

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación
Regional Feminista
por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género.

COLOMBIA

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales - 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico

*humanas*colombia
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género

Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género

Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009. Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

ISBN: 978-958-99471-2-8

Directora Corporación Humanas: Cecilia Barraza
Correctora de estilo: Marcela Giraldo
Diseño gráfico: María Marta Parodi
Impresión: Ediciones Ántropos Ltda.

Bogotá, octubre de 2010

Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género
Cra. 7 No. 33 – 49 oficina 701
Bogotá – Colombia
PBX 571 232 59 15
humanas@humanas.org.co
www.humanas.org.co

Publicación realizada en el marco del Proyecto Monitoring for Empowerment que ejecuta la Articulación Regional Feminista, con el apoyo del MDG3 Fund.

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	9
PRIMERA PARTE	
Derechos sexuales y reproductivos: el derecho al aborto	11
Capítulo 1	
El papel de la Corte Constitucional en la implementación de la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto en Colombia	11
Capítulo 2	
Sentencia T-388 de 2009: consolidación del derecho al aborto oportuno y seguro y los esfuerzos para menoscabarlo	29
SEGUNDA PARTE	
Derecho a la libertad, igualdad y no discriminación: parejas homosexuales	47
Capítulo 3	
Igualdad <i>versus</i> protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en 2009	47
TERCERA PARTE	
Derecho de acceso a la justicia: violencia sexual en contextos de conflicto armado	67
Capítulo 4	
Interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia	67
CONCLUSIONES	79
APÉNDICE	89

PRESENTACIÓN

La Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹, de la cual hace parte Humanas – Colombia, puso en funcionamiento en el año 2009 un Observatorio de Sentencias Judiciales², con el objetivo de monitorear y difundir las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina.

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales, que trabaja en forma coordinada por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género. El trabajo articulado consiste en identificar las desigualdades e inequidades de género, emprender la defensa legal frente a violaciones de los derechos humanos de las mujeres, darle seguimiento a las obligaciones internacionales contraídas por los Estados y realizar un análisis actualizado y periódico sobre la situación y condiciones de las mujeres en la región, mediante el aporte de elementos de análisis para la construcción de sociedades más justas y equitativas.

Las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista creemos que pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina es fundamental para compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres. Las situaciones presentes en nuestros países tienen en común la profusión de normas y tratados internacionales con reconocimientos normativos de derechos, que no se corresponden con políticas públicas que permitan la operatividad de esos derechos para grandes grupos de la población, entre ellos, el de las mujeres.

El contexto favorable dado a partir de la recuperación de las instituciones democráticas en muchos de los países de la región, de las reformas constitucionales, de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y de la incorporación de instrumentos procesales novedosos para permitir el reclamo de la vigencia de estos derechos, no fue aprovechado del mismo modo para beneficiar a diferentes grupos de la sociedad. Por el contrario, grandes colectivos de personas continúan siendo discriminadas y viviendo en situaciones de desventaja social y económica frente a disímiles oportunidades para plantear reclamos administrativos o judiciales conducentes al reconocimiento de sus derechos. Entre estos grupos se encuentran las mujeres, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía.

1. Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA – Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador) y Estudios para la Defensa de la Mujer (Demus – Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

2. El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto "Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law", financiado por el Gobierno de Holanda por medio del MDG3 Fund.

La falta de mayor acceso al derecho y de sus herramientas para promover los derechos de los grupos en desventaja ha sido objeto de reflexión en diversos ámbitos en América Latina (Fundación Ford, 2001; Abramovich y Pautassi, 2009; CELS, 2009). La estrategia legal tan arraigada en la costumbre anglosajona, no ha tenido el mismo ímpetu en la región, aun cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales, y justicia transicional, entre otros.

Hay obstáculos económicos, geográficos, culturales y simbólicos que dificultan el acceso a la justicia, es decir, las posibilidades de activar los mecanismos institucionales existentes para exigir la vigencia de los derechos. Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a los y las activistas por los derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso a la justicia, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

Por ese motivo, en el marco del trabajo compartido desde hace ya varios años, en 2009 se implementó el Observatorio de Sentencias Judiciales, que monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, con el objetivo de identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros, en concordancia con los derechos establecidos en la Convención de la Cedaw.

El Observatorio de Sentencias Judiciales responde a tres objetivos específicos: en primer lugar, contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos. En segundo lugar, contribuir a la promoción del pleno ejercicio de los derechos de las mujeres mediante la difusión de los diagnósticos, estudios, argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales entre las organizaciones de mujeres, las organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes de la judicatura. Por último, el Observatorio se propone contribuir al intercambio de experiencias nacionales entre los países de la región con miras a promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio de Sentencias Judiciales funciona como una base de datos interactiva establecida en una página de internet de libre acceso³, que

3. Se puede acceder al Observatorio desde www.articulacionfeminista.org así como desde las páginas de internet de cada una de las organizaciones de la Articulación Regional Feminista.

contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia y cortes constitucionales de cada país en materia de los derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución. Además, se incluyen algunas decisiones de tribunales inferiores que, por los argumentos que utilizan o por los derechos que invocan, consideramos relevantes para su inclusión en la base de datos⁴.

A partir del material contenido en el Observatorio de Sentencias Judiciales se pueden relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven. Un aspecto a destacar es el reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información en muchos de nuestros países: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en internet. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan. Estas circunstancias traen aparejadas un desafío particular a nuestro trabajo de recopilación de decisiones judiciales.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y la base de datos del Observatorio de Sentencias constituyan un aporte para las organizaciones y activistas involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, deseamos que diversos actores puedan apropiarse de la herramienta y que contribuyan a su consolidación como fuente de información fundamental para el trabajo cotidiano de organizaciones, activistas y operadores de justicia. Para eso, esperamos que puedan colaborar con nuestro trabajo haciéndonos llegar aquellas decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú que consideren interesantes para su inclusión en el Observatorio.

Agradecemos el entusiasmo que este proyecto y el trabajo de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista ha despertado en el año que llevamos de trabajo. En particular, nuestro agradecimiento al invaluable aporte del Gobierno de Holanda por medio del MDG3 Fund para este proyecto.

NATALIA GHERARDI

Directora Ejecutiva

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género – ELA

Buenos Aires, julio de 2010

4. Véase la sección Metodología en la página web del Observatorio para una explicación de las cortes monitoreadas en cada uno de los países que participan del Observatorio.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional colombiana se ha destacado en sus fallos en materia de reconocimiento de derechos, en particular en derechos sexuales reproductivos de las mujeres. También, ha reconocido el libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación respecto de parejas del mismo sexo, con fallos garantistas de posturas progresistas que alientan procesos reivindicativos importantes para nuestra sociedad. Sin embargo, la cuestión sigue siendo hoy cómo acercar estos fallos que buscan materializar la Constitución a la realidad de colombianos y colombianas.

Por su parte, respecto de la violencia sexual cometida en contexto de conflicto armado, el mismo Tribunal se ha pronunciado al señalar que esta ha sido una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible, lo cual ha significado un reconocimiento público y oficial de la situación de las mujeres en este contexto, que respalda las denuncias de las organizaciones de derechos humanos y de mujeres. No obstante, el tema está en la agenda sin resolver, los obstáculos para su judicialización, amenazan a estas violencias con quedar en la impunidad.

La publicación que realiza la Corporación Humanas – Colombia, en desarrollo del trabajo conjunto de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, está conformada por cuatro artículos que analizan algunas de las sentencias más relevantes publicadas en el Observatorio, durante 2009.

Frente al tema de derechos sexuales y reproductivos, dos abogadas expertas en derechos de las mujeres analizan el tema del aborto, a propósito de la sentencia T 388 de 2009, abordando los argumentos de la Corte para su despenalización parcial, los lineamientos y requisitos establecidos para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, historias de diferentes mujeres que debieron solicitar el amparo para ejercer su derecho y el desarrollo jurisprudencial, que a partir de allí ha producido el Tribunal constitucional, así como los obstáculos tanto políticos como legales que aún se presentan para la práctica del aborto.

En materia de los derechos de las parejas de mismo sexo, el artículo elaborado por un abogado defensor de derechos del LGBT, sostiene que a pesar de que el precedente constitucional que los ha reconocido, ha sido fundamental en el acceso a sus derechos civiles y sociales, y constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia, a partir del análisis de la sentencia T-911 del 7 de diciembre de 2009.

Posteriormente, Humanas presenta las interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra las mujeres, como

obstáculo para acceder a la justicia, con ocasión de un fallo de la Corte Suprema, en la cual se hace evidente un análisis discriminatorio del relato de unas víctimas de violación, al inferir que los hechos fueron consentidos por cuanto no se resistieron a la agresión. En este artículo se argumenta que el sistema judicial es insuficiente para dar una respuesta garantista a las mujeres víctimas de delitos sexuales en contextos de paz, y que estas limitaciones tienen unas consecuencias aun más negativas cuando por medio de él se judicializan casos de violencia sexual cometida en contextos de conflicto armado.

Por último, se presentan las conclusiones generales respecto de los artículos publicados como del balance sobre las sentencias publicadas durante 2009 en el Observatorio.

Esta publicación, como documento de análisis jurisprudencial, busca socializar anualmente el estado actual de las decisiones judiciales respecto de la garantía de derechos para las mujeres y de otras minorías políticas, así como invitar a la consulta del Observatorio de Sentencias Judiciales en el que están publicadas aquellas que se discuten en los artículos que se presentan. También se pueden consultar y descargar todas aquellas decisiones judiciales de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, que durante todo el año se pronunciaron en casos en los que se desarrollan los derechos de las mujeres.

El Observatorio, además de ser una herramienta de consulta de actualidad jurisprudencial específica sobre derechos de las mujeres, es una experiencia regional para el monitoreo y análisis de casos que permite contar con la jurisprudencia clasificada por temas y por derechos de la Cedaw, a la que invitamos a consultar.

