

Documento publicado originalmente como: Undurraga, V. & Cook, R. “Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006”. En: *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Williams, S.H.ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009). Traducido para esta página web con el permiso de la casa editorial.

Incorporación Constitucional del Derecho Internacional y del Derecho Comparado de los Derechos Humanos:

La Sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia

por

Verónica Undurraga, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile

y

Rebecca Cook, Facultad de Derecho Universidad de Toronto<sup>1</sup>

## Introducción<sup>2</sup>

En el año 2006, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una ley que penalizaba el aborto en toda circunstancia.<sup>3</sup> Dicho tribunal resolvió que el aborto debía ser permitido por ley cuando:

- a) la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer
- b) existen serias malformaciones que hacen que el feto sea inviable

---

<sup>1</sup> Artículo publicado originalmente en inglés en, [Susan H. Williams](#) (Ed.). *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 215-247. Traducción del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>2</sup> Las autoras agradecen a Mónica Roa y Daniel Bonilla por sus muy pertinentes comentarios a este trabajo. Desgraciadamente, por el carácter introductorio de este texto fue imposible incorporar todos sus aportes, que ciertamente merecen un estudio y discusión más profundos.

<sup>3</sup> La sentencia C-355/2006 de 10 de mayo de 2006 y varios de los documentos presentados a la Corte, incluyendo los *amicus curiae*, están disponibles, algunos de ellos en inglés, en [www.womenslinkworldwide.org](http://www.womenslinkworldwide.org). También se encuentran disponibles en dicho sitio extractos en castellano e inglés de la referida sentencia, que tiene más de 600 páginas. Esta es la cuarta decisión de la Corte Constitucional de Colombia respecto de la legislación penal sobre el aborto desde que se promulgó la Constitución de 1991. En 1994, en fallo dividido, la Corte decretó que la ley entonces vigente que penalizaba sin excepciones el aborto era constitucional (Sentencia N° C-133/94). En 1997, la Corte declaró que el artículo 345 del Código Penal, que establecía penas atenuadas para las mujeres en casos en que el embarazo fue producto de un acceso carnal violento o abusivo, o de una inseminación artificial no consentida, era constitucional (Sentencia N° C-013/97). En el año 2001 el Tribunal decretó que el artículo 124 del Nuevo Código Penal, que permitía a los jueces eximir de sanción penal a las mujeres que estaban bajo “extraordinarias condiciones anormales de motivación”, era constitucional (Sentencia N° 647/01).

- c) el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado.

La Corte declaró que establecer la prohibición absoluta del aborto para proteger los intereses del feto violaría, en estos casos, los derechos fundamentales de la mujer, porque su penalización bajo dichas circunstancias impone una carga desproporcionada a la mujer para el ejercicio de sus derechos humanos, los cuales están protegidos por la Constitución Colombiana de 1991 (en adelante, también “CC”) y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este trabajo examina la forma en que la Corte protegió los derechos de las mujeres embarazadas en el contexto del aborto, mediante la incorporación a su examen de constitucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos (universal y regional), reconociéndole estatus constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. También describe el razonamiento de la Corte en relación al estatus del no nacido bajo el derecho internacional, la forma en que la Corte ponderó la protección que la Constitución exige dar al no nacido con los derechos de las mujeres y los usos que la Corte hizo del derecho y jurisprudencia comparados. El trabajo expone la forma en que la Corte expandió el significado de la dignidad de las mujeres mediante una interpretación constitucional iluminada por una lectura feminista de las fuentes internacionales de derechos humanos, y de este modo construyó las bases para proteger los derechos reproductivos de las mujeres de los países que son parte de los tratados referidos por la Corte.

El trabajo tiene cuatro partes. La Parte I describe los hechos del caso y la decisión de la Corte. La Parte II analiza el razonamiento de la Corte dividido en cinco secciones. La Sección A analiza la forma en que la Corte incorporó el derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional colombiano, apropiándose y adaptando a un nuevo escenario la doctrina de origen francés del “bloque de constitucionalidad.” La Sección B se refiere al análisis que la Corte hace del estatus de la vida no nacida en el derecho colombiano, en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos. La Sección C analiza la forma en que la Corte Constitucional de Colombia describe el estatus de la mujer bajo la Constitución colombiana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Sección D examina el uso que la Corte hace del principio de proporcionalidad como límite a la discrecionalidad que tiene el legislador para penalizar el aborto.<sup>4</sup>

La Parte III contiene algunas reflexiones sobre la posible influencia de esta sentencia en decisiones sobre la constitucionalidad del aborto en otros países de América Latina. La Parte IV explora el uso novedoso que la sentencia colombiana hace del derecho internacional y comparado y cómo sus aportes jurídicos pueden llegar a ser muy importante en la elaboración de argumentos contra la penalización de abortos en situaciones extremas en otros países de América Latina. Concluye haciendo notar el

---

<sup>4</sup> Siguiendo la estructura del fallo, podríamos haber agregado una Sección E que describiera la lectura que la Corte hizo de la jurisprudencia comparada en materia de aborto. Esta jurisprudencia se utilizó en la argumentación, permitiéndole a la Corte colombiana situarse dentro de la tendencia global de ponderar los derechos de la mujer y la protección del no nacido. Sin embargo, para evitar repeticiones, optamos por hacer referencias al uso de la jurisprudencia comparada cuando analizamos los argumentos desarrollados en las secciones A. a D.

desafío pendiente que tienen las y los teóricas/os feministas del derecho de construir una argumentación más sólida que sustente la incorporación del derecho internacional al derecho interno, como una forma de asegurar el reconocimiento de los derechos de las mujeres tanto en el ámbito interno como en el internacional.

## I. Estructura y Resumen del Fallo

### A. Los hechos

Un grupo de ciudadanas/os colombianas/os, en adelante, "las/os demandantes"<sup>5</sup>, presentó un recurso ante la Corte Constitucional<sup>6</sup> solicitándole declarar la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal colombiano (en adelante, también "CPC") que penalizaban el aborto. Estas disposiciones castigaban a la mujer embarazada que se practicara un aborto y a la persona que realizara un aborto consentido por la mujer, con penas de prisión de uno a tres años<sup>7</sup>, o de cuatro a diez años si el aborto era practicado a una mujer menor de catorce años.<sup>8</sup>

La ley permitía una reducción de la pena señalada para el delito de hasta  $\frac{3}{4}$  de la pena original, si el embarazo era el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o un acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia del óvulo fecundado no consentidas.<sup>9</sup> En caso de que el aborto se realizara en estas circunstancias y se llevara a cabo, además, "en extraordinarias condiciones anormales de motivación" se permitía al juez no aplicar la pena, si él o ella la consideraban innecesaria para el caso concreto<sup>10</sup>. Por último, la causal de estado de necesidad podía

---

<sup>5</sup> Las/os demandantes fueron Mónica Roa, Directora de Programas de Women's Link Worldwide y un grupo de estudiantes de la Universidad de los Andes, Colombia. La acción judicial fue parte de un proyecto de litigio de alto impacto desarrollado por Women's Link Worldwide en Colombia. Ver <http://www.womenslinkworldwide.org>. Ver también Mónica Roa, Litigio de alto impacto en Colombia, la inconstitucionalidad del aborto, en: Susana Checa (compiladora) Realidades y coyunturas del aborto. Entre el Derecho y la necesidad. Paidós, Buenos Aires, 2006.

<sup>6</sup> De acuerdo al artículo 242 de la CC, los ciudadanos tienen acceso a un proceso de control abstracto de constitucionalidad que no requiere probar que han sufrido un perjuicio concreto.

<sup>7</sup> El artículo 122 del CPC establece: "Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior."

<sup>8</sup> El artículo 123 del CPC establece: "Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años." Las penas establecidas para el aborto en los artículos 122 y 123 del CPC del año 2000 fueron aumentadas por una reforma efectuada al Código de Procedimiento que incrementó las penas para todos los crímenes (artículo 14 de la Ley 890 de 2004). Los demandantes y la Corte utilizaron el hecho de haberse realizado esta reforma como un argumento para resolver las alegaciones de cosa juzgada. Ver Sentencia C-355 de 2006, sección VI.4.

<sup>9</sup> El artículo 124 del CPC establece: "Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas."

<sup>10</sup> El artículo 124 PAR del CPC establece: "En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto."

ser invocada si el aborto era realizado “por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”<sup>11</sup>

Las/os demandantes afirmaron que los artículos y párrafos en cuestión violaban los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad<sup>12</sup>; el derecho a la vida<sup>13</sup>; el derecho a la integridad física<sup>14</sup>; el derecho a la igualdad y el derecho general a la libertad<sup>15</sup>; el derecho a la autonomía reproductiva<sup>16</sup>; y el derecho a la salud<sup>17</sup>. Los demandantes también sostuvieron que los artículos impugnados infringían varios tratados internacionales sobre derechos humanos, que forman parte del “bloque de constitucionalidad.”<sup>18</sup>

Más aún, las/los demandantes sostuvieron que las disposiciones del Código Penal que penalizaban el aborto eran inconstitucionales, porque limitaban de manera desproporcionada y no razonable los derechos y libertades de la mujer embarazada, aun cuando se tratara de una menor de menos de 14 años. En lo que respecta al estado de necesidad del artículo 32, las/los demandantes alegaron que imponía una carga desproporcionada para las mujeres quienes, para poder utilizar esta defensa, necesariamente tendría que recurrir primero a abortos clandestinos humillantes y potencialmente peligrosos.

## B. La Estructura del Fallo

---

<sup>11</sup> El artículo 32 n°7 del CPC establece: “Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando (...) 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”

<sup>12</sup> El artículo 1 de la CC establece: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

<sup>13</sup> El artículo 11 de la CC establece: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

<sup>14</sup> El artículo 12 de la CC establece: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penal crueles, inhumanos o degradantes.”

<sup>15</sup> El artículo 13 de la CC establece: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltrato que contra ellas se cometan.”

<sup>16</sup> El artículo 42 de la CC garantiza la protección constitucional de la familia. Esta disposición incluye la siguiente disposición: “La pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”

<sup>17</sup> El artículo 49 de la CC establece: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud ...”

<sup>18</sup> El artículo 93 de la CC establece: “Los trabajos y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

La sentencia se divide en siete capítulos. Los primeros cinco capítulos hacen una exposición de la demanda y de los artículos del Código Penal cuestionados, y ofrecen un largo resumen de los argumentos utilizados por los demandantes, el gobierno, la defensoría del pueblo y, literalmente, miles de terceros coadyuvantes, que incluyen organizaciones de mujeres, nacionales e internacionales, grupos pro-vida, iglesias y organizaciones médicas. El sexto capítulo elabora el razonamiento de la Corte. Por último, el séptimo capítulo contiene la decisión de la Corte.

