

La interrupción voluntaria del embarazo – IVE –: garantía constitucional y respeto del derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad

Alejandro Abaunza Berrio
Miguel Ángel Fonseca Ávila

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad De Derecho

Medellín

2017

La interrupción voluntaria del embarazo – IVE –: garantía constitucional y respeto del derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad

Alejandro Abaunza Berrio

Miguel Ángel Fonseca Ávila

Monografía para Optar al Título de
Abogados

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad De Derecho

Medellín

2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
EL PROBLEMA	7
OBJETIVOS	11
DISEÑO METODOLÓGICO	15
MARCO CONCEPTUAL, MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE.....	12
CAPITULO PRIMERO. ACERCA DE LA AUTONOMÍA.....	16
1. SIGNIFICADO	
CONSTITUCIONAL.....	16
1.1. LOS DERECHOS	
FUNDAMENTALES.....	16
1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA.....	21
1.3. REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER DE LA AUTONOMÍA	
EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL.....	23
CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y	
LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	31
2. LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA	
PERSONALIDAD.....	31
2.1. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA	
PERSONALIDAD.....	31
2.2. CONSIDERACIÓN DOCTRINAL.....	36
2.3. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.....	37
2.3.1. El inicio de la vida.....	37
2.3.2. Entre 1991 y 2006	41
2.3.3. En el marco de la Jurisprudencia entre 2006 y 2016.....	45
CAPÍTULO TERCERO. LA VIABILIDAD DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA	
AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER EN COLOMBIA	50
3. LA AUTODETERMINACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA REPRODUCCIÓN	50
3.1. PROTECCIÓN Y DESCONOCIMIENTO.....	50
3.2. LIMITACIONES AL DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO.....	52
3.2.1. Las barreras al derecho.....	52
3.2.1.1. Desconocimiento del marco legal, Subcategorías y barreras.....	54
3.2.1.2. Violación de las regulaciones sobre los derechos de las mujeres	
3.3. DESCONOCIMIENTO POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN LEGAL FRENTE	
A LA IVE.....	57

3.4. BARRERAS PROVENIENTES DEL SECTOR SALUD.....	59
3.5. LA VISION DEL MINISTERIO DE SALUD Y EL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	62
3.6. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE BARRERAS.....	69
CONCLUSIONES.....	70.
67	
BIBLIOGRAFIA.....	71
INDICE DE GRÁFICAS	
Gráfica 1. Dificultades para interrupción del embarazo.....	62
Gráfica 2. Dificultades por procedimientos.....	63
Gráfica 3. Dificultades por procedimientos.....	64
Gráfica 4. Desconocimiento de la Sentencia	61
INDICE DE TABLAS	
Tabla 1. Barreras de desconocimiento.....	54
Tabla 2. Barreras de interpretación legal	57
Tabla 3. Barreras del sector salud.....	59
INDICE DE ANEXOS	
Resolución 003 DE 2013.....	74

INTRODUCCIÓN

Los datos sobre práctica de abortos en Colombia muestran que se trata de una acción frecuente, no siempre atendida por profesionales. Según la Organización Mundial de la Salud¹, en los primeros años del siglo XXI constituía la causa de muerte materna en un 13% de los casos de aborto ocurridos en Colombia. Estas cifras, no obstante que habían descendido para 2007, mantenían el aborto como la tercera causa de muerte materna en el país².

Las EPS están obligadas a practicar la Interrupción voluntaria del embarazo en los casos para los cuales fue despenalizado, pero siguen existiendo limitaciones y desconocimiento de este derecho, no obstante la orden de la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006. En días recientes la Corte Constitucional llamó la atención de la EPS Saludcoop³ destacando el incumplimiento de su deber.

Esta situación de desconocimiento es denunciada por diversos organismos, como La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres⁴ que señala que entre las principales trabas para la práctica del aborto se encuentran, entre otras: los requisitos y obstáculos de las EPS e IPS (conceptos jurídicos, comités, entre otros); la ausencia de prestadores del servicio adscritos a las EPS; la objeción

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Aborto sin riesgos. 2003 [Versión digital] < http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43391/1/9275324824_spa.pdf. Consultado en febrero de 2016

² Universidad Nacional de Colombia, Ministerio de la Protección Social (2007). Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la Sentencia C-355 de la Corte Constitucional. Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas. Editorial Kimpres, Bogotá. Disponible en versión digital en: <http://www.unal.edu.co/bioetica/documentos/conveniodoc/parte%20interna%20cartilla.pdf>.

³ El Espectador. El fuerte llamado de atención de la Corte a SALudcoop por negarse a practicar un aborto. 13 de octubre de 2016. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-fuerte-llamado-de-atencion-de-corte-saludcoop-negars-articulo-660173>

⁴ La Mesa por la vida y la salud de las mujeres (2014). Barreras para la garantía del derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Intervención de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Debate de control político sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Sesión Comisión Séptima del Senado de la República. [Versión digital] <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/documentos/1-publicaciones/file/46-barreras-para-la-garantia-del-derecho-a-la-ive>. Consultado en octubre 16 de 2016.

de conciencia como método para rehusar la atención; las interpretaciones restrictivas de las causales aducidas y la no admisión de razones mentales o psicosociales; el desconocimiento de los médicos de las decisiones tomadas por las pacientes; la exigencia de requisitos adicionales como: solicitud escrita de IVE, valoración previa de medicina legal, orden y/o remisión de Fiscalía, autorización u orden judicial, condena previa contra el victimario y las diferencias en el acceso a los servicios de mujeres rurales y urbanas.

En el presente trabajo se indaga por los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, garantizados constitucionalmente en el caso de las mujeres que deciden optar la interrupción voluntaria del embarazo, tienen una eficacia real.

EL PROBLEMA

Prada, Singh, Remez y Villarreal⁵, afirman que el 44% de los embarazos que no se planean terminan en abortos inducidos, lo que significa unos 400.000 anuales, muchos de ellos se practican utilizando la droga *misoprostol* que, debido a la falta de información científica, conducen a complicaciones e incluso a la muerte por el sangrado o por abortos incompletos. En las zonas rurales, donde se acude a parteras o a la autoinducción del aborto, las tasas son mucho más altas que en la ciudad y, en consecuencia, la mortalidad materna también lo es. (p. 5). Estos datos, confirmados por Prada, Maddow-Zimet y Juárez⁶ afirman que de 400.000 abortos anuales, el 33% son abortos clandestinos y el 53% de estos se realiza en zonas rurales y las mujeres no reciben tratamiento. En el 65% de los abortos autoinducidos y en el 54% de los que se realizan con ayuda de parteras se presentan las tasas más altas de complicaciones y 70 mujeres mueren al año debido a las complicaciones producidas.

El Municipio de Medellín⁷ en un estudio epidemiológico sobre el aborto, afirma que es el “cuarto método más frecuente usado por las mujeres latinoamericanas para controlar su fecundidad” (p.6), afirmación que fundamenta citando a la OMS (Organización Mundial de la Salud, 2003) organismo que afirma que “ocurren 210 millones de embarazos en todo el mundo y de estos hay 53 millones de abortos, de los cuales 19 millones son abortos inseguros. Abortar es un riesgo para la salud de las mujeres ya que aún por aborto espontáneo sin ninguna intervención, la mortalidad materna está directamente asociada con la edad

⁵ Prada E., Singh S., Remez L., Villarreal C. (2011). Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias. Guttmacher Institute. [Versión digital] < https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf

⁶ Prada, E., Maddow-Zimet I. y Juárez, F. (2014). El costo de atención postaborto y del aborto legal en Colombia. Revista *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*, número especial. [versión digital]. <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/SP00214.pdf>

⁷ Alcaldía de Medellín (2015). El aborto en Colombia. P.

6<https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpccontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Salud/Secciones/Programas%20y%20Proyectos/Documentos/2013/Salud%20Sexual%20y%20Reproductiva/EI%20Aborto%20en%20Colombia.pdf>

gestacional: 1.1 de cada 100.000 abortos, si tiene menos de 12 semanas; 3,7 entre las 16 y 20 semanas y 12,7 entre quienes tienen más de 21 semanas.”

Los abortos inducidos en condiciones inseguras elevan el riesgo de muerte, ya que mientras a causa de abortos practicados en condiciones higiénicas el fallecimiento ocurre entre 4 y 10 por cada 100.000 mujeres, en condiciones no higiénicas aumenta entre 100 y 1.000 por cada 100.000 casos, y entre quienes no se mueren se conoce que por cada muerte por aborto, hay 14 mujeres que quedan con secuelas graves como esterilidad y daños en múltiples órganos.⁸

Muchas mujeres en Colombia no tienen como cubrir el costo de un aborto en condiciones quirúrgicas higiénicas y practicado por personal calificado, cuyo costo oscila entre \$120.000 y \$540.000, de acuerdo con datos de Prada et al⁹ . Afirman sobre este mismo asunto González y Bohórquez¹⁰ :

Se estima que seis de cada diez instituciones de salud en Colombia, que tienen capacidad de dar servicios postaborto no lo hacen; y cerca de nueve de cada diez de esas instituciones no ofrecen servicios de aborto legal. - Uno de los mayores obstáculos se halla en la falta de entrenamiento médico sobre la IVE en todos los niveles de atención, debiendo las mujeres acudir a atención de alta complejidad, lo que eleva los costos de la prestación del servicio y dilata el trámite para la solicitud y prestación de la atención médica.

⁸ Alcaldía de Medellín, *ibid*, p. 6

⁹ Sentido (2016). Aborto en Colombia. Cifras reveladoras [versión digital] <<http://sentido.com/aborto-en-colombia-cifras-reveladoras/>. Consultado en octubre 17 de 2016.

¹⁰ González V., A.C., Bohórquez M., V. Estándares sobre Aborto, Protección del Derecho a la Salud y otros derechos relacionados. Rutas para Avanzar en la Agenda del Programa de Acción de El Cairo, mas allá de 2014., 2014, [Versión digital] <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/publicaciones/Estandares_sobe_aborto.pdf

Esta realidad contrasta con las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana que mediante la Sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en los casos señalados en dicha decisión;

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el Artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

La decisión de la Corte armoniza con pronunciamientos de organismos internacionales como el de la declaración de Beijing¹¹: “Las decisiones reproductivas libres y responsables hacen parte de los derechos humanos e implican el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno y el derecho pleno a los métodos de regulación de la fecundidad” Así se pronunció la IV conferencia mundial sobre las mujeres –Declaración de Beijing, 1995 y de esta manera se consagró el derecho de la mujer a la vida y la salud sexual y reproductiva. En el ordenamiento constitucional colombiano la despenalización del aborto salvaguarda el derecho a la vida y la salud y se fundamenta en el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad.

La línea jurisprudencial que se inició con la Sentencia C-647 de 2001, al polemizar sobre el derecho al aborto frente a la vida del no nacido evolucionó hacia un concepto ponderado de ambos derechos y por ello se concluyó con la

¹¹ Naciones Unidas. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995, p. 99. [versión digital]
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>. Consultado en agosto de 2016

despenalización en los casos de riesgo de la salud de la madre y del nonato, así como en el caso de la violación o la inseminación sin el consentimiento.

En la jurisprudencia es frecuente la alusión al derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, pero ¿Puede afirmarse que estos derechos se garantizan efectivamente en el caso de la despenalización del aborto, si la práctica autorizada condiciona el derecho a la existencia de certificación médica y denuncia penal para cada caso?

Para abordar el problema planteado y dar respuesta se han propuesto los objetivos que se enuncian.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Indagar si los derechos a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, garantizados constitucionalmente en el caso de las mujeres que deciden optar la interrupción voluntaria del embarazo, tienen una eficacia real.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Caracterizar, a la luz de la jurisprudencia, el derecho a la autonomía personal como un derecho fundamental consagrado por normas internacionales e incorporadas a la Constitución Política de Colombia.
2. Indagar sobre la significación constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sus elementos, características y protección efectiva.
3. Analizar sobre la viabilidad de la protección constitucional a la autodeterminación reproductiva de la mujer en Colombia.

MARCO CONCEPTUAL, MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

El presente trabajo tendrá en cuenta tanto la jurisprudencia constitucional, en su evolución, considerándola desde la Sentencia C-355 de 2006 hasta las proferidas entre 2007 y 2016, inclusive, algunas de las cuales decidían casos de Interrupción Voluntaria del Embarazo, entre estas hubo diez, reconocidas por sus pronunciamientos acerca de las trabas existentes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, obstáculos que fueron un desconocimiento del deber de garantizar la salud física y mental de la mujer en gestación. Entre las tutelas se encuentran las siguientes: Corte Constitucional de Colombia, sentencias de tutela: T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-363 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012, las cuales destacan la grave violación de derechos humanos a las madres y la protección que a estos debe darse por parte del juez constitucional. Es importante destacar lo decidido en sentencias como la T-627 de 2012 en la que la Corte protegió los derechos a la información, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la educación y beneficiarse del progreso científico y sus derechos reproductivos, además de las sentencias C-754 de 2015, C-182 de 2016 en las que se protegió la autonomía reproductiva en casos de discapacidad mental y la C-327 de 2016, en la cual se discutía la constitucionalidad del artículo 90 del Código Civil, pero se ratifica la decisión jurisprudencial acerca de dicha autonomía

Igualmente se indagará en fuentes documentales, tanto de la Organización Mundial de la Salud, el Ministerio de Salud, la Organización Panamericana de la Salud y las organizaciones no gubernamentales que velan por los derechos de las mujeres, con el fin de establecer si se cumple o no lo ordenado por la Sentencia T-627 de 2012.

La interrupción voluntaria del embarazo está permitida en algunos países, mientras que en otros está penalizada en todos los casos; Colombia acogió jurisprudencialmente una línea que autoriza dicha interrupción en tres eventos específicos, de acuerdo con la Sentencia C-355 de 2006, sentencia hito en la línea jurisprudencial que ha definido los asuntos pertinentes que tienen que ver con el tema, entre los cuales hay que destacar:

En cuanto a la evolución de la jurisprudencia constitucional se centró en la despenalización en dichos casos, dando primacía al derecho a la vida; entre los años 2007 y 2010 hubo varias sentencias de tutela que decidían casos de Interrupción Voluntaria del Embarazo, y en esta época diez sentencias reconocidas por sus pronunciamientos acerca de las trabas existentes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud, obstáculos que fueron un desconocimiento del deber de garantizar la salud física y mental de la mujer en gestación. Entre las tutelas se encuentran las siguientes: Corte Constitucional de Colombia, sentencias de tutela: T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-363 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012, las cuales destacan la grave violación de derechos humanos a las madres. Igualmente, se tienen en cuenta las sentencias T-627 de 2012 en la que la Corte protegió los derechos a la información, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la educación y beneficiarse del progreso científico y sus derechos reproductivos, además de las sentencias C-754 de 2015, C-182 de 2016 en las que se protegió la autonomía reproductiva en casos de discapacidad mental y la C-327 de 2016, en la cual se discutía la constitucionalidad del artículo 90 del Código Civil, pero se ratifica la decisión jurisprudencial acerca de dicha autonomía reproductiva.

Esta posición jurisprudencial constituye un importante paso en favor de los derechos de las mujeres, no obstante que no se tienen en cuenta el derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad como aplicables para todos los casos, pero sí frente a la protección de la vida, como en el caso de la IVE, en los eventos contemplados en la sentencia C-355 o frente al derecho a la vida como en el caso de la Sentencia de la Corte Constitucional sobre la eutanasia, donde se dice:

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al cono sentimiento informado del paciente que

desea morir en forma digna.¹²

Hay que entender que se trata de un principio y un derecho que se fundamenta en el reconocimiento del valor de la libertad y de la capacidad de decidir y autodeterminar la propia vida, principio que desde Kant se ha sostenido, definiéndolo como la capacidad de todo ser humano de darse a sí mismo y de obedecer como imperativo categórico, la ley que ha adoptado para su vida.

