dentro de las consideraciones la Corte cuando examina *los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal*, específicamente sobre el delito de aborto

describir una síntesis del objeto de estudio, seis (6) para examinar si existía cosa juzgada en el caso, y dedicando sólo setenta (70) páginas para el grueso de los temas, empezando con los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y de manera especial los temas relacionados con los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad. De estas setenta páginas dedica menos de veinte (20) páginas para realizar el control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas para lo cual hace la ponderación correspondiente de los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, relaciona las consideraciones finales y para describir el resuelve (págs. 282 hasta la 301).

frente los derechos a la salud, a la vida y a la integridad de las personas, señala que el derecho constitucional a la salud tiene un contenido *prestacional* y un carácter de *derecho de defensa* frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren, en este caso, frente a la actividad legislativa, fundamento que refleja con claridad la influencia teórica alemana, donde es expuesta la dimensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa o de libertad negativa.

Al final de las consideraciones, la Corte cuando realiza el *examen del caso concreto*, específicamente respecto a la *inexequibilidad de la prohibición total del aborto*, presentó varias afirmaciones, dentro de las más relevantes se encuentra en primer lugar que “no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal”, en segundo lugar que “la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política”, por último que “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de...la vida del nasciturus, y el... sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional...”. Desde estas premisas afirma que una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, lleva a la *coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales*, punto de partida de la tesis de Alexy para el trato de los derechos fundamentales como principios y el sustento de la inexistencia de derechos con carácter absoluto ni la preeminencia incondicional frente a los otros principios. Así las cosas, la Corte enuncia la tesis del principio de proporcionalidad “como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios”, sin embargo, como ya se dijo, sin citar explícitamente a Robert Alexy.

Podría decirse que la declaración de la Corte de que se encuentra ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal condicionado a que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca por constituir peligro para la vida o la salud de la mujer certificado por un médico, por existir grave malformación del feto que haga inviable su vida certificada por un médico, o por conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado

no consentidas, o de incesto, es producto de la influencia de Alexy en específico e implícitamente.

La influencia de Robert Alexy es notoria, sin embargo se le dedican pocos párrafos, y es acogida de manera parcial, y el hecho de no incluir sus citas genera cierta sospecha o una prueba de la transmutación de su tesis, incluso en relación con su tesis sobre el principio de proporcionalidad, que apenas es enunciada, un lector desprevenido puede confundirla o refundirla con los apartes amplios que se realizaron en la sentencia respecto al deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad para tratos diferenciales en juicios estrictos en materia penal para la sanción y la idoneidad del tipo penal. La sentencia C-355 de 2006 tal vez ha sido sobrevalorada, y asumió una Teoría del Derecho contemporáneo de manera parcial y reducida, y excluye a pesar de ser un tema muy álgido e inacabado, la descripción de otras tesis para un razonamiento teórico más completo⁹³.

1.3. Construcción del derecho fundamental a la IVE

1.3.1. Primer antecedente post C-355

Posterior a la sentencia C-355 de 2006, lo primero que surge es un intento por parte del Poder Ejecutivo de reglamentar la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, a través del *Decreto 444 de 2006*. Al respecto dos cosas, la primera que se crea el *Servicio de Interrupción Voluntaria del Embarazo no constitutiva del delito de aborto (Servicio IVE)*, para proporcionarle una garantía de acceso y de atención oportuna. En segundo lugar tiene que ver con que este Decreto de la Presidencia de la República⁹⁴ fue

⁹³ Deliberación recomendada por varios autores entre ellos Rodolfo Moreno Cruz en *¿Qué nombra la moral?: El modelo deliberativo de Carlos Santiago Nino como alternativa a la disputa metaética entre la moral sustantiva y la procedimental*, Revista de Filosofía, Derecho y Política No. 10 Jul 2009, donde relata el caso del Tribunal de Londres que autorizaba la separación de las siamesas Jodie y Mary y con ello, tácitamente, permitía la muerte de la pequeña Mary a pesar de que la madre y el padre, deseaban mantener la unión aun cuando eso acarrearía la muerte de las dos, lo cual llevó a plantearse la cuestión moral de si ¿fue moralmente correcta la decisión de separar a las gemelas?, planteándose así el modelo deliberativo como alternativa para atenuar la tensión entre forma y sustancia.

⁹⁴ El Decreto 4444 DE 2006, que pretendía reglamentar la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, fue expedido por el entonces presidente, Alvaro Uribe Vélez. El Decreto no solo señalaba expresamente que la disponibilidad del *Servicio IVE* “no constitutiva del delito de aborto”, también señala que este “Servicio” debería estar disponible en todos los grados de complejidad que requiera una gestante, ser prestado en las instituciones habilitadas para ello, respetar las reglas de referencia y contrarreferencia, y tendría en cuenta las demás previsiones contenidas en el Decreto.

suspendido provisionalmente mediante Auto de quince de octubre de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado (Dra. María Claudia Rojas Lasso, expediente 2008-00256-00), el fundamento de la decisión radica en exlimitación del Ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria y la invasión del terreno de las Leyes Estatutarias al reglamentar el ejercicio de la objeción de conciencia⁹⁵. Posteriormente este Decreto por el cual se reglamentaba la prestación de “unos servicios de salud sexual y reproductiva” fue anulado dentro del mismo proceso que lo había suspendido en el Consejo de Estado.

1.3.2. 2007: Derecho al Servicio IVE

En el año 2007, la Corte Constitucional en la sentencia T-988 de 2007 con Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, examinó el caso de una solicitud de interrupción de embarazo por parte de la representante de una joven con parálisis cerebral y retardo sicomotor severo e hipotiroidismo, víctima de acceso carnal violento.

La Corte constató que la Prestadora del Servicio de Salud había impuesto a la joven una carga desproporcionada, arbitraria e injustificada, en desconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales, y dado que al momento de fallar constató que el embarazo ya no existía y que tampoco se había presentado el parto, decidió proferir sentencia de advertencia, para que en adelante el Servicio IVE solicitado por una mujer discapacitada y víctima de acceso carnal violento no consentido o abusivo, tenga un procedimiento que se abstenga “de elevar obstáculos de orden formal”, precisando que bajo tales circunstancias la solicitud de Servicio IVE podría ser efectuada por cualquiera de los padres de la mujer que se halla en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales a la denuncia penal por acceso carnal violento no consentido o abusivo.

En esta sentencia se adoptaron las regulaciones contenidas en el Decreto 444 de 2006 antes mencionado, alcanzando este a ser fuente válida para la Corte Constitucional antes de

⁹⁵ El Decreto consagraba dos disposiciones al respecto, la primera en su artículo 5° expresaba la protección de los derechos fundamentales de la Sentencia C-355 de 2006 y definía la objeción de conciencia como una decisión individual exclusiva de los prestadores directos del servicio; la segunda en su artículo 6° incluye la objeción de conciencia dentro de las acciones protegidas de discriminación, dentro de las que también se incluían la no objeción de conciencia y la interrupción del embarazo.

su nulidad. La Corte allí consideró que del Decreto se desprendían criterios aplicables al caso, y que eran armónicas con lo establecido por la Constitución Nacional y con lo consignado en la *ratio decidendi* contenida en la sentencia C-355 de 2006” (sin embargo se intuía lo cuestionable de su validez). Esta sentencia es entonces, la que por primera vez, lo nomina como *Servicio IVE*, basándose en el trato jurídico de *servicio* que el Decreto 444 de 2006 le atribuyó.

Se resalta de la mencionada sentencia, la interpretación dada a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas Discapacitadas, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de Personas con Discapacidad, al igual que la definición de persona con discapacidad de la CADH como fuente para la definición de persona con discapacidad, de las que se construye el concepto de *protección reforzada de mujeres en estado de embarazo de especialísima protección* para un derecho internacional de los derechos humanos, en el que las mujeres discapacitadas que han sido objeto de acceso carnal violento son parte⁹⁶. De igual manera, la Corte interpretó de la Observación General No. 5 sobre los derechos de las personas con discapacidad emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como una obligación prestacional del Estado, el proteger a los discapacitados y el de promover sus derechos mediante programas y leyes generales, así como también de normatividades de finalidad específica.

1.3.3. 2008: Derecho al Procedimiento Legal IVE del SGSSS

En la sentencia T-209 de 2008 de la Corte Constitucional cuya Magistrada Ponente fue la doctora Clara Inés Vargas Hernández, se pasa de Servicio Público IVE a *Procedimiento Legal IVE del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Este paso en la jurisprudencia de la Corte, permite precisar mucho más la cobertura en el servicio médico. El carácter de, procedimiento, aclara la titularidad del peticionario, sin excluir la

⁹⁶ El Artículo 1.1. de la Convención Discapacidad señala que “ el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Esto fue la fuente normativa para calificar la existencia de una discapacidad de la joven víctima de acceso carnal a la que refiere la Sentencia T-988 de 2007.

legitimación del peticionario o solicitante, el primero sería la mujer gestante y el segundo podría ser la misma mujer o cualquier persona en favor de la mujer en estado de gravidez si esta es incapaz de activar el procedimiento voluntariamente (en este sentencia se trató la validez de una solicitud de interrupción de embarazo por acceso carnal violento por parte de la madre de una niña menor de 14 años), igualmente determina que dicha solicitud no requiere autorización o consenso de varios médicos, consentimiento del marido, padres u otros familiares de la gestante, o de jueces o tribunales. Es una facultad personal⁹⁷. Como *Procedimiento Legal IVE del SGSSS* la Corte enumera tres de sus características:

- Es un procedimiento oportuno, por lo cual los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberán proceder a realizar el procedimiento IVE dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social;
- Es un procedimiento que amerita una atención integral y de calidad;
- El procedimiento es técnico- administrativo, regido por lo expedido por el Ministerio de la Protección Social, normas que serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006⁹⁸⁹⁹ que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización

⁹⁷ Al respecto también puede revisarse la Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU, sobre *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* de 1994, donde se reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno...” (párr. 22). En el mismo sentido se refiere el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General No. 28 sobre *Igualdad de derechos entre hombres y mujeres* de marzo del 2000: “... cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos [se vulnera el derecho a la autodeterminación]...” (párr. 20).

⁹⁸ La sección primera del Consejo de Estado mediante Auto del 15 de octubre de 2009, decidió revocar un Auto anterior que negaba la suspensión y en su lugar decretar la suspensión provisional del Decreto 444 del 13 de diciembre del 2006 expedido por el Ministro de la Protección Social del gobierno de Álvaro Uribe Vélez, Dr. Diego Palacio Betancourt, por medio del cual se pretendía establecer los pasos para la práctica del aborto cuando se presentara malformación del feto, riesgo para la vida de la mujer gestante y violación, y regulaba la objeción de conciencia para esos casos., El fundamento del Auto radica en la extralimitación del Ejecutivo en ejercicio de la facultad reglamentaria, comoquiera que el Decreto acusado se presentó como reglamentario de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, y por invadir el terreno de las leyes estatutarias al reglamentar el ejercicio de la objeción de conciencia (se cita como precedente la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional).

⁹⁹ Recientemente en sentencia del 13 de marzo de 2013, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Rojas Lasso, se dio falló en única instancia a la acción de nulidad presentada por Luis Rueda Gómez el 10 de julio de 2008 (art. 84 CCA), declarándose la nulidad absoluta del Decreto 444 de 2006 y aceptándose la tesis de la relatividad de la potestad reglamentaria de la Corte Constitucional (sentencias C-512 de 1997 y C-320 de 1999).

Mundial de la Salud¹⁰⁰ (OMS).

Este último documento internacional que se reseña dentro de las características es de especial interés conforme a la naturaleza de este trabajo. La sentencia T-209 de 2008 interpreta de este documento dos cosas principalmente, la primera que la OMS señala como titular del procedimiento médico a la mujer gestante, y segundo que dicha *Guía* establece el procedimiento al que tiene derecho la mujer, procedimiento que involucra sus derechos sexuales y reproductivos.

Este podría ser un ejemplo y una parte del proceso de constitucionalización que no sólo involucraría la Guía Técnica Internacional de la OMS, sino la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (ICPD) desarrollada en el Cairo en 1994, dado que es con base en esta que se desarrolla, y fue donde realmente se acordó el compromiso de disminuir la necesidad de un aborto inseguro, específicamente en los casos en que no estén contra la ley.

Por último esta sentencia, enunció a los Tribunales Internacionales de Ética Médica, como órganos competentes para evaluar la procedencia de una presentación de objeción de conciencia para practicar una IVE.

1.3.4. Dilación injustificada de la autorización para un Procedimiento Legal IVE

En la sentencia T-946 de 2008, la Corte señala que la negativa o la dilación injustificada en la autorización del *procedimiento de IVE* vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo.

El Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, adoptó esta postura en un caso de una

¹⁰⁰ OMS, “Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud, Ginebra (Suiza), septiembre de 2003, ISBN 92 75 32482 4. Este documento señala así mismo una guía para llevar a la realidad el compromiso acordado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en junio de 1999, en la que los gobiernos se pusieron de acuerdo en que “en circunstancias donde el aborto no sea ilegal, los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles”. Se advierte del mismo modo que es un documento guía producto de una Conferencia Técnica, y no es el desarrollo de una norma, ni es un estándar, tan sólo una guía cuyo contenido no compromete a la OMS.

acción de tutela interpuesta por la madre de una niña con cuadro clínico de Síndrome de Pradder Willy o Down el cual es limitante en gran porcentaje de su capacidad cognoscitiva, la cual fue interpuesta cuando la madre se dio cuenta de que su hija estaba embarazada con 18 semanas de gestación, sin duda por acceso carnal abusivo sin consentimiento en menor en estado de indefensión e incapaz de resistir, con posibilidades de malformaciones del feto por la transmisión genética y el consumo prolongado de la droga denominada Epanime.

La Corte decidió revocar los fallos de los jueces de instancia, en los que se había negado el amparo solicitado con fundamento en la consideración de que el avanzado periodo de gestación hacía improcedente el aborto. Por el momento en el que se produjo el fallo, no cabía una orden para la efectiva protección del derecho y sólo se buscó orientar futuros fallos para estos casos, sin embargo no se alude de manera específica a la condición de discapacitada de la persona embarazada, ni se precisaron en ese sentido, distinciones en los tipos de acceso al aborto, imponiéndose sin justificación, directrices con referencia la sentencia C-355 de 2006.

En esta sentencia respecto del interés en torno al trato a los instrumentos internacionales, cabe resaltar algo particular en la parte resolutive. La Corte Constitucional ordenó comunicar al Tribunal Nacional de Ética Médica lo resuelto para la correspondiente investigación y posterior sanción, lo cual si se vincula con lo señalado en la parte final del precedente anterior (sentencia de T-209 de 2008), podría respaldarse la tesis de presentar demandas también con solicitud de juicio en el Tribunal Internacional de Ética Médica.

Igualmente se registra un salvamento de voto de Rodrigo Escobar Gil en relación a si se vulneraron los derechos de “una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido”¹⁰¹ y la aclaración de voto de Mauricio González Cuervo en relación a la

¹⁰¹ Rodrigo Escobar Gil salva su voto, porque no se distingue entre una mujer sana y una que presenta discapacidad, diferente es el acceso carnal no consentido al acceso carnal abusivo, y entonces el análisis de constitucionalidad que cabe hacer es muy distinto, especialmente para valorar las consideraciones del médico sobre la imposibilidad de encuadrar el caso en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 o las de los jueces de instancia al decidir con base en el avance del periodo de gestación, por lo que se podría tratar de una nueva concepción del tema, más allá del ámbito fijado en la sentencia C-355 de 2006, y no se justificaría correr traslado del expediente para los jueces sean investigados por las posibles faltas disciplinarias o penales en las que pudieron incurrir.

advertencia de la falta de regulación sobre la materia¹⁰², las cuales se pueden vincular a las críticas sobre la constitucionalización de políticas o ideologías a través de normas de origen judicial con pretensión de automatización judicial y sin justificación integral.

1.3.5. Titular de la decisión de solicitud del Procedimiento Legal IVE

Con la sentencia T-009 de enero de 2009 se afirma que el procedimiento legal IVE (i) es posible si éste representa riesgo para su *vida* o su *salud*, (ii) es posible si un médico así lo ha certificado, (iii) y es posible solamente si la madre gestante decide interrumpir un embarazo dado que es de alta importancia y es la mujer quien soportará las consecuencias que se deriven de dicha decisión.

El Magistrado Ponente Dr. Manual José Cepeda Espinosa se apoyó en la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), que describe la dignidad humana desde tres dimensiones¹⁰³ las cuales deben estudiarse por separado para evaluar si no han sido vulneradas. El Magistrado resaltó la dimensión de la dignidad humana que advierte que las personas no pueden ser un objeto sobre el cual otros toman decisiones trascendentales que directa o indirectamente afectan e influyen sobre el proyecto de vida, en este caso de la materna.

¹⁰² La aclaración de voto es de advertencia porque ante la falta de regulación de la materia frente al tema del tiempo de gestación para la aplicación de las causales, el deber y la facultad del juez es valor críticamente el acervo probatorio y aplicar su criterio jurídico para la determinación de las especiales circunstancias de cada caso concreto, en especial para establecer cuándo la solicitud para la práctica del aborto contiene los elementos por los cuales la Corte Constitucional decidió excluir la existencia del delito, y cuando las solicitudes de aborto son fácilmente posibles, o se dificultan por el tiempo. Deja claro que frente a la ausencia legal, no procede una interpretación que favorezca la automatización en la toma de decisiones judiciales.