### C. La decisión de la Corte

A continuación, resumiremos brevemente el razonamiento y la decisión de la Corte, que están contenidos en los capítulos VI y VII de la sentencia.

La Corte comenzó la revisión de la legislación impugnada haciendo algunas declaraciones generales sobre el estatus jurídico del aborto bajo la Constitución. En primer lugar, la Corte explicó que, de acuerdo con la Constitución y las disposiciones internacional sobre los derechos humanos incorporadas a la constitución, la vida del no nacido es un bien jurídico protegido por la Constitución y, como tal, no puede considerarse que la interrupción del embarazo sea únicamente un asunto privado de la mujer embarazada comprendido en la protección de su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

En segundo lugar, el legislador puede decidir, aunque no está obligado, proteger la vida no nacida penalizando conductas que atenten contra ella.

En tercer lugar, la Corte consideró la Constitución como una estructura unificada de valores, principios y derechos. En consecuencia, reconoció el principio de proporcionalidad, el que supone que no hay valores, principios o derechos absolutos. Todos deben ser armonizados y, en caso de conflicto, ningún derecho puede ser reconocido si esto significa el sacrificio total de otro.

En cuarto lugar, corresponde al legislador aplicar el principio de proporcionalidad para determinar los casos en que no es posible exigir que la mujer continúe con su embarazo, porque ello afectaría de manera desproporcionada a sus derechos. La Corte sólo actúa cuando considera que el legislador ha aprobado una ley claramente desproporcionada, que vulnere derechos fundamentales.

Aplicando estos principios, la Corte consideró que la penalización del aborto es desproporcionada cuando la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, cuando existen serias malformaciones que hacen que el feto sea inviable, y cuando el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial o implantación involuntaria de un óvulo fecundado.

De acuerdo a la Corte, incluso en las hipótesis legales que contemplan una pena reducida para el aborto en estos casos, la afectación de los derechos de la mujer es desproporcionada.

La Corte aplicó varios tratados internacionales de derechos humanos en los que Colombia es parte, incluyendo el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)<sup>19</sup> que protege el derecho a la vida, con la interpretación que le da la Observación General N°6 del Comité de Derechos Humanos<sup>20</sup>; el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que protege el acceso igualitario de las mujeres a la atención de salud<sup>21</sup>, según la interpretación dada en la Recomendación General N° 19 sobre la Violencia contra las Mujeres, del Comité de la CEDAW<sup>22</sup>, y el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), que protege el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>23</sup>, como se interpreta por la Observación General N° 14 del Comité de PDESC.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> El Artículo 6 del PDCP establece: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” El PDCP fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

<sup>20</sup> La Observación General N° 6: El derecho a la vida (artículo 6): 30/04/82, señala en uno de sus párrafos que “el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona humana’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.”

<sup>21</sup> El artículo 12 de la CEDAW establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.” La CEDAW fue ratificada por Colombia, el 19 de enero de 1982.

<sup>22</sup> La Recomendación General N°19 (11ª sesión), 2004, establece en lo concerniente al artículo 12 de la CEDAW lo siguiente: “El artículo 12 requiere que los Estados Partes adopten medidas que garanticen la igualdad en materia de servicios de salud. La violencia contra la mujer pone en peligro su salud y su vida.” También señala la necesidad de que “[l]os Estados Partes aseguren que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad (...) Los Estados Partes den a conocer en sus informes la amplitud de estos problemas e indiquen las medidas que hayan adoptado y sus resultados.”

<sup>23</sup> El artículo 12 del PDESC establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento de todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” El PDESC fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

<sup>24</sup> La Observación General N° 14 contiene obligaciones explícitas que los estados deben respetar, proteger y garantizar. Entre otras disposiciones, el párrafo 21 titulado “Mujeres y el Derecho a la Salud” establece: “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud,

La Corte llegó a la conclusión que estos artículos afirman el deber del Estado de proteger la vida y la salud (incluida la salud mental) y que la prohibición del aborto, cuando la vida o la salud de la mujer embarazada está en riesgo, puede equivaler a una violación de este deber.

La posibilidad de invocar la causal de estado de necesidad del artículo 32, N° 7, del Código Penal, no le quita el carácter desproporcionado a la penalización del aborto en estas circunstancias extremas. La Corte tuvo en consideración que el estado de necesidad no hace que el aborto en tales circunstancias sea jurídicamente una conducta lícita, como la Corte estimó que debería ser, sino que simplemente otorga una causal eximente de responsabilidad para la mujer que comete el hecho ilícito.<sup>25</sup> Al ser una eximente de responsabilidad, el estado de necesidad sólo se aplica a la mujer, dejando a el/la profesional que realiza o ayuda al aborto en situación de riesgo de una sanción profesional por participar en un hecho ilícito. El estado de necesidad reconoce que la mujer no puede ser obligada al sacrificio o al heroísmo, mediante su renuncia al aborto en circunstancias inusualmente difíciles.

Además, la Corte consideró que esta causal general de estado de necesidad no se adapta bien a la situación que vive la mujer embarazada en el caso del aborto, ya que para la mujer es excesivamente gravoso dar cumplimiento estricto a todos los requisitos de la causal: actuar en la necesidad de protegerse a sí misma o a un tercero de un peligro actual o inminente, imposible de ser evitado de otra manera y que no haya ella misma provocado, intencionalmente o por negligencia.

La Corte también abordó la situación de un feto no viable, que es un feto que, cuando nace vivo, no tiene ninguna posibilidad de supervivencia. La Corte señaló que, en tales casos, el interés en la preservación de la vida del que está por nacer disminuye, y que la exigencia a la mujer embarazada de continuar con su embarazo y experimentar el parto de un feto no viable equivale a un trato cruel y degradante.<sup>26</sup>

---

educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos eugenésicos.” E/C. 12/2000/4.

<sup>25</sup> Para una explicación de la diferencia entre causal de justificación y eximentes de responsabilidad en el derecho continental, ver George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 759-875 (1978). Las consecuencias de la distinción entre justificación y eximente de responsabilidad en el contexto de la regulación del aborto aparece claramente en la sentencia alemana sobre aborto del año 1993, que justifica los abortos solo en casos extremos. Los abortos realizados durante las 12 primeras semanas de embarazo que no califiquen en las indicaciones referidas a estos casos extremos no son jurídicamente lícitos, pero se aplica respecto de ellos la eximente de responsabilidad. Sentencia de 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE I (1975), y sentencia de 28 de mayo de 1993, 66 BVerfG, 203. Un resumen oficial en inglés de esta última sentencia puede ser encontrado en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528\\_2bvfoo0290en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/fs19930528_2bvfoo0290en.html) (última visita 11 de noviembre de 2007).

<sup>26</sup> Ver, por ejemplo, *K.L. v. Perú* CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). En un caso en que a una mujer peruana de 17 años se le negó el aborto legal de un feto anencefálico, el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas consideró que se habían violado sus derechos de estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes; su derecho a la intimidad; y la protección especial de los derechos del niño y la niña, y ordenó al gobierno peruano a la reparación del daño causado a K.L. y a aprobar las reglamentaciones necesarias para garantizar el aborto legal en esos casos. Ver también Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín. Autorización. Decisión Ac. 85.566 de 25 de julio de 2002, que puede consultarse en español en <http://www.scba.gov.ar/home.asp> (última visita 5 de

La Corte sostuvo que el artículo 122 del Código Penal que penaliza el aborto es constitucional sólo si el legislador legaliza el aborto en casos de riesgo para la vida o la salud de la mujer, cuando existan graves malformaciones que el feto sea inviable, y cuando el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado. El legislador podrá decidir sobre nuevos casos que merecen ser eximidos de pena. En consecuencia, el artículo 124, que establece las circunstancias atenuantes que permiten una reducción de la pena, también fue declarado inconstitucional.

La Corte decidió que la expresión "o en las mujeres menores de 14 años de edad" contenida en el artículo 123 del Código Penal era inconstitucional. El artículo 123 tipificaba como delito el aborto realizado en una niña menor de 14 años, incluso con su consentimiento y aun cuando el aborto fuera necesario para preservar la salud de la niña embarazada. La Corte dictaminó que esta disposición, aunque fue dictada para proteger a las mujeres jóvenes, era contraproducente e inconstitucional porque afectaba la dignidad, autonomía y derecho al libre desarrollo de la personalidad de la niña embarazada.

Además, la Corte consideró suficiente para estimar cumplidas las indicaciones del aborto legal que un médico certifique que hay un riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada o que el feto es inviable. En los casos de violación e incesto, la Corte señaló que la buena fe y la responsabilidad de la mujer embarazada se presumen y que todo lo que se necesita es que se exhiba al doctor una copia de la denuncia penal.<sup>27</sup> Asimismo, señaló que la objeción de conciencia a participar en un aborto se aplica a los individuos y no a las instituciones. Los/as profesionales que se opongan a participar en un aborto por motivos de conciencia están obligados/as a remitir a las mujeres embarazadas a profesionales que estén dispuestos/as a realizar la intervención. Por último, la Corte dictaminó que las normas de seguridad social o las regulaciones sanitarias relacionadas con el aborto no pueden imponer cargas desproporcionadas a los derechos de la mujer, ni crear barreras de acceso al aborto legal. En consecuencia, no

---

diciembre 2007), una decisión de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires que autorizó a un hospital a inducir el parto de la señora C.R.O., quien tenía un embarazo de treinta y dos semanas con feto anencefálico, una patología que consiste en la ausencia de una parte importante del cerebro. Sobre la base de una decisión de la Corte Suprema Argentina, T. S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 11 de enero de 2001, que puede consultarse en [http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp) (última visita 5 de diciembre de 2007), la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires argumentó que, en el caso de un feto con anencefalia, autorizar el adelanto del parto no implicaba un aborto, señalando que en el caso la muerte del feto no derivaba de una acción humana sino que de su patología. Posponer o adelantar el nacimiento no cambiaba la situación del feto: si la sra. C.R.O. hubiera dado a luz en la semana treinta el niño habría muerto y si hubiera dado a luz en la semana treinta y seis, el niño habría igualmente muerto. De acuerdo a la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, el hospital estaba autorizado para inducir el parto, porque de continuar la sra. C.R.O. con el embarazo, ella hubiera sufrido serios daños psicológicos. Para una explicación sobre el debate legal sobre anencefalia en Brasil, ver Debora Diniz, *Selective Abortion in Brazil: The Anencephaly Case*, 7(2) *Developing World Bioethics* 64-67 (2007).