En relación con la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo no se ha considerado tampoco el libre desarrollo de la personalidad, derecho altamente valorado por la Corte Constitucional y que debería discutirse al menos en estos casos, no solo teniendo en cuenta los derechos del que está por nacer sino, al menos, los derechos de la madre como ser humano y abrir así una amplia controversia en la jurisprudencia colombiana.

Iván Darío Arango¹³, citando a Carlos Gaviria se refiere a la autonomía como principio que reconoce no solo la libertad, sino la capacidad del ser humano para autodeterminarse y elegir en función de lo que es y lo que conoce, de sus deseos y sus ideales y no en función de lo que piensa la mayoría. Teniendo en cuenta estos lineamientos, se ha considerado que hay que discutir e indagar en la despenalización, máxime si dicha interrupción sucede a diario en el país, pero en forma clandestina y en la mayoría de los casos, estos abortos, sea que se realicen por la propia persona o que sea practicado por terceras personas que no tienen capacitación médica, conllevan grandes riesgos de infecciones, esterilidad y muerte.

Un aborto en condiciones de inseguridad puede ser inducido por la mujer misma, por una persona sin entrenamiento médico o por un profesional de la salud en condiciones antihigiénicas. Entre el 10% y el 50% de este tipo de abortos inseguros requieren atención médica. La OMS¹⁴ estima que el 13% de

¹² Carlos Gaviria (ponente). Despenalización del homicidio piadoso consentido (Sentencia C-239/97). p. 17.

¹³ ARANGO, Iván Darío. La solidez intelectual del doctor Carlos Gaviria. Revista Alma Mater, 2015 642.

¹⁴ Navarro P. C. (2009). Análisis del Debate Público sobre la Despenalización del Aborto en Colombia en El Periódico EL TIEMPO (2005 al 2007). Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

las 600,000 muertes, aproximadamente, relacionadas con embarazos a nivel mundial resulta de abortos inseguros. En América Latina, el 21% de las muertes maternas se atribuye al aborto inseguro. En Colombia el aborto inseguro es la tercera causa de mortalidad materna. Más de 300.000 abortos se realizan anualmente en la clandestinidad dentro del territorio colombiano, de los cuales 30% presentan complicaciones y 10% resultan en muerte.

La práctica oculta del aborto persiste; las continuas denuncias sobre los obstáculos que crean las Entidades Prestadoras de Salud que violan los derechos de las madres y desconocen las órdenes de la Corte Constitucional son temas de gran importancia y que requieren que se profundice en ellos y se propongan puntos jurídicos al debate. Esta es la pretensión de este trabajo que, además de constituir un requisito para la obtención del título, sea un ejercicio interpretativo y de aplicación de los conceptos y nociones constitucionales.

DISEÑO METODOLÓGICO

Se trata de desarrollar el tema y dar cumplimiento a los objetivos para dar respuesta a la pregunta formulada, utilizando las fuentes jurisprudenciales, bibliográficas y la información cuantitativa y cualitativa que se obtenga en documentos académicos, científicos o de divulgación y que constituyan una fuente empírica que, analizada a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, posibiliten el acercamiento al problema. Se trata de un diseño cualitativo que no incluye trabajo de campo, sino que parte de la protección constitucional para analizar la información.

CAPÍTULO PRIMERO

ACERCA DE LA AUTONOMÍA

1. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

Es importante considerar la naturaleza de los principios y derechos fundamentales, de tal manera que pueda enfocarse el análisis hacia el significado constitucional de la autonomía del individuo, bien como sustento del ejercicio de la democracia o como ejercicio de la voluntad individual que es la que le permite a cada persona determinar lo que considera necesario para su vida. Es en este último sentido que se analiza en el caso del embarazo y de la decisión acerca de mantenerlo y llevarlo hasta el final o pretender interrumpirlo, cuando su ocurrencia se haya dado en condiciones tales que la mujer no lo haya consentido o habiéndolo consentido puede comprometer seriamente su propia vida.

Para situar el contexto del derecho a la autonomía se le ubica en relación con los derechos fundamentales.

1.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales según la definición de las Naciones Unidas que cita Del Solar Rojas son aquellos que “constituyen las condiciones de la existencia que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y conciencia en orden a la satisfacción de las exigencias fundamentales que le imponen la vida espiritual y natural”¹⁵. Definidos de esta manera, los derechos fundamentales se refieren a los contenidos necesarios

¹⁵ DEL SOLAR ROJAS, F.J. En Revista “*Los Derechos Humanos y su Protección*”. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, 2000

para que las condiciones de la existencia estén acorde con el conjunto de valores que determinan la vida misma.

En el contexto de este trabajo se considerarán los derechos fundamentales, resaltando su significado doctrinal, normativo y jurisprudencial. Al referirse a este tema, Robert Alexi¹⁶ designa como derechos fundamentales aquellos expresamente establecidos en la Ley Fundamental (que equivale a la Constitución), además de los que están adscritos a las normas expresas. Cea Egaña afirma que su denominación como tales proviene del hecho de que emanan de la dignidad de la persona y porque constituyen límites a la soberanía del Estado: “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad”¹⁷. Su cumplimiento es correlativo a los deberes que tiene el Estado y que tienen los particulares en cuanto a su acatamiento y respeto.

Para autores como Alexi¹⁸ los derechos fundamentales corresponden a una de las dos clases de normas existentes en las constituciones democráticas modernas, cuyo fin consiste en limitar y dirigir el poder estatal. Bernal, por su parte los define de la siguiente manera: “los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y los principios son mandatos de optimización”¹⁹ Afirma, además, que los principios tienen origen en la existencia de una norma de derecho que los consagra, norma que puede ser expresa o adscrita; mientras los derechos fundamentales son normas expresas de tipo condicional, como se esclarece en la Sentencia T-778 de 1992.

¹⁶ ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 2003

¹⁷ CEA EGAÑA, José Luis. Cea E., J.L. (2002). Derecho constitucional Chileno. Editorial Universidad Católica de Chile. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130307015213

¹⁸ ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2012

¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. Bernal P. C. La metafísica de los derechos humanos. Universidad Externado de Colombia 2010. Datos recuperados de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derest&page=article&op=view&path%5B%5D=2569&path%5B%5D=2211>

En cuanto a la caracterización que incluye la misma Constitución Política de Colombia en su art. 5º, los derechos fundamentales son inalienables, lo que significa que, como consecuencia de su naturaleza y en razón de su forma de operar, constituyen una defensa frente al Estado, una salvaguardia para la libertad individual y un conjunto de garantías concretas que operan como elementos del ordenamiento jurídico. En este sentido armonizarían con la definición de Alexi, atrás citada.

En consecuencia, si se tienen en cuenta las características normativas y doctrinarias de los derechos fundamentales, se puede decir que su importancia real se debe a que cumplen una función material y efectiva, derivada del art. 4º de la Constitución Política que establece que “la Constitución es norma de normas”, razón por la que son de imperativo cumplimiento. La normatividad constitucional consagra el carácter imperativo de los derechos fundamentales, en tanto su contenido material así lo impone, tal como se ha establecido en sentencias como la T-406 del 5 de Junio de 1992 que, partiendo del significado de Estado Social de Derecho” como “noción fundante” y “raíz última de toda hermenéutica” justifica dicho carácter que es reconocido en sentencias como la C-836 de 2001.

Los derechos fundamentales comprenden derechos económicos, sociales y culturales cuyo contenido tiene que ver con las personas y significan la afirmación del principio de dignidad e igualdad para todas aquellas. Son verdaderos derechos, porque tienen un contenido cuyo objetivo apunta a la existencia de una mejor calidad de vida que deberá estar garantizada por un Estado activo que promueva el bien común y que regule el proceso económico, de tal manera que no sean las fuerzas del mercado las que predominen, sino una verdadera protección del ciudadano.

Uno de los aspectos fundamentales incluidos en la Constitución de 1991 es el replanteamiento de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho por el de Estado Social de Derecho, lo que cambió la relación con los ciudadanos, en el sentido en que la definen las sentencias de constitucionalidad y de tutela que ampliaron el contenido de los derechos fundamentales a los derechos sociales,

culturales, económicos, ambientales y de las comunidades étnicas, todos con posibilidad de ser tutelables.

Uprimny²⁰ se refiere a este tema y afirma que, a pesar de las diferencias en las constituciones latinoamericanas, la mayor parte de ellas tienen en común la definición de los principios y la regulación de los derechos y deberes ciudadanos, así como el reconocimiento de los derechos constitucionales de los habitantes, incorporando no solo los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones provenientes de las democracias liberales, sino también los derechos económicos, sociales y culturales y avanzaron en el reconocimiento de los derechos colectivos, en especial el derecho al medio ambiente.

Respecto a la relación existente entre derechos humanos y derechos fundamentales existen distintas posiciones doctrinales; Aguilar²¹ representa una posición para la cual no debería existir diferencia ni dualidad entre ellos, por cuanto esto equivale a dos órdenes normativos que atentan contra los principios de universalidad, indivisibilidad que caracterizan a los derechos humanos. Sin embargo, la mayoría de doctrinantes se refieren a dos categorías: los derechos fundamentales son aquellos que surgen de la consagración expresa en la Constitución Política, mientras que los derechos humanos surgen de su consagración en el derecho internacional, posición que, según el mismo Aguilar, se sustenta en el derecho alemán que de acuerdo con la Ley fundamental de Bonn, los derechos fundamentales (*Grundrechte*) son los que garantiza dicha ley, mientras que los derechos humanos o *Menschenrechte*, son los que reconoce el derecho internacional.

Para Bernal Pulido son las propiedades formales y materiales las que diferencian un derecho fundamental de otros derechos subjetivos²². Dentro de las

²⁰ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos. En: El Derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico en el siglo XXI. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, pag. 113

²¹ Aguilar C. G. (2009). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? Boletín mexicano de derecho comparado. En: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex127/BMD000012701.pdf>

²² BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>. Consultado en febrero de 2017

propiedades formales hay que considerar que estos le imponen una vinculación al legislador y, en consecuencia, determinan la capacidad para establecer límites al proceso democrático de tomar decisiones políticas; la garantía de su respeto, como sucede en Colombia mediante el uso de la tutela, es otra de las características diferenciadoras. En cuanto a las características formales, ellas son: i) el que la disposición que consagra el derecho se encuentre en la parte referente a los derechos fundamentales; ii) que haga parte del texto constitucional; iii) que haga parte del texto constitucional o de otra fuente a la cual remita la propia Constitución y iv) que la jurisdicción constitucional reconozca su validez. Sobre estas propiedades afirma Bernal Pulido²³ que “estas cuatro condiciones revisten un grado creciente de certeza en relación con la pregunta de si un derecho subjetivo tiene carácter fundamental y, por lo tanto, es un derecho fundamental”; en sus palabras la condición primera hace que ostenten el mayor grado de certeza, mientras que la cuarta equivale a la menor, grados que son importantes al momento de realizar el análisis de ponderación.

En cuanto a las características materiales que le imponen un contenido a los derechos fundamentales, Bernal Pulido se pregunta “¿Qué propiedades materiales atribuyen a ciertos derechos morales un carácter fundamental, de tal manera que deban ser reconocidos como derechos fundamentales en los ámbitos de la moral y del derecho?”²⁴. Entre estas propiedades materiales señala el autor la libertad, la autonomía y la igualdad como intereses básicos de la persona política y en consecuencia, un derecho tiene el carácter de fundamental cuando ostenta al menos una de las anteriores propiedades.

Ahora bien, desde la óptica del neoconstitucionalismo y tal como lo plantea Aguilar Cavallo²⁵, los derechos fundamentales son los que tienen una mayor importancia, porque en sí mismos llevan implícito el reconocimiento de las especiales condiciones del ser humano, su papel y su condición frente al Estado. A la luz de esta concepción, también se consideran los derechos de primera, segunda y tercera generación (p.39). Los derechos de primera

²³ Ibid, pag. 1584

²⁴ Ibid, p. 1586

²⁵ AGUILAR C. Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. En: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15327>

generación, tales como: el derecho a la vida, a la igualdad, reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad; prohibición de esclavitud y libertad de conciencia, de cultos, de opinión; derecho a la honra, a la libertad de conciencia; derecho a la paz, derecho a la libre locomoción por el territorio, derecho al trabajo, libertad de enseñanza, al debido proceso, libertad de asociación, libertad de elegir y ser elegido²⁶; derechos de segunda generación que son aquellos derechos sociales, civiles, políticos y económicos y los consagrados en el Art 42 de la Constitución Política; y derechos de tercera generación en los cuales se incluyen los derechos colectivos y del medioambiente, tal como los define Aguilar .

En relación con el sistema constitucional colombiano, puede adoptarse la precisión conceptual, según la cual, los derechos humanos son los consagrados en las normas internacionales y los derechos fundamentales son los contemplados en la Constitución Colombiana o se derivan de su interpretación y por ello se hará referencia a estos últimos y su aplicación efectiva. En cuanto a los derechos humanos, su consagración en tratados internacionales aprobados por Colombia, obliga a su aplicación, de conformidad con el denominado Bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 94 de la Constitución Política.

1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Los derechos fundamentales en Colombia tienen su soporte normativo en la Constitución Política, Título II, Capítulo I; también se encuentran otras normas en el articulado constitucional y que se aplican, según lo explicó Bernal Pulido como característica formal (la segunda). De esta manera se definió en la Sentencia T-406 de 1992, en la cual la Corte Constitucional afirmó:

La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación

²⁶ Universidad de Antioquia. Los derechos y los deberes en la Constitución de 1991.2012 http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_deberes_constitucion.html

entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.

Los principios fundamentales que han sido definidos por la Corte como las prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el Juez Constitucional.²⁷

Esta línea de la jurisprudencia se puede seguir en las sentencias T-815 de 2013 en la cual se citan otras que han sido fundamentales en la caracterización de los derechos fundamentales como son las sentencias T-424 de 1992, T-023 de 2003, T-274 de 2008 y T-511 de 2009. El contenido ideológico liberal que se encuentra en la Constitución, permite caracterizar los principios, y estos, de acuerdo con la Comisión Colombiana de Juristas²⁸ son:

- Preexistentes
- Prevalentes
- Vinculantes
- Condicionantes
- Universales
- Obligatorios

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

²⁸ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Constitución Política Comentada. Bogotá 1998. Impreandes-presencia.

Estos caracteres garantizan el respeto de los derechos de todas las personas, como forma de dar sentido material a la igualdad, uno de los pilares de los derechos fundamentales. Los principios son el fundamento y el criterio supremo de interpretación, puesto que la Constitución no es solo la norma jurídica suprema, sino que los derechos que consagra ordenan la forma en que deben actuar las autoridades, atendiendo los derechos de los ciudadanos.

Desde las sentencias iniciales de la Corte Constitucional se destaca la obligatoriedad de considerar a la persona humana como el objeto de la atención del Estado, en atención a la dignidad que merece. El Estado deberá cumplir deberes y seguir los objetivos para los cuales ha sido instituido: estar al servicio del ser humano. Si los hombres se han asociado para vivir en comunidad, las normas tienen como objetivo garantizar dicha vida y que la misma comunidad sea el apoyo y la defensa de los intereses y necesidades que se les planteen. El Estado ha surgido en beneficio de la persona, como lo reafirma el Artículo segundo de la C.P. “, pues sus objetivos son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. A las autoridades se les encomienda la tarea de velar por la protección de 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, sin que existan exclusiones.”²⁹

1.3. REFLEXIÓN SOBRE EL CARÁCTER DE LA AUTONOMÍA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL

La autonomía, principio fundante de la democracia, está asociada a la libertad y a la dignidad. En la “Oración de la dignidad del hombre”, el autor florentino Pico della Mirandola dice: “Para ti, [el hombre] en cambio, no habrá coerción irremediable, pues será tu propio arbitrio, que he puesto en tus manos, el que predefinirá lo que serás”³⁰. Es así como este autor caracteriza a la criatura humana como la única capaz de fijarse un destino y cumplirlo, porque está

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia 026 de 1993, M.P. Simón Rodríguez.

³⁰ DELLA MIRANDOLA, Pico. Oración de la dignidad del hombre. Revista de Santander, Edición 5, 2010.