¹⁰³ La mencionada Sentencia las describe así: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”. También cita entre otras la Sentencia T-532 de 1992 donde la Corte señaló la estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana, la Sentencia C-542 de 1993 donde la Corte recurrió al imperativo categórico kantiano para reforzar la idea según la cual no pueden superponerse los intereses generales a los derechos fundamentales, la Sentencia C-221 de 1994 donde la Corte consideró que la dignidad y la libertad personal se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino, la Sentencia T-477 de 1995 donde la Corte estudió el caso de la readecuación de sexo de un menor, la sentencia T-472 de 1996 donde la Corte estableció que las personas jurídicas no son titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre debido a que los mismos constituyen una derivación directa del principio de dignidad humana y la Sentencia C-239 de 1997 donde la Corte creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad en el caso del homicidio pietístico.

Esta Sentencia tiene como particularidad que previene a la Entidad Prestadora del Servicio Médico en un plazo de un mes para dar cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Circular informativa 31 de 2007 emitida por el Ministro de la Protección Social (información sobre la provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto), específicamente con la de mantener actualizado el listado de las instituciones con las que cuentan con profesionales dispuestos a proveer los servicios IVE y reportarlos anualmente a la Dirección General de Calidad de los Servicios de dicho Ministerio.

Aquí Rodrigo Escobar Gil también salvó su voto y señaló que la Corte en esta oportunidad cuando estudió el caso, se apartó de la realidad y del problema jurídico que fue planteado por la accionante, de autorizar una cirugía sin la exigencia de los co-pagos previstos en la ley, y no existía en el expediente manifestación ni evidencia que indique que el embarazo de la paciente tuviera algo que ver con una clase de riesgo para la salud de la materna, y del mismo modo tampoco hubo una expresión de voluntad del accionante de interrumpir el embarazo por lo que, según el salvamento de voto, la Corte se pronunció sobre un caso hipotético y sobre un supuesto que no se encuentra en la Sentencia C-355 de 2006.

El caso como lo reseña la Sentencia revisa los fallos proferidos en primera y segunda instancia en Medellín, dentro de la acción de tutela instaurada por Carlos Mario Bolívar Ossa en representación de su esposa Adiela Orozco Loaiza contra Coomeva EPS el 6 de enero de 2006, para que se le practicara cirugía de histerectomía abdominal, lo anterior implicaba que se emitiera orden para el aborto, ya que se había suspendido dicho procedimiento por comprobarse su estado de embarazo. El 27 de marzo del 2006, la señora sufre un aborto espontáneo y el 18 de julio del 2006 se realiza evaluación de control final y se determina que la paciente está completamente sana, pero que resulta importante seguir con un control, por lo cual se ordena citología cada 6 meses por un período de dos años.

La Corte antes de emitir la sentencia produjo Auto de veintiuno (21) de mayo de 2008 en el que ordenó: Primero que se emitiera oficio solicitando a Adiela información, entre otros puntos, sobre si hubiera preferido que se le practicaran los exámenes antes del aborto espontáneo que ocurrió el 27 de marzo, y si sabía que tenía derecho a interrumpir

voluntariamente el embarazo si era necesario para recibir tratamiento médico. Segundo que se solicitara a Coomeva EPS informar, entre otros puntos, sobre las circunstancias en que ocurrió el aborto de Adiel Orozco Loaiza y si recibió atención.

Al respecto Coomeva EPS informó que a la accionante se le diagnosticó, además de su enfermedad, malformación cromosómica del feto, lo que produjo muerte fetal secundaria por lo que se procedió a realizar un curetaje para extraer los restos fetales, y agregó que “para el momento de la ocurrencia de los hechos (enero-marzo de 2006), aún no había sido proferida la sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006.

Al parecer acá la Corte constitucionaliza como nueva causal el aborto por necesidad de exámenes para la salud de la materna, ampliando la causal estipulada en la sentencia C-355 de 2006 de aborto por riesgo para la vida de la materna, ya no sólo si está en peligro la salud por continuación del embarazo, la Corte, basada en una Circular del entonces Ministerio de Protección Social, la cual a su vez se basó en un Decreto que fue suspendido meses después (15 de octubre de 2009) y anulado recientemente en sentencia del 13 de marzo de 2013, el cual a su vez se basó en una guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud de la OMS del 2003, la cual a su vez buscaba impulsar el compromiso acordado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en junio de 1999, constitucionaliza vía jurisprudencial lo que no se logra vía legal, y basada en hechos fácticos supuestos como lo menciona Rodrigo Escobar Gil en el salvamento de voto.

1.3.6. Obligación de las autoridades estatales de promoción del servicio al Procedimiento IVE: T-388 de 2009

La sentencia T-388 de 2009 del Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, examina el Decreto 444 de 2006 antes de ser suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado el 15 de octubre de 2009¹⁰⁴, describiendo los mandatos que se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres, e indicando las consecuencias prácticas que surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora, al igual que los aspectos

¹⁰⁴ Anulado recientemente en sentencia del 13 de marzo de 2013 por la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Rojas Lasso.

relacionados con los eventos en que los funcionarios judiciales pueden declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones.

El caso tratado en esta ocasión por la Corte Constitucional fue una IVE por embarazo de feto único, polimalformado, con probable displasia ósea. Esta sentencia es muy importante por su parte resolutive, que ordena al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, diseñar y poner en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006. Por otra parte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adoptar medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender y garantizar el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006. Así la Corte interpreta *la obligación de las autoridades estatales respecto a la promoción de la IVE*, desencadenando una tensión principalmente con la Procuraduría, que interpreta esta sentencia como una orden para promover el aborto. El razonamiento en esta oportunidad de la Corte lo resumo así:

- (i) Las mujeres bajo las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006 son las titulares del derecho a decidir libremente respecto de la IVE.
- (ii) Todas las mujeres para poder decidir deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada respecto a la IVE, lo cual incluye el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006.
- (iii) Ante la evidencia generalizada del desconocimiento de la sentencia C-355 de 2006 por parte de los sujetos involucrados en un procedimiento de IVE, es prioritario campañas masivas de las autoridades competentes para tal fin y el que se adopten por las entidades encargadas las medidas necesarias para atender y garantizar este servicio médico.

1.3.7. IVE derecho fundamental: T-585 de 2010

La sentencia que bautiza a la IVE como derecho fundamental por primera vez, es la

sentencia T-585 de 2010¹⁰⁵ con Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto. La Corte concluyó que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991, ya que dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva, se encuentra el derecho de las mujeres a la IVE cuando se presentan las hipótesis despenalizadas, y a su vez estos están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información, a la salud y a la educación, entre otros, y que en razón a esto nacen las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud. La referida sentencia señalo:

“...Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados...”

Así las cosas esta sentencia lo nomina *derecho fundamental a la IVE*, influido por un caso de amenaza de la vida de una joven madre cabeza de familia con un embarazo diagnosticado como de alto riesgo¹⁰⁶. Su razonamiento puede resumirse así:

¹⁰⁵ Según el folio 18, cuaderno 1, citado en esta Sentencia en su página 7 del formato web, la accionante al ser preguntada por su estado de salud respondió que “tengo 11 semanas de embarazo, (...) mi estado de salud es malo, me siento enferma, vomito todo el tiempo y en ocasiones con sangrado, dolores de cabeza intensos, escucho pitos, veo lucecitas, dolor bajito, ardor y dolor en el estómago, los médicos dicen que es por el vómito y lo que más me preocupa es que pierdo un kilo semanal”, agregó que “me siento decaída, enferma, anímicamente me siento triste y desesperada, ya que nadie me da solución a lo que tengo ni puedo trabajar para mantener a mi menor hija”, así mismo indicó que “he tenido dos amenazas de aborto, el 4 y 13 de noviembre del presente año”.

¹⁰⁶ Según el folio 38, cuaderno 1, citado en esta Sentencia en su página 8 del formato web, el juzgado de primera instancia de esta acción de tutela, contó con una valoración practicada por el Ginecólogo Obstetra Rodrigo Reyes, quien conceptuó: “Paciente con alto riesgo de preclamsia pero que en el momento no tiene preclamsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo. Sin embargo con una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación si psicólogo (sic) emite concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo o cuando existe indicación médica”.

- Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.
- El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene igual extensión.
- Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. La ley puede diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. El legislador puede acudir al derecho penal para esos efectos.
- La penalización debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma, que incluye lo dispuesto por el artículo 93 superior sobre las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia.
- Ninguna medida de penalización puede infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, a la libertad en general, al libre desarrollo de su personalidad, que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva.
- Un amparo absoluto al *valor de la vida del nasciturus* equivale a una intromisión estatal desmesurada, apartada tanto del principio de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional, como de las garantías de protección del ámbito internacional de los derechos humanos.

La sentencia en el caso examinado al concretar el *derecho fundamental a la IVE* resalta que éste comporta una obligación prestacional estatal que debe garantizar condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo cual incluye una importante faceta de *protocolos de diagnóstico diligentes* que permitan advertir la existencia de una de las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006 y el consiguiente trámite, si es el caso, de producir de inmediato la certificación médica requerida.

1.3.8. *Derecho Fundamental a la IVE como integrante de los Derechos Reproductivos*

Una penúltima sentencia es la T-841 del 2011 de Humberto Sierra Porto. En esta sentencia se examinó el *derecho fundamental de reserva de las mujeres que solicitan la IVE*, el *derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante*, el *derecho fundamental procedimental a la IVE*, producto de un caso de una tutela interpuesta por la madre de una niña de doce años con diecinueve semanas de gestación producto de una relación sexual sostenida con su novio menor de edad de dieciséis años, con intento de suicidio de la menor

producto de una “reacción depresivo-ansiosa” con “síntomas depresivos y angustia severa” que confiere su edad y su nivel socioeconómico, con riesgo de sufrir detrimento de su salud mental, social y física como resultado de asumir la maternidad a tan temprana edad.

En ella se sigue el trato de *Derecho Fundamental de las mujeres a la IVE como Derecho Reproductivo* en los casos despenalizados, y cita la sentencia T-588 de 2010 como la que lo aclara. En este caso examinó la relación con el derecho a la intimidad personal, donde lo íntimo puede exigirse que no sea divulgado o publicado y así sustraerse de cualquier tipo de opinión pública respecto a la decisión de no llevar a término un embarazo por parte de una mujer.

La Corte resaltó el *derecho fundamental prestacional procedimental al diagnóstico*¹⁰⁷ integrante del derecho fundamental a la salud (en este caso a la salud reproductiva) y adscrito al derecho a la dignidad humana, toda vez que una actuación inoportuna obliga al paciente a soportar inclemencias siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico posterior a su diagnóstico, siendo características de este el ser oportuno, completo y de calidad. Revisando la línea jurisprudencial sobre el denominado derecho al diagnóstico halla las coincidencias con la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE. Del mismo modo en él protegió la intimidad de los actores ordenando a todas las autoridades involucradas guardar estricta reserva sobre la identidad de la gestante so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esa orden judicial.

1.3.9. *Derecho a la información de los derechos sexuales y reproductivos del derecho a la IVE: T-627 de 2012*

Por último la sentencia T-627 de 2012 de la Corte Constitucional del Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, resolvió una tutela presentada por más de 1280 mujeres. La Corte para admitir la tutela, debió interpretar extensivamente el contexto y ampliar el contenido de la petición, dados los vacíos que presentaba la acción. Esta sentencia fue más controversial que las que las antecedieron, y en conjunto, representan la construcción doctrinal de la Corte, por lo que enunciaré con más detalle, algunos de sus aspectos más

¹⁰⁷ Cita entre otras las Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-050 de 2009, T-760 de 2008, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008, T-570 de 2008, T-083 de 2008, T-1177 de 2008 y T-324 de 2008.

relevantes, resaltando en primer lugar lo anteriormente señalado, y después describiendo las razones de los accionantes, de la Procuraduría y de la Corte.

Humberto Sierra Porto protagonista de la construcción jurisprudencial. En primer lugar se puede realizar la siguiente afirmación: La Corte Constitucional no asumió el caso de las 1280 mujeres, conforme fue expuesto en la acción de tutela, en su lugar interpretó que se trataba de un solicitud de amparo de protección al derecho fundamental a la información de los derechos sexuales y reproductivos del derecho fundamental a la IVE, conforme a la sentencia T-585 de 2010¹⁰⁸, reiterada por la sentencia T-841 de 2011, sentencias que también tenían como Magistrado Ponente a Humberto Sierra Porto. La anterior afirmación se basa en la misma consideración de la Corte, que indica los motivos por que interpreta extensivamente el amparo solicitado.

Razones de las 1280 accionantes. Primera razón: La Procuraduría General de la Nación, al interpretar la sentencia T-388 de 2009, emitió de manera continua y sistemática una serie de pronunciamientos con *información inexacta o tergiversada*, relacionada con lo señalado en la sentencia sobre los derechos reproductivos de las mujeres entre ellos el *derecho fundamental a la IVE*, llegando a emitir finalmente un comunicado de prensa de fecha 21 de octubre de 2009, donde afirma que la Corte Constitucional había ordenado implementar “campañas masivas de promoción del aborto”, cuando la sentencia, según las peticionarias, ordenó promover campañas masivas de promoción del aborto en los casos señalados en la sentencia C-355.

Segunda razón: La Organización Mundial de la Salud, a través de la Nota Descriptiva No. 244 “Levonorgestrel para anticoncepción de emergencia” de octubre de 2005, demuestra que las píldoras anticonceptivas de emergencia que contienen Levonorgestrel sólo previenen la ovulación y *no producen efectos detectables sobre el revestimiento interno del útero* cuando son administradas después de la ovulación, por tanto la Corte debe entender que las píldoras no son eficaces una vez que el proceso de implantación en el útero

¹⁰⁸ La Corte destacó que en el Auto 038 de 2012 la Sala Plena de esta Corte desestimó la nulidad impetrada contra la Sentencia T-585 de 2010 por parte del Procurador General, entre otras cosas, porque “la Sala Octava no efectuó ningún cambio de jurisprudencia respecto de lo decidido en la Sentencia C-355 de 2006 al indicar en la Sentencia T-585 de 2010 que, en los casos despenalizados por esta Corte, la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos”.

ha iniciado por lo que no podrían provocar un aborto. Igualmente afirman que la Procuraduría no aporta prueba o información científica proveniente de fuente con autoridad sobre la materia, para omitir la promoción de su uso y desvirtuar este criterio de autoridad internacional.

Tercera razón: En la sentencia T-585 de 2010 la Corte Constitucional indicó que resulta innegable que a partir de la sentencia C-355 de 2006 surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, el cual según la Relatoría Especial para los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 13 de julio de 2011 no es contrario a la CADH que protege el derecho a la vida desde la concepción.

Cuarta razón: La Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)¹⁰⁹ en el Acta No. 20 de 2007 determinó que el *Misoprostol* podía ser empleado para circunstancias de IVE¹¹⁰, basándose en un documento de la OMS del 2010 titulado “Aclaración sobre la postura de la OMS respecto del uso del misoprostol en la comunidad para reducir la mortalidad materna”, que describe también los riesgos del *Misoprostol* en estados de embarazo.

Quinta razón: Las 1280 accionantes, entre las que se encontraba Mónica Roa protagonista también en la sentencia C-355 de 2006, basaron su tesis de manera extensa en pronunciamientos de varios organismos internacionales autorizados para interpretar algunos tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia como la Observación General No. 24 del Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre el deber de los Estados de asegurar el acceso de las mujeres a la información especialmente sobre su salud sexual y reproductiva; en el mismo sentido los pronunciamientos del Comité de Derechos del Niño sobre la importancia del

¹⁰⁹ El artículo 245 de la Ley 100 de 1993 ordenó la creación del INVIMA, para lo cual se expidió el Decreto 1290 de 1994, que la definió como un establecimiento público del orden nacional, de carácter científico y tecnológico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, perteneciente al Sistema de Salud y con sujeción a las disposiciones generales que regulan su funcionamiento.

¹¹⁰ Este aspecto es polémico dado que sería efectivo sólo si es anticonceptivo y en ese caso sólo sería útil para la causal de acceso carnal violento y antes de producirse la fertilización del óvulo por el espermatozoide.

acceso a la información a los niños especialmente en lo relativo a su salud sexual y reproductiva; la Observación No. 14 del Comité del PDESC sobre la dependencia de la garantía del derecho al más alto nivel de salud física y mental al acceso a la educación y a la información especialmente en lo referente a la salud sexual y reproductiva; la Relatoría para los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las garantías en educación e información a las usuarias en relación con los servicios de salud incluyendo la salud reproductiva y los documentos de la Organización Mundial de la Salud.

Razones de la Procuraduría General de la Nación: El deseo como fuente. Para la Procuraduría la orden de la sentencia T-388 de 2009 es objeto de nulidad puesto que el aborto sigue siendo un delito después de la sentencia C-355 de 2006, y esta sólo contempló tres excepciones, y además *no* le confirió la naturaleza de derecho a la interrupción del embarazo¹¹¹. Del mismo modo consideraba que las órdenes contenidas en la sentencia T-388 de 2009 de promover las causales legales para el aborto eran inaplicables hasta tanto no se decidiera la solicitud de nulidad presentada por la Procuraduría, esto respecto con la orden de implementar una cátedra del aborto en colegios (La Procuraduría asume la sentencia como una fuente formal objeto de solicitud de suspensión por parte del Consejo de Estado).