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, pár. 10.1. En una decisión del año 1993 la Corte Constitucional emitió un orden prohibiendo la aplicación de regulaciones carcelarias que exigían a las mujeres privadas de libertad utilizar dispositivos intrauterinos o tomar anticonceptivos como condición para recibir visitas conyugales. La Corte falló que asumir que una mujer privada de libertad trataría de embarazarse para evitar cumplir con la pena constituía una violación del artículo 83 de la Constitución Colombiana, que exige a las autoridades públicas presumir la buena fe de las personas en todos los actos que realicen frente a ellas. Ver Corte Constitucional, Sentencia T-273 de 1993.



es necesario el consentimiento del cónyuge o de un tercero. En cuanto al aborto de las mujeres menores de 14 años, las normas técnicas recientemente dictadas requieren de la autorización de sus padres para el procedimiento, excepto cuando la urgencia del caso exige un aborto inmediato.<sup>28</sup> Los abortos legales son cubiertos por el sistema de seguridad social.<sup>29</sup>

## II. El razonamiento de la Corte

Esta parte desarrolla los cuatro principales fundamentos de la decisión de la Corte.

### A. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional de Colombia

La promulgación de la Constitución de 1991 marcó un hito en el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos en Colombia. El proceso constituyente colombiano formó parte de la corriente regional de “nuevo constitucionalismo” que tuvo lugar en América Latina en las décadas de los ochenta y noventa. Muchos países de la región vivían transiciones políticas a la democracia después de años de dictaduras. Otros, como Colombia, se embarcaron en nuevos procesos constituyentes con la participación de diferentes actores sociales y políticos.<sup>30</sup> Una de las características

---

<sup>28</sup> Ver el párrafo 6.3.3. de la Norma Técnica para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), Bogotá D.C., 2006 en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/page.php?mod=noticias&idfat=3&idsec=18>. Después de requerir el consentimiento parental para mujeres menores de 14 años, este párrafo agrega que “En todo caso se procurará conciliar el derecho de la paciente a la autodeterminación con la protección de la salud, sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.” La legalidad de este pasaje ambiguo de la regulación puede ser discutida ante el Consejo de Estado.

<sup>29</sup> Ver el Reglamento N°4905/2006 y anexos, del Ministerio de Protección Social colombiano en <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/page.php?mod=noticias&idfat=3&idsec=17> (en español). Este reglamento adopta la guía de la Organización Mundial de la Salud contenida en el documento “Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud” [En Línea] Ginebra, 2003 <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824\\_spa.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf)> y define los estándares de calidad para garantizar los derechos protegidos por la sentencia C-355/06. Entre otras disposiciones, ordena la capacitación de los proveedores de salud, que los abortos sean practicados dentro de un plazo de 5 días después de haber sido solicitados y exige que los proveedores de salud públicos y privados informen los procedimientos para mantener un registro estadístico y facilitar la supervisión del acceso y la calidad de los servicios.

<sup>30</sup> “El 4 de julio de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente expidió una nueva Constitución Política para Colombia. Ninguna reforma constitucional en la vida republicana de Colombia ha generado tantas expectativas y esperanzas como, en su momento, lo hizo el proceso constitucional de 1991. El aliento inicial de esta reforma lo constituyó el asesinato del líder liberal Luis Carlos Galán por sicarios del narcotráfico en agosto de 1989 y el posterior movimiento estudiantil (conocido como el “movimiento por la séptima papeleta”) que presionó al gobierno del presidente Virgilio Barco a expedir las medidas que permitieron la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (cita omitida). La asamblea estuvo compuesta por delegatarios que representaban los más diversos sectores sociales y políticos de Colombia: los trabajadores, los estudiantes, la clase política tradicional, los académicos, los indígenas (quienes, por primera vez, participaban en un proceso decisivo de estas dimensiones) y representantes del recién movilizado grupo guerrillero M-19.” Esteban Restrepo, *Reforma Constitucional y Progreso Social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia*. En: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2002, *el Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Ed. del

distintivas de las constituciones o reformas constitucionales latinoamericanas nacidas en este periodo es la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional interno.<sup>31</sup>

Esta voluntad general de someterse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos surgió debido a la incapacidad demostrada por las instituciones nacionales para prevenir o detener las violaciones masivas a los derechos humanos que fueron lideradas por agentes estatales en muchos países de América Latina en los años setenta y ochenta. El reconocimiento de los tratados de derechos humanos y de la jurisdicción internacional se presentaba como una prueba del compromiso de los nuevos gobiernos democráticos con los derechos de sus ciudadanos (derechos civiles y políticos, pero también sociales y económicos) y como un esfuerzo para mejorar su reputación como países miembros de la comunidad internacional.

En el contexto latinoamericano, el compromiso por los derechos humanos es quizás una característica más distintiva de los regímenes democráticos frente a las dictaduras, que el simple hecho de ser gobiernos representativos. Esto es especialmente válido dado el carácter elitista de la mayoría de los poderes legislativos en la región. Por esta razón, y aunque parezca paradójico, en el discurso político latinoamericano las disputas acerca del déficit democrático que se produciría al excluir a los derechos humanos y constitucionales del proceso de discusión política, es muchas veces considerada como una preocupación excesivamente teórica.<sup>32</sup>

Quienes luchan por los derechos de las mujeres, ven en esta incorporación una oportunidad atractiva. Ellas/os están haciendo un uso estratégico de las jurisdicciones internacionales y nacionales, aprovechando el mayor reconocimiento formal que los tratados de derechos humanos hacen a los derechos de las mujeres y utilizando los mecanismos de cumplimiento del derecho internacional, que en ocasiones resultan más efectivos que los nacionales cuando se trata de exigir la protección de los derechos de las mujeres.<sup>33</sup>

---

Puerto, año 2003, p. 73-89. Sin embargo, “[a] pesar de la ampliamente proclamada representatividad de la asamblea constituyente de 1991, las mujeres estaban subrepresentadas. Solo cuatro de los setenta y cuatro miembros eran mujeres. Pero las mujeres y las organizaciones que abogaban por sus causas trabajaron activamente también fuera de la asamblea. Participaron en mesas de trabajo oficiales organizadas regionalmente y por sector, para recolectar una propuesta de los/as ciudadanos/as para una reforma constitucional. Como resultado de estas actividades de cabildeo y lobby, obtuvieron el apoyo para una gran parte de su agenda, tanto de parte de los hombres como de las mujeres de la asamblea.” Martha I. Morgan, *Gender Jurisprudence under the Colombian Constitution*. En: Beverly Baines and Ruth Rubio-Marin (Eds). *The Gender of Constitutional Jurisprudence*. , Cambridge University Press, 2005, p. 75-98 p. 75. (traducción libre).

<sup>31</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 5.2 de la Constitución chilena; el artículo 75 N° 22 de la Constitución argentina; el artículo 4 de la Constitución nicaragüense; el artículo 5 de la Constitución brasileña; el artículo 17 de la Constitución ecuatoriana y el artículo 23 de la Constitución venezolana.

<sup>32</sup> Otro motivo importante para la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones de América Latina era el temor al resurgimiento de las fuerzas no democráticas. La suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos y el hecho de otorgarles rango constitucional aumenta la dificultad para que las fuerzas no democráticas se salgan de dichos tratados. Ver Mattias Kumm, *Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement*. En Sujit Choudhry (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge, 2006, pp. 256-293.

<sup>33</sup> Ver Ruth Rubio-Marín y Martha I. Morgan. *Constitutional Domestication of International Gender Norms: categorizations, illustrations and reflections from the nearside of the bridge*. En: Karen Knop (ed.). *Gender and Human Rights*. Oxford University Press, New York, 2004, p. 113-152.

La Constitución colombiana de 1991 se refiere explícitamente a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la legislación interna. El artículo 93 establece que

[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.<sup>34</sup>

Sin embargo, esta cláusula debe ser interpretada armónicamente con el artículo 4 de la Constitución, que establece, en forma aparentemente contradictoria, la supremacía jerárquica de la carta constitucional. El artículo 4 declara que “[l]a Constitución es una norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...).”

La Corte Constitucional colombiana ha resuelto esta aparente contradicción recurriendo a la doctrina y técnica de origen francés del “bloque de constitucionalidad.”<sup>35</sup> La doctrina del bloque de constitucionalidad nació en Francia a fines de la década del setenta<sup>36</sup> para aludir a todas las normas que son obligatorias para el legislador. El papel que cumple el bloque de constitucionalidad en Francia puede ser descrito como la expansión de la idea de la Constitución, desde una noción de texto formal a una equivalente a un tejido constitucional formado por el entrecruzamiento de diferentes fuentes. Estas fuentes incluirían la Constitución francesa de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y un número acotado de “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Todas estas diferentes fuentes jurídicas tienen la misma jerarquía constitucional. El derecho internacional nunca ha sido considerado parte del bloque de constitucionalidad francés.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Ver también el artículo 53 que establece que el derecho laboral debe tomar en cuenta los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados como parte de la legislación interna; el artículo 94, que establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos; y el artículo 214 que establece que durante los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales.

<sup>35</sup> “¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución? La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, par. 12.

<sup>36</sup> Luis Favoreau y Francisco Rubio Llorente, *El Bloque de la Constitucionalidad*. Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional, Civitas, Madrid 1991, pp. 17-19.

<sup>37</sup> A principio de la década de los años ochenta, el concepto de bloque de constitucionalidad empezó a ser usado por el Tribunal Constitucional de España, pero no un significado completamente distinto. En España, todos los derechos fundamentales están señalados en la Constitución formal, por lo que no tendría sentido tomar prestado el término francés “bloque de constitucionalidad” con su significado original. Sin embargo, España tiene una necesidad análoga de unificar su constitución con otras disposiciones en el área de delimitación de competencia entre España y sus territorios autónomos. Según

En Colombia, al igual que en otros países de América Latina, la doctrina del bloque de constitucionalidad se utiliza para incorporar al conjunto de normas constitucionales aquellas normas de derechos humanos y de derecho humanitario contenidas en los tratados internacionales. Desde el primer uso que se hizo de la doctrina en una sentencia del año 1995<sup>38</sup> hasta el presente, la Corte Constitucional ha afinado notablemente el contenido de la doctrina en el derecho colombiano.<sup>39</sup> En términos generales, de acuerdo a su significado actual, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia forman parte del bloque de constitucionalidad, con algunas sutiles variaciones. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no integra el bloque de constitucionalidad, pero es considerada una herramienta importante para la interpretación de los derechos.<sup>40</sup> Las recomendaciones y otros documentos no vinculantes emanados de los órganos de los tratados, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pueden ser también tomados en consideración para interpretar los derechos contenidos en la Constitución, pero tampoco integran el bloque de constitucionalidad.<sup>41</sup>

Como parte del bloque de constitucionalidad, los derechos humanos consagrados a nivel internacional constituyen un límite al ejercicio del poder de las autoridades nacionales y sirven de guía para el diseño e implementación de las políticas públicas, cumpliendo el mismo papel que las normas de la Constitución formal.