CAPÍTULO 1

EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DESPENALIZÓ PARCIALMENTE EL ABORTO EN COLOMBIA

*Paola Andrea Salgado Piedrahíta**

INTRODUCCIÓN

Desde 2006 Colombia dejó de ser uno de los pocos países en América Latina donde el aborto es considerado como un delito. Por vía judicial ante la Corte Constitucional, máximo órgano de vigilancia de los derechos fundamentales y de la Constitución Política del país (CP), en un ejercicio del litigio de alto impacto se solicitó declarar que la penalización total del aborto constituía un grave atentado contra la dignidad humana y los derechos fundamentales de las mujeres.

La Corte Constitucional realizó un examen armónico entre las normas del Código Penal, la Constitución Política y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y concluyó que “penalizar en forma absoluta el aborto”, significa una carga desproporcional para las mujeres y una violación sistemática a los derechos fundamentales a la dignidad, la vida, la integridad, la salud integral, la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

Producto de esa decisión, en Colombia, como una excepción a la ley penal, no se constituye el delito de aborto cuando: la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificado por un médico; el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas o de incesto⁵.

Si bien nos encontramos con el análisis jurídico de ponderación de derechos, esta sentencia es el pronunciamiento más importante hecho por un

* Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, con énfasis en el área Sociojurídica y profundización en Derecho Constitucional. Consultora en, pedagogía y formación en derechos humanos, con especial énfasis en los derechos humanos de las mujeres y las diversidades. Los últimos cinco años vinculada a instituciones que trabajan y promueven los derechos de las mujeres como consultora, pedagoga e investigadora en equidad de género, violencia contra las mujeres y derechos sexuales y reproductivos.

5. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

organismo judicial en materia de derechos reproductivos de las mujeres en Colombia, pues no solo reconoce la violación de derechos fundamentales que es corregida mediante la despenalización parcial, sino que reivindica la autonomía sexual y reproductiva como materialización de la dignidad humana, y en este sentido las mujeres como sujetos morales, y plenas ciudadanas con total capacidad para tomar decisiones libres, informadas y autónomas sobre sus cuerpos y sus vidas.

La sentencia C-355 de 2006 solo fue el comienzo de una nueva etapa, despenalizado parcialmente el aborto, el reto es garantizar el acceso de las mujeres a los servicios y hacer que el aborto legal y seguro en las tres circunstancias autorizadas, no se quede en el papel si no que sea una realidad. La sentencia da las primeras pautas, en primer lugar porque fundamenta el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los derechos sexuales y reproductivos entendidos como derechos humanos, y en segundo lugar, plantea su aplicación sin la necesidad de existencia de reglamentación, especifica los requisitos que se deben cumplir para poder llevarlo a cabo, y esboza principios para la prestación de los servicios y las prohibiciones sobre barreras de acceso.

En Colombia, desde el momento de la expedición de la sentencia, se ha emitido una serie de documentos reglamentarios que fijan lineamientos para la prestación de los servicios en el sector salud. A pesar de ello, existen graves problemas de acceso a los servicios de justicia y de salud por parte de las mujeres; la dilación en la prestación de los servicios, la objeción de conciencia mal aplicada, las trabas administrativas y la negación injustificada, no son más que obstáculos para que las mujeres puedan ejercer su derecho a decidir y se haga efectivo el aborto legal y seguro en Colombia, por ahora en tres circunstancias especiales.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional ha cumplido un papel importante mediante diversos pronunciamientos posteriores, bajo la figura de la acción de tutela o lo que en otros países se conoce como el recurso de amparo; protegiendo derechos fundamentales de mujeres en casos concretos de vulneración, la Corte ha aclarado y ratificado lo dicho en la sentencia C-355 de 2006, identificando barreras y delimitando pautas para la superación de las mismas; esto se ha convertido en un instrumento importante para el proceso de implementación del aborto legal en los tres casos autorizados, en un momento en el que se pone en duda la legalidad de la reglamentación.

Este documento pretende entonces mostrar la importancia del aporte constitucional a la implementación de la sentencia que despenalizó el aborto por medio del análisis de la sentencia T-388 de 2009. La Corte Constitucional, no solo ha continuado con la ardua tarea de vigilancia de la Constitución y análisis de las vulneraciones a los derechos de las mujeres que optan por una interrupción del embarazo, sino que además, en aplicación a las potestades que le otorga

la misma Constitución y la ley, en primer lugar ha dado pautas importantes para la superación de las barreras que encuentran en el momento de acceder a los servicios de salud; en segundo lugar, ha impuesto sanciones ejemplarizantes a quienes han obstaculizado el ejercicio del derecho a decidir por parte de las mujeres colombianas; y en tercer lugar, ha impartido tareas a autoridades competentes para hacer efectivo el aborto legal y seguro en las tres circunstancias despenalizadas en 2006.

Este artículo se ha dividido en cinco partes. En la primera se presenta una síntesis de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y los lineamientos dados para la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo. En la segunda, se expone cuál es el estado actual del acceso a los servicios y las principales barreras con las que las mujeres se están encontrando para acceder a los mismos. En la tercera, se hace un recorrido jurisprudencial y se abordan cuáles han sido los principales argumentos que pueden ser utilizados para la superación de las barreras de acceso a los servicios de IVE. En la cuarta parte se analiza la sentencia T-388 de 2009. Y en la quinta y última, se plantean las conclusiones

1. LA SENTENCIA C-355 Y LOS LINEAMIENTOS DADOS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Hasta el 10 de mayo de 2006, el aborto en Colombia fue considerado de manera absoluta como un delito. La Corte Constitucional colombiana en una decisión fundamental en materia de derechos humanos de las mujeres en Colombia, decidió despenalizar el aborto en tres circunstancias especiales.

- i Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- ii Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- iii Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto⁶.

Para llegar a esta decisión, en primer lugar la Corte realizó un examen sobre la armonía entre las normas del Código Penal, la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad; en segundo lugar, realizó un juicio de proporcionalidad de derechos para poder evidenciar el desequilibrio que

6. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería: 281.

implicaba pretender proteger de manera absoluta el bien jurídico de la vida en cabeza del *nasciturus* sobre los bienes jurídicos en cabeza de las mujeres embarazadas en circunstancias excepcionales.

Como resultado de este análisis, el alto tribunal encontró que la existencia de estas normas en el Código Penal vigente constituía desacato e irrespeto a las normas internacionales –tratados y convenciones (de obligatorio cumplimiento por parte de los países) y recomendaciones– a las que el Estado colombiano se ha comprometido y está obligado a seguir.

También consideró que las normas demandadas violaban el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo, los artículos 1.º, 16 y 42 de la Constitución Política. De igual modo, encontraba vulnerados el derecho a la igualdad y a la libre determinación (artículo 13 CP), el derecho a la vida, a la salud y a la integridad (artículos 11, 12, 43, 49 CP), el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes (artículo 12 CP), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (artículo 93 CP).

Además planteó que en desarrollo de los derechos a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, la decisión de continuar o interrumpir un embarazo es un asunto que solamente atañe a quien afecta de manera directa, pues reconocer la autonomía de las mujeres significa que las decisiones que las involucran solo pueden ser tomadas por ellas mismas, pues solo ellas en ejercicio de su libertad pueden decidir sobre el sentido de su propia existencia⁷.

La Corte Constitucional reconoció que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, que como tal hacen parte de la Constitución colombiana; a su vez advirtió lo dicho por organismos internacionales en relación a que la protección y garantía de los derechos sexuales y los derechos reproductivos son parte fundamental en el camino a la igualdad y la equidad de género y “estrategia directa para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”⁸.

Por último, el juicio de proporcionalidad de derechos hecho por la Corte Constitucional concluyó que la prohibición total del aborto es desproporcional pues anula completamente los derechos de las mujeres embarazadas reconocidos por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

7. “Bajo esta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que solo atañen al individuo– cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les es vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone ‘arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen” (Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería: 240-241).

8. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería: 229.

La penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus* y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que resulta a todas luces inconstitucional⁹.

A partir de estos razonamientos, en la sentencia C-355 de 2006 se generaron las pautas para que las mujeres colombianas, que estando en alguna de las circunstancias en las que no se considera el delito de aborto, puedan acceder a los servicios y hacer efectivos sus derechos fundamentales:

- a. La sentencia tiene vigencia inmediata a partir de su promulgación y prevé de manera literal que el goce efectivo de los derechos reconocidos en esta no requiere reglamentación alguna.
- b. Describe cada una de las causales de manera distinta y autónoma en las que se señalan los requerimientos necesarios para su aplicación: circunstancias expresas en las que opera la despenalización y los requisitos que estrictamente deben cumplir las mujeres para acreditar tal situación (certificación de un médico –cualquiera– en casos de riesgo o malformaciones incompatibles o la denuncia del delito ante las autoridades competentes en casos de violencia sexual).
- c. En la causal de riesgo para la vida o la salud de la mujer, se acoge la definición amplia e integral de salud en la que esta se considera como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad o dolencia.
- d. Restringe las malformaciones fetales a aquellas que por su gravedad hagan que la vida del feto sea inviable, así mismo descarta cualquier enfermedad o situación que pueda ser curada antes o después del parto.
- e. Reconoce la violencia sexual como cualquier situación en la que se vulnera la autonomía y la libertad sexual y por medio de la cual una mujer puede quedar embarazada.
- f. Descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. Las mujeres menores de edad, pueden consentir y autorizar una interrupción voluntaria del embarazo.
- g. Señala expresamente que se prohíbe la imposición de cualquier tipo de barreras que impida que las mujeres puedan acceder a los servicios de manera oportuna y eficaz.

9. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería: 265.

h. La sentencia beneficia a todas las mujeres sin ninguna distinción, y prohíbe la discriminación.