[Versión digitalizada] <

<https://www.uis.edu.co/webUIS/es/mediosComunicacion/revistaSantander/revista5/dignidadHombre.pdf>. Consultada en junio de 2017, p. 120

dotada de la capacidad de elegir entre el bien y el mal, usando la voluntad y el juicio.

Es precisamente esta capacidad de decidir la que constituye la esencia tanto de la libertad como de la autonomía humana. Carlos Gaviria³¹ lo expresa con claridad, apoyando su argumentación en autores como Rousseau y Kant para quienes libertad y autonomía significan actuar conforme a la propia convicción interior. ¿Qué sucede con la autonomía cuando se obedecen los dictados de otro, del gobernante, por ejemplo?: “Únicamente obedecemos sin perder la dignidad cuando lo hacemos sobre normas que nosotros mismos aceptamos”³² que es una forma de decir lo que Kant en la obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” formuló y que en palabras de Carlos Gaviria, se expresa: “obra de tal manera que tu conducta pueda convertirse en regla de conducta universal” y que Rousseau refiere al fundamento esencial de la democracia directa.

Esta capacidad es también la base de la democracia liberal, representativa o participativa. El hombre está dotado de los elementos necesarios para decidir sobre los temas que le interesan como miembro de la sociedad, porque está en capacidad de conocer y decidir sobre las consecuencias de los actos que siguen a una decisión. Por ello hace parte de los componentes de la dignidad humana. Optar, como conducta humana, se encuentra también en la base de la norma jurídica. Esta supone la existencia en el ser humano de lo que se conoce como *sindéresis* o capacidad de reflexionar correctamente antes de tomar una decisión.

Si la dignidad es la que da lugar a los derechos humanos es porque estos consideran o parten de la base de la existencia de un sujeto capaz de decidir y cuyos derechos están garantizados plenamente. Bernal Pulido³³ se refiere a la concepción del sujeto como conjunto de atributos o facultades básicas que están protegidas por los derechos humanos y como expresión de la comunidad política:

³¹ GAVIRIA, Carlos. Educación y democracia. Cátedra UniCafam I, 2013. [Video] <<https://www.youtube.com/watch?v=qVWTyVEO8MY&t=4s>

³² *ibid*

³³ BERNAL PULIDO, op. cit. 2010 pag. 130

La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”. La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Para Papacchini³⁴, la dignidad, en el contexto de los derechos humanos, difiere del concepto medieval puesto que éste se refería a la posición que el ciudadano ocupaba en la jerarquía social. La dignidad es un concepto histórico que como tal tiene, hoy, otras connotaciones y que el autor referenciado, citando a Habermas³⁵, afirma que hoy constituye una característica que tiene todo ser humano, que fundamenta entonces los derechos humanos, amplía su contenido desde los que fueron los derechos civiles primarios, hasta los derechos económicos y culturales. Si la dignidad del ciudadano de finales del siglo XVIII estaba dada por la libertad de prensa, de expresión, de locomoción, es decir por la garantía de los derechos individuales que le protegían del despotismo de los gobernantes, la dignidad contemporánea se extiende a otros ámbitos y se expresa en los derechos sociales, económicos y culturales, pero además en el respeto por la autonomía y la libertad.

Pero, además de haber contribuido a la formación y desarrollo de los derechos humanos, la esencia del concepto de dignidad no se agota solamente en ese fin, sino que ha surgido como una forma de responder, de explicar y de proponer acciones frente a lo que el mismo Habermas llama “la intuición subyacente de la humillación”³⁶. Esa intuición se da frente a hechos que vulneran al ser humano y que incluyen las condiciones difíciles de la vida, el trato en condiciones de desigualdad, la discriminación, la violencia.

A lo largo de la vida humana, la historia muestra cómo han sido de constantes las experiencias de dolor y de humillación, que como respuesta estructuran un

³⁴ PACHINI, Angelo. Los Derechos humanos a través de la historia. Revista Universidad Nacional de Colombia, N° 7, 1998

³⁵ Habermas, Jünger . El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En: http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/7513/5846/7650/DIA64_Habermas.pdf

³⁶ Ibid, p. 8

concepto diferente de la dignidad humana. En esta perspectiva, frente al comportamiento humano que viola, que persigue, que maltrata, el concepto de la dignidad humana constituye un contenido normativo, cuyo fundamento se da desde la moral, como una forma social e histórica, como un aprendizaje de la humanidad, de la misma manera a como el hombre ha aprendido a desarrollar sus habilidades y su inteligencia.

Ahora bien, si se entiende el concepto de dignidad humana como fundamento y contenido de los derechos humanos, como en la realidad ha sucedido al ampliar su protección desde los derechos humanos primeros - los civiles -, hasta los económicos y culturales, puede tener una relación con lo que plantea Papacchini, en el sentido de que ha sido su comprensión la que ha posibilitado que los derechos humanos no solo se amplíen, sino que se exijan, se respeten y se apliquen por parte de los organismos encargados de ello, que sean respetados por las Constituciones contemporáneas, y se protejan por parte de los jueces.

No es posible que exista una sociedad sin derechos humanos, porque no puede existir una sociedad sin dignidad humana. Como dice Habermas: La “dignidad humana desempeña la función de un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden democrático legal”³⁷. La sociedad está compuesta por quienes la habitan y son, por lo tanto, ciudadanos, sujetos con iguales derechos y con la facultad para exigirlos y hacer que las autoridades los apliquen.

Los derechos humanos surgieron, se estructuraron y se consolidaron en la sociedad aproximadamente en el siglo XVIII, mucho antes de que el concepto mismo de dignidad humana se debatiera; nacieron no de la ley propiamente dicha, sino de manera contraria como una forma de explicitación del concepto de la dignidad humana que subyace en el concepto de la moral y está emparentada de manera directa con éste. La dignidad humana es el eje que conecta la moral del respeto con el derecho positivo, dice Habermas³⁸.

La concepción contemporánea de los derechos humanos hace que surjan de la convicción de que lo prima ante todo es el hombre, su protección, su dignidad, pero que para ser aplicados requieren de una declaración democrática, es decir

³⁷ Ibid, p. 10

³⁸ Ibid, p. 10

que se reconozcan como un principio social que orienta y determina los derechos de todos por el solo hecho de existir y que haya unas autoridades dispuestas a aplicarlos. Tienen que ver con aquella parte de la moral que puede traducirse a normas específicas y que pueden materializarse en conductas relacionadas con los mismos seres humanos.

¿Cómo se enlazan autonomía y dignidad? La autonomía es uno de los conceptos que la ética y la filosofía política han aducido como sustento de las acciones. El hombre está en capacidad de decidir lo que quiere para sí y para la sociedad en que vive. Es digno porque sobre él no deben existir coacciones. En este sentido, el derecho en la sociedad contemporánea significa la aplicación del concepto de la autonomía individual y en el ámbito constitucional ha sido considerado en innumerables fallos. En Colombia, la Corte Constitucional se ha referido a la autonomía como ámbito de la dignidad. Es así como se refiere a la interrelación entre ambos conceptos en la Sentencia T-881 de 2002, con ponencia de Eduardo Montealegre Lynnett:

La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida).

Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como

contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.

Esta orientación de la autonomía ha seguido una línea jurisprudencial que se inicia con la Sentencia T-532 de 1992 en la cual se relacionaron la libertad individual y la dignidad humana. En la sentencia C-542 de 1993 en la cual se estableció que la dignidad se logra solo si es posible el ejercicio de la libertad individual. En la Sentencia C-221 de 1994, con la cual se despenaliza el consumo de la dosis personal de drogas ilícitas, la Corte asoció la dignidad a la libertad personal que se refiere a la posibilidad de elegir el propio destino (que es lo que se entiende desde el ámbito de la autonomía), siempre y cuando con esta elección no se interfiera con los derechos ajenos.

La sentencia T-477 de 1995, al analizar un caso de readecuación del sexo de un menor, asocia la dignidad a la autonomía personal, tal como se consideró en la Sentencia C-239 de 1997, y en la cual uno de sus ejes fue el de la dignidad humana entendida como la autonomía. Para la Corte, la persona es sujeto moral, capaz de tomar sus propias decisiones de manera que no haya nadie que se las imponga, cuando se trata de asuntos que sólo a él conciernen. Así se pronunció la Corte en esta sentencia cuya decisión tenía que ver con la eutanasia:

La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida". Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta

Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.³⁹

En este fallo se hizo referencia a la sentencia T-493 de 1993, de la cual fue ponente el Magistrado Antonio Barrera, para la Corte un hito en este tema, en tanto la autonomía personal que implica el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a elegir involucró una tesis que ha sido constante en la Corte: solo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuando ella es deseable y compatible con la dignidad humana.

Ahora bien, con respecto a la autonomía surge un interrogante ¿Cómo entender las limitaciones que jurídicamente puede sufrir la autonomía personal?

Si la autonomía se asocia al libre desarrollo de la personalidad, como se ha establecido en varias sentencias como la C-336 de 2008 donde se afirma “Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse” y que significa adoptar un modelo de vida propio que exige el despliegue de todas las facultades, pero que no vulnere los derechos de los demás, ni el orden jurídico, no puede pensarse en que no existen limitaciones.

Con relación a lo anterior, hay que decir que la Sentencia T-565 de 2013 estableció que este derecho solo puede ser restringido o limitado por normas de claro arraigo constitucional y que no afecten el núcleo central de la autonomía:

Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior. El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz

necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Teniendo en cuenta, entonces, tanto el contenido constitucional de la autonomía como derecho, su relación con la dignidad y con el papel que cumple el individuo en un Estado Social de Derecho, hay que afirmar que la autonomía no es plena, que tiene restricciones y que estas tienen que ver con otros derechos también protegidos. Es necesario entonces indagar acerca de la protección o restricción de la autonomía en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, para lo cual será necesario explorar con mayor detenimiento el contenido de la autonomía y la normatividad para los casos en que dicha interrupción fue autorizada por la Corte Constitucional.

CAPÍTULO SEGUNDO

. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

2. LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

En el capítulo anterior se indagó sobre la autonomía como fuente fundamental de los derechos humanos y carácter especial del ser humano. Igualmente, se consideró su tratamiento como derecho fundamental en tanto le permite a cada persona decidir de acuerdo con las convicciones y principios en la esfera política y en la personal. En relación estrecha con este derecho se consagra constitucionalmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad que en el caso de la interrupción voluntaria del aborto entra en tensión con el derecho a la vida. Por esta razón se consideran ambos temas en este capítulo.

2.1. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad está consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política que prescribe:

Art. 16. Libre desarrollo de la personalidad. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.⁴⁰

Desde la Sentencia T-002 de 1992⁴¹, una de las que han sido denominadas por López Medina⁴² sentencias fundadoras, el máximo organismo constitucional, al examinar los criterios para determinar los derechos constitucionales fundamentales para efectos de la acción de tutela, definió criterios principales y auxiliares: entre los primeros se encuentran la persona humana y el

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015. [Versión digital] www.corteconstitucional.gov.co, p, 15

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón p. 8. En: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm>

⁴² LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Editorial Legis, Bogotá, 2001

reconocimiento expreso de dichos derechos ellos y entre los segundos los tratados internacionales, los derechos de aplicación inmediata, entre otros.

Es así como se afirma que el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana en su dimensión social, en tensión con la comunidad. Teniendo en cuenta el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre⁴³ y los lineamientos para la interpretación de los derechos constitucionales⁴⁴, a la persona humana corresponden los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo⁴⁵. En cuanto al segundo criterio, el del reconocimiento expreso, es claro que el artículo 16, antes citado lo reconoce expresamente como derecho fundamental, no obstante que problema jurídico fundamental en esta sentencia trata del derecho a la educación.

Son muchísimas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en diferentes campos de la vida humana. Por considerarlo de importancia para este trabajo, se referencian algunas de las sentencias en las que la Corte ha garantizado el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

En una de las sentencias iniciales de la Corte Constitucional, la T-222 de 1992, cuyo ponente fue el Magistrado Ciro Angarita ⁴⁶, se pronunció el máximo órgano judicial sobre este derecho, argumentando el carácter de derecho fundamental que se otorga al libre desarrollo de la personalidad y que apunta a la definición y validación de una sociedad de tipo individualista, que se inclina a la consideración de las personas como libres y autónomas a la hora de definir la forma de vida que desean adoptar, siempre y cuando no interfieran con los demás. De esta manera se considera lo primordial de los derechos como

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-002 pag. 5

⁴⁴ CORTE Constitucional. ¹ Los Derechos Constitucionales.. Fuentes Internacionales para su interpretación. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Presidencia de la República 1992 Pág. 714

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, *ibid*, pág. 6

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222 de 1992

individualidad respetando, eso sí, los deberes como miembros de una colectividad social.

Y en la fundamentación de la decisión de la Sentencia T-532/92⁴⁷ dijo la Corte:

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad plantea una relación individuo-sociedad-Estado, a partir de la cual debe precisarse el alcance de los derechos, deberes y obligaciones de unos y otros. El núcleo esencial de este derecho protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana (CP art. 1), cuyos contornos se determinan de manera negativa, estableciendo en cada caso la existencia o inexistencia de derechos de otros o disposiciones jurídicas con virtualidad de limitar válidamente su contenido.

- En la Sentencia T-097 de 1994, la Corte afirmó que este derecho no solo es un simple derecho, sino un principio que “irradia todos los derechos contenidos en la Constitución”⁴⁸ y por lo tanto, consideró que era necesario considerarlo como tal porque orienta, integra y permite la sana crítica y la ponderación de las normas constitucionales.

En forma general puede afirmarse que la Corte ha considerado la garantía de este derecho en relación con diversas opciones personales, profesionales y de salud, así:

- Los derechos de los internos en la citada sentencia T-222 de 1992, T-420 de 1992;
- En relación con la obtención de visa, Sentencias T-532/92, T-429/94;
- Derecho de asociación, T-542/92;
- Libertad de prensa y derecho a la honra, T- 050/93;
- Tratamiento médico y derecho a la intimidad, T-493/93;
- Cambio de nombre masculino a femenino, T-594/93;
- Homosexualidad y prácticas homosexuales en la policía, T-097/94;
- Despenalización del consumo de la dosis personal, C-221/94;
- Autonomía y salud del paciente en la relación médica, T-401/94;

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. T-532 DE 1992 p.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-097 de 1994

- Personas disminuidas físicamente, Sentencia no. C-404/94;
- Manual de convivencia y sexualidad de los estudiantes. Sanciones, T-569/94;
- Manual de convivencia y cabellos largos, T- 248/96, T-124/98, T-889/00;
- Homicidio por piedad. Eutanasia, C-239/97;
- Uso del cinturón de seguridad, C-309/97;
- Relación del derecho al libre desarrollo de la personalidad con otras libertades, T- 616/97;
- Opción sexual de docentes, C-481/98;
- Manual de convivencia y uniones libres de estudiantes, T-516/98;
- Manual de convivencia y apariencia personal de niños en edad preescolar, SU-642/98;
- Manual de convivencia y uniones libres de estudiantes, T-015/99;
- Manual de convivencia y uso de aretes “piercing”, T- 1086/01;
- Mayores adultos indigentes y autonomía personal, T-149/02 ;
- Reincidencia en materia penal, C-062/05
- Mendicidad y medidas de protección, C-040/06
- Aborto, C-355/06
- Protección social y parejas homosexuales, T-811/07, C-336/08

Estas sentencias son muy importantes porque arrojan luces en relación con el tema de este trabajo en cuanto tienen que ver con la toma de decisiones y conductas a que da pie. La sentencia de despenalización del consumo de la dosis mínima personal ha sido clave, porque en ella se dijo:

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado

resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.⁴⁹

Este derecho, según la propia Corte Constitucional, se consagró de manera expresa por el Constituyente de 1991 siguiendo en buena medida la pauta del art. 2 de la constitución vigente de Alemania Federal.

Se quiere garantizar con él la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas.

Su compleja naturaleza hace que la protección que le depara el ordenamiento cubija las relaciones del hombre en el campo social, político, económico y afectivo, entre otras.