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte Constitucional colombiana ha dado un extraordinario dinamismo a la jurisprudencia constitucional de ese país. La incorporación de los principios de la CEDAW a la Constitución fue uno de los logros fundamentales que consiguieron las/os activistas por los derechos de las mujeres durante el proceso constitucional. En el derecho a la igualdad, por ejemplo, la Constitución colombiana asumió la doble estrategia contemplada en la CEDAW de prohibir por un lado la discriminación de la mujer y exigir, por otro, la adopción de medidas positivas especiales como una forma de asegurar la igualdad sustancial y no limitarse a la mera igualdad formal. Esta incorporación de los principios de la CEDAW a la Constitución ha promovido la

---

el significado asignado en España a este término, el derecho internacional tampoco forma parte del bloque de constitucionalidad.

<sup>38</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-225/95.

<sup>39</sup> Ver Alejandro Ramelli, Sistema de Fuentes del Derecho Constitucional Público y Bloque de Constitucionalidad en Colombia, Cuestiones Constitucionales N°11, julio-diciembre 2004, pp. 157-175, que se encuentra en <http://info.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard5.htm> (última visita 11 de noviembre de 2007). Ver también Rodrigo Uprimny, Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal, en Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano, Bogotá Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, pp. 25-72; y Rodrigo Uprimny; El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: "Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional", volumen del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, editor general Alejandro Valencia Villa, Nuevas Ediciones Ltda., Bogotá 2002, p. 100. Ambos artículos aparecen en [http://dejusticia.org/equipo/publicaciones.php?aut\\_id=8](http://dejusticia.org/equipo/publicaciones.php?aut_id=8).

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 del año 2006, p. 8.4.

<sup>41</sup> "[l]a jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad." Id.

jurisprudencia más progresista que existe en la región respecto de los derechos de las mujeres.<sup>42</sup>

Más aún, las víctimas de violaciones a los derechos humanos saben que pueden recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando no encuentran respuesta en sus propios sistemas judiciales. Tienen conciencia de que, eventualmente, su petición podría llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un proceso que los autores han asimilado a una especie de “recurso de amparo interamericano”<sup>43</sup> y obtener una sentencia cuyo cumplimiento es exigible en sus países. Esto podría contribuir a un proceso de homogeneización de la jurisprudencia constitucional latinoamericana relativa a derechos fundamentales.<sup>44</sup> La fertilización cruzada de ideas es un fenómeno creciente y decisiones como la de la Corte Constitucional de Colombia en materia de aborto están siendo cuidadosamente estudiadas y citadas en los procesos judiciales nacionales de otros países de América Latina<sup>45</sup>, así como por los órganos internacionales de monitoreo de los tratados de derechos humanos.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Rubio Marín and Morgan, supra nota 33, p. 120. Para un análisis de la Constitución de 1991 y una revisión de parte de la jurisprudencia en materia de género a que ha dado origen, ver Martha Morgan, *Emancipatory Equality-Gender Jurisprudence under the Colombian Constitution*, En: *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, supra note 30.

<sup>43</sup> Giancarlo Rolla, *La Concepción de los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo Latinoamericano*, ponencia desarrollada en el VIII Congreso nacional de derecho constitucional, Arequipa, 2005. Puede consultarse en español en <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf> página 13 (citando a autores como Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo* 45 ss (1992); Vicente Gimeno Sendra – L.L. José Galeni, *Los Procesos de Amparo* 237 ss (1994).

<sup>44</sup> Las denuncias presentadas ante otros órganos cuasi judiciales como el Comité de Derechos Humanos, o los acuerdos amistosos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pueden conducir a los mismos resultados. Respecto de las primeras, ver por ejemplo, *K.L con Perú CCRP/C/85/D/1153/2003* (2005). En noviembre de 2007 una denuncia similar fue acogida por la Comisión de Derechos Humanos en contra de Argentina por negar el aborto legal a una mujer joven a pesar de que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires había ordenado que se realizara el procedimiento. Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-95267-2007-11-26.html> Para una solución amistosa sin precedentes alcanzada con México en el caso de una niña de 13 años que fue violada y a la cual se le negó el aborto legal, ver el Informe N°21/07, petición 161/02 Solución Amistosa Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, 7 de marzo de 2007, disponible en español en <http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/Mexico161.02sp.htm> (última visita 3 de diciembre de 2007).

<sup>45</sup> Ver, por ejemplo, los documentos del proceso en que se impugna la constitucionalidad de la Ley N°603/2006 que eliminó del Código Penal de Nicaragua el artículo que permitía el aborto en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer y penalizó el aborto en toda circunstancia, en: [http://www.womenslinkworldwide.org/sp\\_proj\\_TA\\_Nicaragua.html](http://www.womenslinkworldwide.org/sp_proj_TA_Nicaragua.html) (última visita 11 de noviembre de 2007); Erdman, J.N. & R.J. Cook, *Amici Curiae Submission to the Supreme Court of Justice of Nicaragua regarding the Interpretation of Article 4(1) of the American Convention on Human Rights Compatible with the Human Rights of Women*, Marzo 29, 2007, 19 pp, presentado en inglés y español; publicación pendiente en línea en [http://www.law.toronto.ca/visitors\\_content.asp?itemPath=5/12/12/0/0/&contentId=1643](http://www.law.toronto.ca/visitors_content.asp?itemPath=5/12/12/0/0/&contentId=1643) Ver también los documentos que se presentaron en el proceso de impugnación a la ley que liberalizó el aborto en el Distrito Federal de México, *Acción de Inconstitucionalidad 146/2007*. Por último, ver Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, R.L.M., 31/07/2006 (agosto) en que los jueces de la mayoría citaron la decisión C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia y las recomendaciones hechas a Argentina por el Comité de Derechos Humanos sobre acceso al aborto legal.

<sup>46</sup> Ver por ejemplo, las Observaciones Finales del Comité Cedaw al Informe presentado por Colombia en CEDAW/C/COL/CO/6 (2007).

Sin embargo, estos procesos de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos han dado surgimiento a cuestiones teóricas y prácticas difíciles de resolver, que no han sido adecuadamente abordadas en América Latina.<sup>47</sup>

El primer problema se refiere al estatus y jerarquía que se le da al derecho internacional de los derechos humanos cuando se le incorpora al derecho constitucional de los países. La Corte colombiana ubica los tratados de derechos humanos en el mismo rango jerárquico que las normas constitucionales. La metáfora del bloque de constitucionalidad es elocuente en este significado de asimilación. La doctrina del bloque de constitucionalidad no encaja en el esquema tradicional que comprende la aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales como un proceso vertical de cumplimiento o exigibilidad de la legislación internacional vinculante.<sup>48</sup> Bajo la doctrina del bloque de constitucionalidad, las normas nacionales e internacionales se funden en sus interpretaciones, sin que ninguna de ellas mantenga su sentido original después de la fusión. Existe una influencia horizontal mutua entre lo internacional y lo local, un proceso de “traducción” que opera en ambas direcciones.

Tanto el potencial creativo como la incertidumbre asociados a la doctrina del bloque de constitucionalidad, en la forma en que ésta es aplicada por la Corte colombiana, son enormes.<sup>49</sup> Se trata de un arma de doble filo. Por una parte, esta relación altamente interactiva entre las normas nacionales e internacionales puede crear un espacio que permita una aplicación del derecho internacional que sea más respetuosa de la cultura y el contexto local.<sup>50</sup> Por otra parte, la aplicación de la doctrina del bloque de constitucionalidad no proporciona los mecanismos que impidan interpretaciones de derecho internacional que son insostenibles, como sucedió, por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Costa Rica interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, también CADH) como protegiendo al no nacido desde

---

<sup>47</sup> Ver Mattias Kumm, *supra* nota 32, p. 256-257 “Uno de las preguntas más apremiantes del derecho constitucional contemporáneo es cómo pensar la relación entre la constitución nacional y el derecho internacional.” (Traducción libre).

<sup>48</sup> “El modelo tradicional del derecho internacional en los tribunales nacionales facilita esta comprensión porque supone una norma vinculante que se aplica tal como está concebida. Una vez que se establece que la norma internacional vincula al juez nacional, éste/a no tiene discrecionalidad para determinar sus modos de aplicación.” Karen Knop, *Here and There: International Law in Domestic Courts*, 32 N.Y.U.J. Int’l L.&Policy 503 (2000). (Traducción libre) “Las condiciones de este esquema tradicional no están presentes en el derecho internacional de los derechos humanos. Este campo difiere de la concepción tradicional del derecho internacional en que no está circunscrito al campo de los asuntos exteriores, en que está menos ligado al consentimiento de los Estados y en que ha fortalecido sus mecanismos vinculantes de adjudicación y ejecución de decisiones.” Ver Mattias Kumm, *supra* nota 32, p. 256. (Traducción libre).

<sup>49</sup> La utilización del derecho internacional para determinar la constitucionalidad de una ley de aborto no es solo una instancia de aplicación del derecho internacional. Es también un momento de definición del contenido del derecho internacional, porque de acuerdo con el artículo 38.1(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia nacional es una fuente secundaria del derecho internacional. Knop escribe: “Si la aplicación del derecho internacional por un tribunal nacional inicia un diálogo, real o imaginario con otras cortes nacionales, también inicia un diálogo con el derecho internacional en su conjunto. Como las decisiones nacionales son una fuente secundaria de derecho internacional, la multiplicación de sus sentidos hace más complejo el sentido del derecho internacional en general.” Karen Knop, *supra* nota 48, p. 533. (Traducción libre).

<sup>50</sup> “Debemos valorar el hibridaje de decisiones judiciales nacionales como una fuente de alterativas que ayuden a otros tribunales a particularizar el derecho internacional en formas que a éstos les hagan sentido.” Karen Knop, *íd.* (Traducción libre).

el momento de la concepción y declaró inconstitucional el decreto que regulaba las técnicas de fertilización in vitro.<sup>51</sup>

El problema surge cuando un artículo de la constitución se contradice con una norma de un tratado de derechos humanos y no hay armonización posible que permita resolver esta incompatibilidad. En ese caso, darle prioridad al tratado podría ser visto como la creación de un procedimiento alternativo de reforma constitucional, no contemplado al momento de aprobarse la Constitución.<sup>52</sup> Pero darle prioridad a la Constitución puede no ser una opción segura tampoco. Si prevalece la Constitución, el Estado puede estar incumpliendo obligaciones que ha adquirido en virtud de la firma de tratados e incurriendo en responsabilidad internacional. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>53</sup> establece que un Estado Parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado. Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose en el artículo 2 de la CADH<sup>54</sup> ha fallado que los Estados Partes están obligados a suprimir las normas y prácticas de cualquier tipo que involucren la violación de las garantías establecidas en la Convención, y adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.<sup>55</sup> Esta obligación también es aplicable respecto de las normas constitucionales.<sup>56</sup>

Además, no es solo la interpretación combinada de fuentes locales e internacionales lo que crea incertidumbre. Rubio Marín y Morgan nos advierten también que “cuando hay varios derechos fundamentales en tensión y diferentes instrumentos de derechos humanos, apelar a los derechos humanos para complementar los derechos constitucionales no predeterminará el resultado, pues el tribunal tiene libertad para escoger el instrumento en que se basará para interpretar las normas constitucionales pertinentes.”<sup>57</sup>

Otro problema con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos es que intensifica la tensión contramayoritaria que el reconocimiento de derechos constitucionales ya genera en los regímenes democráticos. En la realidad latinoamericana caracterizada por instituciones democráticas débiles, el derecho

---

<sup>51</sup> Sentencia 02306, expediente 95-01734, 15 de marzo de 2000. Una denuncia contra el Estado de Costa Rica por la dictación de esta sentencia fue declarada admisible por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ver, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros v. Costa Rica, Caso 12.361, Informe N°25/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc.5 rev. 1 en 201 (2004).