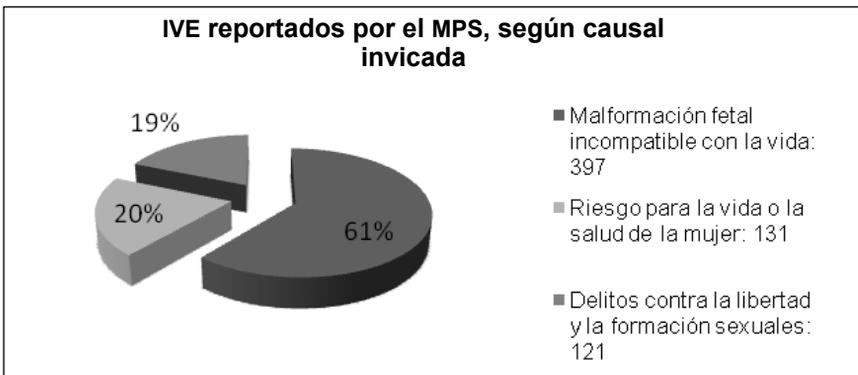
2. ESTADO ACTUAL Y BARRERAS DE ACCESO A LOS SERVICIOS

El reconocimiento de derechos hecho en la sentencia de la Corte y las diversas normas reglamentarias expedidas por el gobierno nacional como por gobiernos locales han aportado elementos significativos para la superación de trabas legislativas y burocráticas, que tienen empantanada la aplicación de las leyes que han liberalizado el aborto en otros países de la región, en los que también opera el sistema de causales, pero en donde muy pocas mujeres logran acceder a los servicios de salud.

En Colombia, según datos del Ministerio de la Protección Social (MPS)¹⁰, organismo estatal encargado entre otros de los asuntos de la salud en el país, hasta diciembre de 2009, se han reportado 649 interrupciones voluntarias del embarazo, 26 en 2006, 118 en 2007, 235 en 2008 y 270 durante 2009 (gráfico 1.1).

En 397 casos las mujeres presentaban malformaciones fetales incompatibles con la vida; 131 mujeres fueron atendidas y se les interrumpió la gestación por presentar un riesgo para su vida o para su salud; y 121 de ellas fueron víctimas de violencia sexual y se les realizó el procedimiento por ser el embarazo producto de la violación¹¹.

GRÁFICO 1.1 MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL:
IVE REPORTADOS SEGÚN CAUSA



Fuente: Ministerio de la Protección Social. Dirección de Salud Pública. 2010. Informe de gestión. Bogotá. 1 de marzo.

Procuraduría General de la Nación. 2010. Informe de vigilancia a la sentencia C-355 de 2006. Bogotá. Agosto.

10. Procuraduría General de la Nación. 2010. Informe de vigilancia a la sentencia C-355 de 2006. Bogotá. Agosto.

11. *Ibid.*

De las 649 mujeres reportadas como atendidas en el sistema de salud, el 15%, es decir 100 de ellas eran menores de edad y de estas 43 eran niñas menores de 14 años. El 51% de las mujeres menores de edad, solicitaron la IVE por ser víctimas de violencia sexual, y el 68%, eran niñas de menos de 14 años que denunciaron ser víctimas de una violación. Estos datos de alguna manera reflejan la problemática en torno a violencia sexual contra las mujeres y las niñas en Colombia¹² (cuadro 1.1).

CUADRO 1.1 DINÁMICA DE CASOS, SEGÚN EDAD DE LA MUJER

	Menor de 14 años	Entre 15 y 17 años	Mayor de 18 años	Total
Malformación fetal incompatible con la vida	3	32	362	397
Riesgo para la vida o la salud de la mujer	5	9	117	131
Delitos contra la libertad y la formación sexuales	35	16	70	121
Total	43	57	549	649

Fuente: Ministerio de la Protección Social. Dirección de Salud Pública. 2010. Informe de gestión. Bogotá. 1 de marzo.
 Procuraduría General de la Nación. 2010. Informe de vigilancia a la sentencia C-355 de 2006. Bogotá. Agosto.

Aunque el número de casos es significativo en relación con otros países en América Latina, las cifras no son alentadoras y se considera que existen graves falencias en los sistemas de información, que indican un subregistro en los casos que están siendo efectivamente atendidos, pero más aún, no se sabe cuántas mujeres están acudiendo a los servicios de salud sin que su problemática sea resuelta.

Pese a que existe una circular del Ministerio de la Protección Social, ordenando mantener listados actualizados de profesionales disponibles en las instituciones de salud, registrar la información y hacer reportes trimestrales que indiquen casos y barreras, las entidades territoriales y las empresas promotoras de salud (EPS), sobre quienes recae esta obligación, no están cumpliendo de manera sistemática y ordenada con esta obligación.

Por otro lado, se ha evidenciado que el mecanismo para el reporte de la información no ha sido el adecuado y adicional a ello, no existen criterios claros

12. Al respecto ver informe de Profamilia sobre violencia sexual, elaborado a partir de datos de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS) 2005, el cual señala que en el país cerca de 722.000 niñas y mujeres, de entre 13 y 49 años, han sido violadas una o más veces. [Disponible en:] www.profamilia.org.co

de medición y cumplimiento de la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto en Colombia, que conduzcan a la identificación y superación de las principales problemáticas de las mujeres cuando solicitan los servicios para la interrupción voluntaria del embarazo.

Es de resaltar que algunas entidades territoriales de salud han impartido órdenes específicas para el reporte de información sobre solicitudes y procedimientos, incluso con formatos de recolección particulares y con información adicional a la solicitada en la circular 031 de 2006.

La Mesa por la vida y la salud de las mujeres¹³, organización que hace seguimiento a la implementación de la sentencia C-355 de 2006, en mayo de 2009 informó¹⁴, que el desconocimiento de la sentencia y de su posterior reglamentación es la principal dificultad para la materialización del derecho de las mujeres a decidir sobre la salud sexual y reproductiva y su ejercicio autónomo de continuar o interrumpir una gestación. Así mismo encontró que existen dificultades para la asimilación del tema, involucrándose aún argumentos de tipo personal, moral o religioso.

Por otro lado, otro de los mayores obstáculos se halla en la falta de entrenamiento médico para el proceso de habilitación del servicio en todos los niveles de atención y en todas las técnicas indicadas en la norma técnica incorporada por el Ministerio de la Protección Social y adaptada de la *Guía de aborto sin riesgo* de la Organización Mundial de la Salud, debiendo las mujeres acudir a servicios 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.

Aún en Colombia, es persistente que se impongan obstáculos de todo tipo que dilatan o niegan la autorización y la realización del procedimiento de manera oportuna; en primer lugar, existen razones de tipo legal entre las que se incluyen todo tipo de barreras administrativas, requerimientos adicionales no contemplados por la ley, la injerencia arbitraria de la opinión médica sobre la calificación de la causal y el desconocimiento de las normas y la reglamentación.

En segundo lugar, se encuentran razones de orden institucional como la aplicación ilegal de la objeción de conciencia por parte de personas jurídicas, los protocolos internos de las instituciones y acciones de discriminación y estigmatización contra las mujeres.

13. La Mesa por la vida y la salud de las mujeres es un colectivo conformado por diversas instituciones y personas que desde su nacimiento y experiencia trabaja por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Colombia. Hacen parte de la Mesa: Católicas por el Derecho a Decidir, Fundación Oriéntame, Corporación Humanas, Corporación Sisma Mujer, Gea-Jurisgeneristas, Red nacional de mujeres, Grupo por los Derechos Sexuales y Reproductivos, Ana Cristina González Vélez, Claudia Gómez López y Florence Thomas. [Disponible en:] <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/>

14. Informe presentado por la Mesa por la vida y la salud de las mujeres en la presentación de la publicación *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia*. 2009. Bogotá: mayo.

Y, en tercer lugar, se hallan motivos de tipo personal, como la objeción de conciencia sin cumplimiento de los requisitos establecidos y las injerencias arbitrarias de carácter moral o religioso para que las mujeres desistan de la solicitud del procedimiento, pues en muchas ocasiones reciben información u opiniones personales por parte del personal de salud en la que se emiten juicios personales, que carecen de imparcialidad, veracidad y fundamento científico¹⁵.

3. ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES ÚTILES PARA LA SUPERACIÓN DE LAS BARRERAS DE ACCESO A LOS SERVICIOS PARA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Desde 2006, y posterior a la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional colombiana, se ha pronunciado en seis ocasiones en relación con la interrupción voluntaria del embarazo y el goce efectivo de derechos de mujeres, que encontrándose en las tres circunstancias excepcionales sufrieron vulneraciones por la dilación y la negación injustificada de la práctica del procedimiento médico.

TABLA 1.1 SENTENCIAS SOBRE ABORTO, DESPUÉS DE LA C-355 DE 2006

	IDENTIFICACIÓN DEL FALLO	DESCRIPCIÓN DEL CASO	TEMAS TRATADOS
1	T-171 del 9 de marzo de 2007	Mujer con malformaciones fetales incompatibles con la vida, a quien le niegan injustificadamente el aborto, aduciendo que la certificación médica no prescribe o receta el procedimiento.	<ul style="list-style-type: none"> - Autonomía - Libre decisión - Tratos crueles, inhumanos y degradantes
2	T-988 del 20 de septiembre de 2007	Joven discapacitada que sufre parálisis cerebral, retardo sicomotor severo, hipotiroidismo, cuadriparexia espástica y epilepsia parcial versiva a la izquierda entre otras patologías; víctima de violencia sexual, con persona incapaz de resistir.	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la autonomía, libre desarrollo de la personalidad, salud integral, dignidad humana. - La exigencia de requisitos adicionales representan cargas desproporcionadas que terminan por dejar sin protección a las mujeres.