Por otra parte para la Procuraduría acatar la orden promoviendo el uso del *Levonorgestrel* puede ser el promover una forma de *aborto ilegal*, ya que puede el *Levonorgestrel* impedir que un óvulo *ya fecundado* se anide o implante en el útero. Para la Procuraduría en esta etapa ya hay embarazo y el mecanismo de acción del *Levonorgestrel* actuaría como método abortivo, pues provocaría la muerte del óvulo *ya fecundado* (*que puede durar hasta 7 días en las trompas de Falopio antes de llegar al útero*) fuera de las causales que provocan el servicio de IVE y que producen obligaciones de prestación de servicios de interrupción del embarazo.

De otro lado la Procuraduría manifestó que los pronunciamientos de la OMS a pesar de ser conceptos del alta envergadura para el Sector de la Salud no constituyen una

¹¹¹ Esta objeción es válida dentro del debate, dado que es esta sentencia precisamente quien nomina la interrupción como un derecho fundamental.

normatividad vinculante para nuestro país, toda vez que la ejecución y el seguimiento de sus recomendaciones es potestativo de cada uno de los países que integran la ONU, infiriéndose de esto que no se debe deliberar quién es el máximo intérprete de los documentos de la OMS, sino que se debe apropiar una postura médica interna respecto a los procedimientos de interrupción del embarazo. Sin embargo la Procuraduría acepta lo consagrado en el Informe Técnico 461 de la Organización Mundial de la Salud, emitido en 1970 que define el aborto como la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable y que precisa que la implantación del óvulo fecundado constituiría o no un aborto según la definición que se adopte de la concepción y del embarazo.

Razones de la Corte Constitucional. La Corte realizó una reconstrucción de la argumentación empleada para el surgimiento del derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas describiendo principalmente lo siguiente:

- (i) La importancia del bloque de constitucionalidad.
- (ii) La categoría de derechos humanos de los derechos reproductivos.
- (iii) La naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva.
- (iv) El surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud.
- (v) Derecho a un procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad.
- (vi) Derecho de elección de las mujeres colocadas en los supuestos determinados.
- (vii) Derecho a la información suficiente, amplia y adecuada sobre sus derechos sexuales y reproductivos que incluye lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006.
- (viii) Derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad.
- (ix) El acceso efectivo al servicio de IVE en condiciones de calidad y de salubridad.
- (x) La obligación de garantía de la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE.

Principalmente¹¹² determinó que era un caso del *derecho fundamental a la información en materia reproductiva en poder del Estado*, siendo el derecho a la información un

¹¹² Humberto Sierra Porto, no sólo reconstruye el derecho fundamental, sino que amplía su contenido. En ese sentido incluye no solo la información sobre anticoncepción sino, en general, sobre salud reproductiva, con fundamento, una vez más, en tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tal como han sido interpretados por sus organismos de vigilancia, especialmente al informe de la CIDH sobre “El acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos” y las interpretaciones del artículo 13 de la CADH sobre el derecho a la información en responsabilidad del Estado, como el Caso de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto contra México del 8 de marzo de 2002.

componente de los derechos sexuales y reproductivos¹¹³. La principal fuente de la Corte para fundamentar la relevancia de este derecho fue la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la *sentencia Interamericana Caso Perozo y otros contra Venezuela y Ríos y otros contra Venezuela*, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹⁴, la Recomendación General N° 21 del Comité de la CEDAW de 1994, la Observación No. 28 del Comité de Derechos Humanos de marzo del 2000, el PDESC¹¹⁵. Afirmó con base en ellos entre otras cosas, que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva; que el derecho a la salud comprende el derecho a la salud genésica cuyo concepto *comprende* el derecho del hombre y la mujer a estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar.

1.4. La dimensión ética del derecho a nacer: La Ley del más débil

Al parecer ya se decidió la postura jurídica en Colombia frente a la tensión de los derechos reproductivos de las mujeres y la Ley del más débil o *el Derecho inexistente del nasciturus*. Son varios los problemas que se derivan de la construcción constitucional, los cuales pueden ser abordados, desde el derecho internacional de los derechos humanos y otras perspectivas jurídicas, como la constitucionalización analítica, descriptiva o axiológica.

Un enfoque fáctico en perspectiva práctica, más hipotético que jurídica, puede poner en relieve situaciones para poner a prueba las construcciones jurídicas, y para que además como elemento nuevo, exigir irremediamente un análisis con algún contenido moral y ético, buscando respuestas del derecho, una especie de diagnóstico, o una especie de radiografía del estado presente de la cultura jurídica de una sociedad determinada, por lo menos en una época o tiempo determinado¹¹⁶, como el actual que exige *virtudes*

¹¹³ CADH, artículo 13, derecho a la información, interpretado por la Corte IDH como la posibilidad de acceder a la información que está bajo control del Estado.

¹¹⁴ CEDAW, artículo 16, e, derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

¹¹⁵ PDESC, artículo 12, párrafo 2, obligación de adoptar medidas para mejorar el acceso a la planificación de la familia, y obligación de abstención de limitar el acceso a los anticonceptivos.

¹¹⁶ Un caso emblemático reciente puede ser el de Lisa y Jack Nash de Denver EEUU (2000), que tiene que ver con un contrato de servicios celebrado con *Illinois Masonic Medical Center* para la extracción de células madres del cordón umbilical de Lisa que sirvieran para ser donadas a su hija Molly que presenta una patología

epistemológicas más que una especie de élite epistemológica¹¹⁷.

Es claro que un caso desde estos términos, desde estos factores, puede finalmente en sede judicial, demostrar, justificar, verificar o resolver, diferentes posturas, atendiendo en la mayoría de los casos, a algún paradigma. En lo que no hay dudas es en que no se aceptan las soluciones del positivismo paleontológico, e incluso, soluciones bajo el principio de subsunción, las dimensiones de este tipo de estudio desbordan los fines del derecho que reinó por décadas.

Así las cosas un caso con tal repercusión ética¹¹⁸, se enfrenta en el derecho a dos situaciones que afectan tanto a los involucrados como a la sociedad, la primera cada vez más conocida relacionadas con la tensión entre los derechos de la mujer gestante frente a los derechos de quien está por nacer; la segunda respecto a los derechos de los dos (padres y *nasciturus*) frente a la discrecionalidad judicial que remplazó a la tradicional exégesis (que reinó en la práctica del derecho cuando se giraba en torno a la Ley) pero que trae consigo incertidumbre dada la amplia brecha por las omisiones de la democracia deliberativa y por la presencia de posibles perjuicios subjetivos que puedan tener los jueces.

La primera tensión puede ilustrarse más fácilmente, sin dejar de ser paradigmática, pues es el caso de la distancia entre la mujer y quien está por nacer, por lo tanto de sus derechos en conflicto. El segundo caso tiene que ver con la asistencia a la materna y a la familia del que está por nacer, con conciencia de garantía y proteger de su hijo frente a las funciones desplegadas en un procedimiento médico, una decisión judicial o la Ley, y si es el caso, a lo que se decida después del nacimiento.

Aprovecho esta última tensión para aclarar la dimensión del problema que aquí se pretende describir, ya que es la de mayor implicación y complejidad, para lo cual también

de médula incurable. Las perplejidades éticas derivadas de este realismo son muchas, pero sus respuestas no han sido concretadas desde el derecho, al respecto han salido a deliberar muchos sectores, especialmente el de la medicina, que no se incluye la moralidad, la constitucionalidad y la convencionalidad del procedimiento sobre el trato de los embriones seleccionados y especialmente de los sobrantes.

¹¹⁷ Ronald Dworkin (2003). *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A., Colección Estado y Sociedad No.110, Texto original año 2000 Harvard University (Págs. 471-473); Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.

¹¹⁸ Uno de los múltiples casos justiciables en Europa que puede ser ejemplarizante, es el caso Alan y Louise Masterton de Escocia -2000, en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, aquí se interpreta la Convención Europea de Derechos Humanos para determinar si existe el derecho de un matrimonio de elegir el sexo de su próximo hijo a través de la asistencia genética de selección embrionaria y posterior fecundación asistida, dado que la Ley vigente del Reino Unido prohíbe la elección del sexo.

doy cuenta de su justiciabilidad. Ilustro entonces el Caso Jodie y Mary - 2000, dirimido en el Reino Unido, en primera instancia en el Tribunal de Apelación¹¹⁹ de Londres, y en segunda instancia ante la Alta Corte de Londres¹²⁰. El caso debía dirimir sobre la necesidad y la competencia para ordenar una intervención quirúrgica médica a unas gemelas siamesas que compartían su corazón, hijas de padres Turcos provenientes de la Isla de Gozo, y quienes viajaron a Londres en búsqueda de la mejor atención médica para lo que acudieron al Hospital Santa María de Manchester, y que además consideran como vida digna de sus hijas que les permitan vivir juntas así los diagnósticos prevean una vida corta.

Un caso donde se vincula la moral¹²¹, como se dijo, puede presentar distintas posturas, diferentes puntos de partida, y distintos resuelve. La justicia inglesa ordenó al Hospital de Manchester, dada la inviabilidad “duradera” de la supervivencia conjunta, realizar la intervención quirúrgica de separación de cuerpos, su argumento se basó en la obligación de proteger la vida de la niña que según los diagnósticos puede vivir y la necesidad de separar del cuerpo a quien se diagnosticó como la más débil. La decisión de separación de las niñas de tres meses de edad, fue objeto de una decisión judicial, y del mismo modo se desestimó la pertinencia de los argumentos de sus padres ya que su tesis parte de la defensa de la dignidad del derecho a la vida conjunta que implica asumir el riesgo de que sea corta. Se puede decir que los jueces defienden la tesis de que no se debe entregar una decisión a la moral de los representantes de las gemelas porque se incurriría en una falta grave deontológica, y alternamente una tesis que acepta la defensa de la vida si se entiende como vida digna y que el contenido de esta debe interpretarse por sus titulares o representantes y no por el Estado (se podría argumentar que la niña o los padres si demuestran daños,

¹¹⁹ En este primer estudio existió cierta disertación, se presentaron y solicitaron varios estudios y conceptos médicos.

¹²⁰ En esta instancia los tres magistrados decidieron de manera unánime conforme a la primera instancia.

¹²¹ Otro caso difícil, es el de Francia, que refleja la complejidad de la temática, incluso cuando desde la deliberación procedimental se intenta limitar y garantizar libertades. Aquí no se cuestiona el decisionismo judicial, sino el ejercicio legislativo. En Francia, la Asamblea Nacional, reformó recientemente la Ley Veil de 1975, incorporando el derecho a interrumpir el embarazo de niñas dentro de las primeras doce semanas de gestación, sin necesidad de autorización paternal, es decir, sin necesidad de informar y notificar del embarazo a la familia, sólo debería asistir con un pariente o un asistente social hasta el centro médico especializado, lo cual incluiría la autorización de la administración de la píldora del día después hasta en los mismos centros de enfermería de los colegios. Esto involucra dimensiones éticas como, el fundamento mismo de la familia, sus tratos relacionales que involucran vínculos éticos y morales íntimamente relacionados con el funcionamiento social de la familia.

podrán a futuro demandar al Estado por no permitirle vivir bajo sus presupuestos de dignidad) imponiendo así estándares sociales, económicos¹²² y culturales. El caso no llegó a los Lores de la Ley dejando en firme lo resuelto en la segunda instancia¹²³.

Como ya se ha dicho, tal vez de manera repetida, este caso pone cualquier norma jurídica, ética, e incluso moral, a prueba, cuya evaluación depende, de los estándares y cánones jurídicos, o bajo la racionalidad jurídica del futuro.

2. El derecho internacional de los derechos humanos de la Corte Interamericana: La adopción homoparental y la imposibilidad de un ius constitutionale común*

2.1. Punto de partida

Se conoce como adopción homoparental¹²⁴ el proceso de adopción de un niño por parte de una persona o una pareja compuesta por personas homosexuales, ahora más entendido como un proceso de adopción por cualquier persona con orientación, identidad o condición sexual distinta a la heterosexual, y que formarían así mismo una familia homoparental.

Son varios los debates propiciados alrededor de los procesos de adopción solicitados por parejas no heterosexuales o procesos de adopción homoparental, Jairo Rivera¹²⁵ por

* Esta parte fue presentada como ponencia en el IV Congreso Internacional de Derecho Procesal septiembre 2011 “Jurisdicción y protección internacional de los derechos” en el Centro de Convenciones de Cartagena, evento organizado por el Grupo de Investigación de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

¹²² Se podría presentar como pregunta preguntas de este tipo: si ¿es justificable que un sistema de salud o de sanidad soporte, económicamente, la vida “inviable” de unas gemelas que comparten su corazón?, lo cual puede asemejarse al momento en que el derecho debió preguntarse si era justificables garantizar la vida, la salud y en general los derechos de los grupos étnicos indígenas, o al momento en que se preguntaba si los grupos afrodescendientes tradicionalmente esclavos y soporte de algún tipo de economía, deberían ser considerados como personas y por lo tanto, sujetos de derecho en igualdad de condiciones.

¹²³ Organizaciones como PROVIDA que apoyaban la decisión de los padres, declararon que el recurso ante los Lores supone gastos millonarios que los padres no pueden sufragar y que de todos modos podría surtirse en un tiempo mínimo de cuatro semanas.

¹²⁴ El concepto homoparental no tiene rastro dentro de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana relacionada con parejas no heterosexuales, del mismo modo es escaso en la doctrina jurídica, por lo que no es claro su origen histórico. Preliminarmente su acercamiento etimológico derivado del diccionario de la real academia lo define como la contraposición al concepto de familia nuclear biparental construida por una pareja monogámica de padres heterosexuales y sus hijos cuya naturaleza es procreativa. Para ampliar dicha definición se puede ver: MAFFIA, Diana, Familia y Adopción: Reflexiones Acerca de la Homoparentalidad, en, Homoparentalidades Nuevas Familias, Buenos Aires.

¹²⁵ Rivera Sierra, Jairo, *Un debate a propósito de la familia constitucional ¿Las parejas homosexuales estables confirman familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón*, en Montealegre Linett, Eduardo (Coord), *Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*, pp. 398, Universidad Externado de Colombia, Primera edición 2003, Bogotá.

ejemplo, al igual que muchos otros, se pregunta si ¿las parejas homosexuales estables conforman familia?, y si se resuelve positivamente lo anterior, ¿cuál sería el fundamento para que dichas familias puedan adoptar o se les restrinja tal condición jurídica?

El desarrollo legal aún está en proceso de construcción, por ser un tema relativamente nuevo. El sistema de fuentes disponible tanto en el escenario internacional como en el doméstico para dirimir un caso judicial, se basa principalmente en varios instrumentos convencionales, opiniones, observaciones y otros pronunciamientos, de órganos, Tribunales y Cortes Internacionales de Derechos Humanos, constituyéndose hoy como la fuente interpretativa más relevante e importante para determinar criterios frente a casos concretos de víctimas relacionadas con un proceso de adopción homoparental. Luego, dichos estándares, comportan gran relevancia y son fuentes, especialmente en procesos de constitucionalización vía judicial.

La Corte Constitucional a pesar de que fijó recientemente como regla que las familias no heterosexuales conforman familia conforme a la cascada de sentencias que han concretado y constitucionalizado varios derechos de las personas de condición y orientación no heterosexual, frente a la adopción de las familias homoparentales no ha tenido la misma contundencia. En efecto, tiene un caso con más de cuatro años en espera.

Si a esto se le añade el estudio del profundo cambio que vive el derecho bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, nos lleva a preguntarnos, si sería posible un estándar para los casos de adopción homoparental, y si la respuesta es positiva, ¿cuáles serían las reglas para constitucionalizar dichas categorías adecuadamente?

En esta parte se pretende realizar una aproximación al único caso en sede interamericana, para finalmente examinar lo que la Corte Constitucional colombiana puede vincular en casos como los de Rionegro, sin desconocer que una delimitación de sus *perplejidades* se podría asumir en un estudio eminentemente teórico-jurídico¹²⁶.

¹²⁶ Destaco el trabajo amplio, desde las ideas a la igualdad y a la diferencia, desarrollado por Luigi Ferrajoli, especialmente en *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, 2001, Madrid, págs. 73-96; En Robert Alexy (2008) *El concepto y la naturaleza del derecho*, se encuentra la estructura de la pregunta filosófica propia del derecho acerca de cuál es la naturaleza de una cosa, que indaga acerca de las propiedades esenciales de esta cosa, la cual en lo que refiere al derecho le interesa indagar sobre ¿cuáles son las propiedades esenciales del derecho?, ¿cuáles son las propiedades esenciales que integran las dimensiones reales o fácticas?, o ¿qué es el derecho? y ¿cuándo nace el derecho?,

Antes de esto se detallarán los desenlaces que han tenido los dos primeros casos en la sede de Estrasburgo del Tribunal Internacional Europeo, que de alguna manera son de referencia obligatoria, para dar para al caso Karen Atala vs Chile de la Corte IDH. Este último se recoge entre otras cosas porque de alguna manera es vinculante en Colombia ya que se dirimió en el sistema interamericano de derechos humanos, siendo del mismo modo, el único caso de adopción homoparental en la Corte IDH. Respecto a los casos europeos estudiados del Tribunal Europeo de Derecho Humanos¹²⁷, el primero de ellos trata en principio sobre relaciones de personas del mismo sexo y el segundo específicamente sobre adopción homoparental.