<sup>52</sup> Por esta razón la Corte Constitucional de Guatemala determinó que el artículo 46 de la Constitución de Guatemala le da los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a la legislación ordinaria, pero infraconstitucional. Ver Sentencia de 19 de octubre de 1990 (Expediente 18-90, Gaceta N°18).

<sup>53</sup> Artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

<sup>54</sup> Artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

<sup>55</sup> Ver Opinión consultiva =C-18/03, del 17 de septiembre de 2003 y los casos ahí citados.

<sup>56</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros). C. N° 73, pár. 87, del 5 de febrero de 2001, donde la Corte falló que el Estado de Chile incumplió con esta obligación de adaptar su legislación interna a las normas internacionales y hacer efectivos los derechos como lo establecen los artículos 2 y 1(1) de la CADH, al mantener en el artículo 19 N° 12 de la Constitución normas que permitían la censura cinematográfica.

<sup>57</sup> Ruth Rubio Marín y Martha I. Morgan, *supra* nota 33, p. 143. (Traducción libre).

internacional de los derechos humanos ha cumplido un papel fundamental en la creación de las condiciones necesarias para mejorar las democracias y permitir la inclusión de grupos vulnerables en la comunidad política.<sup>58</sup> Sin embargo, este reconocimiento de carácter empírico no debe hacernos olvidar que la constitucionalización también tiene el potencial de disminuir la importancia de la deliberación legislativa y de confiar decisiones políticas importantes a jueces no elegidos representativamente.<sup>59</sup>

Aun cuando la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ámbito interno es una característica distintiva del nuevo constitucionalismo latinoamericano, sus fundamentos teóricos requieren de mayor desarrollo. La doctrina del bloque de constitucionalidad todavía es, como dijo un autor español, no tanto el nombre de una categoría conceptual clara, sino el enunciado de un problema complejo.<sup>60</sup>

#### B. El estatus de la vida prenatal en la Constitución colombiana y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ésta

La Corte Constitucional colombiana determinó la condición jurídica de la vida prenatal en la Constitución. Basándose en el preámbulo<sup>61</sup> y los artículos 2<sup>62</sup> y 11<sup>63</sup> de la Constitución, entre otros, la Corte concluyó que la vida es uno de los valores básicos del derecho constitucional colombiano y que el estado está obligado a protegerla.

La Corte colombiana tomó prestados muchos de los argumentos de las sentencias constitucionales alemanas<sup>64</sup> y española<sup>65</sup> sobre aborto. Tal como lo hicieron los tribunales constitucionales de Alemania y España respecto de sus propias constituciones, la Corte Colombiana dijo que la vida bajo la Constitución de Colombia tiene dos facetas. Por una parte, es la fuente de un derecho subjetivo a la vida de

---

<sup>58</sup> Esto se ha reflejado en la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional colombiana respecto de minorías étnicas y sexuales. Ver, por ejemplo, la sentencia C-075/2007 que extiende la aplicación de la ley de convivencia doméstica a parejas del mismo sexo.

<sup>59</sup> Ver Mariano Fernández-Valle. La supremacía internacional y la construcción justa de soberanía política: ¿hacia dónde vamos? En: Seminario Internacional Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Contextos de Conflicto Armado Interno (2007, Lima, Perú), 155-170.

<sup>60</sup> Francisco Rubio Llorrente, Ponencia Española. En Louis Favoreau y Francisco Rubio Llorrente, supra nota 36, p. 109.

<sup>61</sup> El Preámbulo de la CC establece: “El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.”

<sup>62</sup> El artículo 2 de la CC establece: “... Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

<sup>63</sup> El artículo 11 de la CC establece: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

<sup>64</sup> Sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE I (1975) y sentencia del 28 de mayo de 1993, 88 BVerfG 203, supra nota 25.

<sup>65</sup> Sentencia del 11 de abril de 1985, N°53/85.



titulares individuales. Por otra parte, es la fuente de un deber objetivo de proteger la vida que no necesariamente depende de la existencia de un sujeto titular.<sup>66</sup>

Para entender el alcance del deber del Estado de proteger la vida en estos dos sentidos, como valor y como derecho individual, es importante recordar que el derecho colombiano pertenece a la tradición continental o europea. Bajo esta tradición, el sistema jurídico es una unidad de principios y normas, todas basadas en un conjunto de valores fundamentales que emanan del texto y espíritu de la Constitución. En consecuencia, la interpretación constitucional enfatiza los métodos teleológico y sistemático que apuntan a la armonización de todos sus componentes, incluyendo derechos de libertad y derechos prestacionales, así como otros valores constitucionales.<sup>67</sup>

La Corte deja claro que solo las personas nacidas pueden ser titulares del derecho subjetivo a la vida. La vida del no nacido, sin embargo, es un valor objetivo que como tal está bajo la protección del Estado.<sup>68</sup>

La Corte también manifestó que el deber del Estado de proteger la vida no sólo implica otorgar cuidados a la mujer embarazada<sup>69</sup>, sino también promulgar leyes que prohíban al Estado y terceras personas intervenir en el desarrollo de la vida prenatal. Dentro de los límites constitucionales, le corresponde al legislador decidir respecto de las medidas que el Estado debe implementar para cumplir en forma efectiva con este deber. Excepcionalmente, estas medidas pueden incluir el uso del derecho penal, cuando no existe otra alternativa para otorgar una protección adecuada a la vida no nacida.<sup>70</sup> Sin embargo, el legislador debe tomar en cuenta que la intensidad de la protección legal de la vida debe variar de acuerdo a sus etapas y que la vida prenatal tiene un grado de protección menor que la vida nacida.<sup>71</sup>

Al igual que los tribunales alemán y español, la Corte colombiana consideró que la vida no nacida tiene estatus constitucional. El Tribunal Constitucional alemán no se pronunció sobre si el feto tiene un derecho subjetivo a la vida. Esta omisión no afectó la decisión final, porque el tribunal alemán no establece diferencias en los niveles de protección constitucional dependiendo de si aquello que se protege se califica como derecho subjetivo individual o como valor objetivo. Para el Tribunal Constitucional Alemán, el desarrollo fetal es un proceso unitario que no admite hacer distinciones entre las etapas individuales de la vida que se está desarrollando, ni entre la vida prenatal y postnatal. En España y Colombia, por otra parte, los tribunales fueron explícitos en señalar que el no nacido no tiene derecho subjetivo a la vida, pero que las disposiciones

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, par. 5.

<sup>67</sup> Es importante hacer notar, de todas formas, que el derecho constitucional colombiano actual está profundamente influido por la jurisprudencia constitucional estadounidense, constituyendo un caso interesante de “fertilización cruzada” entre ambas tradiciones. Le agradecemos a Daniel Bonilla haber llamado nuestra atención en este punto.

<sup>68</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, par. 5.

<sup>69</sup> El artículo 43 de la CC establece: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

<sup>70</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, par. 5

<sup>71</sup> Id.

sobre la vida contenida en sus constituciones suponían una protección a la vida no nacida como un valor objetivo. Sin embargo, existe una sutil diferencia entre las aproximaciones del Tribunal Constitucional español y la Corte colombiana. Solo esta última concluye explícitamente partir de la distinción subjetivo/objetivo, que la vida no nacida tiene un nivel de protección más débil que la vida de una persona nacida. En España esta conclusión se deduce implícitamente.

El estatus del no nacido en estos tres países es radicalmente distinto al que tiene en Estados Unidos. La Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que la protección de la vida no nacida no es requerida constitucionalmente, porque el no nacido no es titular de derechos constitucionales.<sup>72</sup> Esta conclusión es coherente con una concepción del derecho constitucional que sólo acepta los derechos constitucionales subjetivos como fuente de los deberes de protección del Estado. La Corte Suprema de Estados Unidos reconoció que el Estado puede tener un interés legítimo en proteger la vida prenatal.<sup>73</sup> Las restricciones que se aplican al aborto para proteger la vida del no nacido serán aceptadas si no vulneran indebidamente los derechos de la mujer embarazada.<sup>74</sup> Sin embargo, la Corte Suprema no puede *exigir* que el Estado proteja la vida prenatal como un mandato constitucional, ni siquiera después de que ésta sea viable.

Aunque el acceso al aborto legal es más amplio en Alemania que en Colombia, el diferente nivel de protección que la Corte Colombiana garantiza a la vida prenatal y postnatal deja a la sentencia colombiana, desde el punto de vista ideológico, en un terreno intermedio entre los extremos que representan la regulación constitucional del aborto en Estados Unidos y Alemania.

La Corte colombiana también analizó el estatus de la vida prenatal bajo el derecho internacional de los derechos humanos, y dictaminó que ni el artículo 6 del PDCP<sup>75</sup> ni el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>76</sup> contemplan al no nacido como titular del derecho a la vida.

Respecto del artículo 4.1 de la CADH que establece “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, la Corte falló que el artículo no implicaba un deber absoluto o incondicional de proteger la vida del feto.<sup>77</sup>

La Corte afirmó que las normas constitucionales y de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad deben ser interpretadas de manera contextualizada y armónica. Esa interpretación exige ponderar el valor de la vida no nacida con otros derechos, principios y valores contenidos en la Constitución de 1991 y

---

<sup>72</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>75</sup> El artículo 6.1 del PDCP establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

<sup>76</sup> El artículo 1 de la CDN establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

<sup>77</sup> Curiosamente, la Corte no cita el caso “Baby Boy”, decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llegó a la misma conclusión. Resolución 23/81, Caso 2141 (Estados Unidos), Marzo, 1981.

en los tratados de derechos humanos. De acuerdo a la Corte, esa ponderación exige identificar y sopesar los derechos de la mujer embarazada que entran en conflicto con el deber de protección de la vida no nacida.<sup>78</sup>

C. La situación de los derechos de la mujer en la Constitución Colombiana y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ésta

La Corte fue elocuente al referirse a la situación de los derechos de las mujeres bajo la Constitución Colombiana, haciendo ver el mandato constitucional expreso de lograr una igualdad sustantiva de género y la exigencia de tomar en consideración las necesidades específicas de las mujeres.<sup>79</sup>

La Corte consideró que el reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres se infiere de la protección de otros derechos contenidos en los tratados internacionales, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la igualdad, el derecho a no sufrir discriminación, el derecho a la libertad, a la integridad física, y el derecho a vivir libre de violencia. Uno de los aspectos más destacables de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia es la forma en que desarrolló una perspectiva de género para el análisis de los contenidos que tienen estos derechos para las mujeres en el contexto de su vida sexual y reproductiva.