15. Informe alternativo al sexto Informe periódico presentado por el Estado de Colombia al Comité de Derechos Humanos. Coordinación Colombia Europa Estados Unidos. Junio de 2010. [Disponible en:] http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CCJ_Colombia99.pdf

	IDENTIFICACIÓN DEL FALLO	DESCRIPCIÓN DEL CASO	TEMAS TRATADOS
2		<p>La entidad se niega aduciendo que la peticionaria no allegó pruebas de la declaración de interdicción de la beneficiaria, ni la denuncia penal respectiva como tampoco una valoración psicológica de la paciente, que determine la ausencia de voluntad en la paciente para sostener relaciones sexuales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La negación de la IVE a mujeres, que han sido violadas significa la revictimización y someterlas adicionalmente a dolores, sufrimientos y humillaciones y, por ende, al desconocimiento de la dignidad humana. - Protección especial reforzada para personas con discapacidades, igualdad y no discriminación.
3	T-209 del 18 de febrero de 2008	<p>Niña menores a 14 años, víctima de violencia sexual, quien además fue contagiada por una infección de transmisión sexual (ITS) y sufrió graves daños psicológicos al punto de intentar suicidarse.</p> <p>Pese a cumplir los requisitos legales para solicitar la IVE, esta le fue negada por la entidad aduciendo objeción de conciencia por parte de todo el personal médico; la niña fue remitida a diferentes instituciones clínicas, las que de manera colectiva, acudieron igualmente a la figura de la objeción de conciencia para negarse a practicar el aborto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana. - Requisitos constitucionales de la objeción de conciencia, retomados de la sentencia C-355 de 2006 y de la jurisprudencia constitucional, en materia de libertad de conciencia y libertad religiosa. - Ratificación de las prohibiciones frente a la imposición de barreras administrativas a las mujeres. - Oportunidad, calidad y celeridad en la prestación de los servicios de salud. - Sanciones. - La Corte ha hecho seguimiento al cumplimiento de este fallo, en orden en auto posterior.
4	T-946 del 2 de octubre de 2008	<p>Joven con síndrome de Down, víctima de violencia sexual, a quien le niegan el aborto, pues el médico consideró que a pesar de la denuncia no había prueba de que el embarazo fuera efectivamente producto de una violación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Dignidad humana. - Integridad y libertad sexual y reproductiva. - Derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía.



	IDENTIFICACIÓN DEL FALLO	DESCRIPCIÓN DEL CASO	TEMAS TRATADOS
4			<ul style="list-style-type: none"> - Se ratifican los requisitos para la objeción de conciencia. - Aplica régimen sancionatorio, ordenando que se investigue a la entidad de salud, al médico tratante, y a los jueces de instancia.
5	T-009 del 16 de enero de 2009	<p>Mujer con riesgo para su vida y su salud, quien padece de cáncer de útero, y a quien le niegan la atención a su enfermedad de base y le exigen el pago de los servicios médicos por no contar con el tiempo mínimo establecido en el sistema de salud. El juez de instancia ordenó la suspensión del tratamiento médico ordenado, pese a lo imperioso del mismo, debido a que este implicaba la interrupción del embarazo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Situación fáctica anterior a la sentencia C-355 de 2006; llega a la Corte Constitucional en vigencia de esta y, en consecuencia, se deciden revocar los fallos de instancia y referirse a su cumplimiento. - Ratifica lo dicho por la Corte en fallos anteriores. - Derecho a la dignidad humana gravemente violado, debido a que todas las autoridades decidieron por ella. - No ser tratado como un objeto sobre el cual otros toman decisiones trascendentales para el proyecto de vida de la persona, en este caso la mujer, hace parte del derecho a la dignidad humana. - Para este fallo, la Corte pidió informes a las entidades estatales sobre el estado del cumplimiento y la implementación de la sentencia C-355 de 2006.
6	T- 388 del 28 de mayo de 2009	<p>- Mujer que presentaba malformaciones fetales incompatibles con la vida, a quien le imponen múltiples obstáculos que dilatan en forma injustificada la prestación del servicio para la IVE.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida.



	IDENTIFICACIÓN DEL FALLO	DESCRIPCIÓN DEL CASO	TEMAS TRATADOS
6		<p>Ante la situación interpone acción de tutela pero el juez de primera instancia objeta conciencia y resuelve no tutelar los derechos de la mujer.</p> <p>La segunda instancia revoca este fallo y tutela los derechos de la mujer, con base en este segundo fallo le es practicado el aborto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Ratifica los mandatos hechos por la sentencia C-355 de 2006. - Prohibición de exigir requisitos adicionales no contemplados en la norma. - Obligaciones derivadas para los prestadores de salud. - Prohibición de la objeción de conciencia por parte de funcionarios judiciales; puede sancionarse por prevaricato por acción. - Ordena a entidades del Estado, cumplir con la obligación de difundir y educar en los derechos humanos, por medio de la incorporación del tema en las campañas de derechos sexuales y reproductivos.

Fuente: pronunciamientos de la Corte Constitucional posteriores a la sentencia C-355 de 2006, en fallos de tutela o acciones de amparo.

Estos fallos, aunque recaen sobre casos específicos, han reconocido que se vienen presentando múltiples obstáculos que deben ser removidos para que todas las mujeres colombianas, sin discriminación, puedan decidir libremente y de manera segura y oportuna por la interrupción del embarazo.

Precisamente, todo lo dicho ha generado pautas para que los prestadores de los servicios de salud, puedan tener claridades sobre lo que están o no autorizados a hacer en estos casos y aplicarlo de manera general a todas las mujeres que pueden estar en circunstancias similares; es decir que la Corte Constitucional ha reiterado lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad, y al mismo tiempo ha aclarado y precisado temas allí desarrollados, todo esto con miras a que se establezcan reglas generales para la prestación de los servicios y para el ejercicio sin barreras de los derechos por parte de las mujeres.

En este sentido, todos los fallos posteriores:

- a. Están debidamente fundamentados en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, y el cumplimiento de los mandatos contenidos en las normas internacionales.
- b. Han ratificado los mandatos contenidos en la sentencia C-355 de 2006, en relación con los motivos de la despenalización y su fundamentación en el ejercicio de los derechos humanos; las causales en que se considera despenalizado; y los requisitos mínimos para acceder a los servicios de salud.
- c. Orientan los principios de la prestación de los servicios de salud, basados en la concepción de derecho fundamental e integral, que tienen una estrecha relación con el derecho a la vida concebido desde la dignidad humana. Principios de oportunidad, celeridad, integralidad y no discriminación.
- d. Retoma la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de conciencia y libertad religiosa, para aclarar cómo opera la objeción de conciencia médica, en materia de aborto y determina el funcionamiento de dicha herramienta.
- e. Plantean obligaciones específicas para los prestadores en relación con lo que están o no autorizados a realizar, en los casos de interrupción voluntaria del embarazo.
- f. Reconocen que la exigencia de requisitos adicionales, son cargas desproporcionadas que solo conllevan la vulneración de los derechos y previenen y prohíben que se continúe con esta práctica.
- g. Ordenan investigar y sancionar a quienes hayan estado involucrados en la negación de los servicios y sean responsables directos por la grave vulneración de derechos; en este sentido promueve sanciones ejemplarizantes con el fin de evitar que estas situaciones se sigan reproduciendo.

4. LA SENTENCIA T-388 DE 2009: UN FALLO SIGNIFICATIVO EN EL PAPEL DE CREACIÓN DEL DERECHO DE QUIENES IMPARTEN JUSTICIA

La sentencia de tutela 388 de 2009, fue proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional; como todos los fallos de tutela, surtió un proceso de selección especial en el que de miles de expedientes, solo algunos por su especial importancia, son escogidos para ser examinados por el alto tribunal y emitir pronunciamientos significativos para el ejercicio y goce efectivo de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Considero que esta sentencia es significativa por tres razones:

- a. Establece los alcances de la sentencia C-355 de 2006 en relación con la ponderación de derechos y los límites de su protección, desde una óptica novedosa en la que se involucran además, los derechos de las mujeres a estar libres de toda clase de discriminación injustificada, a la vida libre de violencias, al goce pleno de los derechos sexuales y reproductivos, a la libertad plena, al derecho a la autodeterminación y la configuración de la libre identidad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- b. Ratifica, las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos y en relación con las obligaciones de protección y garantía de los derechos de las mujeres conferidos en el ámbito internacional de los derechos humanos.
- c. Reconoce que es necesario que en un Estado social y democrático de derecho existan límites a la actividad estatal, en relación con la regulación de aspectos tan trascendentales para los proyectos de vida de las y los ciudadanos; el papel estatal encuentra el límite en la obligación de garantía real y efectiva del ejercicio de derechos y su regulación no puede permitir la intromisión desmesurada que se aparte de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

Por otro lado, esta sentencia cumple un papel fundamental en la superación de las barreras que las mujeres han venido encontrando en el acceso a los servicios para la IVE y en el goce y ejercicio de sus derechos. Para documentar dichas barreras, la Corte, no solo analizó los fallos anteriores, sino también en su potestad de jueces, ordenó la práctica de pruebas pertinentes para establecer por medio de diversos informes qué tipo de situaciones se venían presentando y como estaba siendo implementada la sentencia C-355 de 2006.

Es así como la sala de revisión concluye que el desconocimiento de las normas, los requisitos adicionales de orden administrativo, el uso indiscriminado e ilegal de la objeción de conciencia y la injerencia arbitraria en las decisiones de las mujeres, constituyen graves obstáculos para el ejercicio real y efectivo de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos y sus vidas cuando se encuentran en cualquiera de las tres circunstancias especiales y deciden por un aborto legal y seguro.

Como parte de la tarea que se ha dado la Corte para facilitar el ejercicio de los derechos de las mujeres, y a pesar de que en el momento de haber llegado el expediente a su despacho, el hecho ya había sido superado, decide ejercer su competencia por la importancia del tema, por la necesidad de ampliar la comprensión y el análisis de manera más específica

de los derechos que en estos casos están involucrados, y con el efecto de cumplir con uno de sus mandatos principales y es el de crear unidad interpretativa de las Constitución, las normas y la jurisprudencia¹⁶.