2.2. Hacia la Concreción de Criterios para Casos de Adopción Homoparental

Es importante antes de abordar los casos europeos recordar que la solicitud de adopción homoparental es relativamente uno de los casos más polémicos desde el punto de vista jurídico en estos últimos años en Colombia¹²⁸, presentándose soluciones desde una perspectiva teórica con puntos de partida meramente del campo civil y otras de preferencia constitucional, soluciones desde una perspectiva axiología positivista y otras que prefieren otros postulados base, como también soluciones epistemológicas basadas exclusivamente de lo que provee el ordenamiento vigente y otras que observan la lectura moral del derecho. Teniendo en cuenta lo anterior la siguiente descripción de las sentencias es consciente de las diferentes posturas, y entonces se intentará *aportar algún material habiendo realizado*

explica que la moral en América es diferente a la Alemana, lo cual “repercute en la manera de ver los diversos homosexualismos en la sociedad”, proponiendo la idea de la naturaleza del derecho para no llegar a la vieja discusión entre radicales y contraradicales.

¹²⁷ El TEDH (también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia).

¹²⁸ Uprimny muy temprano para Colombia, en *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia* (1992), propuso la idea de que los derechos humanos están llenos de ambigüedades y contradicciones, por ejemplo dice que a pesar de que de manera *concreta* buscan proteger lo más valioso del ser humano no hay nada más *abstracto* que el derecho a la dignidad, al libre desarrollo a la personalidad, etc.; que a pesar de que no hay nada más *evidente* que el acuerdo internacional de 1948 tampoco no hay nada más *oscuro* que los derechos allí plasmados respecto a su origen, surgimiento, sus fundamentos y sus alcances; que a pesar del *éxito* internacional de los derechos humanos, considerarlos principios de validez universal los vuelve *utópicos* y decepcionantes; que a pesar de que no hay nada más *noble* que los derechos humanos no hay nada más *molesto* que su exigibilidad; también señala Uprimny que a pesar de que no hay nada más *armónico* y *coherente* que los derechos humanos, a su vez no hay nada más *contradictorio*, ya que incorpora tradiciones diversas y valores disímiles.

una lectura objetiva, por tanto podrá proveerse referentes bibliográficos que sirvan para cualquier postura de las descritas.

2.2.1. Caso Hito del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre Discriminación por Orientación Sexual.

El primer caso presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH- relacionado con discriminación sexual es el caso Dudgeon contra Reino Unido¹²⁹. La sentencia ordenó al Reino Unido, que derogara la ley interna que mantenía vigente hasta el año 1980 la penalización de las prácticas homosexuales masculinas aunque fueran consentidas y entre adultos, por ser una violación a la Convención Europea de Derechos Humanos¹³⁰ en vigor desde 1950¹³¹. Dicha norma penal fue promulgada por el Reino Unido en el año 1861, derogada en Inglaterra y Gales en 1967, y en Escocia en 1979, pero seguía vigente en Irlanda del Norte.

El Sr. Jeffrey Dudgeon denunció que fue interrogado por la Policía Real del Ulster de Irlanda del Norte específicamente haciendo referencia sobre sus prácticas sexuales, por lo que decidió interponer queja ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos en 1975, la cual tras oírle la declaró admisible y le encontró mérito para elevarla ante la TEDH.

De este primer caso se desprenden en primer lugar, su relevancia al ser el primer caso que estudia la convencionalidad de la *penalización de la homosexualidad masculina* en los términos de la Convención, por lo que se convirtió en fuente obligatoria para los Estados en relación con la obligación de derogar de su ordenamiento jurídico dicha penalización, es así como en el caso Norris contra Irlanda el TEDH la tiene en cuenta para ordenar que se derogue una ley similar que continuaba vigente en la República de Irlanda.

¹²⁹ Este fue el primer caso relativo a los derechos de los homosexuales que se ganó en el TEDH. Fue uno de los primeros casos del tribunal, el caso trigésimo quinto, y la quinta violación por la que fue condenado el Reino Unido.

¹³⁰ Recordemos que en Colombia hasta esta fecha (1980) se mantuvo penalizada la sodomía.

¹³¹ El Convenio que vigila la Corte Europea es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (todos los Estados europeos salvo Bielorrusia y Kazajistán) han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias. La ejecución de las sentencias está supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro que no tiene ninguna relación con la Unión Europea.

En segundo lugar, dicha sentencia sentó un precedente y sentó una exigencia convencional. Ordenó al Consejo de Europa, revisar que el ordenamiento jurídico de un Estado que quiera ser parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, no presente legislación que penara la homosexualidad masculina o femenina.

En tercer lugar afirmó que aunque la restricción impuesta al Sr. Dudgeon por la ley de Irlanda del Norte era desproporcionada para el objetivo que se pretendía, quedaba al arbitrio de los estados fijar el establecimiento de una edad de consentimiento sexual apropiada en relación con tal conducta.

Por último a consecuencia de esta sentencia, la exclusión de la prohibición de las relaciones homosexuales masculinas en las legislaciones mundiales se ha promovido, y es el referente más antiguo que sirve de fundamento preliminar de las solicitudes actuales de eliminación de toda clase de diferenciación entre relaciones sexuales homosexuales y heterosexuales.

También sirvió de precedente para el caso Norris vs. Irlanda (1988), y fue citada en el caso Alexander Modinos cuando se determinó que también el código penal de Chipre violaba la convención, al igual que fue citada por el juez Anthony Kennedy en su opinión de 2003 en la decisión sobre el caso Lawrence vs. Texas de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

2.2.2. Caso Frette contra Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Frette contra Francia el 26 de febrero de 2002, emitió fallo que negó la adopción de un menor por parte de un homosexual. El Tribunal de Estrasburgo había admitido el 12 de junio de 2001 el estudio del caso contra la República Francesa en virtud de proteger lo dispuesto en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales al francés Philippe Frette, quien alegaba que se le había negado adoptar un menor con base exclusivamente en un prejuicio desfavorable acerca de su orientación sexual¹³², ya que la denegación de la autorización para adoptar había infringido su derecho al respeto de su vida

¹³² Véase los casos Lustig-Prean y Beckett contra el Reino Unido, del 27 de septiembre de 1999.

privada¹³³ con discriminación, revelándose en la decisión de la autoridad francesa, donde la única manera de desvirtuarlo era el demostrar que la decisión se habría aplicado de la misma manera a una persona soltera heterosexual o homosexual.

Él alegaba ante el Tribunal Europeo de DDHH específicamente, que fue víctima de discriminación por razón de su orientación sexual, en la infracción del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención europea de DDHH. Los artículos establecen que:

Artículo 14. "...El goce de los derechos y libertades proclamados en [la] Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna por razón de sexo..."

Artículo 8. "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar,..." 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino que sea de conformidad con la ley y que sea necesaria en una sociedad democrática... para la protección de la salud o la moral públicas, o para la protección de los derechos y libertades de los demás. "

El caso se remonta a octubre del año 1991, fecha en la cual el señor Frette presentó una solicitud de autorización previa para adoptar un niño. Las entrevistas formuladas por los psicólogos del proceso revelaron que el solicitante era homosexual, posteriormente la solicitud de Frette fue rechazada, siendo parte del razonamiento del Departamento de Servicios Sociales de París, el hecho de que el solicitante era homosexual.

La motivación del acto administrativo que comportó la decisión negativa de adopción tiene rasgos similares a distintas decisiones que se han tomado por las autoridades públicas ante quienes se tramita un proceso de adopción en los países de Latinoamérica, entre ellos Colombia¹³⁴, donde se reflejan conceptos de familia tradicionales, y las prevenciones para confiar la crianza de un niño a personas o parejas con orientación sexual diferente a la heterosexual.

¹³³ En el caso Smith y Grady contra el Reino Unido, el Tribunal Europeo de DDHH, señala que la orientación sexual es "una parte íntima de la vida privada de una persona", por tanto en este caso el demandante alega la configuración de una diferencia de trato basada en la orientación sexual al injerir en su vida privada para determinar si es homosexual, ya que le obligaban a elegir entre negar su orientación sexual o la penalización, cosa diferente frente a cualquier otra persona.

¹³⁴ Actualmente en Colombia la Corte Constitucional estudia una tutela que busca tutelar revertir la decisión del ICBF de negar que una mujer comparta con su pareja la patria potestad de su hija biológica, exigiendo el que se reconozca legalmente el hecho de que la niña tiene dos mamás y el derecho del menor de tener una familia con plenitud jurídica. La tutela fue concedida por un juez de Rionegro (Antioquia) y ratificada por el Tribunal Superior de Medellín, y por iniciativa del ICBF hoy es revisada por la Corte Constitucional.

El Acto que negó la adopción, fue anulado por el Tribunal Administrativo de París al estimar que las razones principales dadas por las autoridades se centraron en aseverar que el señor Frette no era un modelo estable para cumplir una función maternal, motivaciones que según la ley, no pueden ser las únicas que comporten esta decisión, al igual que tampoco se previó en el expediente que existieran pruebas que condujeran a fundamentar la razón dada de "elección de estilo de vida" sin combinarla con una conducta que resultara perjudicial para la crianza del niño.

Posteriormente los Servicios Sociales de París apelaron esta sentencia ante el Consejo de Estado, considerando que no cometieron ningún error en la valoración de la prueba, esgrimiendo principios de distinción que no necesariamente son discriminación.

En primer lugar, el considerar que el derecho que tiene toda persona a definir y decidir su orientación sexual de su elección, no debe de ser confundido con un derecho hipotético de tener hijos.

En segundo lugar, la pertinencia de la comparación con la jurisprudencia sobre la custodia de los niños y la patria potestad tiene claros límites, toda vez que un criterio de distinción es necesario de aplicar para el estudio de caso de adopción por parte de solicitud de parejas del mismo sexo, parejas con orientación bisexual, parejas de lesbianas, parejas de gays, parejas de transexuales y parejas de intersexuales, siempre y cuando dicha distinción no sea para establecer patrones de discriminación, sino que eliminando criterios sospechosos, fundamente las razones para que en un proceso de adopción se presenten distintos procesos, por ejemplo, no es lo mismo un proceso de adopción para una pareja heterosexual que para una persona individual, no se discrimina, sólo se distinguen exigencias para cada grupo familiar.

Por otra parte también deben aplicarse test distintos si se trata de adopción de hijos por parte de una pareja ajena al niño, si se trata de una pareja con un vínculo familiar o biológico previo, etc... Por tanto cada caso es diferente sin ser discriminatorio.

En tercer lugar, es necesario aplicar un criterio de distinción igualmente para casos de niños a cargo del Servicio Social, ya que cada uno comporta una realidad de vida diferente, por la cual la exposición psicológica de perturbación en relación con un adulto puede ser diferente, exigiéndose en algunos casos que el punto de referencia de un padre y madre no

sea distinto con el que comenzó su vida, temática por lo menos en la cual genera división en los psiquiatras y psico-analistas, que buscan defender un proceso de adopción igual al heterosexual o que dan importancia al contexto de vida del niño y consideran benéfico no plantear más problemas con su familia adoptiva. Así las cosas los Servicios Sociales advierten la existencia de criterios que fijarán distinciones sin configurar discriminaciones, los cuales sin lugar a dudas serán concertados con dos postulados fundamentales: los derechos del niño establecerán los límites del derecho a tener hijos y los intereses del niño no siempre se puede conciliar con la evolución progresiva de los derechos de parejas del mismo sexo u otras. En esa misma línea concluye que corresponde al Parlamento adoptar los postulados más apropiados para la sociedad y que los tribunales, por su parte, no deben anticiparse a los cambios en la opinión pública, sino responder a ellas.

Añade, como un comentario final, que los Servicios Sociales animan a los solicitantes de adopción, a ocultar la verdad, cuando consideran que su elección de vida asciende a ser un impedimento absoluto para que la autorización sea concedida. A esto último agrega que el objetivo de las investigaciones realizadas con anterioridad a la concesión de la autorización es precisamente garantizar que el candidato pueda ofrecer a un niño un hogar adecuado, lo que inevitablemente significa que los expertos investiguen su vida privada, y que aunque puede presentar una investigación condenable (véase, por ejemplo el caso J. Rubellin-Devichi, *Revue française de droit administratif*, 1992, pp 904 y ss.), esta tiene recursos para garantizar que la autorización sea otorgada luego del pleno conocimiento de los hechos. De lo anterior, deducen los Servicios Sociales, que el Tribunal Administrativo de París se equivocó en la sentencia recurrida, y que las dos decisiones impugnadas deben dejarse de lado.

Las razones fueron estudiadas por el Consejo de Estado y en sentencia de 9 de octubre de 1996, anuló la sentencia del Tribunal Administrativo, argumentando que era falsa la causal de anulación, al aplicarla incorrectamente, y por otra parte analizando todas las cuestiones de hecho y de derecho frente al caso del señor Frette determinó que la motivación de las resoluciones impugnadas cumplen los requisitos de la ley, y que de las pruebas en el expediente no se configura "un circunloquio" que legalmente constituye una única razón para la decisión.

El Gobierno Francés en defensa ante el tribunal Europeo de DDHH, alegó que si bien el respeto de la vida privada debe incluir también "en cierto grado el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos"¹³⁵, señaló que el derecho de adoptar no figura como tal entre los derechos garantizados por la Convención, lo cual en el caso Di Lazzaro contra Italia (sentencia No. 31924/96 de la Comisión) del 10 de julio de 1997, ya se había advertido, y que el demandante no alega realmente el derecho dentro de la esfera de su vida privada, sino el reconocimiento de la mera posibilidad o la posibilidad de que se convierta en un padre adoptivo, por tanto el artículo 8 no era aplicable y en consecuencia no se había violado el artículo 14 que no tiene existencia independiente.

Así las cosas el Tribunal Europeo señaló, en primer lugar que el Convenio no garantiza el derecho de adoptar como tal¹³⁶. Por otra parte señaló un criterio de distinción, en el cual el derecho al respeto de la vida familiar debe ser invocado cuando se supone la existencia de una familia y no cuando se pretende salvaguardar el mero deseo de fundar una familia¹³⁷.

En segundo lugar recordó que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha determinado que se configurará una diferencia de trato discriminatoria si "no se tiene justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un "objetivo legítimo" o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue¹³⁸. Por otra parte que desde la sentencia del Caso Johnston y otros contra Irlanda, la Corte observa la Convención como un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Ahora, con estos criterios, el Tribunal entra a examinar el caso en cuanto a la existencia de una justificación objetiva y razonable, advirtiéndole que lo que estaba en juego en el presente caso no son los intereses de un niño en particular, sino los de todos los niños en el mundo que podrían estar en necesidad de padres adoptivos.

En tercer lugar precisó que la presunción *iuris et de iure* de que ningún homosexual ofrece suficientes garantías para un niño adoptado, refleja un prejuicio social y un miedo

¹³⁵ Caso Niemietz contra Alemania, Sentencia No. 251-B, pág. 33 – 34; de 16 de diciembre de 1992.

¹³⁶ Caso contra Bélgica y los Países Bajos, Sentencia No. 6482/74 del 10 de julio de 1975.

¹³⁷ Caso Marckx contra Bélgica, Sentencia de 13 de junio de 1979, pág 31, pág 14-15; Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 1985, pág 32.

¹³⁸ Caso Karlheinz Schmidt contra Alemania, Sentencia de 18 de julio de 1994, pág 32-33.

irracional de que los niños criados por homosexuales correrían "un mayor riesgo de convertirse en homosexuales ellos mismos o el desarrollo de problemas psicológicos " o que ellos también sufrirían en todo caso de los prejuicios de otras personas homofóbicas hacia su padre adoptivo, ya que numerosos estudios científicos han demostrado la irracionalidad de ese supuesto. Este argumento no puede considerarse como justificación suficiente, ya que el Tribunal desde la sentencia Smith y Grady contra el Reino Unido exige que ninguna categoría de los padres adoptivos deben ser excluidos por razones ajenas a sus cualidades personales o de aptitud para la crianza de los hijos¹³⁹.

En cuarto lugar señala el Tribunal la existencia de la falta total de consenso jurídico en Europa¹⁴⁰ sobre la conveniencia de permitir que un homosexual individualmente pueda adoptar a un niño, por tanto significa que los Estados tienen un amplio margen dogmático de apreciación y, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, en estos casos no debe el Tribunal ocupar el lugar de las autoridades nacionales y tomar una decisión categórica sobre un tema tan delicado por ordenar a una única solución.

En quinto lugar, en opinión de la Corte se debe analizar en un caso como este, si las decisiones de rechazo a la solicitud de adopción persigue un objetivo legítimo, para lo cual en estos casos tiene relación con la protección de la salud y los derechos de los niños que podrían estar involucrados en un procedimiento de adopción, sin importar la orientación sexual del solicitante pero existiendo distintos puntos de partida para su análisis si son casos de personas con orientación sexual distinta a la heterosexual.

En sexto lugar, afirma el Tribunal que el derecho a no ser objeto de discriminación en el disfrute de los derechos garantizados por la Convención se viola entre otras cosas cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable, **no** tratan de manera diferente a

¹³⁹ En 1984 la Corte Suprema de Estados Unidos había incorporado este criterio en el caso *Palmore contra Sidoti*.