La Corte fundamentó la protección de los derechos reproductivos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PDCP, el PDESC, la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Asimismo, se refirió a la interpretación que los órganos internacionales hacen de estos derechos al aplicarlos a las mujeres, y a las recomendaciones que estos órganos hacen a los Estados Partes. La Corte se basó en las Conferencias Mundiales sobre la Mujer de las Naciones Unidas diciendo que “proveen un marco esencial para la interpretación de los derechos contenidos en los tratados internacionales”<sup>80</sup>, y revisó el avance en materia de derechos de la mujer a partir de la Conferencia de Teherán en 1968 y hasta la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1995.

La Corte concluyó que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos y, como tales, han pasado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los estados democráticos.”<sup>81</sup> Además, la Corte señaló que:

---

<sup>78</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, par. 6.

<sup>79</sup> “En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna. (...) Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, par. 7.

<sup>80</sup> Id.

<sup>81</sup> Id.

[los] derechos sexuales y reproductivos (...) parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.<sup>82</sup>

La Corte explicó que los derechos de las mujeres limitan el poder del legislador para penalizar el aborto. La protección de la vida prenatal debe ser equilibrada con el deber del Estado de velar por la dignidad de las mujeres embarazadas, su autonomía y su derecho a la vida, a la salud y la integridad personal.

Considerando el tono expresivo y declaratorio que la Corte utilizó para referirse a la igualdad de la mujer bajo la Constitución, y la oportunidad que la Corte tuvo para aplicar su propia jurisprudencia sobre la igualdad de género<sup>83</sup>, y la CEDAW (en especial los artículos 5 sobre estereotipos y 12 sobre salud), es curioso que en esta sentencia sobre el aborto no invocara el deber del Estado de eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres o la igualdad de trato para los subgrupos de mujeres. No parece haber explicaciones claras para esta omisión de la Corte, que no sean la incapacidad de discernir el sesgo de género en su prohibición penal del aborto y para formular un adecuado análisis en torno a la igualdad, o bien el insuficiente apoyo por parte de la mayoría de la Corte a un razonamiento de esta naturaleza.

Si la Corte Constitucional de Colombia hubiera dictaminado explícitamente que el derecho de las mujeres a ser libres de todas las formas de discriminación requiere que el gobierno liberalice su regulación sobre aborto, la parte de su sentencia referida a derechos reproductivos habría tenido mayor peso. Esto hubiera requerido un examen de cómo las causas de inequidad en el sistema de atención de salud, en las leyes y políticas públicas son parte del problema. El desarrollo de un argumento basado en la igualdad como parte de su decisión habría sido una manera importante de reconocer que la reforma de las leyes sobre el aborto es necesaria no sólo para mejorar la salud de las mujeres, sino también para transformar el carácter patriarcal de la legislación colombiana sobre el aborto y alcanzar una igualdad sustantiva para las mujeres.<sup>84</sup>

En primer lugar, la Corte perdió una oportunidad de explicar que hacer caso omiso de las altas tasas de abortos realizados en malas condiciones, obligar a las mujeres a someterse a tratos indignos en búsqueda de alternativas para abortar y desconocer la autonomía de las mujeres son todas formas de discriminación que el gobierno tiene la obligación de eliminar de acuerdo a la Constitución y en virtud de sus compromisos de dar cumplimiento a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. La Recomendación General 24 de la CEDAW, elaborada por el Comité para la Eliminación

---

<sup>82</sup> Id.

<sup>83</sup> Morgan, *supra* nota 30.

<sup>84</sup> Ver, en general, Reva Siegel, Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection, 44 Stan. L. Rev. 261 (1992); Reva Siegel, Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression, Emory Law Journal 56: 815-842 (2007); Rebecca Cook & Susannah Howard, Accommodating Women's differences under the Women's Antidiscrimination Convention, Emory Law Journal 56: 1039-1091 (2007); Catherine Mackinnon "Reflections on Sex Equality Under Law" Yale Law Journal 1281 (1991): 100. Ver también *Morgentaler v. Queen* [1988] 44 D.L.R. 419, 491 (con voto concurrente de jueza Wilson).

de la Discriminación contra la Mujer, que desarrolla el contenido y sentido del artículo 12, alude a esta situación en forma muy específica.<sup>85</sup> Si la Corte hubiera incluido ese argumento en su sentencia habría iniciado el camino que lleva a demostrar cómo normas permisivas sobre aborto son necesarias para alcanzar la igualdad sustantiva para las mujeres.

En segundo lugar, una legislación restrictiva sobre el aborto obliga a las mujeres a ejercer la maternidad, lo que refleja un estereotipo generalizado y persistente respecto a las tareas que se consideran propias de las mujeres y vulnera el derecho de la mujer a la autonomía, en términos que los hombres nunca experimentan.<sup>86</sup> Una sentencia de la Corte Constitucional que hubiera sometido a escrutinio la refrenda legal de estos estereotipos habría hecho presente los perjuicios que ese tipo de normas causan a las mujeres en toda América Latina. La Corte habría fortalecido su jurisprudencia sobre igualdad si hubiera explicado que circunscribir el rol de las mujeres a la crianza y labores de servicios es una forma de discriminación que los gobiernos están obligados a remediar.<sup>87</sup>

En tercer lugar, la regulación restrictiva en materia de aborto afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres, jóvenes, habitantes de zonas rurales, a las indígenas, y a aquellas en situación de desplazamiento forzado.<sup>88</sup> La aplicación selectiva y el impacto dispar de las leyes penales sobre el aborto afectan los principios de universalidad de la ley y la igualdad de trato, a la vez que reproduce las desigualdades sociales.<sup>89</sup> La sentencia de la Corte podría haber sido más potente si hubiera declarado que mediante una reforma a las leyes penales sobre el aborto, el Estado daría cumplimiento a su deber de eliminar todas las formas de discriminación.

#### D. Cómo el principio de proporcionalidad limita el poder del legislativo de penalizar el aborto

La Corte Constitucional de Colombia otorga gran importancia a la aplicación del principio de proporcionalidad en sus decisiones. Este principio es comúnmente aplicado

---

<sup>85</sup> Comité Cedaw, Recomendación General N°24: Mujeres y Salud, U.N. Doc. A/75/38 Rev. 1 (1999), para. 14.

<sup>86</sup> Id.

<sup>87</sup> La Corte pudo haber construido un argumento a partir del artículo 5 de la CEDAW que obliga a los gobiernos a “[m]odificar 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 basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

<sup>88</sup> Ver, en general, Bárbara Crane et al., *Abortion, Social Inequity and Women’s Health*, 94 *Int’l J. of Gyn. And Obstet.* 310-316 (2006). Ver también: *The Center for Reproductive Law and Policy y The Open Forum on Reproductive Health and Rights. Women behind Bars: Chile’s Abortion Laws*, A Human Rights Analysis, en: [http://www.reproductiverights.org/pdf/wbb\\_part1.pdf](http://www.reproductiverights.org/pdf/wbb_part1.pdf) ; *The Center for Reproductive Law and Policy. Persecuted Political Process and Abortion Legislation in El Salvador: A Human Rights Analysis*, en: <http://www.reproductiverights.org/pdf/persecuted1.pdf>

<sup>89</sup> Sobre el desarrollo de un argumento pragmático de igualdad a favor de la legalización del aborto, ver Mark A. Graber. *Rethinking Abortion: Equal Choice, The Constitution and Reproductive Politics*. Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

en otros países de América Latina y de Europa.<sup>90</sup> El principio exige que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales cumpla con los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta. Las intervenciones del Estado son adecuadas cuando son apropiadas para el logro de un objetivo constitucionalmente legítimo. Son necesarias cuando constituyen la alternativa menos restrictiva de los derechos que haga posible alcanzar el objetivo perseguido, y son proporcionales cuando el beneficio obtenido por la intervención del Estado compense el sacrificio impuesto a los derechos fundamentales afectados.<sup>91</sup>

En este fallo, la Corte aplicó el principio de proporcionalidad a la penalización del aborto. El Tribunal siguió sus propios precedentes en la aplicación del principio:

Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (...) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de *última ratio*. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias.<sup>92</sup>

La Corte consideró que la dignidad y autonomía de las mujeres, así como su derecho a la vida, la salud e integridad personal, resultaban desproporcionadamente afectados por las normas penales sobre aborto de Colombia. Algunas de las observaciones de la Corte merecen atención, puesto que reflejan una comprensión profunda del contenido de estos derechos, en su aplicación a la vida y experiencias de las mujeres y las niñas.

La dignidad es uno de los principios fundacionales del derecho constitucional colombiano. La Corte explicó su significado:

[L]as normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana – el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no

---

<sup>90</sup> Para una explicación sobre el análisis de la proporcionalidad, ver Lorraine E. Weinrib, *The Postrar paradigm and American exceptionalism*, en: *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudhry, ed.), supra, nota 32, pp. 93-98.

<sup>91</sup> Carlos Bernal, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 67.

<sup>92</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-370/2002.

patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (...).<sup>93</sup>

Aplicando este principio fundacional de dignidad humana, la Corte explicó:

(...) en tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.<sup>94</sup>

La autonomía de las mujeres, entendida como el derecho al libre desarrollo de la persona, requiere que los tribunales consideren la maternidad como una opción respecto de la cual la mujer puede decidir libremente.<sup>95</sup> Una prohibición total del aborto no respeta la dignidad de la mujer y la reduce a ser un mero recipiente del desarrollo de la vida, privándola de sus derechos e intereses constitucionales relevantes.<sup>96</sup>

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continua o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por lo tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.<sup>97</sup>

La Corte consideró que penalizar el aborto cuando el embarazo es resultado de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado, incluso con una pena reducida, es inconstitucional porque hace caso omiso de la dignidad y autonomía de la mujer embarazada. La ley no puede imponer estándares de conducta perfeccionistas o exigir comportamientos heroicos.<sup>98</sup> En el mismo sentido, una mujer no puede ser obligada a soportar sacrificios inusuales y renunciar a su derecho a la salud física y mental y a la integridad personal en aras de proteger la vida fetal. La Corte también dictaminó que obligar a una mujer a continuar un embarazo y dar a luz a un feto no viable es una carga excesiva, que importa un trato cruel, inhumano y degradante, y que afecta su bienestar moral y su derecho a la dignidad.<sup>99</sup>

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 par. 8.1.