En virtud de este derecho el Estado no puede interferir el desarrollo autónomo del individuo sino que, por el contrario, debe procurar las condiciones más aptas para su realización como persona.⁵⁰

Puede concluirse de estos pronunciamientos que la Jurisprudencia tiene una alta consideración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de su calidad de principio axiológico que permea todos los derechos. Se trata de la consagración de la libertad de actuación en el espacio social y en el político, pero también en el económico y en el ámbito personal. En este último sentido es el elemento fundamental en la definición de los proyectos humanos vitales. No obstante este carácter, la jurisprudencia no lo trata como absoluto pues puede

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c-221 de 1994. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222 de 1992. En: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-222-92.htm>, p. 10

ser restringido por limitaciones del mismo orden de consagración, lo que significa que dichos límites deben proceder de la propia Constitución Política.

2.2. CONSIDERACIÓN DOCTRINAL

Bernal Pulido es uno de los autores que ha considerado este derecho y lo ha caracterizado como la institucionalización de la libertad en forma de derecho fundamental⁵¹. El concepto de libertad se entiende como libertad negativa según la cual el individuo es libre de hacer lo razonable o necesario y de dejar de hacer lo que quiera. Esta visión negativa tiene fundamento, según este autor, en lo expresado por la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial que se refiere a este tema y particularmente cuando afirma que: “no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal”⁵².

En este sentido lo desarrolló y expuso Carlos Gaviria⁵³ en una conferencia y lo asocia con la autonomía y la sindéresis, en tanto capacidades individuales para decidir lo más adecuado, de acuerdo con la propia convicción, y con proyección al desarrollo de cada individuo de acuerdo con su ideal de vida. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad conlleva a la toma de decisiones que consultan el interés común, pero que son intransferibles, es decir, que en ningún caso deberían tomarse por otras personas.

Cabe entonces formular la pregunta de si existe una relación entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como derivación del derecho a la autonomía personal, y la interrupción voluntaria del embarazo, la cual puede formularse de la siguiente manera: ¿se está en presencia de un tipo de libertad específicamente definida, una libertad individual que consulta el interés general cuando se trata de interrumpir voluntariamente el embarazo?

⁵¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 247

⁵² Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-516 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En: Bernal Pulido, *ibid*, p. 249-

⁵³ GAVIRIA DIAZ, Carlos. Fundamentos éticos de la democracia. Lección inaugural Universidad San Buenaventura. [versión digital] Revista Ciencias Humanas, vol. 8 Nº 2, 2012.

Para dar respuesta, es preciso ubicar en que forma ocurre la tensión entre la decisión propia, autónoma y libre de interrumpir el embarazo y el derecho a la vida.

2.3. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Este tema es complejo, porque en él están involucradas diversas visiones que van desde la prohibición absoluta hasta la práctica libre y que tienen como fundamento precisamente la cuestión del inicio de la vida.

2.3.1. El inicio de la vida

Sobre este asunto existen posiciones biológicas que discuten, controvierten y establecen métodos de comprobación sobre el inicio de la vida. Y es que a partir de este tema se genera un enfoque bioético y jurídico que posibilita la discusión acerca de la manipulación embrionaria en el laboratorio y la reflexión sobre la posibilidad de terminar dicho proceso biológico.

Si sobre el tema de la vida se hace un recorrido por la filosofía, podrán verse posiciones que asocian la vida a lo orgánico y al proceso biológico que acontece cuando el espermatozoide penetra en el óvulo, mientras que otras posiciones hacen énfasis en el aspecto vital. Para Bergson, la vida humana es coextensiva a la conciencia⁵⁴. Heidegger, por su parte, considera como ámbitos diferentes los de lo biológico-ontológico y lo ontológico-existencial⁵⁵, sin detenerse en la consideración del primer ámbito. Para Ortega y Gasset vivir es “encontrarse en el mundo, hallarse envuelto y aprisionado por las cosas en cuanto circunstancias, pero la vida humana no es solo este hallarse entre las cosas, como una de ellas, sino saberse viviendo”⁵⁶. Laín Entralgo⁵⁷, por su parte, considera que en la cuarta semana se produce la hominización del embrión humano que puede llegar a ser un ser humano o perecer, lo que significa que el cigoto está en potencia de ser una persona, ya que al seguir el curso ordinario del proceso natural se va convirtiendo en ella. Un embrión humano no sería exactamente un humano,

⁵⁴ FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía. Entrada “Vida”. Editorial Ariel, 2004

⁵⁵ *Ibid*, p. 3692

⁵⁶ *Ibid*, p. 3692

⁵⁷ LAÍN ENTRALGO, Pedro. El cuerpo humano. Teoría actual. Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 93

porque las células que lo componen solamente ejecutan acciones biofísicas y bioquímicas y no se realizan acciones psíquicas que son las que con mayor exactitud definen al ser humano.

Esta breve mención a la filosofía muestra que la controversia sobre la vida humana está enfocada a saber cuándo comienza la vida, asunto en el que la biología ha intervenido, por ser este un tema inscrito en su ámbito científico y cuyas posiciones han sentado las bases de diversas posiciones bioéticas sobre el tema de la vida humana, su inicio y terminación.

Para la biología el desarrollo humano comienza con la concepción, al combinarse cada uno de los 23 cromosomas pertenecientes a cada progenitor que unidos representan la primera edición del mapa genético del nuevo individuo; a las 30 horas, más o menos, se realiza la primera división celular mediante la mitosis; estas divisiones sucesivas conforman en unos cuatro días una esfera denominada “mórula” que, poco a poco, desciende de la trompa uterina y se implanta en la pared del útero siguiendo de allí las consecuentes etapas del desarrollo biológico⁵⁸. Sobre este tema hay distintos puntos para abordar el proceso: el Informe Warnock⁵⁹ afirma que el desarrollo individual del embrión solo puede considerarse a partir de los 14 días de la fecundación tiempo en el cual se forma la denominada “línea primitiva”, enfoque que controvierten Stasiow y Simoncelli que marca el comienzo del desarrollo del embrión coinciden los científicos quienes afirman que todos los procesos de ese desarrollo son cruciales, aunque es difícil asignar la protección del embrión a partir de una fase o de otra.

López-Moratalla ⁶⁰, en un artículo en el cual se pregunta por la capacidad de los embriones in vitro de conservar la vida en comparación con aquellos que han

⁵⁸ EHD. La biología del desarrollo prenatal. El período del embrión (las primeras 8 semanas). [Versión digital] < https://www.ehd.org/resources_bpd_illustrated.php?page=6&language=84>. Consultado en febrero 20 de 2017

⁵⁹ Stasiow, Roxana Elena, Simoncelli, María Isabel. El embrión humano. Aspectos éticos y biológicos del Informe Warnock ante las nuevas evidencias científicas. Buenos Aires 2009. Consultado en base de datos:
<http://web.b.ebscohost.com/consultaremota.upb.edu.co/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=c471f3c4-42f7-4c66-86d7-93bcf5628216%40sessionmgr120&vid=3&hid=128>

⁶⁰ LÓPEZ-MORATALLA, Natalia. La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida. *Persona y Bioética* 21, (2004), 6-23 (www.arvo.net)

sido fertilizados de manera natural, plantea el inicio de la vida desde el punto de partida de un material cuya propiedad peculiar consiste en poseer información genética. El genoma se constituye con la fecundación y con él se inicia un proceso dinámico de interacción continua de los genes. Esta autora enfoca la vida desde la función misma que cumplen los genes, los cuales determinan la identidad del individuo desde su estado embrionario, la vida fetal, hasta llegar a ser a la edad adulta. No obstante su afirmación, considera que establecer una frontera para la protección moral o jurídica de dicha vida es una decisión arbitraria, ya que la vida misma es un proceso integrado que se inicia con el ciclo vital del individuo. Afirma la autora citada :

En cada una de las etapas iniciales de la existencia, cada embrión requiere un medio y unas interacciones específicas muy precisas para desarrollarse, en un proceso que es continuo en el tiempo y ordenado en el espacio. Sin esas condiciones imprescindibles el embrión muere, al perder la función vital que hasta entonces poseía: el crecimiento y la diferenciación de sus células, según el lugar que ocupa cada una de ellas en el diseño corporal, que se traza de forma precisa con la fecundación del óvulo por el espermio⁶¹.

La misma López Moratalla, Santiago y Herrans⁶² exponen acerca de la dificultad para determinar cuándo se puede hablar de que un embrión como ser humano. Aunque es cierto que biológicamente la “vida de cada ser humano comienza al completarse el proceso de fecundación, precisamente con la aparición de la nueva realidad, que se denomina cigoto”, no pueden afirmar lo mismo en relación con que ese embrión sea ya, persona humana. Y su posición da cuenta de cómo hay que concebir la vida inmersa en una relación con la sociedad y con los demás individuos y de qué manera es esta la que da sentido al primer inicio de la vida biológica, convirtiéndola de esta manera en vida humana.

⁶¹ Ibid, p. 11

⁶² LÓPEZ MORATALLA, Natalia, SANTIAGO, Esteban, HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo. Inicio de la vida de cada ser humano. ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre? Cuadernos de Bioética [en línea] 2011, XXII (Mayo-Agosto) : [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017] Disponible en:<<http://148.215.2.10/articulo.oa?id=87519895010>> ISSN 1132-1989, p. 284

Algunas posiciones sostienen que el feto es parte del cuerpo de la madre hasta cierto momento, como lo expone Balcázar González⁶³. Para quienes niegan el derecho a la interrupción del embarazo el feto es una persona desde el momento de la concepción, mientras que las posiciones intermedias consideran que la vida está presente desde el tercer mes de la concepción, cuando el embrión puede moverse, o desde que tenga sistema nervioso o desde el momento en que se pueda determinar que siente dolor.

Desde el punto de vista de la bioética también ha sido considerado el asunto de la vida humana: la vida se inicia con la concepción, etapa que la Iglesia Católica ha definido más bien como el momento de la hominización, es decir aquel en el cual se prefigura el ser humano viviente con sus características particulares. Esta visión de la vida se fundamenta en el argumento de la potencialidad de la vida humana que se presume desde el momento mismo de la unión de las dos células. De esta concepción se deriva la identificación entre ser humano y persona, posición que la biología no ha homologado por cuanto no se considera que su campo de estudio pueda involucrar decisiones científicas acerca del momento en el cual un ser, que puede ser unicelular, tiene derechos.

La bioética también ha considerado el asunto desde la visión evolutiva que considera que lo que permite afirmar la existencia de la vida consiste en la presencia de un rasgo evolutivo que como lo expresa Kotow añade más complejidad al asunto porque no sería claro éticamente señalar una etapa concreta de aparición de la vida y de hecho se han señalado varias: “la anidación, la individuación, la aparición de la cresta neural, el antiguo y ya obsoleto criterio de movilidad fetal, la viabilidad extrauterino, el nacimiento e, incluso, la adquisición de competencia racional en la infancia”.⁶⁴

Existe también la visión relacional del inicio de la vida humana la cual considera que ocurre cuando existe la conciencia—contemporáneamente el conocimiento

⁶³ BALCÁZAR GONZÁLEZ, Andrés. La despenalización del aborto en una sociedad liberal: el caso colombiano. Universidad del Rosario, Bogotá 2010. Trabajo de maestría en Filosofía. En: <
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1956/80758128.pdf?sequence=1>

⁶⁴ KOTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? Revista Bioética, volumen 9, nº 2, 2000, p. 31

de la mujer sobre su condición de preñez y se acepta dicho estado—. Maturana en su libro “El sentido de lo humano”, citado por Kotow es uno de los partidarios de esta posición y afirma: “la humanización del embrión o feto, no es un fenómeno que tenga lugar como parte de su desarrollo, sino que empieza cuando el embarazo comienza a ser un estado deseado por la madre, y ésta se desdobra en su sentir y reflexión, dando origen en su vientre a un ser que tiene un nombre y un futuro”⁶⁵.

Ahora bien, teniendo en consideración estas posiciones, ¿a qué posición bioética sobre el inicio de la vida adhiere la Corte Constitucional Colombiana? Para dar respuesta a este asunto hay que considerar la secuencia del desarrollo de la jurisprudencia, antes y después de la sentencia C-355 de 2006.

2.3.2. Entre 1991 y 2006

Las sentencias anteriores al año 2006, que se referencian en este trabajo en lo relativo a la concepción del inicio de la vida y en las que este tema se trató, se ciñeron, en general, a los criterios establecidos por las normas penales incluidas en el Código de 1980 y consideraron como absoluto el derecho a la vida del no nacido:

En la sentencia C-133 de 1994 (con salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero) se afirma la fusión entre ser humano y persona como caracteres del embrión:

El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del nasciturus encarna

⁶⁵ KOTOW, *ibid*, p. 34

un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado. En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Según la sentencia referida, el doctor Jérôme Lejeune, profesor de genética en la Universidad René Descartes, en testimonio ante el subcomité del Senado de los Estados Unidos, expresó que la vida humana tiene un comienzo muy preciso: es el momento de la concepción en el cual se reúnen los 23 de cromosomas que provienen del padre con los 23 de la madre, hecho suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Dicho concepto solo tiene implicaciones en el terreno de lo biológico.

En el salvamento de voto consignado en la sentencia C-133 de 1994, aunque los magistrados no se refieren específicamente al tema del inicio de la vida, si consignan su discrepancia frente a que se considere el nasciturus como titular de derechos e intereses del tipo que el Estado está en deber de proteger. Dicho de otra manera, consideran los magistrados que la vida deberá protegerse sin considerar que se trata de una persona desde antes de nacer, sino teniendo en cuenta el que está por nacer como manifestación de la vida. Es importante este salvamento porque a partir de él, las posiciones de esta naturaleza se orientan al inicio de un cambio de posición en relación con el tema del aborto.

Igualmente en la sentencia C-013 de 1997 (con salvamento de los mismos magistrados que lo hicieron en la sentencia anteriormente citada) se dijo que:

Aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente -de cuya sanción deberá ocuparse el Estado-, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. A ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto retaliatorio contra un ser totalmente

ajeno al agravio causado. El ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima -la más indefensa e inocente- del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que espíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir. Se confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene. Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.

En esta sentencia también se reconoce el derecho a la vida y como tal tiene protección constitucional desde el momento mismo de la concepción (subrayado propio). La vida se extiende a lo largo de las diversas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa con el nacimiento de la persona y le cobija a lo largo de todo el ciclo vital ⁶⁶. Se trata de una sentencia que, además, contiene afirmaciones fundadas en la posición eclesial, para sustentar la misión del Estado como guardián y garantía de la vida, como lo hace al citar la encíclica *Humane Vitae*:

si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones...

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia c-013 DE 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Lo mismo se consideró en las sentencias C-213 de 1997 (con salvamento de Eduardo Cifuentes Muñoz); C- 647 de 2001 (con salvamento de Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra; en la sentencia C-1299 de 2005 con salvamento de voto de Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Humberto Sierra Porto). Igualmente en la sentencia C-1300 de 2005 (salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Humberto Sierra Porto). Todas ellas reiteran que es el derecho a la vida del que está por nacer el que prevalece sobre las demás consideraciones.

Como puede verse, la situación legal de la interrupción voluntaria del embarazo era la penalización del mismo con fundamento en el derecho a la vida. El Código de Procedimiento Penal establece que la acción penal, en los casos de aborto, no requiere querrela, ni obedece a ninguna petición y, en consecuencia, puede iniciarse en cualquier momento, a partir de su conocimiento. Los profesionales involucrados en estas prácticas están protegidos por el secreto profesional. La investigación puede precluirse en los casos de falta de culpabilidad y de antijudicialidad.

Al respecto afirman Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso⁶⁷ que la normatividad era laxa en la medida en que los involucrados en las prácticas no estaban obligados a ponerlas en conocimiento de las autoridades. Existía, entonces una excepcionalidad, que era considerada médicamente, en sentido de proceder la interrupción en casos de peligro inminente y grave para la salud de la madre y malformaciones fetales que no permitieran que la vida del concebido pudiera darse por fuera del cuerpo materno. Pero, hay que decirlo, era una actividad secreta en la que pocos profesionales de la salud se daban a conocer y que más bien ocurría con la participación de parteras expertas en la manipulación de embriones y del tejido de adherencia uterino, mas no en el control posterior.