¹⁴⁰ En la jurisprudencia del Tribunal prevé que cuando existe poco terreno común entre los Estados miembros del Consejo de Europa y la ley parece estar en una etapa de transición por su amplio margen de apreciación, esta se debe dejarse en manos de las autoridades de cada Estado, sin que con esto se interprete que se otorga poder arbitrario del Estado para desconocer la Convención, y el estudio de las decisiones de las autoridades por el Tribunal de conformidad con los requisitos del artículo 14 de la Convención, así se prevé en el caso *Manoussakis y otros contra Grecia* en Sentencia del 26 de septiembre de 1996, y en el caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia* en Sentencia del año 200 del TEDH.

personas cuyas situaciones son significativamente diferentes¹⁴¹, sin embargo reafirma que son los Estados contratantes los que gozan de un cierto margen de apreciación para evaluar en qué medida las diferencias justifican una diferencia de trato en la ley.

Finalmente resuelve señalando que la justificación dada por el Gobierno parece objetiva y razonable y la diferencia de trato que se alega no fue discriminatoria en el sentido del artículo 14 de la Convención.

2.3. Caso Karen Atala Riffo Vs Chile

Frente al único caso en la Corte IDH sobre adopción homoparental, se pretende, como se dijo al comienzo, indicar cuales podrían ser los criterios que serían objeto de constitucionalización, lo cual se describirá, no sin antes señalar algunos aspectos relevantes de la Sentencia.

El artículo 33 de la CADH creó la Corte IDH como órgano judicial internacional autónomo, con competencia consultiva¹⁴² según el artículo 64.1 y competencia contenciosa¹⁴³ según el artículo 62.3 de la CADH. El trabajo de la Corte IDH ha sido objeto de múltiples estudios, en este trabajo no se hará un análisis de la situación de la Corte IDH en el contexto regional o el grado de acatamiento de sus decisiones por los Estados miembros¹⁴⁴, o la crisis generada por la tensión sobre la supremacía de la CADH y representación democrática estatal¹⁴⁵, es más, supone una aceptación en distintos niveles de la recepción de la jurisprudencia interamericana, especialmente por el poder judicial constitucional, también supone la importancia del examen de cruzamiento de jurisprudencia

¹⁴¹ Situación expuesta en el Caso de Thlimmenos contra Grecia, en Sentencia del 06 de abril del año 2000.

¹⁴² En virtud de la competencia consultiva, la Corte IDH por requerimiento de un Estado miembro de la OEA interpreta el alcance de las disposiciones de la CADH u otros tratados de derechos humanos, o expresar opiniones acerca de la compatibilidad entre las leyes internas del Estado requiriente y los mencionados instrumentos internacionales.

¹⁴³ En virtud de la competencia contenciosa, la Corte IDH posee la potestad de declarar con motivo de la violación de un derecho o libertad consagrados en la CADH, la responsabilidad internacional de un Estado, de disponer en consecuencia que se garantice a la víctima el goce de su derecho o libertad conculcados y si fuera procedente que se reparen las consecuencias de la vulneración de los derechos, y según el artículo 63.1, al pago de una justa remuneración.

¹⁴⁴ Colombia es parte de la CADH desde el 31 de julio de 1973 y el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia de la Corte IDH.

¹⁴⁵ Se ha criticado la función de la Corte IDH en relación con su función interpretativa de la CADH y los límites conforme a los artículos 76 y 77 del tratado, que establecen, que la competencia para enmendar la CADH o para aprobar protocolos adicionales corresponde exclusivamente a los Estados.

relevante entre ambos tribunales en relación con la protección de derechos humanos especialmente en “casos difíciles” como la adopción homoparental.

Así las cosas, se examina el único caso en el sistema interamericano que dirimió la responsabilidad internacional de un Estado frente a la posible discriminación a una mujer homosexual en un proceso de adopción y la omisión del respectivo control difuso de convencionalidad en el proceso judicial respectivo¹⁴⁶.

Se trata del Caso Atala Riffo y Niñas Contra Chile, el cual duro casi diez años en el sistema interamericano, antes de su resolución, casi seis años en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁷ y más de un año en la Corte IDH¹⁴⁸. Sólo para resolver la admisión del caso la Comisión Interamericana duro cuatro años¹⁴⁹, y duró otros dos años para emitir el Informe de Fondo No. 139/09 que describía las recomendaciones que obligatoriamente debía acatar el Estado de Chile y para posteriormente presentar demanda contra el Estado de Chile en relación con las violaciones a la CADH ante la Corte IDH en razón al inobservancia del Estado de Chile. La Corte IDH mediante la Resolución de 7 de julio de 2011 convocó a las partes a una audiencia pública que fue celebrada los días 23 y 24 de agosto de 2011 durante el 92 Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá¹⁵⁰, Colombia¹⁵¹.

¹⁴⁶ El Control de Convencionalidad dentro del marco funcional judicial de los jueces de los países miembros de la CADH, es llamado por algunos, control difuso de convencionalidad, y tiene doctrina interamericana propia. La Resolución de la Corte IDH de 24 de junio de 2005 incluso va más allá y intensifica el valor de su jurisprudencia, señala que sus decisiones deben constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son parte de la CADH, que es obligatoria para los Estados Parte a través del control de convencionalidad el cual consiste en el análisis de la compatibilidad de su ordenamiento interno con la CADH teniendo en cuenta la interpretación de la Corte IDH.

¹⁴⁷ La petición inicial por parte de los representantes de las víctimas fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004.

¹⁴⁸ La CIDH presentó la demanda contra el Estado de Chile ante la Corte Interamericana el 17 de septiembre de 2010.

¹⁴⁹ La CIDH aprobó informe de admisibilidad No. 42/08 el 23 de julio de 2008.

¹⁵⁰ Para efectos de esta investigación, se asistió presencialmente a las Audiencias celebradas en Bogotá, dentro de las actividades programadas dentro de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás.

¹⁵¹ Después de la audiencia pública y antes de emitir fallo, el 29 de noviembre de 2011 la Corte emitió una Resolución en la que ordenó, como prueba para mejor resolver, que las tres niñas M., V. y R. fueran informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba, con el objetivo de que las tres niñas manifestaran lo que desearan al respecto. El 8 de febrero de 2012 la Secretaría de la Corte Interamericana llevó a cabo en Santiago de Chile una diligencia en la que las niñas M. y R. participaron. Por motivos de fuerza mayor, la niña V. no estuvo presente en dicha

El Presidente de la Corte Diego García-Sayán, comunicó a través del Secretario Pablo Saavedra, la decisión de la Corte¹⁵² que resolvió el caso¹⁵³ (febrero de 2012), determinando los cargos en donde hubo unanimidad, donde hubo controversia entre los jueces y donde se absolvió al Estado Chileno.

Por unanimidad se señaló que el Estado de Chile es internacionalmente responsable Primero, por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de Karen Atala Rizzo (art. 24, en relación con el artículo 1.1 de la CADH) y de las niñas M., V. y R. (art. 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la CADH); Segundo, por la violación del derecho a la vida privada en perjuicio de Karen Atala Rizzo (art. 11.2, en relación con el artículo 1.1. de la CADH); Tercero, por la violación del derecho a ser oído en perjuicio de las niñas M., V. y R. (art. 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH); Cuarto, por la violación de la garantía de imparcialidad en perjuicio de Karen Atala Rizzo (art. 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la CADH y la investigación disciplinaria).

También por unanimidad se señaló que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación y que el Estado de Chile debe: Brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; Publicar en el plazo de seis meses la sentencia en su integridad en un sitio web oficial, un resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional; Ofrecer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; Implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial; y Pagar la suma de US\$ 10.000 a Karen

diligencia. En dicha diligencia las niñas manifestaron diversas observaciones en relación con el caso, las cuales poseen un carácter reservado.

¹⁵² Conforme a las normas del Reglamento de la Corte Interamericana, justo un mes después de la audiencia pública del caso, y antes de emitir Sentencia, el 24 de septiembre de 2011 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales. Como es sabido dentro del nuevo reglamento de la Corte, antes de la presentación de los alegatos y después de la audiencia pública, se pueden presentar *amicus curiae* por parte de terceros ajenos al proceso, sin embargo en este caso no se ejerció dicha figura.

¹⁵³ Corte IDH. Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=381>

Atala por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica, la suma de US\$ 20.000 a Karen Atala y US\$ 10.000 a cada una de las niñas M., V. y R. como indemnización por daño inmaterial, y, la suma de US\$12.000 por concepto de costas y gastos.

Donde hubo controversia fue en los cargos contra el Estado de Chile en relación con la violación al derecho a la protección de la Honra y de la Dignidad (art. 11.2) y el derecho a la protección a la Familia (art. 17.1) en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.. La Corte finalmente decidió (con 4 votos+ y 3 votos-) que el Estado era internacionalmente responsable por omitir acciones positivas en su actividad que permitieran la protección de estos bienes prestacionales fundamentales.

Por último se declaró casi por unanimidad que el Estado de Chile no era internacionalmente responsable de la violación al derecho a la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 de la CADH.

De manera preliminar, con el objeto de analizar la existencia de criterios generales que puedan derivarse de esta sentencia de la Corte, es necesario resaltar que el objeto del caso se relacionó con controversias derivadas de dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. Por lo anterior sólo se concentrará el análisis de esta sentencia sobre el debate en torno al juicio de tuición que es el que tiene relación directa con un proceso de adopción homoparental, sin discriminar la importancia de los juicios sobre posibles vulneraciones fuera del proceso de adopción.

En primer lugar se podría abstraer de este caso, un **criterio** sobre la importancia que la Corte IDH le da al **contexto** para casos de adopción homoparental, para este caso se examinó la convencionalidad del trato al contexto en sede judicial¹⁵⁴ interna que

¹⁵⁴ Caso Atala Vs Chile, párrafos 41 y 42; en este acápite de la Sentencia la Corte describe el trato que le da el Juzgado de Menores de Villarrica al contexto bajo examen, al tener que resolver la solicitud de tuición provisional al padre. Según la Corte los argumentos para provisionalmente darle la custodia al padre, resultado del examen del contexto se basaron en que Karen Atala hizo explícita su opción sexual a sus hijas, alterando en un tiempo muy corto (menos de ocho meses) la normalidad de la rutina familiar, poniendo como primario sus intereses y bienestar personal, por sobre por lo menos un estudio racional del bienestar emocional y adecuado de un proceso de socialización con sus hijas, sobre su condición sexual; igualmente argumento que dicha decisión fue inconveniente dentro del contexto de una sociedad heterossexual, y

contemplaba entre otras cosas que la señora Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes en el año de 1993 de donde nacieron las niñas M., V. y R. producto de esta unión en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente; igualmente se señaló que la señora Karen Atala había contraído anteriormente otro matrimonio de donde nació su hijo mayor Sergio Vera Atala. La Corte dio como hecho probado que el segundo matrimonio de común acuerdo finalizó en marzo de 2002 por medio de una separación de hecho, estableciéndose que la señora Karen Atala mantendría la tuición y cuidado¹⁵⁵ de las niñas M., V. y R. para esa fecha con aproximadamente con 8, 4 y 3 años respectivamente. Ocho meses después de la separación, en noviembre de 2002, Karen Atala formalizó una unión homoparental con la señora Emma de Ramón en la misma casa donde convivía con sus hijas y el hijo mayor.

En segundo lugar, la Corte estudia el caso desde la órbita donde interviene en las trifurcaciones el Estado chileno, la cual inicia el 14 de enero de 2003 con el juicio interno iniciado por el Señor Ricardo padre de las niñas, al presentar demanda de tuición y custodia contra Karen Atala, facultado por el artículo 225 del Código Civil Chileno, además en marzo de 2003 solicitó que provisionalmente le fuera otorgada la custodia de sus hijas, antes de la terminación del proceso¹⁵⁶. La Corte desde estos hechos empieza a ejercer el control de convencionalidad, identificando posibles incumplimientos convencionales del

tradicional, enfrentado a sus hijas a una sociedad en conflicto con estos temas, por lo menos en donde residían.

¹⁵⁵ En el Estado de Chile según el Código Civil en su artículo 225, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

¹⁵⁶ Caso Atala Vs Chile, párrafos 41 y 42: “El 2 de mayo de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica concedió la tuición provisional al padre y reguló las visitas de la madre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En particular, el Juzgado motivó la decisión, inter alia, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia” ... “El 8 de mayo de 2003,... la señora Atala entregó a sus tres hijas al padre de las mismas...”

Estado Chileno al dirimir el conflicto. De aquí podría derivarse un segundo ***criterio*** o ***estándar*** internacional fundamental en relación con el ***método de razonabilidad convencional*** el cual es usado por la CIDH para examinar la convencionalidad de los mecanismos judiciales internos para realizar test de razonabilidad. De la causa judicial en sede chilena, la Corte examinó los criterios judiciales chilenos para medir y evaluar el caso, y los cotejó con sus criterios:

- Habilidad e inhabilidad de las partes para tener la tuición de las menores de edad.
- Medio ambiente que pueden ofrecer las partes a las menores de edad.
- Informe psicológico de ambas partes y de las menores de edad.
- Informe psiquiátrico de ambas partes.
- Forma de oír a las menores de edad.
- Informe socioeconómico integral de la demandada y de las menores de edad.
- Estudios a nivel nacional e internacional en psicología que revelaran distinciones entre los hijos criados por parejas heterosexuales y/o homosexuales y las consecuencias que pudieren acarrear.

El Juzgado en la sentencia de primera instancia al estudiar el contexto y la demanda indicó según lo reseñado por la Corte en el párrafo 49 “que las menores [de edad] fueron oídas por este [Juzgado]. En estas audiencias se constató que la voluntad de las tres menores [de edad] es que sus padres vuelvan a vivir juntos, y en la última de las audiencias realizada con fecha 8 de octubre de 2003, [R.] y [V.] expresaron su deseo de volver a vivir con su madre y en el caso de [M.] sólo se detectó una leve preferencia por la figura materna”.

Sin que lo anterior fuera la única razón, el Juzgado desestimó la demanda¹⁵⁷, no identificó ningún riesgo y señaló que Karen Atala pasaba el test por no incurrir en habilidad e inhabilidad alguna, por no ser un riesgo el medio ambiente de convivencia ofrecido a las menores de edad, por no tener ninguna patología psicológica o psiquiátrica y porque según los estudios revelados y auscultados no existen consecuencias descubiertas que pudieren acarrear. La sentencia fue apelada y el 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de

¹⁵⁷ Sentencia del 29 de octubre de 2003 del Tribunal de Menores de Villarrica. En relación con la tuición de las niñas ordenó la entrega a la madre el 18 de diciembre de 2003. Sin embargo, el 11 de noviembre de 2003 el padre de las niñas interpuso un recurso de apelación de la Sentencia y posteriormente una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la Sentencia implicaría un cambio radical y violento del status quo actual de las menores de edad. Según el párrafo 51 de la Sentencia de Atala de la CIDH, el 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones de Temuco concedió la orden de no innovar manteniendo el padre la custodia mientras se resolvía la apelación.

Temuco, confirmó la sentencia ratificándose en las consideraciones realizadas por la primera instancia y dejando sin efecto la orden de no innovar¹⁵⁸ el status de convivencia de las niñas con el padre, sin exponerse fundamentos nuevos y acogándose plenamente la sentencia de primera instancia, razón por la cual de aquí no hay elementos para analizar posibles *criterios* judiciales domésticos convencionales.

En tercer lugar, del examen de convencionalidad del proceso judicial que dio como resultado la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, se pueden precisar ***criterios*** convencionales para ***exámenes probatorios***. La Corte Chilena para desestimar la primera y la segunda instancia, estudió los siguientes aspectos probatorios:

Desprecio y desecho de prueba testimonial producida en expediente, respecto al deterioro del entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la convivencia lésbica.

Desprecio y rechazo de estudios de riesgo a que las niñas puedan ser objeto de discriminación social derivada del hecho de convivencia lésbica temprana.

Desecho y desprecio de testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, en relación a la confusión sufrida ante la sexualidad materna percibida y nueva para ellas.

Falla evaluativa de la existencia de un posible test sobre la ponderación aplicada por la nueva familia homoparental para identificar aporías relacionadas sobre los intereses propios de Karen Atala y los propios de sus hijas, especialmente para iniciar convivencia lésbica.

Abandono de un estudio sobre los efectos de la convivencia dentro del contexto propio del caso, que pudieron o pudieran causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, en razón a cada edad, la eventual confusión de roles sexuales.

¹⁵⁸ Según el párrafo 53 de la Sentencia de Atala de la CIDH, el 5 de abril de 2004 el padre de las niñas presentó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de queja solicitando se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado, al tiempo de resolver el recurso en sede de la Corte, recurso que fue concedido el 7 de abril de 2004.

2.4. Reflexión desde una sentencia del Tribunal Alemán sobre Matrimonio Homoparental

Alemania como representante de los países con activismo judicial en temas relacionados con casos homosexuales, y que actualmente es precursor en incorporar dentro de su ordenamiento jurídico la figura del matrimonio transexual, señala que sólo es posible dentro del marco de la ley de transexuales que permite a personas del mismo sexo acceder a un tipo de asociación civil siempre y cuando se acceda a uno de los mecanismos contemplados.