<sup>94</sup> Id.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 par. 8.2.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 par. 10.1.

<sup>97</sup> Id.

<sup>98</sup> Id.

<sup>99</sup> Id.

En su examen del artículo 123 del Código Penal, que tipificaba como delito todos los abortos practicados en niñas menores de 14 años de edad, la Corte llegó a la conclusión que la disposición era desproporcionada e inconstitucional, ya que anulaba los derechos fundamentales de la menor embarazada al libre desarrollo de su personalidad, autonomía progresiva y dignidad, y era inadecuada para lograr los objetivos de protección declarados.

La Corte Colombiana ha tomado como referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad en el contexto del aborto a los Tribunales Constitucionales Alemán y Español. Sin embargo, hay un matiz diferenciador en el uso que hace la Corte Colombiana del argumento de la proporcionalidad, frente al de sus homólogos europeos. El enérgico reconocimiento que la Corte Colombiana dio a los derechos reproductivos de las mujeres está ausente en los fallos alemanes y españoles sobre aborto. A pesar de que la Corte Colombiana solo resolvió que la penalización del aborto es inconstitucional en los casos extremos, su insistencia en el carácter de *ultima ratio* del derecho penal sugiere que su razonamiento podría extenderse a embarazos normales cuando la mujer decida que ella no está preparada para convertirse en madre. Ello es así, ya que hay abundante evidencia que demuestra que dicha penalización no es eficaz como medio para reducir las tasas de aborto.<sup>100</sup>

La mayoría de los países de América Latina están en una primera etapa o en una etapa intermedia en el proceso de transición demográfica. La gente tiene una necesidad creciente y la expectativa de tener menos hijos, pero todavía tienen un acceso limitado a métodos anticonceptivos eficaces. En consecuencia, en América Latina, el aborto típicamente funciona como un desesperado y arriesgado método de control de la fecundidad. Cuando las tasas de fertilidad se mantienen constantes, el aumento y eficaz utilización de la anticoncepción reemplaza al aborto y las tasas de aborto disminuyen.<sup>101</sup> Como resultado de ello, los programas que mejoren el uso de métodos anticonceptivos suelen ser más eficaces que la penalización del aborto en la reducción de los embarazos no deseados y consecuentes abortos, especialmente de los abortos inseguros.<sup>102</sup> Son también más compatibles con el respeto de los derechos humanos y constitucionales de la mujer.

Habida cuenta de esta evidencia, se podría argumentar que la utilización del derecho penal para restringir la disponibilidad y el acceso a servicios de aborto no respeta el principio de proporcionalidad, porque las sanciones penales no cumplen con los requisitos de adecuación, necesidad y proporcionalidad de dicho principio. Sin duda no se ajusta a la utilización legítima del derecho penal como último recurso para lograr la protección de la vida no nacida. Probablemente, percibiendo esta realidad, la Corte señaló que el legislador, aplicando el principio de proporcionalidad, podría despenalizar el aborto en otras circunstancias, más allá de las tres hipótesis extremas que fueron revisadas por la Corte. Se debe destacar que el principio de proporcionalidad se aplica

---

<sup>100</sup> Gilda Sedgh et al., Induced Abortion: estimates rates and trends worldwide, 370 Lancet 1337-45 (2007).

<sup>101</sup> C. Marston and J. Cleland, Relationships between contraception and abortion: A Review of the Evidence, 29 (1) Int'l Family Planning Perspectives 6-13, 2003.

<sup>102</sup> Yolanda Palma, Elsa Lince & Ricardo Raya, Unsafe Abortion in Latin America and the Caribbean: priorities for research and action, en: Ina Warriner and Iqbal Shah, Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action 187-207 (2006).



no sólo por los tribunales constitucionales nacionales, sino también por los tribunales internacionales.<sup>103</sup> Este doble reconocimiento nacional e internacional del principio de proporcionalidad en América Latina podría resultar decisivo en el contexto de la revisión judicial de las legislaciones sobre el aborto, reforzando los argumentos en contra de la penalización del aborto, al menos en los casos complejos, como por ejemplo, cuando hay peligro para la vida o la salud, violación, incesto, o cuando hay un feto inviable; frente a los que se puede argumentar que la continuación del embarazo no se puede exigir a la mujer embarazada, y que, obviamente, la penalización es una respuesta desproporcionada del Estado.

### III. La sentencia colombiana como un modelo para otros tribunales en América Latina

La decisión de la Corte Constitucional de Colombia sobre aborto es la primera decisión constitucional que utiliza un marco de derechos humanos para revisar la constitucionalidad del aborto bajo el derecho nacional. También introduce en el ámbito latinoamericano, y en el del derecho internacional, el principio de proporcionalidad como un límite a la tipificación y la penalización del aborto.

Al igual que Colombia, muchos países latinoamericanos tienen normas constitucionales que incorporan las disposiciones internacionales de derechos humanos a sus sistemas constitucionales nacionales. Esto deja planteada la pregunta si la decisión sobre el aborto de la Corte Constitucional de Colombia pudiera ser seguida en otras jurisdicciones de América Latina.

Intentar una respuesta satisfactoria a esta pregunta exigiría, entre otras cosas, entrar en un debate teórico sobre la conveniencia y la legitimidad de un análisis comparado del derecho y hacernos cargo de las dificultades metodológicas que supone dicho análisis. No tenemos la intención de hacer esto. Sin embargo, quisiéramos invitar a pensar con mayor profundidad sobre el proceso de fertilización cruzada a que han dado lugar las decisiones constitucionales sobre el aborto en el derecho contemporáneo occidental y, en particular, sobre el proceso que se podría anticipar pudiera ser provocado por la decisión colombiana sobre el aborto en otros países de América Latina.

El análisis comparativo presenta desafíos por la naturaleza contextual del derecho en general y el derecho constitucional en particular.<sup>104</sup> Un análisis comparativo de carácter abstracto tiene el peligro de pasar por alto las diferencias relevantes en los valores normativos y en los lugares que dichas normas ocupan y las funciones que cumplen en

---

<sup>103</sup> La decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, serie A no 30, para 59, pp 35-36, y la Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, usan el principio de proporcionalidad al decidir sobre la legitimidad de medidas restrictivas de derechos humanos.

<sup>104</sup> “[E]l derecho constitucional está profundamente inmerso en los contextos institucionales, doctrinarios, sociales y culturales de cada nación, y probablemente nos equivocaremos si tratamos de pensar acerca de cualquier doctrina o institución específica sin apreciar la forma en que ésta está íntimamente ligada a todos los demás contextos a los cuales ella pertenece.” Mark Tushnet, *Some reflections on method in comparative constitutional law*, En: Sujit Choudhry (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*, supra nota 32, p. 76. (Traducción libre).

un sistema jurídico nacional determinado. La legitimidad y la utilidad del ejercicio comparativo se ponen en tela de juicio si el análisis no es lo suficientemente sensible al contexto.<sup>105</sup>

Las/os defensoras/es de los derechos de las mujeres y las/os profesoras/es feministas del derecho en América Latina se reúnen y comparten sus opiniones sobre la situación de los derechos de las mujeres en sus países. La apreciación general después de estos encuentros es que hay aspectos comunes en lo cultural, jurídico, histórico e institucional que hacen que, a pesar de existir algunas diferencias relevantes que deben tenerse en cuenta, mucho de lo que se está haciendo en otros países de América Latina es una fuente de inspiración para los proyectos que cada una de estas personas desarrolla en sus propios países.<sup>106</sup>

Los valores nacionales dominantes, las prácticas y las instituciones no configuran el único contexto relevante al que debemos atender cuando se hace investigación comparada. El aborto complejiza la discusión acerca de los contextos. Los valores normativos de la sociedad respecto del aborto en nuestros países suelen reflejar la postura de los hombres en relación con el aborto y no la de las mujeres.<sup>107</sup> Para las mujeres, estos valores, prácticas e instituciones se perciben como ajenos y alejados de sus necesidades particulares. El aborto es una experiencia física extrema que sólo las mujeres sufren y que nuestras leyes parecen ser incapaces de comprender adecuadamente.<sup>108</sup> Por lo tanto, si sólo tomamos en consideración la idiosincrasia nacional, probablemente no entenderemos la complejidad de los hechos y los valores que son comunes a cualquier regulación jurídica del aborto.

La definición del contexto es también problemática. "Es un error pensar que una nación tiene un concepto único sobre sí misma."<sup>109</sup> Las comunidades nacionales no son monolíticas. El tratar de identificar este concepto para "dar contexto" al derecho constitucional nacional nos lleva a constatar que "[e]n la casi totalidad de las controversias sobre derechos humanos se enfrentan comunidades que reclaman (en efecto) que son ellas quienes proveen el marco o contexto adecuado para juzgar."<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> Id., 81. Respecto de análisis comparativo en materia de aborto, ver Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law: American Failures, European Challenges* (1987); Martha L. Fineman, *Contexts and Comparisons* (Book Review), 55 U. Chi. L. Rev 1431 (1988); Jane Maslow Cohen, *Comparison-Shopping in the Marketplace of Rights* (Book Review), 98 Yale L.J. 1235 (1989).

<sup>106</sup> Esta conclusión aparece siempre en las evaluaciones que se hacen por las/os defensoras/es de los derechos de las mujeres que se reúnen cada año en el Diploma Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica, que ofrece el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Este contexto común motivó también la creación de Red Alas, un grupo de académicas/os de derecho latinoamericanas/os que trabajan en sus propios países y en la región en temas vinculados a la justicia de género. Ver <http://www.red-alas.org>

<sup>107</sup> MacKinnon, supra nota 84.

<sup>108</sup> Id.

<sup>109</sup> Tushnet, supra nota 104, p. 82.

<sup>110</sup> Jennifer Nedelsky, *Communities of Judgment and Human Rights*, 1(2) *Theoretical Inquiries in Law* 32 (2000), accessible en: <http://www.bepress.com/til/default/vol1/iss2/art1>. (Traducción libre). También "[c]ualquier cultura viva contiene pluralidad y debate; incluye voces relativamente poderosas, voces relativamente silenciosas y voces que no pueden siquiera expresarse en el espacio público. Frecuentemente algunas de estas voces hablarían distinto, además, si tuvieran más información o estuviera menos asustadas –entonces parte de la cultura es también lo que sus miembros *dirían* si fueran más libres o perfectamente informados." Martha C. Nussbaum, *Sex and Social Justice* 8 (1999). (Traducción libre).