Es así como ratifica los mandatos contenidos en la Constitución Política y desarrollados por la sentencia C-355 de 2006, en relación con los derechos sexuales y los derechos reproductivos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo.

Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo¹⁷.

Incluye y sistematiza cuáles son las consecuencias prácticas para los prestadores de los servicios de salud en relación con: confidencialidad y secreto profesional; la no discriminación para quienes optan por una IVE o la practican; la disponibilidad de servicios en la red pública y profesionales de la salud dispuestos a practicar los procedimientos; la prohibición de barreras, obstáculos o exigencias adicionales, no contempladas en las normas vigentes.

No pueden elevarse obstáculos adicionales no contemplados por la sentencia C-355 de 2006 que impliquen una carga desproporcionada y arbitraria a las mujeres que se encuentren bajo los supuestos previstos en la referida sentencia pues con ello se las coloca en situación de indefensión y se desconocen sus derechos constitucionales fundamentales¹⁸.

Por otro lado, esta sentencia aporta dos elementos fundamentales a los tratados en los anteriores fallos, relacionados con la objeción de conciencia y el derecho a la información.

Frente a la objeción de conciencia y en la obligación de pronunciarse sobre el caso que suscitó el fallo, la Corte aclaró la aplicación de este mecanismo para los funcionarios y funcionarias judiciales; en este sentido, ratifica lo expuesto anteriormente con respecto a que esta es de carácter individual, debe estar fundamentada en una convicción del orden religioso, debe hacerse por escrito y solo le corresponde al personal médico, que cumpla una función directa en el procedimiento para la interrupción del embarazo.

La objeción de conciencia es un mecanismo que sirve para accionar y ejercer derechos y libertades de conciencia, culto y religión y que, como todos los

16. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. MP Humberto Antonio Sierra Porto: 24.

17. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. MP Humberto Antonio Sierra Porto: 40.

18. *Ibíd*: 71.

derechos no son de carácter absoluto y encuentran su límite en la ley y el ejercicio de otros derechos y principios con el mismo valor fundamental.

En estos casos, permite que quienes por convicciones religiosas excepcionan el cumplimiento de un deber legal, vean protegidos sus derechos fundamentales, pero no en detrimento de los derechos fundamentales de las mujeres que optan por una IVE, en este sentido, establecer requisitos permite que todos los derechos sean amparados de manera equilibrada y proporcionada.

Sin embargo, el fallo analizado plantea que quienes actúan como jueces para la protección y garantía de los derechos cuando estos están amenazados les está prohibido recurrir a este mecanismo, pues

(...) está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente¹⁹.

Frente al derecho a la información, la Corte de manera novedosa y al aportar en forma significativa a superar uno de los mayores obstáculos de las mujeres para ejercer sus derechos, reconoce que el desconocimiento de los derechos de las mujeres, la falta de información y las grandes confusiones acerca del contenido de la sentencia C-355 de 2006, se han convertido en una barrera para que esta se cumpla de manera real y efectiva.

Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006²⁰.

Es así como de manera creativa, y en uso de sus potestades constitucionales, la Corte decide impartir órdenes a entidades competentes para que el contenido de la sentencia y su reglamentación sea ampliamente difundido, y en este sentido las mujeres puedan tomar decisiones de manera más libre e informada.

En el marco de los deberes del Estado de publicitar las normas, y dar a conocer a la ciudadanía, los derechos y obligaciones, le pide a los ministerios de la Protección Social y de Educación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, que

19. *Ibid*: 70.

20. *Ibid*: 40.

de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos²¹.

Por otro lado, ordena a la Superintendencia de Salud, que tome medidas para vigilar y sancionar los incumplimientos, como resultado de ello esta entidad expidió la circula 058 del 27 de noviembre de 2009, por medio de la cual incorporó en sus actividades de vigilancia el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006.

Estos dos últimos elementos son mecanismos concretos que aporta el fallo para la implementación de la despenalización parcial del aborto de manera efectiva.

Emitido este pronunciamiento, la Procuraduría General de la Nación en cabeza del señor Alejandro Ordóñez solicitó a la Corte Constitucional anular su propio fallo, argumentando la extralimitación del tribunal con fundamento en que, la Sala de Decisión no tenía competencia para “Cambiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al establecer una restricción mayor al derecho de objeción de conciencia, al no reconocerlo a los funcionarios públicos”, ni para “darle la calidad de derecho fundamental a las causales excepcionales o extraordinarias en las que la Corte Constitucional consideró que no era ajustado a la Constitución penalizar el aborto²².”

Este funcionario público invocando la funciones que le ha dado la Constitución, ha utilizado una serie de mecanismos legales que si bien tienen un sustento jurídico formal, su único fin es desconocer y restringir el contenido de los derechos humanos de las mujeres en materia de derechos reproductivos y obstaculizar el acceso a los servicios sanitarios cuando las mujeres optan por una interrupción legal del embarazo en las circunstancias autorizadas por la Corte Constitucional²³.

Pese a este intento, en el mes de agosto, la Corte Constitucional se pronunció²⁴ en el sentido de ratificar la sentencia T-388 de 2009, desestimando

21. *Ibid*: 71.

22. Procuraduría General de la Nación *se pronuncia ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos y reitera su compromiso en defensa de los derechos de las mujeres*. Bogotá, 26 de marzo de 2010. [Disponible en:] www.procuraduria.gov.co

23. Informe alterno al sexto Informe periódico presentado por el Estado de Colombia al Comité de Derechos Humanos. Coordinación Colombia Europa Estados Unidos. Junio de 2010. [Disponible en:] http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CCJ_Colombia99.pdf

24. Comunicado de prensa 38, 4 y 5 de agosto de 2010. Auto 283710 MP Humberto Sierra Porto.

una por una y con absoluta rigurosidad las causales de nulidad invocadas por el señor procurador que, en últimas, solo tenían la clara intención de reabrir un debate que ya estaba concluido y con el que por supuesto dicha entidad no estaba de acuerdo.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El ejercicio de las potestades que le ha conferido la Constitución y la ley al alto tribunal, son fundamentales para el pleno goce de los derechos por parte de todos y todas las ciudadanas. A lo largo de los diecinueve años de existencia de la Corte Constitucional, este trabajo ha jugado un papel esencial para el reconocimiento de la ciudadanía plena de las mujeres, la ampliación de los derechos y la comprensión de que las múltiples vulneraciones sustentadas en la desigualdad en razón del sexo constituyen un grave atentado contra los derechos humanos.
- El examen armónico que en forma permanente hace la Corte de las normas contribuye a la comprensión integral de nuestro sistema normativo; esto ha dado como resultados fallos tan trascendentales como los aquí esbozados, en los que se han reconocido los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

La sentencia C-355 de 2006 constituye un precedente modelo para la región de América Latina, pues a pesar de reproducir el sistema de causales excepcionales a una norma penal, el fundamento de derechos humanos que contiene, permite que el acceso a los servicios y la decisión de quienes se encuentran en ellas, no solo se materialice de manera efectiva, sino que se fijen pautas del mismo orden constitucional para su implementación.

- El fallo de tutela 388 de 2009, es un precedente ejemplarizante de la avanzada labor que está cumpliendo la Corte Constitucional en Colombia, en materia de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Es un documento creativo, riguroso desde el punto de vista teórico y jurídico y ejemplificante para los jueces de la república que todos los días en su labor de impartir justicia, crean el derecho, y aportan de una u otra manera a la transformación de las realidades sociales.

CAPÍTULO 2

SENTENCIA T-388 DE 2009 CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO AL ABORTO OPORTUNO Y SEGURO Y LOS ESFUERZOS PARA MENOSCABARLO

*Andrea Parra**

Una de las arengas más sonadas en las manifestaciones públicas por los derechos sexuales y reproductivos que han tenido lugar en diferentes países de la región es: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”. Cantada a ritmo de tambores, esta sencilla frase nos remite a la necesidad de un enfoque integral para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La Corte Constitucional colombiana (en adelante, la Corte) ha dado los pasos iniciales para desarrollar ese enfoque en su jurisprudencia.

A partir de la sentencia C-355 de 2006²⁶, el aborto o interrupción voluntaria del embarazo (IVE) se ha empezado a abordar desde una perspectiva de derechos humanos, específicamente de derechos sexuales y reproductivos.

Antes de la sentencia, el aborto en Colombia era un delito en cualquier circunstancia y aunque muy pocas mujeres fueron judicializadas bajo este régimen, la total penalización del aborto impedía al gobierno regularizar su práctica, lo que llevaba a las mujeres a someterse a prácticas insalubres y clandestinas y por tanto, peligrosas. Como ha sido demostrado una y otra vez, la penalización del aborto no previene ni los abortos ni la mortalidad materna²⁷.

La sentencia C-355 de 2006 decretó que es una violación a los derechos fundamentales de las mujeres penalizar el aborto en tres circunstancias concretas: (a) cuando el embarazo es resultado de violación o incesto, y este ha sido debidamente denunciado; (b) cuando el feto presenta graves malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero, certificadas por un médico, y (c) cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud (física, mental o social) de la mujer, certificado por un médico²⁸. Concretamente, la Corte manifestó que:

* Abogada de la Universidad de los Andes, LLM Boston University. Directora del Observatorio de Género y Justicia de la organización Women’s Link Worldwide y profesora de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Las opiniones aquí expresadas son de responsabilidad exclusiva de la autora.