2.3.3. En el marco de la Jurisprudencia entre 2006 y 2016

⁶⁷ JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, ALFONSO SIERRA, Tatiana. Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008

Es la jurisprudencia a partir del año 2006 la que marca una diferencia sustancial en la posición frente a la vida: en armonía con las constituciones de otros países y con la normatividad internacional de los derechos humanos, la Constitución Política reconoce el derecho a la vida, como integrante de dichos derechos y como lo dice la propia Corte Constitucional: “La Carta de 1991, constituye en esta materia –como en tantas otras- un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo”.⁶⁸

Según la Corte Constitucional existe, a partir de distintas sentencias, un deber de protección a la vida, no obstante que esta no tiene un valor absoluto que debe ponderarse cuando se encuentra frente a otros derechos constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al carácter del *nasciturus*, la Corte Constitucional no discute su carácter de persona sino más bien que se trata de una vida humana que se gesta y frente a la cual el Estado tiene el deber de protección:

Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.⁶⁹

Este deber de protección debe materializarse en medidas de tipo legislativo, de tal manera que sean apropiadas para garantizar su eficacia, y “en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*”.⁷⁰

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹ *ibid*

⁷⁰ *ibid*

En este sentido, el derecho penal, a juicio de la Corte Constitucional solo debe actuar en aquellos casos cuando no existan medios que garanticen la vida del que está por nacer o los medios existentes sean insuficientes. “ Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”.⁷¹

Según esta sentencia, hay que diferenciar entre vida y derecho a la vida, en tanto la primera transcurre en distintas etapas, cada una con una protección específica y afirma categóricamente:

Si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta⁷².

A partir de la Sentencia C-355 de 2006, la posición jurisprudencial ha reiterado que puede interrumpirse voluntariamente el embarazo en los casos determinados en ella. Puede hablarse, entonces, de la existencia de un importante número de autos y sentencias en los que se decide acerca del tema, considerando las limitaciones impuestas por la misma sentencia, así las denominan Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso⁷³ y que se expresan en: la existencia de requisitos en cada uno de los casos en que se despenaliza el aborto; en la exigencia del consentimiento paterno o del cónyuge; en el término

⁷¹ ibid

⁷² ibid

⁷³ JARAMILLO SIERRA Y ALFONSO SIERRA, op. cit. p.255

de realización; en la objeción de conciencia; en los límites impuestos al legislador para los casos previstos y la vigencia de la transformación legal.

Entre las decisiones tomadas y que se fundamentan en el precedente de la Sentencia C-355 y sus disposiciones se encuentran:

El auto 360 del 2006: se niega la petición de nulidad de la sentencia C-355 del 2006 fundaba en la falta de congruencia entre el contenido de las demandas de inconstitucionalidad.

Sentencia T-636 del 2007: la Corte reitera la protección del derecho constitucional a la salud por acción de tutela y aclara que el derecho al diagnóstico hace parte de él.

Sentencia T-988 del 2007: La Corte reitera el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por la violación de una mujer discapacitada e impedida de expresar su voluntad y defiende la posición de que en cualquier circunstancia se debe actuar para su beneficio de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución nacional y de la sentencia C-355 del 2006.

Sentencia T-171 del 2007: En esta sentencia se reitera el deber de las entidades judiciales y de salud de proteger el derecho a la IVE de una mujer que presenta embarazo con grave malformación del feto y hace inviable su vida fuera del útero.

Sentencia T-209 del 2008: En esta sentencia se definen las condiciones para apelar a la objeción de conciencia, como un recurso individual el médico que sólo podrá hacer uso de él garantiza una remisión efectiva para la prestación del servicio de IVE a otro profesional competente.

Sentencia T-946 del 2008: En esta sentencia la Corte reitera que el único requisito para acceder al derecho de la IVE en caso de violación, incesto o inseminación artificial no consentida es la denuncia del hecho, y considera cualquier otro requisito como barrera en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Sentencia T-388 del 2009: Esta sentencia reitera que las consecuencias en la salud no está referida únicamente a la salud física, certificada por un médico, sino también a la afectación de la salud mental certificada por los/as psicólogos/as. Además ordena la implementación de procesos masivos de educación sobre salud y derechos sexuales y reproductivos.

Sentencia T-009 del 2009: Esta sentencia señala que el derecho a la dignidad humana se viola si se irrespeta la autonomía de una mujer para tomar la decisión de la IVE y enfatiza que la mujer afectada es la única persona que puede decidir al respecto. Incluyendo las menores o niñas de 14 años tienen derecho a la IVE, y debe respetarse su decisión incluso si sus padres no están de acuerdo con ésta.

Sentencia T-585 del 2010: Esta sentencia establece que los derechos sexuales y reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución de 1991.

Sentencia T-636 del 2011: Esta sentencia establece la responsabilidad de la EPS para evaluar si la IVE es procedente en cada caso concreto bajo criterios científicos y con observancia de la jurisprudencia.

Sentencia T-841 del 2011: En esta sentencia se establece que el riesgo para salud mental de la mujer es razón suficiente para llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Se reitera un plazo de 5 días para que las EPS atiendan las solicitudes de IVE y lleven a cabo los procedimientos en los casos en los que se encuentran permitidos.

A manera de conclusión de este capítulo y no obstante que abundan las sentencias de la Corte Constitucional en las que se reconoce el derecho de las mujeres al aborto en los casos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, se comparte la apreciación de Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra⁷⁴ en el sentido de que las limitaciones establecidas en la sentencia se han convertido en trabas al ejercicio del derecho, que es el tema que se abordará en el siguiente capítulo.

⁷⁴ ibid

CAPÍTULO TERCERO.

LA VIABILIDAD DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER EN COLOMBIA.

3.LA AUTODETERMINACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA REPRODUCCIÓN

Este tema es crucial para la comprensión del tema tratado. La Corte Constitucional le ha dado una importancia que es fundamental y que traza los lineamientos de sus decisiones.

3.1. PROTECCIÓN Y DESCONOCIMIENTO

La Corte Constitucional en el fallo C-355 de 2006, **sentencia hito que definió los tres casos en los cuales es viable la interrupción voluntaria del embarazo sin que con esta conducta se viole la ley penal.** En la ponderación entre el derecho de las mujeres a decidir dicha interrupción y el derecho a la vida fue evidente la protección de la vida que está en gestación, afirmando la falta de competencia para establecer en que momento inicia la vida humana, por ser este un tema que compete a campos científicos en los que la ciencia jurídica no está en capacidad de intervenir.

Esta sentencia respondía a un largo debate y a un más largo y doloroso problema social existente en Colombia, el de los abortos practicados en condiciones de clandestinidad y ocultamiento, debatido en diversos foros internacionales y que en el país no era tema de agenda del Gobierno que consideraba que no podían tomarse decisiones de manera contraria al derecho a la vida. Algunos debates en el Congreso tampoco habían logrado encarar el tema de la despenalización. Fueron, entonces, las decisiones en la Corte Constitucional, ya relacionadas, las que discutieron dicho tema, mientras que la Defensoría del Pueblo, en una

audiencia en 2001 sobre embarazo en adolescentes, se refirió a 300.000 abortos al año, en condiciones clandestinas como una práctica contraria a la garantía de la vida⁷⁵. El defensor del pueblo en 2001, el doctor Eduardo Cifuentes, propuso la despenalización considerando que el aborto y las muertes como consecuencia de las prácticas privadas, eran un problema de salud pública.⁷⁶

En la información recogida en los documentos publicados por el organismo Mesa por la Vida, se encuentra que en el año 2003 el Ministerio de Protección Social produjo el documento conocido como la Política Nacional de Salud Sexual y reproductiva en el cual se acataban los compromisos que Colombia adquirió ante organismos internacionales y que propugnaban por los derechos de la mujer⁷⁷. Se dijo en este documento oficial sobre los derechos aplicables a las mujeres:

Son derechos fundamentales en la medida en que las decisiones sobre la sexualidad y la reproducción y la atención a las enfermedades y eventos relacionados con ellas, entrañan el ejercicio de derechos tales como el derecho a la vida;⁴¹ a la igualdad y a no sufrir ningún tipo de discriminación,⁴² y a la integridad personal.⁴³ En la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se afirmaba que el Estado colombiano no sólo debe velar por la SSR al ser la salud y la seguridad social servicios públicos de carácter obligatorio, sino que por medio de una política integral de derechos en salud sexual y reproductiva debe construir sujetos autónomos, capaces de vivir una vida sexual y reproductiva libre, plena y sobre todo llena de garantías.⁴⁷⁸

Pero, a pesar de la declaración anterior, la penalización del aborto seguía vigente, aunque este hecho no disuadía a las miles de mujeres que anualmente acudían a médicos, parteras, enfermeras y personas entrenadas para esta práctica, pero sin recursos quirúrgicos y posparto para adelantar la asistencia en

⁷⁵ La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. La Lucha por la despenalización del aborto en Colombia. El derecho a decidir sobre el cuerpo y la libre opción a la maternidad. Bogotá, 2007. [Versión digital] < http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2016/11/La-lucha-por-la-despenalizaci_n-del-aborto-en-Colombia.pdf

⁷⁶ Ibid, p. 22

⁷⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. Derecho Internacional de los derechos humanos y derecho al aborto en América Latina. 2005. [Versión digital] <https://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>. Consultado en septiembre de 2017

⁷⁸ Op. cit. La Mesa por la Vida, 2007, p. 23

estos casos. Fue en este contexto que el proyecto denominado LAICIA, se asocia con la Mesa y se desarrolla una campaña comunicativa importante que creó una opinión pública favorable a lo que fue el fallo de la Corte Constitucional⁷⁹.

En la Sentencia C-355 de 2006 se profundiza un asunto que es fundamental: el derecho a la libre autodeterminación reproductiva. La Corte Constitucional, al tratarlo, hace explícita su relación con la autonomía de la persona y con la facultad que esta tiene para darle sentido a su existencia y, en consecuencia con dicho sentido, optar por una forma de vida y fijarse unos objetivos por alcanzar. Cercenar el derecho a la autodeterminación e imponer la obligación a una mujer de ser madre cuando no lo desea, significa violar este derecho que bajo ninguna circunstancia puede ser limitado, como bien se establece en la Sentencia T-023 de 2003 en la cual se hace una clara especificación de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser desconocidos (ni siquiera en condiciones de privación de la libertad, como lo dice esta sentencia), tal es el caso es el caso del derecho a la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, entre otros.

Es la dignidad humana la que garantiza la autonomía, ha afirmado la Corte Constitucional y en lo que tiene que ver con la mujer el ámbito garantista se refiere a todas las decisiones que tienen que ver con su vida, entre ellas la de la autodeterminación reproductiva que se concreta en la prohibición de que los roles de género la estigmaticen o le infrinjan sufrimientos morales deliberados.⁸⁰

La Corte en su decisión estableció que consagrar el derecho fundamental de autodeterminación en cuanto al número de hijos, pero obligarla a ser madre luego de un embarazo no deseado, porque ha ocurrido en condiciones en las cuales el consentimiento no era libre, ni producto de una decisión autónoma o porque media peligro para la vida del feto o de la madre, era una situación que debía resolverse, matizando así lo que puede considerarse como clara tensión entre los derechos del ser humano mujer, frente al de las demás personas.

Pero la Corte se mantiene dentro de un criterio de excepcionalidad del aborto dentro del ámbito de los derechos sexuales de la mujer, sin mencionar en dicha

⁷⁹ Ibid. p. 24

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006, p. 225

sentencia el tema del derecho a la igualdad, no obstante que debió haberlo hecho, en consonancia con lo dispuesto en la Sentencia T-023 de 2003, en la cual afirmó acerca de dicho derecho:

El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.

La igualdad exige el mismo trato par los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya que por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuido que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en posición de debilidad del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones”⁸¹.

En la Sentencia C- 327 de 2016, en la cual se decide una demanda de inconstitucionalidad del artículo 90 del Código Civil sobre el principio de la vida de la persona, la Corte ratifica el criterio de la protección de la vida como valor, más no en términos absolutos, puesto que se violarían así derechos fundamentales de las mujeres.

De ahí que la vida como valor tenga una protección proporcional cuando se encuentra en tensión con los derechos sexuales y reproductivos en los casos relacionados con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de los que trató la sentencia C-355 de 2006[138]. En consecuencia, es

⁸¹ Sentencia C- 094 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

importante reiterar la línea jurisprudencial de esta Corporación que ha dado plena aplicación a este precedente. (el de los derechos de las mujeres a la interrupción)

[...] mas adelante dice:

Esta línea, que aplica los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la protección de los derechos fundamentales cuando se encuentran en tensión con otros valores constitucionales no es exclusiva en el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres como un derecho fundamental frente a la protección del valor de la vida. Este ejercicio de ponderación también ha sido aplicado por esta Corporación frente al derecho a la vida, al admitir el derecho a morir dignamente o la eutanasia.

Es evidente que se le otorga un papel preponderante a la libre autodeterminación, más no en todos los casos en los cuales la decisión de la mujer no coincide con la maternidad. En la Sentencia C-355 de 2006 se considera la vida como un derecho fundamental cuya protección varía, por cuanto se considera que el derecho a la vida y la vida son totalmente diferentes. En ese sentido, la vida como valor tiene una protección proporcional frente al contenido de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la vida, a la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de las mujeres. Pero en los casos establecidos en la sentencia en mención la protección de la vida no es absoluta pues existen otros derechos que deben ser protegidos.

Es así como se han seguido los lineamientos de la sentencia T-023 de 2003 sobre el derecho a la igualdad, según el cual esta se refiere al mismo trato que debe darse a los “entes”⁸² y hechos que están cobijados por una misma reglamentación, lo que impone el deber para las autoridades de adoptar medidas a favor de quienes están discriminados o marginados, de manera tal que la igualdad sea un principio que permita igualar a las personas mediante dichas medidas sin considerar que dicha igualdad sea un molde rígido que se aplica de la misma manera a todas las personas, no obstante que se condición sea diferente.

⁸² Pag. 16

3.2. LIMITACIONES AL DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

Sin embargo, a pesar de dicho fallo y de ser obligatorias las órdenes impartidas por la Corte Constitucional para todos los operadores de la salud en Colombia, los diagnósticos acerca de la situación han variado poco. En 2008, año en el cual se realizaron en Colombia 400.000 abortos inducidos pues una de cada 26 mujeres tuvo un tipo de procedimiento de estos, tan solo el 0.08% fueron legales, según lo afirman Ana Cristina González y Viviana Bohórquez⁸³. Estas autoras, citando datos de Guttmacher Institute y Fundación Orientame⁸⁴ afirman: “seis de cada 10 instituciones de salud en Colombia, que tienen capacidad de dar servicios de atención postaborto no lo hacen y cerca de nueve de cada diez instituciones no ofrecen servicios de aborto legal”⁸⁵. Datos de la Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres dan cuenta de 387 casos de mujeres entre 2006 y 2012, que han tenido obstáculos y negaciones sin justificación para recibir servicio en este tema. Como bien han dicho

3.2.1 Las barreras al derecho

Las autoras González y Bohórquez han caracterizado los obstáculos y vulneraciones al derecho al aborto y las denominan “barreras” que son descritas como: 1. Fallas en la disponibilidad de los operadores de salud, 2. fallas en la accesibilidad, 3. fallas en la aceptabilidad, 4. fallas en la calidad.

En lo que tiene que ver con las fallas en la disponibilidad se refieren a la negación o a la dilación en la prestación, aduciendo las entidades de salud que no existe reglamentación legal, no obstante que no se requiere más, de conformidad con la sentencia C-355, que la voluntad libremente expresada de la mujer para hacerlo.