El mecanismo diseñado como la “pequeña solución”, autoriza a una persona a cambiar de nombre, en razón de sentirse que esencialmente pertenece al género opuesto y que tal percepción haya durado al menos tres años. La segunda alternativa, conocida como la “gran solución”, es la que permite a un transexual ser reconocido por la ley civil. En este caso, junto con reunir las exigencias del sólo cambio de nombre, el interesado debe optar por ser permanentemente infértil, además de someterse a una intervención quirúrgica que, en la situación de hombre a mujer, precisa de una amputación del pene y de los testículos y, en el caso contrario, la extirpación quirúrgica del útero, los ovarios y, con frecuencia, una mamoplastia para la reducción de senos.

En la sentencia del Tribunal Constitucional Federal No. 1BvR3295/07 del 11 de enero de 2011¹⁵⁹, se confirma las condiciones imprescindibles para el reconocimiento civil de la asociación civil entre transexuales, las que no son compatibles con el derecho sexual a la libre determinación invocado por el afectado, adoptándose un criterio legal liberal pero mixto con la preservación de la familia biparental.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

1. La(s) relación(es) constitucionalización y derecho internacional de los derechos humanos

Es necesario abordar la constitucionalización y el derecho internacional de los derechos humanos, identificando en primer lugar los distintos problemas teóricos de la

¹⁵⁹ Ver Sentencia en: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html

“constitucionalización”, para a continuación presentar las distintas formas en que se ha tratado al objeto “derecho del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁶⁰.

1.1. La relevancia de una postura sobre la constitucionalización

La constitucionalización, como se dijo, depende de varios aspectos autónomos y particulares, al igual que de una realidad jurídica determinada, que a su vez dependen de varios factores, uno de ellos tiene que ver por lo que entiende una comunidad jurídica sobre Constitución, lo que impone ciertos límites, y el segundo sobre el tipo de Constitución disponible, que en ruta las dimensiones de una constitucionalización.

El concepto de Constitución, para o desde el derecho internacional de los derechos humanos, puede imponer unos u otros elementos esenciales¹⁶¹, desde la que se argumenta basados en tesis jurídicas cada vez más fuertes, que a una Constitución le preceden unos elementos prepolíticos que fundaron el pacto social.

También desde el derecho internacional de los derechos humanos, podría ser acertado que una Constitución contiene como elementos esenciales los que se hayan estipulado como tales, sin embargo se añadiría que estos deben ser aceptados por la comunidad jurídica nacional e internacional.

La tesis de una Constitución material y otra formal, tendrían caminos distintos, en una se acepta por ejemplo una teoría constitucional anterior a la consolidación de la Constitución¹⁶² y en la otra sólo una teoría constitucional posterior a la formulación de la Carta¹⁶³.

Del concepto de Constitución, se pueden abrir brechas, como se dijo en la primera parte, para dos familias, teorías o posiciones diferentes, sobre lo que es una constitucionalización,

¹⁶⁰ Un trabajo que aborda la problemática desde esta perspectiva: César Alejandro Orozco Sánchez; El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México; Editorial Ibojus, 2a edición.

¹⁶¹ Bernal, C. (2013). _____. en Henao, J.C., Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Universidad Externado de Colombia/Corte Constitucional de Colombia, Primera edición, Bogotá.

¹⁶² Alfonso López Michelsen (1983), Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia, Colección Fray Antón de Montesinos, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá, 1a. Edición editorial Liberal 1945, 2a edición 1978, 3a. edición 1983 Colección Fray Antón de Montesinos.

¹⁶³ Carlos Bernal Pulido, Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?, en Revista Doxa No. 30, Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, 2007, pp. 273-291.

por tanto, en primer término, la constitucionalización es una tema de elección sobre la naturaleza de una Constitución.

Esta elección es teórica, aunque puede ser también ideológica, la primera responde a una preferencia a elementos pragmáticos o utilitaristas, los cuales pueden resultar adecuados o inconvenientes, ya sea porque se acepte un objetivismo ético, o se vinculen a posturas subjetivistas donde el sujeto comporta cierto protagonismo e importancia; la segunda puede responder a la preferencia por una escuela jurídica clásica o tradicionalmente defensora de la certeza y la seguridad jurídica.

1.2. La especificidad de la constitucionalización

La constitucionalización después de mostrar sus preferencias, se vincula estrechamente a su objeto, presentándose la necesidad de otra elección teórica, que va en dirección con el trato a éste o la forma de asumir el objeto al que puede vincularse la constitucionalización. El objeto puede ser la Ley, la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico, los derechos, o el derecho, entre otros (puede ser un contrato, un tratado, un principio, etc.).

Esta elección, para el caso de este trabajo, asume como género al objeto “derecho”, y en específico al objeto “derecho internacional de los derechos humanos”. Esto a su vez obliga a asumir otra elección teórica, esta vez, sobre qué se entiende por derecho internacional de los derechos humanos. Puede presentarse así, diferentes tipos de constitucionalización de este derecho, que dependen, del concepto de derecho o de la ciencia del derecho parcializada o escogida.

Sobre esta base se plantea que los problemas de la especificidad de la constitucionalización del derecho, dependen, del concepto de Constitución, de la interferencia del sujeto, de la elección del objeto, y de las preferencias en el plano jurídico, entre otras posibles perplejidades.

1.3. La relevancia de un concepto del derecho internacional de los derechos humanos

Del concepto de derecho se desprende una teoría aplicada y una limitación o ampliación de los fenómenos, elementos y características a estudiar. Tradicionalmente se ha discutido si

es ciencia, arte, si incluye la moral, la política, la economía, y se han abierto varios debates, de distinto tenor. Acá se concreta que el concepto de derecho, desde un punto de partida pragmático, constructivista, y progresista, va dirigido a en primer lugar a proteger, garantizar y potencializar los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas, de manera individual, grupal, colectiva y global. Igualmente que se entiende por derecho desde teorías del derecho, que incluyen la necesidad de una relación triádica, una estructura, y una interpretación judicial viviente¹⁶⁴.

2. Factores de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos

Si se mira la constitucionalización como un proceso eminentemente formalista, como se expuso en la primera parte, se tratan principalmente de procesos de reformas constitucionales, las cuales son visibles en caso todos los procesos de enmienda de Américas Latina, se trata del trato especial y privilegiado a los Tratados de derechos humanos e incorporado en las Constituciones, estableciendo titulares, obligaciones del Estado respecto a sus habitantes, y estableciendo cláusulas para ello muy parecidas, que ordenan, prácticamente, armonizar el derecho.

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, además de este aspecto formal y de depender de lo anteriormente expuesto, también depende de las posibilidades prácticas para su desarrollo, las cuales se evalúan, según las velocidades disponibles para su desarrollo, las cuales a su vez dependen, de las autopistas disponibles. Estas últimas se identifican como los tramos de circulación de los procesos de constitucionalización, que a su vez se determinan desde distintos factores.

Principalmente la constitucionalización está sometida al tipo de organización jurídica, política y social en la que se desenvuelve, podría funcionar así con mayor velocidad en un Estado Constitucional, pero no se podría descartar su existencia en un Estado de derecho,

¹⁶⁴ Luis Prieto Sanchis (2009), Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Segunda edición, Madrid; María Concepción Gimeno Presa (2001), Interpretación y Derecho. Análisis de la Obra de Riccardo Guastini, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No.21, Universidad Externado de Colombia, Presentación de Alexei Julio Estrada, Bogotá; La decisión judicial: el debate hart-dworkin" (1997), estudio preliminar de cesar rodriguez, Siglo del hombre editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, 1era edición 1997, Quinta reimpresión 2005, pág 40 y 58, Derecho como integridad, Ampliación del concepto de derecho.

incluso si este tiene rasgos de despotismo. Podría incluso afirmarse que en una organización no estatal, podría existir un proceso de constitucionalización, es el caso de los momentos previos a la revolución francesa, o la preexistencia de los principios de una comunidad étnica indígena, por citar tan sólo algunos casos.

A pesar de que pueden existir procesos de constitucionalización previos a un Constitución, uno de los factores de su velocidad, se encuentra ligado a la existencia de un orden jurídico y político determinado, cuan mayor y amplio sea su base, mayor será su grado de velocidad, sin decir que está sea del todo benéfica, pero aquí de lo que se trata es de evidenciar su dependencia, tanto a la existencia como a su contenido.

Lo anterior nos lleva a proponer como factor los diferentes momentos de la constitucionalización, y su estrecho vínculo con el tipo de comunidad que lo desarrolla, al igual con las virtudes de otros procesos de vinculación que lo preceden, es decir, el pasado que lo antecede, la clase de población presente, y el momento que se vive.

En este trabajo se desarrollaron ejemplos de constitucionalización judicial, del mismo modo pueden existir diferentes caminos posibles para la constitucionalización que pueden ser fértiles. En Colombia la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos se ha dado desde el Legislativo, el Ejecutivo y la Sede Judicial, entre otros poderes. En donde ha encontrado mayor eficacia ha sido en sede judicial constitucional, desde el oficio de la Corte Constitucional. Sin ser el único sujeto posible para conducir un proceso de constitucionalización, incluso se propuso a la Corte Interamericana como uno de ellos.

3. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos como construcción judicial

Los casos analizados en la segunda parte permiten evidenciar lo complejo y problemático de un proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. De los dos casos pueden surgir propuestas para fundamentar el ingreso del derecho y propuestas para evidenciar la dificultad de un derecho común para los casos de derechos humanos. Las diferencias son sustanciales pero del mismo modo se presentan como formas de constitucionalización de los derechos humanos de sujetos constitucionalizadores

judiciales.

Dos son los ejemplos presentados para describir la acción y el resultado de dicho proceso en manos judiciales, la hermenéutica desplegada en relación con los derechos de las mujeres frente a un embarazo con las características desarrolladas en la sentencia C-355 de 2006¹⁶⁵ y el caso internacional de la adopción homoparental de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Para el caso de la constitucionalización me detendré en el primero.

Hay varios elementos que analizar del proceso de constitucionalización del derecho fundamental IVE, frente al derecho internacional de los derechos humanos, desde la perspectiva de una construcción judicial de la Corte Constitucional colombiana.

En primer lugar que se asume una Sentencia (C-355 de 2006) de constitucionalidad, como un hecho, del cual se pueden derivar los pisos para finalmente concretar un derecho fundamental (IVE), en segundo lugar, que se halla, tanto en la Sentencia C-355 de 2006 como en la cascada de sentencias posteriores, como material clave, la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos.

Así las cosas, la descripción de estos elementos, pueden partir de la interpretación que realiza la Corte Constitucional frente a las normas de derecho internacional de derechos humanos parte, en la Sentencia C-355 de 2006, la cual vincula principalmente cinco premisas: la primera que un enunciado, así sea internacional, puede tener distintas interpretaciones; la segunda que las interpretaciones entonces que surjan en el caso de la norma internacional que protege la concepción, dependen primero del concepto que se adopte respecto a qué es “persona” y segundo del concepto que se adopte respecto a la “concepción”, los cual trata de dos momentos distintos, uno cuando se está frente al derecho al respeto a la vida y otro cuando se está frente al derecho a la protección de la vida; en tercer lugar que entonces el derecho al respeto a la vida tiene que ver con ser sujeto de la titularidad del derecho, y el derecho a la protección a la vida depende del inicio de la protección del derecho contemplado en la ley y en general desde la concepción; por último que a pesar de que hay una regla general se puede admitir excepciones según la ley.

Esto razonamiento le permite justificar a la Corte como regla *general* el *deber estatal* de

¹⁶⁵ Sexto Informe Periódico del Comité de Derechos Humanos de la ONU del 4 de agosto de 2010, producido conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito entre otros por Colombia, en evaluación especialmente de los artículos 3, 6 y 26.

protección de la vida desde la concepción, regla-deber que admite excepciones al incluir una cualificación en eventos excepcionales que la ley contemple. Ley que termina siendo la estipulación de las eventualidades reseñadas en la Sentencia C-355 de 2006.

La constitucionalización en este caso comienza con la estipulación de una premisa afirmativa “toda disposición normativa puede tener varias interpretaciones” a la cual se le agrega “no existe un deber internacional de protección absoluto a los derechos humanos”, así las cosas se sienta la base para interpretar que todo derecho humano es relativo y se sustenta la necesidad de ponderarlo con otros derechos, agregándoles que es deber funcional judicial identificar y sopesar los derechos que entrarían en conflicto.

Ahora bien, los derechos que entrarían en conflicto, podrían surgir ya por que están enumerados como tales en la Constitución o en la Convención, o porque la Corte ha determinado su existencia vía interpretación, los llamados derechos fundamentales adscritos o constitucionalizados vía jurisprudencia.

Al no estar expresamente estatuidos los derechos sexuales reproductivos como derechos fundamentales, la Corte inicia la construcción de los derechos de las mujeres en tensión con el derecho al deber de proteger la vida del nasciturus, para esto la Corte asume la interpretación de observaciones y demás documentos internacionales sobre derechos humanos relacionados con la adopción de medidas para proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez, no como criterio vinculante pero si como parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes, en este caso la prohibición absoluta del aborto. Se adopta así la recomendación del Comité Interamericano de Derechos Humanos de febrero 26 de 1999 que estipulaba como excepciones e que la mujer este embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida, malformación congénita grave y cuando se encuentre en riesgo la vida de la madre.

Esto es relevante e importante en un proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, dado que a pesar que las observaciones son simples criterios interpretativos, sin duda influyen en el orden interno de los países, hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, y se insertan en el ordenamiento jurídico vía judicial constitucional.

Sin embargo es tan sólo un elemento del proceso de constitucionalización de los

derechos fundamentales, esta introducción de observaciones internacionales, sólo dar apertura a la introducción del derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo como premisas el que es inconstitucional la prohibición *total* del aborto, introduciendo las *tres hipótesis extremas* de carácter autónomo e independiente y advirtiéndole que pueden evidenciarse otros casos, e indicando que será en todo caso un derecho de la mujer frente a alguna de las causales de excepción.

De allí entonces se derivan las Sentencias que cumpliendo lo establecido en la C-355 de 2006, solucionan casos de tensión de derechos. La Sentencia T-988 de 2007 con Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, incluyó como relevante en estos casos, la interpretación de Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas Discapacitadas, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de Personas con Discapacidad, al igual que la definición de persona con discapacidad de la CADH como fuente para la definición de persona con discapacidad, así las cosas, se construye el concepto de *protección reforzada de mujeres en estado de embarazo de especialísima protección*, por lo que una de las causales señaladas en la Sentencia C-355 de 2006, embarazo por acceso carnal violento, si comporta adicionalmente que fuese contra una mujer discapacitada, y especificidades más complejas que exigen mayor atención por parte del Estado. La Corte también tuvo en cuenta las Observaciones del Comité de Derechos Humanos relativas al cumplimiento del deber estatal de proteger a personas con discapacidad.

Con la Sentencia T-209 de 2008 de la Corte Constitucional, se vincula como derecho el *Procedimiento Legal IVE del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, para esto se indicó que los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas de la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud¹⁶⁶ (OMS). Este documento internacional señala como titular del procedimiento

¹⁶⁶ OMS, “Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud, Ginebra (Suiza), septiembre de 2003, ISBN 92 75 32482 4. Este documento señala así mismo una guía para llevar a la realidad el compromiso acordado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en junio de 1999, en la que los gobiernos se pusieron de acuerdo en que “en circunstancias donde el aborto no sea ilegal, los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles”. Se advierte del mismo modo que es un

médico a la mujer gestante e indica que tal procedimiento involucra los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en embarazo. Esta Guía Técnica Internacional se involucra así en el proceso de constitucionalización de la necesidad de abortos seguros en los casos en que no estén contra la Ley.

Ya con la sentencia T-946 de 2008 de la Corte, se vincularon al derecho al *procedimiento de IVE* los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, para todas las mujeres en estado de embarazo, con el fin de que se garantice que el procedimiento médico sea oportuno y adecuado.

Con la sentencia T-009 de enero de 2009 se afianza que el derecho al procedimiento legal IVE es posible si éste se configura entre una de las posibilidades fácticas mencionadas o que evidencien tensión con el derecho a garantizar la vida del nasciturus, si un médico certifica la configuración de dicho evento fáctico, y, lo novedoso o resaltado por la Corte, la madre gestante decide interrumpir un embarazo. Aquí la Corte construye una nueva causal: el aborto por riesgo para la salud de la materna, ampliando la causal estipulada en la sentencia C.355 de 2006 de aborto por riesgo para la vida de la materna, basándose en una guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud de la OMS del 2003, la cual su vez buscaba impulsar el compromiso acordado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en junio de 1999.

Posterior a ello, la sentencia T-388 de 2009 del Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto, construye las premisas para vincular como una *obligación de las autoridades estatales respecto a la promoción de la IVE desarrollar campañas masivas de promoción del derecho al procedimiento IVE*. Las premisas fueron: primero que las mujeres bajo las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006 son las titulares del derecho a decidir libremente respecto de la IVE; segundo que todas las mujeres para poder decidir deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada respecto a la IVE, lo cual incluye el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006; tercero que existe una evidencia generalizada del desconocimiento de la sentencia C-355 de 2006 por parte de los sujetos involucrados en un procedimiento de IVE, por lo que

documento guía producto de una Conferencia Técnica, y no es el desarrollo de una norma, ni es un estándar, tan sólo una guía cuyo contenido no compromete a la OMS.

se vulnera el derecho a la información, por tanto es prioritario campañas masivas de las autoridades competentes para difundirlo.