26. Corte Constitucional, sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006, MM PP Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería. La demanda que dio lugar a esta histórica decisión fue presentada por Mónica Roa, directora de Programas de Women’s Link Worldwide. Para ver un video sobre este proceso y obtener información adicional sobre el caso, visite la siguiente página web. [Disponible en:] http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_laicia.html

27. Ver por ejemplo, Guttmacher Institute (2009) [en línea] Disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

28. Sentencia C-355/06, *op. cit.*, acápite VII. El video “Rutas seguras, rutas de vida” es una excelente herramienta educativa sobre las tres causales para acceder abortos legales en Colombia. Producido por la Fundación Oriéntame y [disponible en:] www.orientame.org.co

[...] Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección²⁹.

La conclusión directa de este razonamiento es que las mujeres que se encuentren en la compleja y difícil circunstancia de enfrentar un embarazo no deseado como resultado de una de las causales arriba enumeradas, no solo no deben ser procesadas penalmente, sino que la protección de sus derechos fundamentales exige garantizar el acceso a servicios de IVE oportunos y de calidad.

La sentencia C-355 dio una respuesta inicial a la pregunta de qué debe hacer el Estado frente a la contundente realidad, en la que miles de mujeres enfrentan embarazos no deseados al ser sujetas a múltiples violencias de tipo sexual, familiar, emocional y económico; al enfrentar un riesgo para su salud o para su vida o al saber que el feto que llevan en su vientre sufre malformaciones tan graves que hacen inviable su vida extrauterina. Reafirmó la conclusión de que la criminalización no previene los abortos y, al contrario, genera aislamiento y mayor discriminación para las mujeres que toman la decisión de interrumpir su embarazo. Aunque estas tres causales no representan la mayoría de los casos en que las mujeres en Colombia buscan interrumpir su embarazo y los cambios de tipo penal no son suficientes para asegurar la libre elección de la maternidad³⁰, la decisión fue un primer paso hacia el reconocimiento pleno de las mujeres como agentes de su propio destino.

La sentencia obligó al Estado colombiano a poner en marcha su engranaje para garantizar, no solo que las mujeres que se encuentren en las circunstancias arriba descritas no sean procesadas penalmente, sino que puedan efectivamente ejercer sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad, la igualdad y la autonomía mediante el acceso a servicios de IVE seguros, oportunos, confidenciales, de calidad y no discriminatorios.

Así, con el marco constitucional delimitado por la sentencia C-355 de 2006, varias agencias del Estado emitieron regulaciones dirigidas a garantizar la efectividad de la prestación de servicios de aborto por parte de las entidades públicas y privadas de salud y el control de las mismas por parte de los organismos del Estado³¹.

29. *Ibíd.*, acápite VI, 10.1.

30. Para una excelente discusión sobre los efectos distributivos y de legitimación de la sentencia C-355, ver Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra (2008: 253 y ss).

31. Ver por ejemplo, Ministerio de la Protección Social, Decreto 4444 de 2006, "Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva"; Norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) (diciembre de 2006); Ministerio de la Protección Social, Resolución 4905 de 2006, "Por la cual se adopta la Norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo - IVE -, se adiciona la Resolución 1896 de 2001 y se dictan

Cuatro años después del reconocimiento que hizo la Corte de que el acceso al aborto legal, oportuno y seguro es un derecho fundamental de las mujeres colombianas, se siguen presentando obstáculos y trabas impuestos por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud y otras entidades públicas para acceder al servicio de IVE. Entre las trabas más comunes documentadas tanto por la sociedad civil como por entidades del Estado están: la exigencia de requisitos adicionales a los permitidos por la ley; la presentación de objeción de conciencia por parte de prestadores de salud de forma colectiva o institucional y sin satisfacer la obligación legal de remitir a la mujer a un prestador o una prestadora con la debida habilitación; la presentación de objeción de conciencia por parte de jueces o juezas, que conocen de tutelas interpuestas contra entidades prestadoras de servicios de salud que niegan la prestación del servicio; el desconocimiento de la autonomía de mujeres menores de edad, que solicitan la IVE y el mal servicio prestado a las mujeres que solicitan un aborto legal manifestado en tratos discriminatorios e inhumanos, violatorios de su derecho a un tratamiento médico confidencial y respetuoso³².

Como respuesta a estos obstáculos, la Corte ha conocido, mediante el mecanismo de revisión de tutela³³, diversos casos en los que encontró flagrantes violaciones a los derechos fundamentales de mujeres y niñas que solicitaron abortos legales³⁴.

otras disposiciones"; Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 350 de 2006, "Por medio del cual se incluye en el plan obligatorio de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo"; Ministerio de la Protección Social, Circular Externa 31 de mayo de 2007, para directores departamentales y distritales de salud y gerentes de entidades promotoras de salud, "Información sobre la provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto"; Personería de Bogotá DC, Circular 001 de julio de 2008, "Observación y cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 relativa a la interrupción voluntaria del embarazo en casos específicos y normas reglamentarias"; Procuraduría General de la Nación, Circular 0038 de julio de 2008, "Lineamiento para el ejercicio de las funciones misionales frente a la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres"; Secretaría de Salud de Bogotá DC, Circular 008 de agosto de 2008, "Relevancia del principio del secreto profesional médico como valor inviolable y fundamental de la profesión médica"; Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Circular 68 de 2008, "Sentencia C-355 de 2006. Interrupción voluntaria del embarazo"; Comisión de Regulación en Salud, Acuerdo 03 de 2009, "Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado"; Superintendencia Nacional en Salud, Circular 58 de noviembre de 2009, "Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007, modificada por las circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009". (Todos los documentos citados se encuentran [disponibles en:] http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_colombia.html)

32. Ver por ejemplo, Procuraduría General de la Nación, Boletín Procurando la Equidad 2 (2008). [en línea] Disponible en: <http://colombia.unfpa.org/documents/Boletin2procuraduriafinal.pdf> (recuperado: 26 de febrero de 2010) (Cabe mencionar que después del nombramiento del señor Alejandro Ordóñez como procurador general de la nación, este documento ha sido retirado de la página web de la Procuraduría); Mesa por la vida y la salud de las mujeres (sf). [en línea] Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Los-problemas-para-el-acceso-y-la> (recuperado: 26 de febrero de 2010); Women's Link Worldwide ha hecho seguimiento e interpuesto diversas acciones para contrarrestar tales obstáculos como quejas disciplinarias contra jueces que se rehúsan a fallar tutelas en casos de aborto, solicitud de seguimiento a la Corte Constitucional de casos de denegación de servicios de IVE y oposición a medidas como la suspensión de regulaciones sobre IVE. Puede obtenerse más información sobre estas acciones en: http://www.womenslinkworldwide.org/prog_rr_colombia.html

33. Bajo el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, cualquier persona puede presentar una acción de tutela para pedir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Este recurso debe resolverse en un máximo de diez días hábiles. Bajo el artículo 241.9 la Corte Constitucional tiene el deber de revisar las decisiones judiciales relacionadas con las acciones de tutela.

34. Para obtener una compilación sistemática de las directrices constitucionales sobre aborto, ver Women's Link Worldwide (2009) [en línea] Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_manualIVE.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

1. LAS HISTORIAS

En la sentencia T-171 de 2007³⁵ se evidencia por primera vez uno de los obstáculos más preocupantes que se han presentado en casos de solicitud de aborto legal, por ser una clara afrenta a la democracia y denegación de justicia: la objeción de conciencia judicial. En el caso de una mujer que llevaba en su vientre un feto anencefálico que moriría con certeza al nacer, la entidad de salud le negó la solicitud de IVE y al interponer una acción de tutela, el juez optó por aducir a sus creencias religiosas para negarse a fallar el caso. Puesto que en el momento de la revisión, a la mujer le había sido practicada una cesárea de urgencia y el bebé había muerto, la Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto por considerar que existía un hecho superado. Women's Link Worldwide presentó una queja disciplinaria en contra del juez, la que aún no ha sido decidida³⁶.

En la sentencia T-988 de 2007³⁷, la Corte analizó el caso de una joven discapacitada de 24 años que desde los 20 meses de edad sufría de parálisis cerebral y graves limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le obligaban a tomar medicamentos para controlar las convulsiones que padecía a diario. Debido a varias alteraciones de salud presentadas por la joven se le practicaron numerosos exámenes y se confirmó que tenía un embarazo de nueve semanas, razón por la cual la madre presentó una denuncia penal por acceso carnal con persona incapaz de consentir y solicitó a su entidad prestadora de salud que le prestara el servicio de IVE a su hija, el cual le fue negado por no haber prueba de interdicción ni evaluación psicológica. El embarazo además generó serios deterioros para la salud de la joven. La madre de la joven presentó una acción de tutela que también le fue negada por el juez de instancia.

En revisión, la Corte determinó que la entidad había demorado de manera injustificada la respuesta a la solicitud de IVE y reiteró que la exigencia de requisitos formales adicionales a los establecidos por la C-355 (denuncia en casos de violación o incesto y certificación de un médico o una médica en casos de malformaciones y peligro para la vida o la salud de la mujer), viola la dignidad humana. En este caso concreto también implicó desconocer el derecho de la joven a preservar su integridad física y moral así como la protección para las personas con discapacidad, contenida tanto en la Constitución como en el derecho internacional de los derechos humanos.

35. Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-171 de 9 de marzo de 2009. MP Jaime Córdoba Triviño.

36. Women's Link Worldwide, Comunicado de prensa del 26 de noviembre de 2008. Ante Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, piden sanción disciplinaria para juez que incumplió sus funciones judiciales en un caso de aborto legal [en línea] Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_press/es_press_release_20081126_colombia.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

37. Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-988 de 20 de noviembre de 2007. MP Humberto Sierra Porto.