Al referirse a las fallas en la accesibilidad, estas tienen que ver con la exigencia de requisitos como dictámenes médicos, órdenes de jueces, notificación a

⁸³ GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina , BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana. Estándares sobre Aborto, Protección del Derecho a la salud y otros Derechos Humanos. Rutas para avanzar en la Agenda del Programa de Acción de El Cairo, Más Allá del 2014. Bogotá, 2014 [Versión digital] <
<http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2016/11/Estudio-de-caso-Colombia.pdf>

⁸⁴ Ibid, p. 18

⁸⁵ Ibid, p. 18

familiares. En las investigaciones acerca de esta barrera se encuentran fallas en los diagnósticos, orden de realización de juntas médicas, convirtiendo la decisión en una decisión médica, cuando según la Corte es una decisión autónoma de la mujer⁸⁶.

Las fallas de aceptabilidad son las referidas a las objeciones de conciencia que se realizan de manera irregular y ejerciendo acciones que atentan contra los derechos de la mujer, como se da en el caso de tratar de inducir cambios en la decisión tomada, argumentando motivos de salud, de ética o de religiosidad. Se ha dado el caso de objeciones de conciencia por parte de funcionarios judiciales que deben decidir en casos de tutelas interpuestas⁸⁷.

Y, finalmente, las fallas de calidad son aquellas que ocurren con mucha frecuencia por cuanto existe una evidente falta de entrenamiento médico, razón por la cual es necesario que las mujeres acudan a servicios especializados con lo cual se encarece e impide el servicio solicitado.⁸⁸

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres⁸⁹, organismo cuya actividad en este campo incluye diversos trabajos de investigación, muestra, en un trabajo coordinado por Ana Cristina González Vélez una importante ampliación del concepto de barreras que se había tratado en el trabajo al que se hizo referencia en los párrafos anteriores – las cuales que impiden un verdadero ejercicio del derecho. Es así como se refieren a tres grandes categorías de desconocimientos del derecho reconocidos expresamente por la Corte Constitucional y que son: el desconocimiento del marco legal, la interpretación restrictiva del marco legal y la falla en la prestación del servicio de salud. Cada una de las categorías incluye subcategorías que a su vez incluyen barreras. Estas se enuncian, tal como lo hace La Mesa en el documento citado y a un gran número de ellas se ha referido la Corte Constitucional a lo largo de los once años de proferido el fallo C-355 de 2006. A estos temas se hará referencia siguiendo el estudio citado⁹⁰:

⁸⁶ Ibid, p. 20

⁸⁷ Ibid, p. 20

⁸⁸ Ibid. p. 20

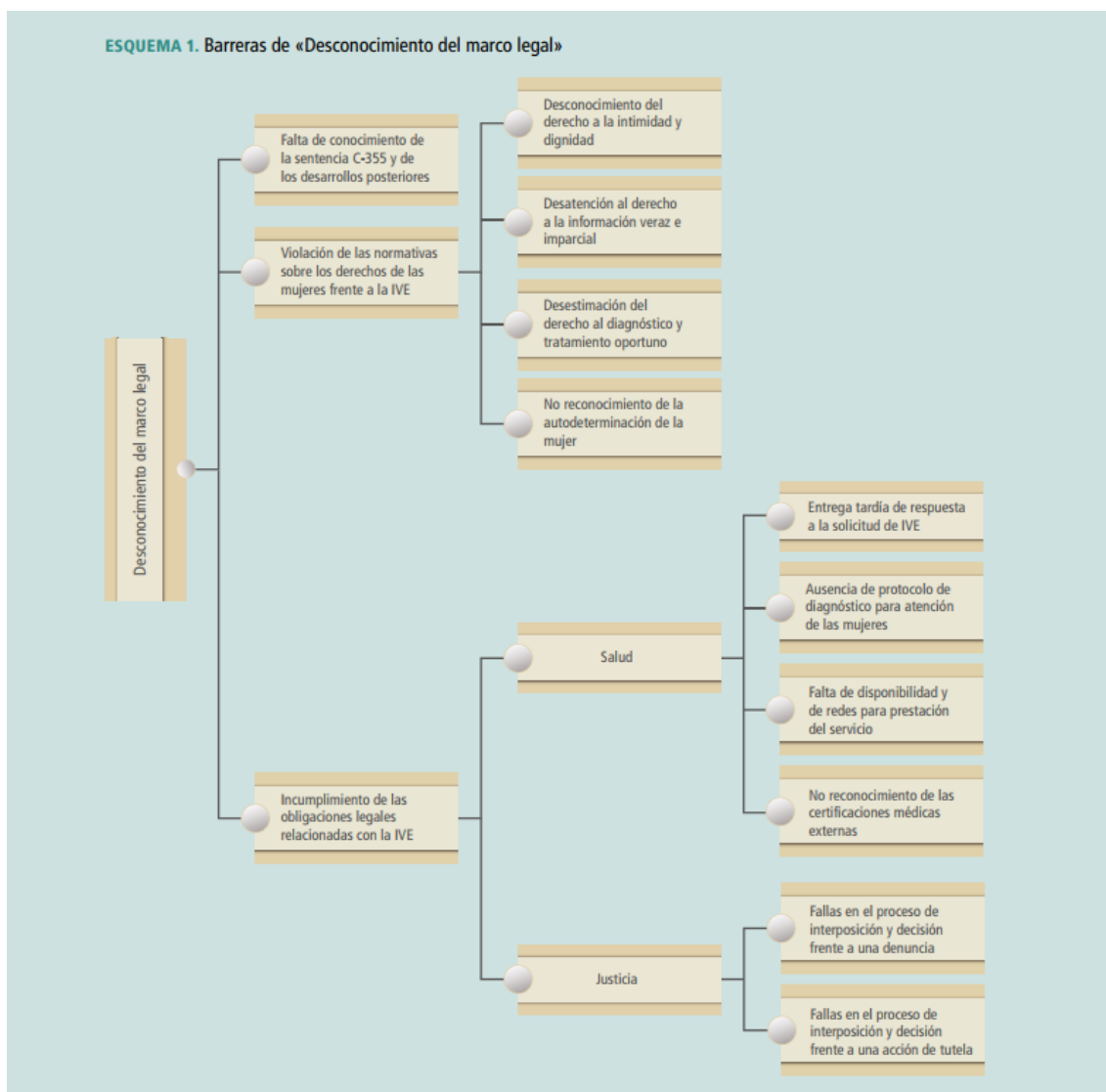
⁸⁹ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, Bogotá 2014. [Versión digital] <

http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2017/05/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

⁹⁰ ibid

3.2.1.1. Desconocimiento del marco legal. Subcategorías y barreras

Tabla 1. Barreras de desconocimiento



Fuente: LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, Bogotá 2014. [Versión digital]

La falta de conocimiento de la sentencia y de los desarrollos de esta en otros fallos que le han seguido es evidente y se presenta en los casos en que las entidades encargadas de la prestación del servicio, los operadores de la justicia y los funcionarios que deben intervenir en estos casos no tienen la información necesaria. Es este desconocimiento una fuente generalizada de

desconocimiento de los derechos que, según la Mesa ocurre en un 73.7% de los casos conocidos por la entidad⁹¹

Sobre algunas de las categorías y subcategorías que señala la Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres se ha pronunciado la Corte Constitucional:

Falta de conocimiento de la Sentencia C-355 de 2006 : Sentencia T-388 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop E. P. S

3.2.1.2. Violación de las regulaciones sobre los derechos de las mujeres frente a la Interrupción voluntaria del embarazo

Desconocimiento del derecho a la intimidad y dignidad de la mujer y violación de la confidencialidad sobre la identidad y detalles del caso: Sentencia T-388 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop E. P. S

Se desatiende el derecho de la mujer a la veracidad e imparcialidad de la información que recibe por parte de los funcionarios públicos cuando se le entrega información errónea o distorsionada sobre el trámite para acceder a una IVE o sobre el procedimiento médico. Asimismo cuando se les entrega información falsa sobre el trámite o los requisitos para interponer una denuncia por violencia sexual: Sentencia T-388 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop E. P. S

Desconocimiento del derecho al diagnóstico y tratamiento oportuno no implementando las medidas con la celeridad que se requiere: Sentencia T-841 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

⁹¹ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, ibid 2016

Omisión del derecho de la mujer a decidir sobre la continuación o terminación del embarazo, al asumir esta responsabilidad los terceros (No reconocimiento de la autodeterminación de la mujer) : Se omite el derecho de la mujer a decidir sobre la continuación o terminación de su embarazo cuando se asume que terceros pueden decidir por ella.

Se refiere el estudio, además, al incumplimiento de las obligaciones generales relacionadas con la IVE, como son:

La respuesta a la solicitud de interrupción tarda más días de los establecidos por las normas: Sentencia T-841 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Las instituciones prestadoras de servicios de IVE no cuentan con un protocolo de diagnóstico para la atención de las mujeres solicitantes de servicios de IVE.: Sentencia T-585 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

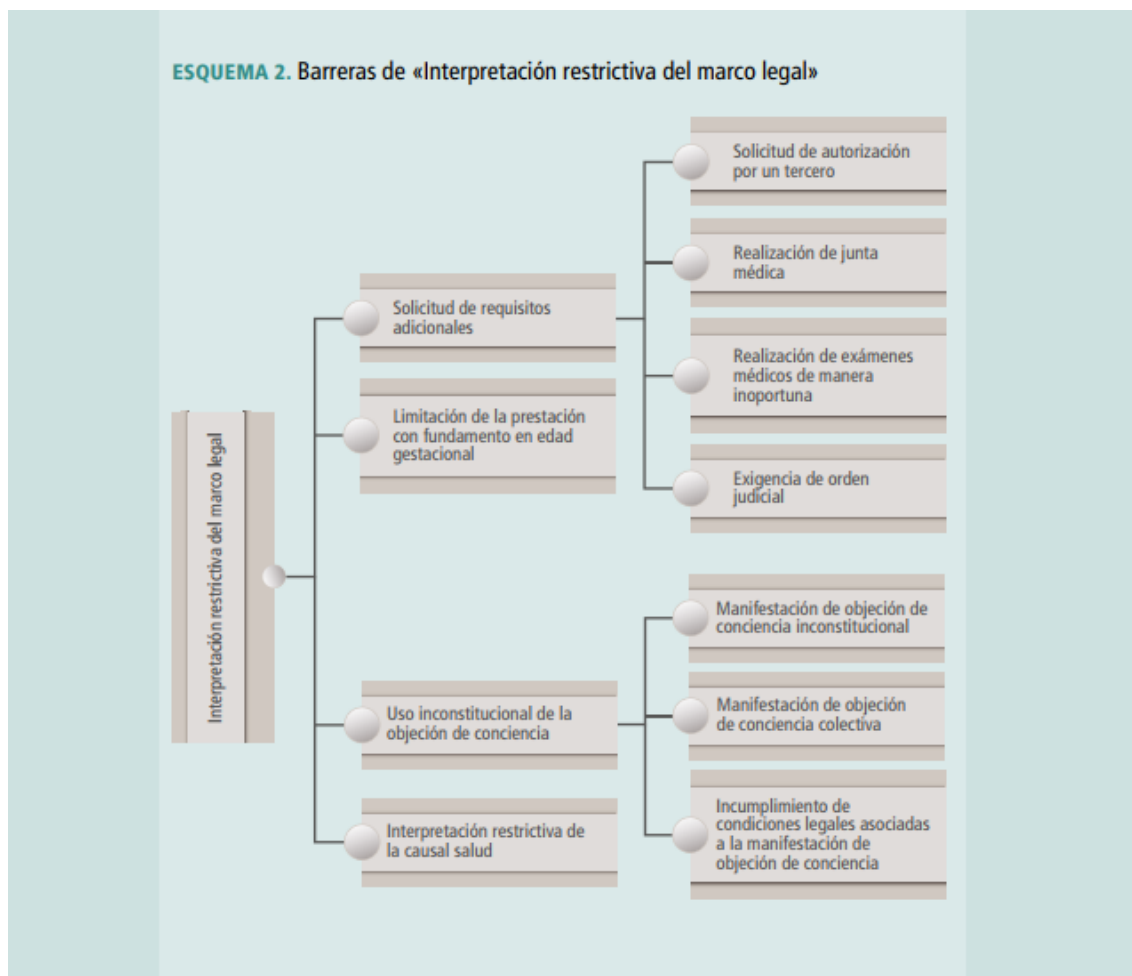
También se ha considerado que las instituciones no tienen ni disponibilidad ni redes de servicios de IVE, lo que genera que los prestadores y profesionales de servicios de salud no reconozcan las certificaciones médicas sobre el riesgo a la salud o a la vida que provienen de profesionales de la salud externos a la red de la institución en cuestión: Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda. De acuerdo a esta sentencia, una entidad prestadora de servicios de salud solo puede desconocer un concepto de un médico no adscrito a su red de prestadores, cuando su posición se funda en razones médicas especializadas. Es decir que un concepto médico no se puede desconocer bajo el argumento de que proviene de un médico no adscrito a su red.

3.3. DESCONOCIMIENTO POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN LEGAL .

Se da con frecuencia en los casos de violencia sexual en que las autoridades no reciben la denuncia o no entregan copia de esta:

Los funcionarios judiciales se niegan a recibir o a fallar a favor de una acción de tutela interpuesta con la finalidad de obtener una orden perentoria del juez para realizar la IVE.

Tabla 2. Barreras de interpretación legal



Fuente: LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, Bogotá 2014. [Versión digital

La Interpretación restrictiva de la causal salud se evidencia cuando los prestadores, profesionales de la salud, operadores de justicia y funcionarios del sector protección otorgan una comprensión sesgada o limitada al concepto de salud con respecto al concepto de salud integral que incorporó la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 según el cual la salud es un estado de bienestar completo físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedades o dolencias. En concreto, esta barrera se configura cuando, al

momento de determinar el riesgo que un embarazo implica para la salud o la vida de la mujer, los profesionales de la salud consideran de manera exclusiva la afectación 39 de la dimensión física de la salud, dejando por fuera la dimensión del bienestar mental y/o la social. De esta forma, se reconoce la afectación a la salud física como única válida para acceder a la IVE.

Igualmente existe pronunciamiento jurisprudencial en los casos de:

Autorización por parte de un tercero como es: el responsable legal, el cónyuge, médicos o asesor jurídico.