Más allá de las fronteras nacionales, hay una notable coincidencia en la forma en que las mujeres de todo el mundo viven los embarazos no deseados y en las razones que dan para explicar sus decisiones de abortar.<sup>111</sup> El derecho internacional de los derechos humanos ha dado un reconocimiento mayor a las necesidades específicas y a los derechos de las mujeres que la mayoría de las legislaciones nacionales y, ciertamente, mayor que los sistemas jurídicos de gran parte de los países de América Latina. Esta es una razón por la cual las/os defensoras/es de los derechos de las mujeres recurren al derecho internacional para legitimar sus demandas. Estas personas a menudo son "acusadas de traicionar a su comunidad cuando invocan el lenguaje y a las instituciones de los derechos humanos para denunciar las prácticas de sus comunidades."<sup>112</sup> El derecho internacional de los derechos humanos se convierte en un contexto alternativo que puede proporcionar sentido al derecho constitucional nacional.

Más aun, el contexto, en el actual desarrollo jurídico latinoamericano en el ámbito de los derechos humanos, es extremadamente variable y está cambiando rápidamente. Las/os defensoras/es de los derechos de las mujeres y las/os profesoras/es de derecho feministas se perciben a sí mismas/os como proveyendo de significados a las disposiciones constitucionales y legales nacionales, utilizando, entre otras, las herramientas conceptuales y normativas proporcionadas por el derecho internacional. Su trabajo es entonces, en parte, construir contexto.

En este escenario, la respuesta a la pregunta de si la decisión sobre el aborto de la Corte Constitucional de Colombia será seguida en otras jurisdicciones de América Latina, no es sencilla. Ciertamente dependerá del estatus constitucional de la vida no nacida y del estatus de los derechos reproductivos de la mujer en las constituciones nacionales.<sup>113</sup>

Pero, más importante aún, dependerá de la forma en que las constituciones nacionales resuelvan el tema de la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Si bien la mayoría de las constituciones de América Latina incorpora el derecho internacional de los derechos humanos en su esfera doméstica, sus disposiciones no regulan los términos y condiciones de la incorporación y quedan abiertas a diferentes interpretaciones. Como se vio anteriormente en la sección II.A., la relación entre la constitución nacional y el derecho internacional es una de las cuestiones más importantes del derecho constitucional contemporáneo<sup>114</sup>, y la velocidad de la incorporación del derecho internacional a los sistemas nacionales, junto

---

<sup>111</sup> "Las mujeres deciden abortar porque son muy jóvenes o muy pobres para criar a un niño, están separadas o en malos términos con sus parejas, están sin trabajo, no quieren un hijo mientras están tratando de terminar el colegio, quieren poder trabajar o deben trabajar para ayudar a mantener a su familia. Estas razones no son frívolas o poco consideradas. Más bien, muestran muchas de las dificultades que enfrentan las mujeres en sus distintos caminos de vida que están tratando de hacer malabares para cumplir con sus roles y responsabilidades en conflicto y tratando de adaptarse a las cambiantes expectativas sociales." Alan Guttmacher Institute, *Sharing Responsibility: Women, Society and Abortion Worldwide*, 18 (1999). Accesible en: <http://www.guttmacher.org/pubs/sharing.pdf> (Traducción libre).

<sup>112</sup> Nedelsky, *supra* nota 110, p. 32. (Traducción libre).

<sup>113</sup> Por ejemplo, los artículos referidos al derecho a la vida en las constituciones de Chile y el Salvador tienen mandatos explícitos de protección del feto. El artículo 19 N°1 de la Constitución chilena establece: "La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. (...)" El artículo 1 de la Constitución de El Salvador establece: "El Salvador (...) reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción."

<sup>114</sup> Mathias Kumm, *supra* nota 32, p. 257.

con la práctica creciente de los tribunales nacionales de recurrir al derecho constitucional comparado, se han convertido en desafíos mayores para los/as constitucionalistas de todo el mundo.<sup>115</sup>

Mattias Kumm ofrece una descripción útil de lo que parece ser la actual comprensión de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. En primer lugar, los tribunales adoptan un enfoque diferenciado a los distintos tratados internacionales. No siempre coinciden con las reglas tradicionales de conflicto de leyes y son sensibles a la materia específica de cada tratado. En segundo lugar, hay un giro desde la aplicación tradicional de las reglas de conflicto hacia un compromiso elusivo que permite reconocer autoridad en distintos grados a una serie de fuentes comparadas e internacionales.

Estas normas de involucramiento típicamente toman la forma de un deber de vincularse, de un deber de tomar en cuenta como una consideración con cierto peso, o de algún tipo de presunción (...) [l]a pregunta realmente interesante se refiere a las estructuras de autoridad graduada construidas en marcos doctrinales: quién tiene que mirar a qué y dar qué tipo de consideración a lo que se está diciendo y haciendo (...)

La multiplicación de cortes constitucionales y tribunales internacionales es claramente un factor que aporta al desarrollo de estas tendencias. Pero este cambio no solo se trata de cortes involucrándose con otras cortes. Se trata de cortes involucrándose con varias instituciones que crean e interpretan el derecho internacional.<sup>116</sup>

Esta descripción se aplica perfectamente a la doctrina del bloque constitucional, tal como se utiliza en Colombia y otros países de América Latina. El bloque de constitucionalidad es el marco doctrinal que actualmente existe en América Latina para regular cómo los tribunales constitucionales se vinculan con el derecho internacional. Sus deficiencias revelan la debilidad de las actuales teorías constitucionales para hacer frente a estos profundos cambios en nuestros enfoques del derecho internacional. En este momento en América Latina es difícil vislumbrar una aproximación teórica más clara o más unitaria que dé cuenta de la influencia vinculante de las normas internacionales de derechos humanos en las jurisdicciones nacionales.<sup>117</sup>

Si bien esta es la situación en el ámbito teórico, en la práctica, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional nacional está teniendo un impresionante impacto en la protección de los derechos humanos en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está abriendo una vía promisorio para hacer visibles los derechos de las mujeres en la región.<sup>118</sup> Este proceso está siendo monitoreado y desarrollado con entusiasmo por las/os defensoras/es de los derechos de las mujeres en toda la región. Ellas/os están tomando el desafío tanto en el

---

<sup>115</sup> Sujit Choudhry, Migration as a new metaphor in comparative constitutional law, en: The Migration of Constitutional Ideas, supra nota 32, 13.

<sup>116</sup> Mathias Kumm, supra nota 32, 292. (Traducción libre).

<sup>117</sup> Rubio Marín and Morgan, supra nota 33., p.152.

<sup>118</sup> Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº160. Ver Patricia Palacios, The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights, unpublished LLM Long Paper, Harvard Law School, 2007.

ámbito interno como internacional al impugnar leyes y reglamentos restrictivos que violan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en los países de América Latina. La decisión colombiana fija un estándar que puede aplicarse en esos casos.

#### IV. La Originalidad de la Sentencia y los Desafíos Futuros.

Mark Tushnet reflexiona que "quizás el verdadero objeto a estudiar [de Derecho Constitucional Comparado] debe ser la forma en que (...) las ideas constitucionales que emigran se transforman a medida que cruzan fronteras (...)." <sup>119</sup> Esta interesante propuesta podría aplicarse también a la migración de principios y normas a través de las jurisdicciones nacionales e internacionales. <sup>120</sup>

La decisión de Colombia sobre el aborto proporciona dos ejemplos en los que la migración transforma el sentido de las doctrinas jurídicas que se tomaron prestadas, con el resultado de un mayor reconocimiento de los derechos de las mujeres.

En primer lugar, en el derecho interno de los países de América Latina, la incorporación de los tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, hizo posible que los derechos de las mujeres -que tienen mayor reconocimiento en el derecho internacional que en el derecho interno- adquirieran rango constitucional o fortalecieran su reconocimiento constitucional. El reto ahora para las/os juristas feministas de América Latina es participar activamente en la construcción de un marco normativo más robusto para articular la relación entre derecho nacional e internacional. Este marco proporcionaría bases más sólidas para las prácticas actuales de incorporación y aseguraría que los derechos de las mujeres estuvieran debidamente reconocidos en el ámbito internacional y también en las jurisdicciones nacionales.

En segundo lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad en una decisión sobre la constitucionalidad de la regulación del aborto, siguiendo los precedentes europeos, es especialmente interesante cuando el análisis de la proporcionalidad tiene en cuenta no solo los derechos constitucionales del orden interno, sino también se hace extensivo al derecho internacional de los derechos humanos. Más aún, el principio de proporcionalidad se utiliza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en contextos distintos del aborto <sup>121</sup>, y probablemente se extendería al aborto si se presenta un caso ante ella. Esta combinación puede resultar fundamental en la construcción de los argumentos jurídicos y de las estrategias contra la penalización del aborto en América Latina, respecto de los casos extremos.

Hay otros aspectos dignos de mención en la sentencia. El fallo no encaja fácilmente en la dicotomía comunitarista/libertaria que se ha aplicado para el análisis de las

---

<sup>119</sup> Mark Tushnet, *supra* nota 104, p. 83. (Traducción libre).

<sup>120</sup> El término derecho transnacional se utiliza para hacer referencia a la asociación creciente entre el derecho internacional y el derecho comparado.

<sup>121</sup> Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 103.

diferencias entre el tratamiento del aborto en Europa y Estados Unidos.<sup>122</sup> Para la Corte colombiana, el interés comunitario no se restringe a la vida no nacida, sino que también alcanza a la protección de los derechos de la mujer embarazada. La Corte dejó claro que la igualdad de género de mujeres y niñas promueve la dignidad de todos los seres humanos, no sólo de las mujeres, y es un paso adelante en el progreso de la humanidad hacia la justicia social.<sup>123</sup>

La utilización del derecho internacional y comparado por la Corte Constitucional de Colombia conecta a las mujeres colombianas con las comunidades de mujeres en otros países, que enfrentan y comparten sus dificultades, experiencias y conocimientos comunes respecto del aborto.<sup>124</sup> A lo largo de su sentencia, la Corte dignifica a las mujeres exhibiendo una profunda comprensión de las situaciones que viven. La aproximación de la Corte permite hacer una aplicación contextual de las normas de derechos humanos nacionales e internacionales. Al incorporar una perspectiva de género, la Corte da sentido a los derechos humanos en general, y particularmente al derecho de la mujer embarazada a su dignidad.

---

<sup>122</sup> Ver, por ejemplo, Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law* (1987); and Donald P. Kommers, *Liberty and Community in Constitutional Law: The Abortion Cases in Comparative Perspective*, *Brigham Young University Law Review* 371-409 (January 1986).

<sup>123</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06 par. 7.

<sup>124</sup> Iris Marion Young, *Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective*, 19(31) *SIGNS* 713-738 (1994).