En la sentencia T-209 de 2008³⁸ la Corte revisó el caso de una niña de 13 años de escasos recursos económicos, que fue violada por un hombre del vecindario quien la amenazó de muerte. Como resultado del ataque, la niña quedó embarazada y contrajo una infección de transmisión sexual (ITS). La madre de la menor de edad presentó la denuncia correspondiente y solicitó la interrupción del embarazo a la entidad de salud. La solicitud fue rechazada con base en que todos los médicos de la entidad eran objetores de conciencia y la niña fue remitida a más de cinco entidades de salud sin éxito. Como resultado de la violación y el embarazo, la niña –que hasta entonces había sido de las mejores estudiantes de su clase– presentó depresión severa e intentó suicidarse. Además, el embarazo le ocasionó serios problemas de columna y la falta de tratamiento de la ITS le afectó los pulmones. Finalmente, se le practicó un parto de emergencia, después del cual la niña permaneció en coma por unos días y el bebé fue dado en adopción.

Al ser rehusada la solicitud de IVE, la madre de la menor de edad interpuso una tutela que le fue negada por considerar el juez que no había evidencia de que el embarazo hubiese sido resultado de una violación, razonamiento totalmente contrario a la ley colombiana, según la cual, el acceso carnal en persona menor de 14 años constituye el delito de acceso carnal abusivo. Al mismo tiempo, gracias a los buenos oficios e insistencia de la madre, el violador fue procesado y condenado. Sin embargo, la familia y conocidos de este amenazaban constantemente a la madre y a la menor de edad.

En esta sentencia, la Corte establece que la denuncia para solicitar el aborto en casos de violación de una menor de 14 años es un mero requisito formal, cuya ausencia no puede ser una excusa para dilatar la prestación del servicio porque en dichos casos la violación se presume. Reiteró que en casos de violación debe presumirse la buena fe de la mujer al presentar la denuncia.

Afirmó además que ante una solicitud de IVE, los y las profesionales de la salud no pueden,

exigir autorización o consenso de varios médicos, del marido, padres u otros familiares de la gestante, o de jueces o tribunales; tampoco pueden imponer listas de espera para su atención; no pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento cuando se alega objeción de conciencia; y además, deben guardar la confidencialidad debida, entre otros aspectos³⁹.

Con respecto a la objeción de conciencia, la sentencia dejó en claro que esta no puede ser institucional, no es absoluta y debe ser ejercida en

38. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 28 de febrero de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández.

39. *Ibid.*, acápite II, 3.7.

forma individual con base en “una convicción religiosa debidamente fundamentada” y quien la ejerza tiene la obligación de remitir de inmediato a la mujer a un médico o médica que no haya objetado conciencia⁴⁰.

Al encontrar flagrantes violaciones a los derechos fundamentales de la menor, la Corte ordenó que las entidades de salud pagaran los perjuicios causados, que se investigara a los jueces de instancia y expidió comunicaciones a la Procuraduría General de la Nación, a la Superintendencia de Salud, al Ministerio de la Protección Social y al Tribunal Nacional de Ética Médica, para que ejercieran sus funciones de vigilancia y control a la luz de lo dispuesto por la sentencia⁴¹.

La sentencia T-946 de 2008⁴² hace referencia al caso de una joven menor de edad, que desde su nacimiento presenta una discapacidad que afecta seriamente su capacidad cognitiva, razón por la cual había sido declarada interdicta mediante un proceso civil. Al notar cambios en el cuerpo de la menor, su madre la llevó a revisión médica, en donde se determinó que estaba embarazada. La madre presentó una denuncia penal por acceso carnal violento a menor en incapacidad de resistir y solicitó la IVE aduciendo además de la violación, la causal de peligro para la vida o la salud, la cual le fue negada por objeción de conciencia del médico; la madre interpuso acción de tutela. El juez de instancia denegó el amparo aduciendo que la IVE puede practicarse sin riesgo para la vida de la mujer hasta la octava semana de embarazo, pero después de ello el juzgado no asume la responsabilidad. Con respecto al peligro para la vida o la salud, el juez denegó la tutela porque la menor no se encontraba en peligro inminente de muerte. El juez de segunda instancia confirmó la sentencia.

En revisión, la Corte reiteró la obligación de las entidades de salud de contar con profesionales que cuenten con la habilitación debida para practicar abortos en forma que se pueda dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicite la IVE, así como la obligación de las y los prestadores que objetan conciencia de remitir a la mujer a profesionales que puedan prestarle el servicio. Concluye la Corte que los derechos a la dignidad, a la integridad y a la libertad de la menor fueron violados al negarle la

40. *Ibid.*, acápite II, 4.4.

41. *Ibid.*, acápite III. En vista de que pasado más de un año de la decisión las órdenes de la sentencia no se cumplían, Women's Link Worldwide solicitó a la Corte que avocara conocimiento del trámite de cumplimiento de la sentencia, lo que la Corte hizo mediante Auto 279 de 2009. De manera adicional, puesto que tanto la madre como la menor continuaron recibiendo amenazas por parte de terceros, Women's Link Worldwide presentó una solicitud de medidas cautelares urgentes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que el gobierno tomara medidas dirigidas a evitar el peligro inminente al que estaban sujetas las peticionarias. Las medidas fueron concedidas el 21 de septiembre de 2009 incitando al Estado colombiano a tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y bienestar de las dos mujeres. Ver, Women's Link Worldwide, Comunicado de prensa. En un caso sin precedentes que involucra violación, negación de aborto legal, golpes y amenazas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita al Estado colombiano tomar medidas cautelares para proteger la vida de dos colombianas [en línea] Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_press/es_press_release_20090925.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

42. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-946 de 2 de octubre de 2008. MP Jaime Córdoba Triviño.

posibilidad de acceder al procedimiento oportuno y ordena que los jueces de instancia sean investigados penal y disciplinariamente con base en la omisión que cometieron al no ordenar la práctica de la IVE.

2. SENTENCIA T-388 DE 2009: CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO A ACCEDER ABORTOS OPORTUNOS Y SEGUROS

En su última decisión sobre aborto hasta la fecha, la Corte consolida las directrices desarrolladas en su jurisprudencia anterior e intenta materializar el enfoque integral que se requiere para garantizar efectivamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En la sentencia T-388 de 2009⁴³, la Corte revisa el caso de una mujer que a las diecinueve semanas de embarazo recibió el diagnóstico de que el feto tenía severas malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero, por lo que una junta médica recomendó la interrupción del embarazo. Como consecuencia del embarazo, la mujer sufría de fuertes contracciones, sangrado vaginal y fuertes dolores de cabeza. El médico ordenó la interrupción, pero le exigió una orden judicial para proceder. Al presentar una acción de tutela, el juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia y por sus creencias cristianas y adujo que ordenar la interrupción iría en contra de la “Ley Divina”. El impedimento fue rechazado y al volver a conocer el caso, el juez denegó la tutela por las mismas razones de conciencia y creencias religiosas. El juzgado de segunda instancia concedió la tutela y ordenó que se llevara a cabo la interrupción del embarazo en un término de 48 horas.

En revisión, la Corte solicitó a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales; al Procurador Delegado para la Infancia, la Adolescencia y la Familia; a la Defensora Delegada para la Infancia, la Salud y la Mujer; y a la Mesa de trabajo por la vida y la salud de las mujeres, que remitieran información en relación con el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006.

En esta sentencia, la Corte responde a tres preguntas jurídicas concretas:

- i. ¿Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?
- ii. ¿Qué consecuencias prácticas surgen para las EPS, las IPS y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?
- iii. ¿Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia,

43. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 28 de mayo de 2009. MP. Humberto Sierra Porto.

abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?"⁴⁴

Por medio de esta decisión, la Corte reitera y aclara el sentido y alcance de la sentencia C-355 de 2006 al considerarlo un tema de especial relevancia constitucional, a pesar de que el objeto de la acción había sido superado al habersele practicado el aborto a la peticionaria.

Reitera que ninguna medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* puede atentar contra los derechos de la mujer embarazada al libre desarrollo de su personalidad, a preservar su integridad física y mental y a estar libre de discriminación y violencia.

a. Requisitos máximos para proveer servicios de interrupción voluntaria del embarazo

Con respecto a la causal de violación e incesto, recuerda la Corte que el *único requisito* que puede pedírsele a la mujer para practicarle la IVE es la copia de la denuncia debidamente presentada. Entre los ejemplos que cita de exigencias prohibidas están:

(a) evidencia forense de penetración sexual; o (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, (e) exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres⁴⁵.

Sobre los casos en los que se invoca un peligro para la vida o la salud, la Corte reiteró que la protección se extiende a la salud mental de la mujer, no solo a la física, puesto que el derecho a la salud supone gozar del más alto nivel posible de bienestar.

Respecto de la causal de malformaciones que hacen el feto inviable, la Corte afirmó que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo para luego tener que soportar la pérdida del ser cuyas malformaciones son tan graves que le hacen inviable, equivale a someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes⁴⁶.

Tanto para la causal de peligro para la vida o la salud de la mujer, como para la causal de malformaciones graves que hacen el feto inviable, la

44. *Ibid.*, acápite II, 2.

45. *Ibid.* acápite II, 4.1

46. Esta posición ya había sido sostenida por el Comité de Derechos Humanos en el caso K.L. c. Perú (Comunicación 1153/2003, UN Doc. CCRP/C/85/D/1153/2003, 2005).