Realización de juntas médicas

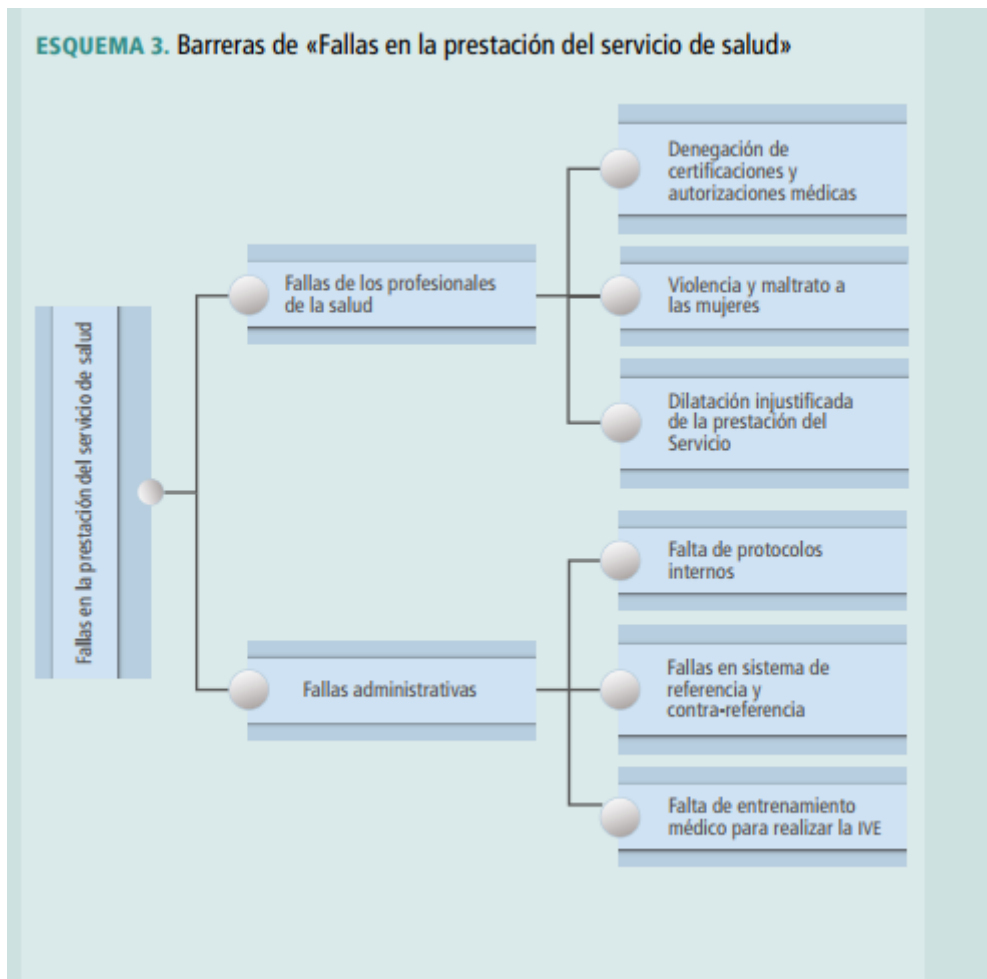
Solicitud de exámenes de salud practicados inoportunamente

Exigencia de órdenes judiciales

La falla en la prestación del servicio

3.4. BARRERAS PROVENIENTES DEL SECTOR SALUD

Tabla 3. Barreras del sector salud



FUENTE: LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, Bogotá 2014. [Versión digital]

Como puede verse solo sobre algunas de las barreras se han pronunciado las autoridades con lo cual las mujeres están desprotegidas completamente en determinados casos, precisamente porque no existe el precedente jurisprudencial que pueda aducirse. En particular es grave el asunto de la falta de competencia y de procedimientos en las instituciones y el trámite no debido de la objeción de conciencia, que se ha vuelto una de las barreras más fuertes

En el año 2009 parte de la reglamentación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, para facilitar el acceso a los servicios de IVE, fue suspendida provisionalmente en el marco de un proceso judicial de nulidad; esta situación ocasionó confusiones entre la comunidad médica, proveedores de servicios,

funcionarios y mujeres. Algo similar sucedió con la Circular 003 de abril de 2013 de la Superintendencia de Salud que contenía directrices para los hospitales, clínicas y EPS en relación con los procedimientos a realizar en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. El fallo, el Consejo de Estado, sin embargo, mantuvo vigente lo dispuesto en la última resolución, la cual constituye un anexo en este trabajo, y se reconoce que la IVE constituye un derecho fundamental que el Estado debe garantizar:

Dijo el Consejo de Estado

Lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y en la abundante jurisprudencia de tutela que se ha ocupado del asunto, *no dejan duda sobre la existencia en Colombia del derecho fundamental a la IVE de las mujeres que se encuentran en los tres supuestos definidos por la Corte. Derecho fundamental que cuya efectividad está directamente ligada con la responsabilidad del Estado en materia de salud, por lo cual las garantías de su disfrute dependen del cumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de asegurar el acceso a servicios de salud prestados de manera integral, oportuna, con calidad y eficacia*” (Subrayado fuera del texto original).⁹²

También se refiere el Consejo de Estado a la objeción de conciencia y a la regulación por la Superintendencia, por tratarse de un tema que no le compete a esta entidad. Igualmente se refiere a que dicha objeción no puede ser institucional, sino que en todos los casos es un asunto individual y que puede alegarse con fundamento en una razón de tipo religioso o ético y nunca con fundamento médico, pues en este caso se trataría de un asunto totalmente ajeno a la conciencia.

En su decisión, el Consejo de Estado afirma que temas como la objeción de conciencia no debería ser parte de la circular (pág.190 y ss) pues, según su interpretación, la prohibición de la objeción de conciencia institucional establecida en varias sentencias de la Corte Constitucional no puede asumirse como una regla general que la Superintendencia pudiera regular.

⁹² MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. El fallo del Consejo de Estado NO cambió las reglas para la prestación de servicios de abortos seguros y oportunos. Consultado e: <<http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/2017/01/16/el-fallo-del-consejo-de-estado-no-cambio-las-reglas-para-la-prestacion-de-servicios-de-abortos-seguros-y-oportunos/>>

Al reafirmar el Consejo de Estado la objeción de conciencia como un asunto individual y no institucional es claro que ningún prestador de servicios de salud privado o público, ni una EPS puede acudir a esta forma de impedir la IVE.

Al quedar en firme la Circular 003, la Superintendencia de Salud puede investigar y vigilar a las entidades que no presten el servicio de Interrupción a quienes lo soliciten ajustándose a lo dispuesto en la sentencia.

Al referirse al reconocimiento constitucional y la suspensión provisional de la Resolución número 003 de 2009 por parte del Consejo de Estado, la abogada defensora del derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo, Mónica Roa, está convencida que más que leyes y normas de procedimiento lo que en el país ha faltado es la aplicación de lo que la Corte Constitucional ordenó. Dijo así la abogada a la cadena Caracol ⁹³:

La cantidad de veces que hemos tenido que insistir en que los derechos siguen vigentes, que las mujeres pueden hacer valer sus derechos sin recurrir a tutelas, sin tener que pagar, sin tener que pedir autorización judicial, etc., realmente, creo, que es sintomática de la debilidad institucional que tenemos en este momento y, obviamente, se sigue poniendo en peligro la salud y la integridad de las mujeres y las niñas que requieren de una interrupción del embarazo.

Hay que decir que dicha Resolución fue demandada ante el Consejo de Estado, pero este finalmente la confirmó.

De manera general, puede decirse que tal como se estableció en la Sentencia C-355 de 2006, la prohibición total del aborto vulnera algunas de las decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que disponen que no garantizar el aborto cuando existen graves malformaciones del feto constituye una violación al derecho a estar libre de torturas y tratos crueles, que consagra el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁴

⁹³ CARACOL RADIO. Mónica Roa afirma que los derechos están vigentes. En: <
http://caracol.com.co/radio/2009/11/12/nacional/1258028700_908941.html

⁹⁴

Y como lo afirma la sentencia C-327 de 2016, al desconocimiento de estas normas subyace la violación a las normas dispuestas por el Comité de Derechos Humanos⁹⁵, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁶, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Lo anterior en razón a que como la propia Corte Constitucional lo ha sostenido, *“En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”*⁹⁷. Esta, que es una postura reiterada, como la misma Corte lo cita en la Sentencia C-327⁹⁸, permite concluir, *“que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad”*.

⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

⁹⁶ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

⁹⁷ Sentencia C-010 de 2000.

⁹⁸ Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

3.5. LA VISIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD Y EL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

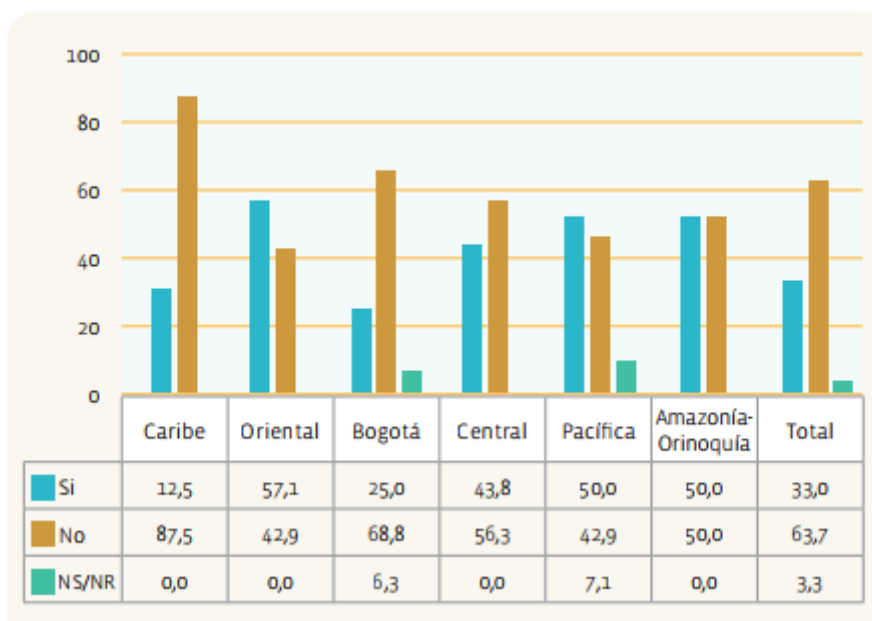
El Ministerio de Salud y el Fondo de Población de las Naciones Unidas – UNFPA – publicaron en el año 2014 los resultados de un estudio sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, dentro del cual se incluyó un capítulo con abundante información relacionada con las barreras de acceso a la IVE y las dificultades, de acuerdo con el tipo de procedimiento. Igualmente las barreras por desconocimiento de la Sentencia y los factores posterior a la Interrupción del embarazo y la Interrupción Voluntaria del mismo.⁹⁹ Los datos que se consignan en adelante han sido tomados del estudio citado:

La gráfica siguiente da cuenta de los porcentajes de dificultad por regiones en la que se destaca el alto porcentaje de dificultad en la zona oriental del país, en la zona Pacífica, Amazonía- Orinoquía, mientras en Bogotá la dificultad es menor y en la zona Central es una dificultad mediana.

⁹⁹ MINISTERIO DE SALUD, FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas. Bogotá, 2014

Gráfica 1. Dificultades para interrupción del embarazo

Gráfica 31. ¿Encontró alguna dificultad para interrumpir el embarazo? (porcentaje)

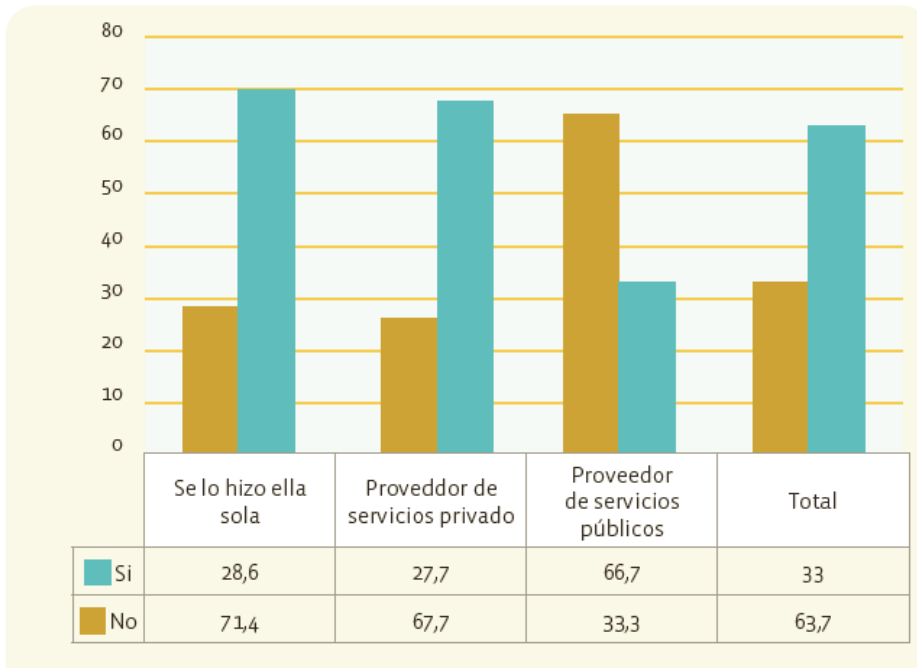


Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)

Entre las mujeres que encontraron dificultades se analizan los casos en los que el procedimiento se lo hizo la misma mujer, aquellos en que acudió a un proveedor de servicios privado o a un proveedor de servicios públicos y los resultados los presenta en el siguiente cuadro:

Gráfico 2. Dificultades por procedimientos

Gráfica 32. Porcentaje de casos en los que las mujeres SI encontraron algún tipo de barrera o dificultad, por tipo de procedimiento (porcentaje)



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)

Resaltan los resultados cuando el procedimiento se lo hizo la mujer o lo hizo en un proveedor de servicios privado: en estos casos los índices de dificultad se encuentran entre un 67% y un 70%, mientras que en los proveedores de naturaleza pública las dificultades fueron del orden de un 34%

Barreras y dificultades por tipo de procedimiento Ahora bien, por tipo de procedimiento, llama la atención que en el 66,7% de IVE (gráfica 32), las mujeres que acudieron a un proveedor de servicios público, manifestaron haber encontrado alguna barrera (gráfica 32). Por su parte, solo el 28,6% de los casos en que la interrupción la realizaron ellas solas, el 27,7% de los casos en donde acudieron a un proveedor de servicios privado para interrumpir el embarazo, las mujeres manifestaron haber encontrado alguna barrera.

El estudio señala las barreras de mayor ocurrencia cuando el proveedor de servicios era público:

Negación del servicio por objeción de conciencia por parte del personal,

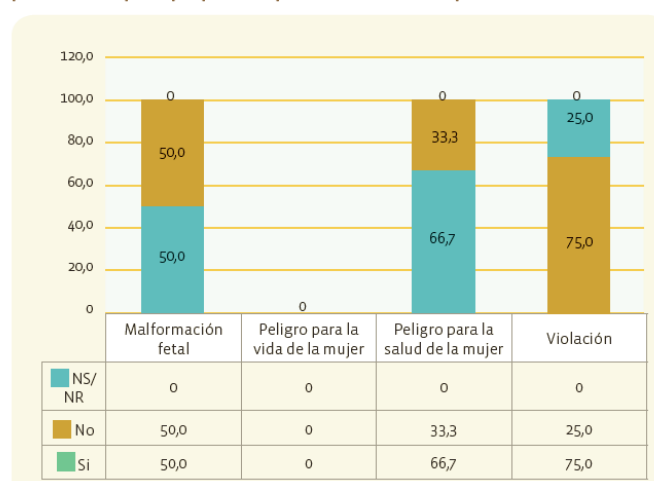
Trabas y demoras para la prestación del servicio

Exigencia de documentos adicionales cuando se trató de la causal de violación.

En los casos de malformación fetal, peligro para la vida de la mujer, no fueron solicitados documentos adicionales en los proveedores privados. En los casos de peligro para la salud de la mujer un 33.3%, igual en los casos de violación. Estos resultados contrastan con los de los proveedores de servicios públicos en los cuales para los casos de malformación fetal la proporción entre la exigencia de documentos y la no exigencia es igual: 50% para cada caso. En el evento de peligro para vida de la mujer la exigencia de documentos es 0%, mientras que cuando el peligro es para la salud de la mujer, al 33% no le exigen mientras que al 66.7% si le exigen y en los casos de violación hay un 75% de exigencia frente a un 25% de no exigencia.

Gráfica 3. Dificultades por procedimientos

Gráfica 34. Porcentaje de casos en los que se solicitaron documentos adicionales para la interrupción por parte del proveedor de servicios público.



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)

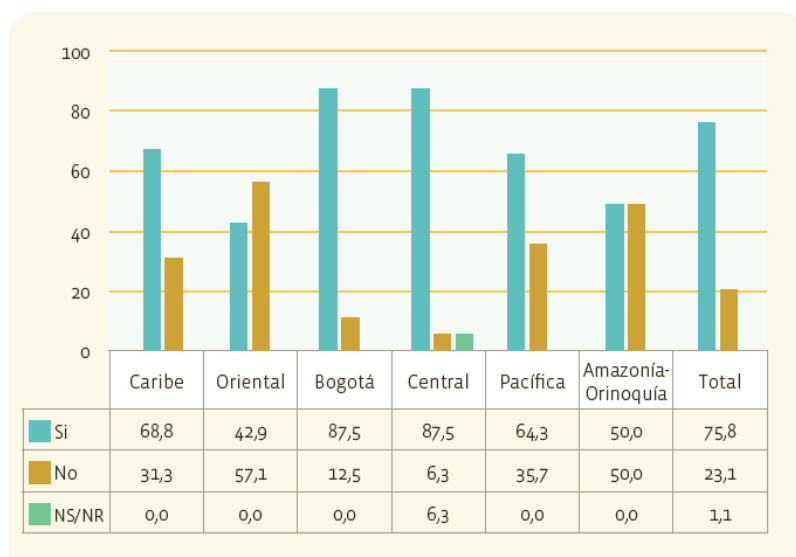
Dificultades para el acceso a la Interrupción del embarazo

El Ministerio de Salud establece un matiz en cuanto a que la interrupción se realice por fuera de los parámetros establecidos por la Sentencia C-355 de 2006, dificultades que tienen que ver con el costo del procedimiento, la actitud de los prestadores ante la conducta de la mujer, la dificultad para conseguir los medicamentos, el miedo a la clandestinidad y el ambiente hostil en este caso.