Respecto al proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, o algunos de sus instrumentos, este aspecto comporta especial relevancia, dado que la Corte Constitucional considera que es un derecho que debe ser difundido para su materialización, antecedente de especial relevancia, y que no se registra en otros tipos de derechos, como la Consulta Previa, El territorio Ancestral fundamental, La salud, y otros derechos, que del mismo modo se desconoce su constitucionalización en menor o mayor grado.

El proceso tiene como referente también la sentencia T-585 de 2010, que bautiza la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho fundamental por primera vez, dada su adscripción a los derechos reproductivos, al derecho a la autodeterminación reproductiva, y a otros derechos de las mujeres cuando se presentan las hipótesis despenalizadas, y estas a su vez estos están implícitas en los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la información, a la salud y a la educación, entre otros. Del mismo modo, de allí nacen las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud.

En el 2011, con la sentencia T-841 de 2011, interpreta que *el derecho fundamental de las mujeres a la IVE*, incluye también la posibilidad fáctica de *peligro para la salud física o mental de la gestante*, por ejemplo una “reacción depresivo-ansiosa” con “síntomas depresivos y angustia severa” como resultado de asumir la maternidad, dada su especial relación con el derecho a la intimidad personal. Aquí a Corte también desarrollo el concepto de *derecho fundamental prestacional procedimental al diagnóstico*¹⁶⁷ integrante del derecho fundamental a la salud (en este caso a la salud reproductiva) y adscrito al derecho a la dignidad humana.

La sentencia T-627 de 2012 involucra un nuevo componente de protección al derecho fundamental a la información de los derechos sexuales y reproductivos del derecho

¹⁶⁷ Cita entre otras las Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-050 de 2009, T-760 de 2008, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008, T-570 de 2008, T-083 de 2008, T-1177 de 2008 y T-324 de 2008.

fundamental a la IVE, conforme a la sentencia T-585 de 2010¹⁶⁸, reiterada por la sentencia T-841 de 2011, concretando la importancia del bloque de constitucionalidad en esta construcción, resaltado la categoría de derechos humanos de los derechos reproductivos, identificando la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva, construyendo el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud, y los derechos así involucrados como el derecho a un procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad, el derecho de elección de las mujeres colocadas en los supuestos determinados, el derecho a la información suficiente, amplia y adecuada sobre sus derechos sexuales y reproductivos que incluye lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006, el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad, el derecho al acceso efectivo al servicio de IVE en condiciones de calidad y de salubridad, y el derecho al diagnóstico del derecho fundamental a la IVE¹⁶⁹.

4. La constitucionalización y el bloque de constitucionalidad

Decíamos que el profundo cambio que vive el derecho bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, nos lleva a preguntarnos, si sería posible estándares internacionales de los derechos humanos, y si la respuesta es positiva, ¿cuáles serían las reglas para introducir dicha categoría adecuadamente?.

Una de las respuestas producidas ha sido conocida como bloque de constitucionalidad. Los orígenes de este término lingüístico datan de mediados de siglo XX, cuando se atendió en Francia la necesidad de interpretar el lugar de la Declaración de los derechos del hombre

¹⁶⁸ La Corte destacó que en el Auto 038 de 2012 la Sala Plena de esta Corte desestimó la nulidad impetrada contra la Sentencia T-585 de 2010 por parte del Procurador General, entre otras cosas, porque “la Sala Octava no efectuó ningún cambio de jurisprudencia respecto de lo decidido en la Sentencia C-355 de 2006 al indicar en la Sentencia T-585 de 2010 que, en los casos despenalizados por esta Corte, la IVE es un derecho de carácter fundamental perteneciente a la categoría de los derechos reproductivos”.

¹⁶⁹ La principal fuente de la Corte Constitucional para fundamentar la relevancia de este derecho, fue la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, la sentencia Interamericana Caso Perozo y otros contra Venezuela y Ríos y otros contra Venezuela, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Recomendación General N° 21 del Comité de la CEDAW de 1994, la Observación No. 28 del Comité de Derechos Humanos de marzo del 2000, el PDESC artículo 12, párrafo 2, obligación de adoptar medidas para mejorar el acceso a la planificación de la familia, y obligación de abstención de limitar el acceso a los anticonceptivos.

y el ciudadano dentro del ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes francés. Es así como el bloque de constitucionalidad, como es sabido, fue propuesto originalmente en Francia, cuando el Consejo de Estado declaró la inconstitucionalidad de un acto por vulnerar el derecho de expresión consagrado en el preámbulo de la Constitución francesa el cual remite a la Constitución de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El debate sobre la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional interno, ha sido asumido en Colombia, como un asunto de construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, desarrollando de manera autóctona una doctrina del Bloque de Constitucionalidad¹⁷⁰, la Corte asumió el tema, considerando válido ampliar la Constitución más allá de las normas expresamente estatuidas, y se valió en parte del trabajo francés para lograr argumentarlo, y cada vez que debía interpretar la integración de un Tratado a la Constitución, la Corte Constitucional de Colombia, asumía una perplejidad distinta e iba construyendo su doctrina del Bloque de constitucionalidad.

¹⁷⁰ Quien ha librado la descripción de las categorías identificadas y contrapuestas en dicha construcción sin duda es el profesor Rodrigo Uprymni Yepes, propuestas en diferentes trabajos, en especial *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72; Del mismo modo el profesor Fajardo, A. (2010), Implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia a través del Bloque de Constitucionalidad, Universidad Sergio Arboleda, Biblioteca Jurídica Dike; Sentencia T-1319 de 2001, MP(e) Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, “El bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José [o CADH] y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1319-01.htm>; Sentencia T-261 de 2012, Acción de tutela instaurada por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Municipales de Cali –Sintraemcali-, contra las Empresas de Servicios Públicos de Cali –Emcali E.I.C.E E.S.P., MP Jorge Iván Palacio Palacio, incumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, de reintegrar a los 51 trabajadores despedidos con ocasión del cese de actividades del 2004, alcance de la teoría del Bloque de Constitucionalidad en lo que se refiere a la aplicación de los Convenios Internacionales suscritos con la OIT, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-261-12.htm>; Sentencia T-171 de 2011, donde se precisó el alcance y la relevancia jurídica que tienen las recomendaciones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo, para comprender la fuerza vinculante de las recomendaciones expedidas por los diferentes órganos que conforman la Organización Internacional del Trabajo; Sentencia T-568 de 1999, Sentencia T-1211 de 2000 y Sentencia T-603 de 2003, en las que de manera uniforme se considera a las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración, una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano en virtud del llamado bloque de constitucionalidad.

La principal aporía fue el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas frente al principio de prevalencia de los Tratados de derechos humanos, conflicto que debió asumirse con criterios de interpretación distintos a las reglas clásicas de resolución de conflicto de normas, como el criterio jerárquico, el criterio de especialidad, o el criterio temporal, era y es un caso de integración, no se puede decir que hay norma superior, norma especial, o norma posterior.

5. El derecho internacional de los derechos humanos para un Estado constitucional o un Estado convencional

Siendo el interés establecer relaciones adecuadas entre el fenómeno de la constitucionalización y el derecho internacional de los derechos humanos, es muy importante señalar que uno de los elementos para establecer pertinentes enlaces, es presentar las relaciones propias de cada uno de los caracteres, es decir, determinar tanto para la constitucionalización como para el derecho internacional de los derechos humanos, cuáles son sus diálogos propios con otros fenómenos, instituciones o teorías.

En el caso de la constitucionalización, hay que decir que este tiene una estrecha relación con la forma de Estado, o el paradigma estatal predominante en el que se desarrolla. En el mundo posmoderno al paradigma estatal actual se le conoce como Estado constitucional, lo cual se debe al giro principalmente en el sistema de fuentes, que logra colocar al sistema jurídico en una órbita común que gira en torno a la Constitución garante de derechos y de obligaciones estatales pro satisfacción de aquellos.

Así las cosas, un proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, depende para definir su carácter y grado de velocidad, del Estado al cual se adscribe, y si este modelo estatal permitiría una relación entre la constitucionalización y el control de convencionalidad.

La constitucionalización del derecho cuando un Estado permite el activismo de la Corte Constitucional, incorpora las formas, entre ellas, el ejercicio judicial de control de constitucionalidad, originándose el efecto constitucionalizador al estudiarse la constitucionalidad de los actos legislativos y de las normas expedidas por el legislativo.

Ahora bien, del mismo modo puede presentarse por parte de la Corte Constitucional, una constitucionalización de un control de convencionalidad difuso que llevaría a los jueces a examinar las convenciones y tratados internacionales de derechos humanos, lo cual no solo aceptaría un Estado constitucional, sino una especie de Estado convencional, que puede teorizarse en el proceso de maduración del derecho del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷¹.

Lo anterior se originaría porque el Estado de derecho con poca atención en los estudios sobre la defensa de los derechos humanos ante Cortes, Tribunales y Órganos internacionales de derechos humanos, que acepta esa concepción de mero discurso bonito, e incluso político o de izquierda; al producirse el giro jurídico, el Estado asume una transformación sustantiva de lo que se entiende por la naturaleza del derecho, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos, creándose una puerta al denominado control de convencionalidad¹⁷² cuando el Estado es el guardián de las convenciones de derechos humanos, cuando el Estado incorpora en su funcionalidad la profunda observación del derecho internacional de los derechos humanos, permitiendo incluso, para estos efectos, el llamado control difuso de convencionalidad.

Por ejemplo en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, el cual estudió el asesinato del señor Almonacid Arellano como parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil el cual fue amnistiado y resuelto como válido por los jueces locales. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana construyó como estándar el control difuso de convencionalidad, por medio del cual los jueces domésticos, tendrían la obligación de ir más allá del derecho interno para estudiar la vigencia, en este caso, del Decreto Ley No. 2.191.

Si bien es cierto, los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, sin embargo, los jueces también están sometidos al derecho internacional de los derechos

¹⁷¹ Sobre el debate de la importancia del derecho internacional de los derechos humanos en los artículos compilados por, Ricardo Méndez Silva (Coord - 2008), *Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición, México

¹⁷² Dos reconstrucciones del origen del control de convencionalidad en, Manuel Fernando Quinche Ramírez (2014), *El control de convencionalidad*, Editorial Temis, Bogotá

humanos y están obligados a ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y, en este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual se debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Incluso sería posible presentarse la posibilidad de ejercer dicho control de convencionalidad como derecho fundamental.

El alcance es tal, que sería posible que el Estado acepte el que se declaren reformas constitucionales como inconvencionales, es el caso de disposiciones constitucionales declaradas contrarias a la CADH¹⁷³, al igual que el caso de supremacía de la CADH sobre la representación democrática¹⁷⁴. Hay dos casos especialmente paradigmáticos llevados a la CADH, el primero donde ordena al Estado de Chile modificar la Constitución por su inconvencionalidad, y el segundo donde ordena al Estado peruano sustraer leyes de carácter constitucional del orden jurídico.

El caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile con sentencia del 5 de febrero de 2001, es el caso del artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980, el cual establece un “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, y bajo el cual, el 11 de noviembre de 1996, La Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica que el 11 de noviembre de 1996 al revisar la prohibición de exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, autorizaba su exhibición para espectadores mayores de 18 años¹⁷⁵.

La Corte Interamericana indicó que el mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención (artículos 2, 1.1 y 13 de la Convención), de manera acorde

¹⁷³ Colombia es parte de la CADH desde el 31 de julio de 1973 y el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia de la Corte IDH.

¹⁷⁴ Se ha criticado la función de la Corte IDH en relación con su función interpretativa de la CADH y los límites conforme a los artículos 76 y 77 del tratado, que establecen, que la competencia para enmendar la CADH o para aprobar protocolos adicionales corresponde exclusivamente a los Estados.

¹⁷⁵ Al momento del presente paso se encontraba en curso un proyecto de reforma constitucional al artículo 19 número 12 de la Constitución de Chile de 1980 presentado con el entonces Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle, pretendiendo eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística.

al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención, y en un plazo razonable, ordenando para tal efecto, que el Estado modifique su ordenamiento jurídico interno suprimiendo la censura previa para permitir la exhibición de una película rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de un plazo de seis meses un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

El caso Barrios Altos Vs. Perú con sentencia de 14 de marzo de 2001, declara que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 del Estado peruano, son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos la amnistía otorgada a agentes del Estado responsables del asesinato de 15 personas y de las heridas inferidas a otras cuatro, como consecuencia del incidente llamado Barrios Altos.

La Corte sentó precedente derivada de la interpretación de la protección consagrada en el artículo 1.1., 2, 8 y 25, de la Convención, frente a la incompatibilidad con la adopción de leyes de autoamnistía¹⁷⁶, señalando que los Estados Partes tienen el deber de adecuar su ordenamiento jurídico a la Convención, por lo que las leyes internas carecen deben de ser sustraídas de toda validez y sus efectos jurídicos no pueden representar un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen la identificación y el castigo de los responsables.

En síntesis el control de convencionalidad se posiciona desde la concreción y madurez permanente del derecho internacional de los derechos humanos, y se coloca en un lugar del privilegio haciendo que el Estado contemporáneo empiece a gravitar en torno a sus criterios y estándares, así las cosas los jueces de oficio al aplicar el control de convencionalidad difuso, se convierten en jueces de convencionalidad, lo cual no sólo se trata de aplicar la Convención sino de vincular las decisiones interamericanas, y lo cual no sólo se dirigirá a la función judicial, sino que impactara gradualmente en la dinámica de la función estatal en general, que además de guardar lealtad a la Constitución, lo cual de por sí ha sido

¹⁷⁶ Sobre la construcción del término ver los siguientes textos, producidos e época de transición en Argentina: Carlos Santiago Nino (1980), Los límites de la responsabilidad penal, Editorial Astrea; Carlos Santiago Nino (1982), La Legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea; Carlos Santiago Nino (1985), La validez del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires; Carlos Santiago Nino (1992), Un país al margen de la ley, Editorial Ariel, Buenos Aires; Carlos Santiago Nino (1996), Radical Evil on Trial.

problemático, sino que deberán tener en sus procesos de razonabilidad la CADH, entre otros instrumentos.

6. El derecho de los jueces interamericanos: Supremacía o Principio Prohomine

Dentro del control de convencionalidad se presente un principio interpretativo con supremacía interpretativa, el cual permite afirmar, el giro o el paso de la supremacía de la Constitución a la primacía de la Convención, es un paso generado también en gran parte por la apertura¹⁷⁷ del derecho constitucional latinoamericano al derecho internacional de los derechos humanos.

El principio *pro homine* (persone) también es uno de los elementos de la transformación jurídica desplegada por la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo como sujeto activo del proceso a la función judicial, al rol judicial, sin embargo, no se descartaría el aporte de los sujetos de servicio público administrativo y judicial, que se toman en serio la aplicación y supremacía de los derechos humanos, y están pasando de ser simples funcionarios atentos a la legalidad a ser verdaderos garantes de la constitucionalidad y convencionalidad.

El principio *pro persona*, explícitamente estatuido en el artículo 29 de la CADH, principalmente es un mandato de interpretación, que ordena omitir la negación de derechos desarrollados de mejor manera en la Constitución o en la CADH, es decir, ordena aplicar la norma más favorable para un caso concreto, la norma de mayor nivel, la cual puede entonces encontrarse en una garantía interna o estar mejor desarrollada, por ejemplo, en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos.

Es en síntesis, una orden de aplicar la norma o la jurisprudencia más generosa, el principio Pro Persona, asume el rol de criterio de interpretación, sin dejar de ser un principio con posibilidades de ponderarse y fungir como derecho fundamental si es el caso. No se trata de un criterio de jerarquización para un caso, es la aplicación de lo más favorable.

¹⁷⁷ Sobre las razones por las que el debate contemporáneo ha puesto en crisis el positivismo jurídico, y determinando la apertura de la filosofía del derecho, por un lado, hacia el mundo de los valores ético-políticos y, por el otro, hacia el mundo de los hechos ver, Carla Faralli (2007), *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos*, Traductor Santiago Perea Latorre, Universidad Externado, Bogotá.

CONCLUSION. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Después de todo lo que se ha dicho: ¿hay algo que pueda obtenerse mediante la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos? Una perspectiva ontológico-práctica postmoderna del derecho, presentaría algunos ejemplos donde dicha constitucionalización por un lado, presenta diversos logros, y donde los postulados del derecho, por el otro, han crecido y madurado sustancialmente. Podría asegurarse que la constitucionalización en general, en un Estado u otro, en mayor o menor grado, al permitir la irradiación de la Constitución en el derecho, y en algunos casos la irradiación de Convenciones de Derechos Humanos en el mismo derecho, han permitido giros ontológico-jurídicos, la recepción de nuevos cánones metodológico-prácticos, y la vinculación de nuevos fenómenos (el Estado Constitucional, el pluralismo jurídico, el activismo judicial, la racionalidad material, oralidad judicial, neoconstitucionalismo, entre otros) a la teoría y a la acción.

La constitucionalización hoy en día es crucial en la formación del jurista, y su principal papel sería el constituir un instrumento para toma de decisiones frente al nuevo derecho, por tanto la formación de competencias frente a esta constante evolución jurídica se vuelve crucial, máxime cuando ese resquebrajamiento, esta revolución copernicana en los conceptos, categorías y prácticas jurídicas, ponen la atención principalmente en una nueva comprensión de lo que se entiende por Constitución.