Las barreras por desconocimiento de la Sentencia

Gráfica 4. Desconocimiento de la Sentencia

Gráfica 35. Porcentaje de mujeres que manifestaron conocer la Sentencia por región



Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)

El estudio del Ministerio de Salud y el Fondo de Poblaciones muestra que aunque el desconocimiento es inferior al conocimiento, este no es lo suficientemente preciso y detallado, según lo expresaron las mujeres encuestadas. Muchas de ellas manifiestan no importarles lo que diga la Sentencia, simplemente acuden cuando tienen la necesidad personal o familiar de hacerlo.

Otros factores que se analizan en el estudio tienen que ver con factores emocionales posteriores a la interrupción, con los imaginarios y creencias sobre la interrupción pero estos solo se mencionan por considerar que su estudio desborda el objeto de este estudio que solo considera el desconocimiento del derecho de las mujeres por parte de las entidades públicas y los prestadores de salud.¹⁰⁰

De lo anteriormente visto se infiere que el acceso a las intervenciones médicas y hospitalarias para la práctica de la IVE continúa siendo restringido y aunque difieran en muchos datos los informes de La Mesa por la Vida y la Salud de la Mujer y el Ministerio de Salud – este es mucho más benévolo en el manejo de la

¹⁰⁰ MINISTERIO DE SALUD, FONDO, *ibid*

información de los prestadores privados -, existen las barreras y ellas constituyen un obstáculo para la eficacia de los derechos y limitan la autonomía de la mujer.

3.6. Consecuencias de la existencia de barreras que impiden la IVE

La existencia de estas barreras, en todas sus formas constituye una violación del derecho efectivo de la mujer a interrumpir el embarazo. La Corte no ha desarrollado una línea jurisprudencial exhaustiva en la cual se determine con claridad dicha vulneración. En su defecto contempla los remedios judiciales, como si la demora que ocurre por las diferentes causas no significara un desconocimiento en términos reales.

Impedir de alguna manera que se practique la interrupción voluntaria del embarazo es violar el derecho de las mujeres a su práctica en las condiciones establecidas por la sentencia hito C-355 de 2006. Esta violación comporta consecuencias graves para la salud física y mental de la mujer y además implica la ocurrencia voluntaria de un daño por parte de las instituciones médicas que niegan la práctica.

La jurisprudencia se ha encargado de establecer que, en los casos en que el derecho a la IVE es amenazado o se vulnera, el juez constitucional debe intervenir y adoptar medidas judiciales a favor de la mujer. Sin embargo, la adopción de estas medidas no logra, en muchos casos, proteger verdadera y realmente el derecho, por cuanto se trata de decisiones que toman tiempo para producirse mientras el embarazo avanza y en muchos casos, cuando llega el momento de que el juez se pronuncie el embarazo ha sido suspendido por una vía no legal o ha culminado con el nacimiento de la criatura.

A pesar de que se considera, en el contexto de este trabajo, que la violación al derecho de la mujer se concreta con la interposición de las barreras mencionadas que dificultan o impiden la interrupción de la gestación, independientemente de cómo culminen los hechos, la Corte Constitucional ha decidido en forma diferente cuando los casos terminan con el nacimiento de la criatura que cuando el embarazo culmina por fuera de las alternativas

institucionales. Como lo documentan Guzmán y Chaparro¹⁰¹ al analizar los remedios judiciales adoptados por la Corte, la tendencia ha sido concederlos en forma diferencial. En el caso del nacimiento se han dado casos de reconocimiento de medidas de reparación individualizadas como una indemnización y atención especializada en salud, la protección de los expedientes y del derecho a la intimidad e identidad de las mujeres. Además se ordenó la implementación de políticas públicas para acabar con los obstáculos para acceder a la IVE y compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, al Ministerio Público, a los Tribunales de Ética Médica y al Consejo Superior de la Judicatura. A lo anterior se refieren las sentencias T- 209 de 2008, T-946 de 2008, T-841 de 2011.

En los casos en que no ocurrió el parto, según lo afirman Guzmán y Chaparro¹⁰², los remedios judiciales se redujeron a la revocatoria del fallo de primera instancia y se previno a las EPS e IPS para que se abstuvieran de colocar obstáculos y “solicitó” que se implementaran diagnósticos rápidos y se protegió el derecho a la intimidad de la actora. No se decretaron indemnizaciones particulares, ni atención en salud, como tampoco se ordenaron investigaciones disciplinarias.

En la sentencia T-532 de 2014, aunque el bebé nació debido a una demora en el centro de salud, se afirmó que no hubo vulneración al derecho de la mujer y por lo tanto no se ordenó la compensación; se contemplaron medidas para identificar la responsabilidad de la entidad, se protegió la identidad de la mujer accionante y se instó “al Congreso para que legisle sobre el término máximo para que una mujer pueda solicitar la IVE”.

¹⁰¹ GUZMÁN, Diana Esther, CHAPARRO G., Nina. Los remedios que da el derecho. El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza. Documentos Dejusticia 24. Bogotá [versión digital]. En: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_794.pdf

¹⁰² Ibid, p. 23

CONCLUSIONES

Es claro el hecho de que existe en Colombia un alto número de mujeres que acuden a la interrupción del embarazo, el cual solo fue despenalizado en tres casos: el peligro para la vida de la mujer, la malformación del feto y la violación. Para efectos de la despenalización, la Corte consagró el derecho a la autonomía reproductiva y el derecho a la salud, mediante la mencionada Sentencia C-355 de 2006. El derecho fundamental a la interrupción del embarazo se ratificó como derecho fundamental en la Sentencia T-585 de 2010 .

No obstante el reconocimiento del derecho, en el año 2008 ocurrieron 400.000 abortos, de los cuales, el 0.08% fueron legales, es decir, únicamente 32.000. Los abortos realizados en la clandestinidad son causa de muerte de muchas mujeres, en especial adolescentes y mujeres de las zonas rurales. La carencia de recursos quirúrgicos y de enfermería contribuyen a aumentar la incidencia del problema

Estas cifras solo demuestran que pese a la existencia de un marco normativo suficientemente amplio (nueve Sentencias de la Corte Constitucional que desarrollan, clarifican y definen la obligatoriedad del Estado en la promoción y garantía de las causales contempladas en la Sentencia C-355); la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia de Salud hoy vigente y que hace parte de los anexos de este trabajo, muestran que existe una brecha entre lo que está consagrado y lo que efectivamente sucede.

En la ponderación entre la garantía de la vida que se gesta y el derecho de las mujeres, la Corte ponderó el derecho de las mujeres y por esta razón despenalizó las conductas en los tres casos mencionados. La documentación consultada y citada en este trabajo muestra que la autonomía de la mujer frente a sus derechos es reconocida como autonomía reproductiva que se garantiza en los casos específicamente contemplados, pero, frente a esta, el desconocimiento de la normatividad y las barreras que los operadores y prestadores establecen, ponen en entredicho el derecho consagrado.

El desconocimiento acerca de la Sentencia y la falta de información sobre la efectividad del derecho constituyen una barrera que hace que, en muchos casos, las mujeres acudan a los procedimientos particulares y a la interrupción practicada por ellas mismas.

El desconocimiento de los requisitos y de las formas de acceder a la Interrupción voluntaria son factores que disuaden a muchas mujeres o que las obligan a tomar la alternativa de otros procedimientos, muchas veces mediante el engaño. Las dificultades para acceder a la justicia y de obtener de ella apoyo y protección afecta a las víctimas de violencia sexual..

Las fallas en el acceso y en la calidad de los servicios con otros factores que significan barreras difíciles de franquear. Los requisitos de las EPS o IPS, públicas y privadas, cuyas cifras difieren cuando se comparan el informe de la Mesa por la Vida y el del Ministerio de Salud, y que incluyen conceptos jurídicos, certificaciones médicas, juntas médicas y trámites indebidos de la objeción de conciencia, están dentro de los principales factores que impiden que muchas mujeres puedan someterse de manera segura la IVE.

La falta de capacitación de los prestadores, la obligación de las solicitantes de llenar formatos adicionales, la carencia de un protocolo interno para los procedimientos de IVE , convierten un trámite en una espera que se traduce en un avance del embarazo y un impedimento para la interrupción. - ordene, prescriba u oriente la necesidad de la interrupción del embarazo.

Puede afirmarse, entonces, que la protección del derecho a la autonomía y la libre decisión, referidos al tema reproductivo se encuentran limitados por todas estas barreras, muchas de las cuales no se han sometido al análisis de la Corte Constitucional, en especial las que hacen parte del funcionamiento del sector de la salud, razón por la cual dicho derecho tiene un alto índice de ineficacia.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar C. G. (2009). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?· Boletín mexicano de derecho comparado. En: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex127/BMD000012701.pdf>.

ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 2003.

ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ARANGO, Iván Darío. La solidez intelectual del doctor Carlos Gaviria. Revista Alma Mater, 2015.

BALCÁZAR GONZÁLEZ, Andrés. La despenalización del aborto en una sociedad liberal: el caso colombiano. Universidad del Rosario, Bogotá 2010. Trabajo de maestría en Filosofía. En: <
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1956/80758128.pdf?sequence=1>.

BERNAL PULIDO, Carlos. Bernal P. C. La metafísica de los derechos humanos. Universidad Externado de Colombia 2010. Datos recuperados de:
[://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derest&page=article&op=view&path%5B%5D=2569&path%5B%5D=2211](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derest&page=article&op=view&path%5B%5D=2569&path%5B%5D=2211).

BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos fundamentales. Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. En:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>. Consultado en febrero de 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

CEA EGAÑA, José Luis. Cea E., J.L. (2002). Derecho constitucional Chileno. Editorial Universidad Católica de Chile. Recuperado de
http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130307015213

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Constitución Política Comentada. Bogotá 1998. Impreandes-presencia.

CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN. Presidencia de la República 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia 026 de 1993, M.P. Simón Rodríguez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL. Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015. [Versión digital]
www.corteconstitucional.gov.co.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992, Magistrado Ponente
Ciro Angarita Barón p. 8. En: <
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-002-92.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-002 CORTE. Magistrado Ponente:
Alejandro Martínez Caballero-

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-222 de 1992. Magistrado Ponente:
Ciro Angarita Barón

CORTE CONSTITUCIONAL. T-532 DE 1992. Magistrado Ponente: Eduardo
Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-097 de 1994. Magistrado Ponente:
Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c-013 DE 1997, M.P. José Gregorio
Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-023 de 2003. Magistrada Ponente:
Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. Magistrados Ponentes:
Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 627 de 2012 . Magistrado Ponente:
Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-754 de 2015. Magistrada Ponente:
Gloria Stella Ortiz Delgado

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-182 de 2016. Magistrada Ponente:
Gloria Stella Ortiz Delgado

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-327 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

DELLA MIRANDOLA, Pico. Oración de la dignidad del hombre. Revista de Santander, Edición 5 , 2010. [Versión digitalizada] <
<https://www.uis.edu.co/webUIS/es/mediosComunicacion/revistaSantander/revista5/dignidadHombre.pdf>. Consultada en junio de 2017.

DEL SOLAR ROJAS, F.J. En Revista “*Los Derechos Humanos y su Protección*”. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, 2000.

EHD. La biología del desarrollo prenatal. El período del embrión (las primeras 8 semanas). [Versión digital] <
https://www.ehd.org/resources_bpd_illustrated.php?page=6&language=84>. Consultado en febrero 20 de 2017

FERRATER MORA. José. Diccionario de Filosofía. Entrada “Vida”. Editorial Ariel, 2004

GAVIRIA, Carlos. Despenalización del homicidio piadoso consentido (Sentencia C-239/97).

GAVIRIA DIAZ, Carlos. Fundamentos éticos de la democracia. Lección inaugural Universidad San Buenaventura. [versión digital] Revista Ciencias Humanas, vol. 8 N° 2, 2012.

GAVIRIA, Carlos. Educación y democracia. Cátedra UniCafam I, 2013. [Video] <<https://www.youtube.com/watch?v=qVWTyVEO8MY&t=4s>

GUZMÁN, Diana Esther, CHAPARRO G., Nina. Los remedios que da el derecho. El papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza. Documentos Dejusticia 24. Bogotá [versión digital]. En: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_794.pdf

HABERMAS, Jünger . El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En: http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/7513/5846/7650/DIA64_Habermas.pdf

GONZÁLEZ VÉLEZ, Ana Cristina , BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana. Estándares sobre Aborto, Protección del Derecho a la salud y otros Derechos Humanos. Rutas para avanzar en la Agenda del Programa de Acción de El Cairo, Más Allá del 2014. Bogotá, 2014 [Versión digital] <
<http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2016/11/Estudio-de-caso-Colombia.pdf>

HUMAN RIGHTS WATCH. Derecho Internacional de los derechos humanos y derecho al aborto en América Latina. 2005. [Versión digital] <https://www.hrw.org/legacy/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>. Consultado en septiembre de 2017.

JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, ALFONSO SIERRA, Tatiana. Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. El cuerpo humano. Teoría actual. Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. Barreras de acceso a la interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia, Bogotá 2014. [Versión digital] < http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2017/05/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

La MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. El fallo del Consejo de Estado NO cambió las reglas para la prestación de servicios de abortos seguros y oportunos. Consultado en: <<http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/2017/01/16/el-fallo-del-consejo-de-estado-no-cambio-las-reglas-para-la-prestacion-de-servicios-de-abortos-seguros-y-oportunos/>

LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. La Lucha por la despenalización del aborto en Colombia. El derecho a decidir sobre el cuerpo y la libre opción a la maternidad. Bogotá, 2007. [Versión digital] < http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2016/11/La-lucha-por-la-despenalizaci_n-del-aborto-en-Colombia.pdf

LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES. La Lucha por la despenalización del aborto en Colombia. El derecho a decidir sobre el cuerpo y la libre opción a la maternidad. Bogotá, 2007. [Versión digital] < http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2016/11/La-lucha-por-la-despenalizaci_n-del-aborto-en-Colombia.pdf

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, SANTIAGO, Esteban, HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo. Inicio de la vida de cada ser humano. ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre? Cuadernos de Bioética [en línea] 2011, XXII (Mayo-Agosto) : [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2017] Disponible en: <<http://148.215.2.10/articulo.oa?id=87519895010>> ISSN 1132-1989, p. 284

LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Editorial Legis, Bogotá 2001

LÓPEZ-MORATALLA, Natalia. La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida. Persona y Bioética 21, (2004), (www.arvo.net)

MINISTERIO DE SALUD, FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas. Bogotá, 2014

NAVARRO P. C. Análisis del Debate Público sobre la Despenalización del Aborto en Colombia en El Periódico EL TIEMPO (2005 al 2007). Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009-

PAPACHINI, Angelo. Los Derechos humanos a través de la historia. Revista Universidad Nacional de Colombia, N° 7, 1998

STASLOW, Roxana Elena, SIMONCELLI, María Isabel . El embrión humano. Aspectos éticos y biológicos del Informe Warnock ante las nuevas evidencias científicas. Buenos Aires 2009. Consultado en base de datos:
<http://web.b.ebscohost.com/consultaremot/upb.edu.co/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=c471f3c4-42f7-4c66-86d7-93bcf5628216%40sessionmgr120&vid=3&hid=128>

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. Los derechos y los deberes en la Constitución de 1991.2012
http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/derechos_deberes_constitucion.html

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos. En: El Derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico en el siglo XXI. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011.