La constitucionalización si se quiere es una forma de ser, un estilo de jurista, así, pueden surgir distintos modelos, unos más descriptivos, otros más axiológicos, otros más teóricos, otros más constitucionalistas, pero sin duda, impulsos para vincular fenómenos de contexto.

En este trabajo se intentó mostrar una visión de constitucionalización en abstracto, no dependiente de una forma de constitucionalismo¹⁷⁸, e incluso de una teoría del derecho, una

¹⁷⁸ Se dijo que pueden ser de tres dimensiones, una ideológica, otra conceptual y otra procedimental, en la primera se clasificarían los constitucionalismos clásicos o políticos, en la segunda los de concreción teórica como conjunto de especificidades que deben ser expuestas en orden y que entienden diferentes modelos de Constitución, y la última metodológica que facilita los nuevos cambios en la interpretación y argumentación.

idea de metaconstitucionalización, de suerte que puedan encajar diversas preferencias, evitando, de este modo, que se presenten reduccionismos o minimalismos.

Tampoco se desconocen los orígenes del término constitucionalización que pueden datar de 1939 con Marcel Waline y J. Belin, y los debates como los de 1949 con Vedel y Charles Eisenmann, a las tesis postmodernas de juristas internacionales destacados como Prieto Sanchís, Josep Aguiló o Paolo Comanducci, entre otros, o de lo descrito por Guastini sobre las principales condiciones de constitucionalización (1. La existencia de una Constitución rígida que incorpore los derechos fundamentales. 2. La garantía de la Constitución. 3. La fuerza vinculante de la Constitución. 4. La sobreinterpretación de la Constitución. 5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también en las relaciones entre particulares. 6. La interpretación adecuada de las leyes. 7. La influencia de la Constitución sobre el debate político). Tal como se señaló reiteradamente, la visión aquí presentada parte de cero, no se quiso depender, por ejemplo, de la existencia de un activismo judicial de la Corte Constitucional, o de razones concentrada en los efectos, se asumió con valor, ¿qué se entiende por constitucionalización en abstracto?. No se tiene una posición de presentar un proceso de acción y retroacción¹⁷⁹, es una presentación inicial en ausencia del objeto al que se dirige, es decir, el “derecho”, o la “cultura”, o la “sociedad”, etc.

Así las cosas, los efectos positivos de la constitucionalización en sus objetos, no es lo más relevante en la primera parte, sin dejar de lado su incidencia jurídica, sólo para purificar su esencia, se trató como una categoría independiente, intentando desligarla de teorías del derecho, teorías constitucionalistas y de doctrinas, purificando la presentación del fenómeno de los problemas propios de una teoría, una ideología, y colocándolo en perspectiva.

Una constitucionalización, sin apellido, podría concebir un proceso de constitucionalización sin una Constitución, aceptaría proceso prepolíticos, no implicaría en principio un concepto de Constitución, o podría aceptar una noción de Constitución “problemática”, o podría depender de una postura sobre la Constitución.

¹⁷⁹ Comanducci, P. (2010), *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección EL Derecho y Justicia; Madrid, pág. 251; Comanducci, P.; Ahumada, M.; Gonzalez, D. (2009). Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, No 16; Madrid

Ahora bien, una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, en un mundo por debajo de lo ideal, definitivamente incrementa las oportunidades, y en concreto, aumenta la especificidad de la constitucionalización del derecho, lo cual a su vez depende, del concepto de Constitución, del grado y cobertura del objeto al que se dirige, de las preferencias ya sea por lo estrictamente jurídico o con mayor amplitud, de las diferencias entre los posibles entendidos sobre el Derecho, y otras posibles perplejidades.

Un enfoque de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos debe disentir de tres elementos: de la noción de Estado de preferencia constitucional, no de manera existencial, dado que la constitucionalización podría desde algunos enfoques aceptar una Constitución pre-estatal, sino material, en relación con condiciones y posibilidades fácticas y jurídicas para la operatividad; de los actores, que a su vez responde a una ideología, respecto a los sujetos, ya que estos se identifican más con las ideologías; de los métodos, de los recipientes, que responden a una forma, al depender más de las formas o moldes posibles y disponibles.

Esto se debe considerar junto a los distintos desarrollos posibles de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, que dependen primero una posición sobre qué se entiende por el objeto, lo cual a su vez requiere de una elección de una teoría del derecho; segundo de la preferencia por acoger, el derecho, o una categoría jurídica, u objetos determinados del derecho parcializado, como el ordenamiento jurídico, o el sistema de fuentes, o mucho más específico por ejemplo la constitucionalización de convenios, recomendaciones, principios, o la constitucionalización de derechos humanos, o de interpretaciones de derechos humanos, entre otras categorías. La especificidad de la parcela escogida determina su complejidad explicativa.

Aún al elevado nivel de distinción analítica, parece útil fortalecer una representación con más detalles, dado que la constitucionalización del objeto depende del molde. La constitucionalización como forma, es decir, las formas de hacer los actos, las fórmulas de cómo realizarlas, el modo, el cómo, puede ser definible como normas técnicas según la fórmula “si quieres A, debes hacer B”.

Entonces, dado que cuando nos preguntamos cómo constitucionalizar también aparecen varias tipologías, las maneras o los distintos procesos disponibles para propiciar la constitucionalización se vinculan drásticamente a las distinciones en relación con el sujeto o el activista de la constitucionalización, el conductor principal del proceso, el cual a su vez está limitado según la autopista constitucional vigente y los vehículos seleccionados o disponibles.

Aparecen así desde la práctica, varios de los posibles actores, según las perplejidades disponibles, el ejecutivo (por ejemplo en escenarios de hiperpresidencialismo), la Corte Constitucional (especialmente al interpretar la Constitución), el legislativo (en ejercicio del poder de reforma derivado), la Asamblea Nacional Constituyente (en ejercicio del poder de reforma originario), la sociedad (cuando lleva la Constitución como valor moral), etc..

Ahora bien, la velocidad de la constitucionalización depende de los niveles y grados en los que puedan insertarse los contenidos constitucionalizados, requerirá entonces para su operatividad: (i) que exista difusión e información de lo producido, (ii) que sea aceptado y apropiado por la sociedad; (iii) que esté de conformidad con los estándares internacionales; hay otras condiciones que son eventuales, y en algunos casos necesarias que dependen de las condiciones de cada Estado.

Si la constitucionalización escoge, derechos, se deben incluir aspectos ontológicos, axiológicos, ontológicos, e incluso morales y éticos, de los cuales se instaure el alcance, la naturaleza, el fundamento y el procedimiento de dicho derecho, que identifiquen los distintos factores que posiblemente se involucran, que eviten confusiones, que no se limiten a asignar derechos, en fin, un adecuado activismo que no excluyan exhortaciones a desarrollos de política pública, incluso de política criminal necesaria para procesos y protocolos de atención a víctimas.

De acuerdo con la propuesta que he defendido, el rol de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos puede tener distintas dimensiones, las cuales dependen de diversos factores, ya sea respecto a lo que se entiende por constitucionalización, o respecto a lo que puede entenderse por derecho internacional de los derechos humanos, lo cual incide en la teoría o en la práctica del derecho, especialmente en casos difíciles donde se involucran dilemas morales como se intentó mostrar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló, J. (2008). Sobre Derecho y argumentación. Editor Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca.
- Aguiló, J. (2004). La Constitución del Estado Constitucional. Editorial Temis, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 2, Bogotá.
- Alexy, R.; García, A. (2007). Star Trek y los derechos humanos. Editorial: Tirant lo Blanch, Colección Cine y Derecho.
- Alexy, R. (2010). La construcción de los derechos fundamentales. Deber ideal. Ley fundamental y teoría del discurso. Colección Derecho, Estado y Sociedad, Introducción de Jan Sieckmann y Laura Clerico.
- Alexy, R. (2009). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 28, Bogotá.
- Alexy, R. (2008). El concepto y la naturaleza del derecho. Editorial Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid.
- Atienza, M. (2013). Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho. Editorial Pasos Perdidos, Madrid.
- Bayón, J., Rodríguez, J. (2003). Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas judiciales. Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 27, Bogotá.
- Berlin, I. (2001). Dos conceptos de libertad y otros escritos. Alianza Editorial. Madrid.
- Bernal, C. (2013). La doctrina de la sustitución de la Corte Constitucional, en Henao, J.C., *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Universidad Externado de Colombia/Corte Constitucional de Colombia, Primera edición, Bogotá.
- Bernal, C. (2009). El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho. Escritos de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Universidad Externado, Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho No.7, Bogotá.
- Bernal, C. (2007). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?, en Revista Doxa No. 30, Universidad de Alicante, Área de Filosofía del Derecho, pp. 273-291.
- Bobbio, N. (2004). El Problema del Positivismo Jurídico, Editorial Fontamara, traducción de la primera edición de 1965 por Ernesto Garzón Valdez, México.
- Bonilla, D., Iturralde M. (2005). Hacia un nuevo derecho constitucional. Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho, págs. 1-17. Bogotá
- Calderón, J.J. (2011). La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia, Editorial Temis, Bogotá.

- Calderon, J.J. (2007). Constitucionalización del derecho comercial: Algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en *Revista Universitas* No 113, Universidad del Rosario, Bogotá, págs. 113-137.
- Calderon, J.J., López, N., Rincón, E. (2005). La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.
- Carbajal, M. (2009). El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente. Buenos Aires: Editorial Paídos.
- Carrillo, Y. (2009), Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. Lugar y límites de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales.
- Comanducci, P. (2013). El objeto "constitución" y su interpretación, en Henao, J.C., *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Universidad Externado de Colombia/Corte Constitucional de Colombia, Primera edición, Bogotá, pág 203.
- Comanducci, P. (2010). Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección El Derecho y Justicia, Madrid.
- Comanducci, P., Ahumada, M., Gonzalez, D. (2009). Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, No 16, Madrid.
- Dworkin, R. (2012). El imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica, Editorial Gedisa, Serie Filosofía/Derecho, Traducción de Claudia Ferrari, Segunda edición, Barcelona.
- Dworkin, R (2011). *Justice for Hedgehogs*. London: Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Barcelona: Editorial Paidós, Colección Estado y Sociedad, Traducción de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu.
- Dworkin, R. (1998). El dominio de la vida un discusión sobre el aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (1993). Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: Editorial Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Colección Pensamiento Contemporáneo No. 29 dirigida por Manuel Cruz, Traducción de Antoni Doménech, Introducción de Fernando Vallespín.
- Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Traducción de Marta Guastavino, 5a reimpresión 2002, Barcelona.
- Escudero, R.A. (2010). Guía para realistas analíticos, en Comanducci, P., Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección El Derecho y Justicia, Madrid.
- Fajardo, A. (2010). Implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia a través del Bloque de Constitucionalidad, Universidad Sergio Arboleda, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá.
- Faralli, C. (2007). La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos, Traductor Santiago Perea Latorre, Universidad Externado, Bogotá.
- Favoreau, L. (2000). Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Temas de derecho

- público No. 59, Universidad Externado de Colombia, Primera edición, Traducción del italiano (1996) por Magdalena Correa Henao, Bogotá.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo II Teoría de la democracia*, Editorial Gius. Laterza & Figli SpA, original en italiano 2007, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid.
- Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Editorial Trotta, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid.
- Franco, D. (2012). La función hermenéutica constituyente de la Corte Constitucional. Una mirada a la luz de la conformación jurídica de familia, en *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, Vol. 21 No. 2, págs. 407-429, Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho, Chía.
- Fuller, L. (1969). *Anatomía del Derecho*. Monte Avila Editores, Colección Perspectiva Actual, Versión castellana Luis Castro, Caracas.
- Gimeno, M.C. (2001). *Interpretación y Derecho. Análisis de la Obra de Riccardo Guastini*. Universidad Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No.21, Presentación de Alexei Julio Estrada, Bogotá.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(S)*, Editorial Trotta, Primera edición, México.
- Guerrero, F. (2012). *Píldoras para salvar la constitución de 1991. Excesos de la democracia procedimental y escasez en la representación argumentativa (I Parte)*. *Revista Iustitia No 10*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, Facultad de Derecho, Directora Denisse Herreño Castellano.
- Guerrero, F. (2010). *Responsabilidad del Estado Colombiano en el Marco del Derecho Fundamental al Territorio Ancestral y su Acceso a la Justicia Interamericana*. *Revista Iustitia No 8*, págs. 425-451. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, Facultad de Derecho, Directora Denisse Herreño Castellanos.
- Gorjón, M. (2009). Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Revista Iustitia No. 7* diciembre 2009, págs. 43-66. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, Facultad de Derecho, Directora Denisse Herreño Castellanos.
- Habermas, J.; Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*. México: Fondo de Cultura Económica, Fondo USA.
- Habermas, J. (2008). *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común*, Editorial Katz.
- Herrera, F. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. Bogotá: Universidad del Rosario, Centro editorial, Colección Textos Jurídicos.
- Hesse K. (2011). *Escritos de derecho constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hipócrates (2003). *Tratados hipocráticos. "Volumen VIII Natura Pueri"*. Naturaleza del hombre. Madrid: Editorial Gredos.
- Hoyos, I. (2005). *La Constitucionalización de falacias. Antecedentes de una Sentencia*. Editorial Temis, Bogotá.

- Kennedy, D. (1999). La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin". Siglo del hombre editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Primera edición, Bogotá.
- Latour, B. (2012). Nunca fuimos modernos. Ensayos de antropología simétrica. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno, Colección Sociología y Política, Traducción de Víctor Goldstein.
- López, A. (1983). Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia, Colección Fray Antón de Montesinos, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Primera edición, Edición Editorial Liberal 1945, Bogotá.
- López, D. (2003). Kelsen, Hart y Dworkin en Bogotá: condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho en Teoría jurídica. Reflexiones Críticas, Editorial Siglo del Hombre, Bogotá.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte IDH, en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derechos penal internacional, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional, Editorial Gisela Elsner, Montevideo.
- Mattei, U. (2007). Auge y caída del enfoque "Derecho y Economía", en Revista Precedente Anuario Jurídico No. 10, p. 121-15, Bogotá.
- Méndez, R. (Coord - 2008). Derecho internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera edición, México.
- Moreno, R. (2009). ¿Qué nombra la moral?: El modelo deliberativo de Carlos Santiago Nino como alternativa a la disputa metaética entre la moral sustantiva y la procedimental, en Revista de Filosofía, Derecho y Política No. 10.
- Nino, C. S. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Ordóñez, A. (2007). El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Orozco, C.A. (2012). El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México, Editorial Ibujus, 2a edición, México.
- Otto, I. (1998). Derecho Constitucional. Sistemas de fuentes. Editorial Ariel, Barcelona.
- Papacchini, A. (1990). Filosofía y Derechos Humanos. Universidad del Valle, Facultad de Humanidades, Serie Ciudad y Democracia, Cali.
- Prieto, L. (2009). Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Segunda edición, Madrid.
- Prieto, L. (1990). Estudios sobre derechos fundamentales. Editorial Debate, Madrid.
- Quinche, M.F. (2014). El control de convencionalidad, Editorial Temis, Bogotá.
- Rincón, A. (2012). Filosofía de los derechos en América Latina. Beuchot, Papacchini y Nino. Prólogo de Oscar Mejía Quintana. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Facultad de Filosofía, Maestría en Filosofía Latinoamericana, Colección Summa Cum Lade.
- Ramelli, A. (2010). La Corte Constitucional como intérprete del Derecho Internacional Humanitario (2002), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Rodríguez, J. (2002). Formalismo ético y constitucionalismo. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- Rojas M.; Linares J. (2013). Sociología y familia. Relaciones por construir. Bucaramanga: Ediciones Universidad Industrial de Santander, Grupo de Investigación en Población, Ambiente y Desarrollo G-PAD, Escuela de Trabajo Social.
- Schmitt, C. (1982). Teoría de la Constitución. Alianza Universidad Textos, traducción al español F. Ayala, Madrid.
- Suarez, W. (2011). Racionalización, racionalidad material y decisiones judiciales. *Revista Iustitia* No 9, págs. 243-261. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, Facultad de Derecho, Bucaramanga.
- Uprymni, R. (1992). La dialéctica de los derechos humanos en Colombia.
- Uprymni, R. (2007). Abierta pero no neutra: Constitución y Modelo Económico en Colombia, en Memorias del Conservatorio “Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico”, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá.
- Vives, T., Cuerda M. (2012). El debate acerca de la legalización del aborto. Editorial Tirant lo Blanch, México.
- Wheare, K. (1971). Las constituciones modernas. Editorial Labor S.A., Traducción de Fernando Morera y Angel Alandí, Barcelona.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General No. 28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, marzo del 2000.
- Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992.
- Constitución Política de Colombia de 1991
- Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, San José de Costa Rica
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la ONU, adoptada por la Asamblea General, según Resolución No.34/180, del 18 de diciembre de 1979, que entro en vigor el 3 de septiembre de 1981.
- Corte Constitucional, sentencia No. T-406 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano* (2004). Bogotá.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la ONU, Resolución 2200ª-XXI del 16 de diciembre de 1966 en New York, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.
- Protocolo de Derechos Económicos y Culturales, de San Salvador adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de junio de 2005
- Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU, sobre La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares de 1994.
- Sentencia Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.