Corte resalta que el *único requisito* que puede pedirse es la certificación de un médico o una médica.

b. Consentimiento de menores de 14 años

Uno de los puntos más importantes de la sentencia tiene que ver con la capacidad de consentir de las menores de 14 años. En este sentido, la Corte hace referencia a jurisprudencia previa, en la que ha reconocido en los y las menores de edad la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. Por tanto, no puede anularse la autonomía ni la dignidad de las niñas que enfrentan embarazos no deseados y que expresan su deseo de interrumpirlos, aún si sus padres o progenitores están en desacuerdo.

c. Materialización de las obligaciones relacionadas con la provisión de servicios de aborto

La Corte se hace a la tarea de listar, en forma concreta y precisa, la manera en que los derechos sexuales y reproductivos se ven garantizados en lo referente a la IVE con base en su jurisprudencia previa y determina que:

- Las mujeres que se encuentren en los supuestos de la C-355 tienen el derecho a decidir, libres de presión alguna, si interrumpen o no su embarazo.
- Todas las mujeres deben contar con información amplia, suficiente y adecuada, que les posibilite ejercer a cabalidad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye información sobre los lineamientos constitucionales y legales que les permiten acceder al servicio de IVE.
- Los servicios de IVE deben estar disponibles en todo el territorio nacional y las mujeres deben poder acceder el nivel de complejidad que requieran.
- Todo el personal de salud debe garantizar la plena confidencialidad y cumplir con la obligación de primer orden de guardar el secreto profesional, respetando la dignidad y la intimidad de las mujeres.
- Ni la mujer que solicite un aborto, ni el personal que atienda su solicitud pueden ser objeto de discriminación alguna que afecte su acceso a lugares de trabajo, centros educativos o tipo de afiliación al sistema de salud o de riesgos profesionales.
- Los departamentos, distritos y municipios tienen la obligación de asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el proceso de garantizar a las mujeres acceso a servicios de IVE en condiciones de calidad y salubridad.

- Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a los requisitos establecidos en la sentencia C-355, como realización de juntas médicas de revisión o auditoría que ocasionen una demora injustificada; impedir que la niñas menores de 14 años expresen libremente su consentimiento; imponer requisitos formales adicionales; alegar objeción de conciencia colectiva o suscribir pactos para no prestar servicios de IVE y descalificar conceptos expedidos por psicólogos o psicólogas, a quienes la ley les reconoce la calidad de profesionales de la salud⁴⁷.

d. Objeción de conciencia médica como derecho individual no absoluto

En esta decisión, la Corte entra a considerar extensivamente el contenido y límites del derecho a la objeción de conciencia, el cual se deriva de la pluralidad del Estado y del derecho a la libertad de conciencia y de religión de los individuos.

La Corte refiere que quien objeta conciencia no es una persona que abogue por la ilegalidad sino que se apega al derecho existente, pero para quien el cumplimiento de un deber jurídico riñe con sus convicciones morales más íntimas y, por tanto, en virtud de los valores democráticos de un Estado social de derecho como el colombiano, goza de protección. Sin embargo, el problema se presenta cuando la exteriorización de las convicciones morales propias dirigidas a evadir el cumplimiento de un deber jurídico interfiere con el ejercicio de los derechos de otras personas. Como los demás derechos, la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y se ve limitado por los derechos fundamentales de las mujeres que solicitan la IVE.

Así, la Corte reconoce que cuando es factible para la persona objetora remitir a la mujer a profesionales de la medicina que garanticen la prestación efectiva del servicio de IVE, no existe ningún reproche respecto de la objeción de conciencia. Sin embargo, si solo existe una persona calificada para practicar el aborto, esta no puede rehusarse a hacerlo, independientemente de si está adscrita a una entidad privada o pública, confesional o laica.

La Corte concluye que en estos casos la limitación al derecho a objetar conciencia es proporcional y razonable puesto que evita perjuicios directos e irreversibles para la mujer, los cuales resultarían en una violación a sus derechos fundamentales. La sentencia aclara, además, que la objeción

47. Es importante resaltar la validación que hace la Corte sobre la calificación de los y las psicólogos y psicólogas como profesionales de la salud y, por tanto, con la posibilidad de emitir conceptos sobre el peligro que representa el embarazo para la salud mental de la mujer en los casos que así fuere. En el nivel práctico, esto implica que el médico o la médica que certifique la existencia de peligro para la salud mental de la mujer de continuarse el embarazo, puede hacerlo con fundamento en la valoración de un psicólogo o una psicóloga, lo que en Colombia se traduce en mayor acceso a servicios de IVE en zonas del país en donde no hay disponibilidad de psiquiatras.

de conciencia solo puede ser ejercida en forma individual por el personal directamente involucrado en la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo y no por personal administrativo, por personal médico involucrado en actividades preparatorias para la intervención o posteriores a ella y mucho menos por las instituciones prestadoras de servicios de salud⁴⁸.

Finalmente, la decisión específica que la objeción de conciencia debe manifestarse por escrito y expresar: (a) las razones por las cuales la realización del procedimiento está en contra de sus más íntimas convicciones (para lo cual no podrán utilizarse formatos generales o plantillas), y (b) el o la profesional a quien se remite la paciente que necesita ser atendida. Quien objete debe tener certeza de la existencia de dicho profesional, de su pericia para realizar la IVE y de su disponibilidad para realizarla en el momento debido.

e. Prohibición de la objeción de conciencia por autoridades públicas

En la decisión, la Corte establece que quien ostenta la calidad de autoridad pública, como es el caso de jueces y juezas, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir sus deberes constitucionales y legales en tanto que la Constitución establece que

las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares⁴⁹.

Quien ha aceptado voluntariamente ejercer funciones como autoridad judicial, adquiere el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente, por lo que no es admisible que en un Estado de derecho, quienes administran justicia se escuden en sus creencias personales para rehusarse a aplicar la ley en ejercicio de sus funciones. Esto conllevaría a la efectiva denegación del acceso a la justicia y del ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La Corte añade que esto cobra aún más importancia tratándose de la acción de tutela que está orientada a la resolución expedita de casos que involucran la violación inminente de derechos fundamentales. Así, la Corte establece que en casos de IVE podría generarse una situación irreversible para la mujer que, a su vez, generaría responsabilidad estatal por inactividad de sus funcionarios o funcionarias y podría dar lugar al delito de

48. Esta aclaración es fundamental, puesto que la falta de lineamientos claros sobre quiénes tienen derecho a objetar conciencia en otros países ha resultado en situaciones tan abiertamente arbitrarias como que el personal de aseo de un hospital se rehúse a limpiar la habitación de una mujer a quien se le practicó un aborto.

49. Constitución Política de Colombia, artículo 2.

prevaricato por acción. En conclusión, en casos de IVE, las autoridades judiciales están obligadas, no solo a fallar sino a hacerlo de acuerdo con los lineamientos de la sentencia C-355.

f. Derecho a la información y disponibilidad del servicio

Después de analizar el caso concreto y determinar que tanto el médico como el juez de primera instancia violaron los derechos fundamentales de la peticionaria al exigirle obtener una orden judicial para proceder con la IVE y rehusarse a fallar del caso por razones de conciencia respectivamente, la Corte procede a ordenar que determinadas entidades públicas tomen medidas para garantizar la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en general.

En tanto una de las conclusiones de la sentencia es que todas las mujeres deben contar con información amplia, suficiente y adecuada que les permita ejercer a cabalidad sus derechos sexuales y reproductivos en todo el territorio nacional, la Corte ordena a los ministerios de la Protección Social y de Educación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, que

de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos (...) [que incluyan] el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 (...) y [urge] que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos⁵⁰.

Para asegurar la disponibilidad del servicio en todo el territorio nacional, la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adoptar medidas para que las entidades prestadoras de servicios de salud, públicas, privadas, confesionales o laicas dispongan de profesionales de la medicina con la habilitación requerida para practicar abortos en los términos de la sentencia C-355, asegurando que en las redes públicas departamentales, distritales y municipales se garantice el servicio de IVE.

3. REACCIONES DE LA PROCURADURÍA Y SUS INTENTOS POR MENOSCABAR EL DERECHO A ACCEDER SERVICIOS DE ABORTO EN COLOMBIA

El señor Alejandro Ordóñez, quien públicamente se ha manifestado en abierta oposición a la legalización del aborto en Colombia⁵¹, fue nombrado

50. Sentencia T-388, *op.cit.* acápite III

51. En su libro, *El nuevo derecho. El nuevo ordenamiento mundial y la revolución cultural. Ideología de género. Utopía trágica o subversión cultural*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá (2007), el señor Ordóñez se expresa en numerosas ocasiones en contra del aborto, el matrimonio homosexual, los derechos de las trabajadoras sexuales, del sistema de Naciones Unidas y los califica como contrarios al orden natural. Ver por ejemplo, página 69: “La declaratoria de inexequibilidad [de la

procurador general de la nación en diciembre de 2008. El mandato de la Procuraduría General de la Nación está dado por los artículos 277 y 278 de la Constitución, bajo los cuales, quien desempeñe ese cargo tiene entre sus deberes vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad y ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Una de sus primeras actuaciones como procurador general fue el nombramiento de la abogada Ilva Myriam Hoyos, como procuradora delegada para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia, posición que tiene a su cargo la protección de los derechos sexuales y reproductivos. La señora Hoyos presentó 47 intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional en contra de la despenalización del aborto durante el proceso que resultó en la sentencia C-355 de 2006 y anunció públicamente que tomaría acciones en contra de la sentencia.

Entre las múltiples acciones que ha tomado la Procuraduría en contra del ejercicio del derecho de las mujeres colombianas a decidir si interrumpen o no su embarazo y a acceder al servicio de forma oportuna⁵², están la presentación de un incidente de nulidad en contra de la sentencia T-388 de 2009, que se constituye en el primero que un procurador haya presentado contra una sentencia de la Corte Constitucional que proteja derechos constitucionales. Mediante un comunicado de prensa con fecha de 21 de octubre de 2009, la Procuraduría anunció que presentaría el incidente con fundamento en que la sentencia insta a que se instauren “campañas masivas de promoción del aborto como derecho”, lo que de acuerdo con el Procurador supera los lineamientos de la sentencia C-355, que no le otorgó la naturaleza de derecho⁵³.

Según el incidente interpuesto, la Sala de Revisión que profirió la sentencia T-388 de 2009 incurrió en una falta al debido proceso al aclarar y ampliar el contenido de la sentencia C-355 de 2006, aunque la Procuraduría no

penalización del aborto] no es solo un problema jurídico; es una pieza más dentro de un esquema muy bien diseñado para disolver culturalmente a nuestra nación y en especial a su identidad cristiana. Después vendrá, por la misma vía judicial, el matrimonio homosexual, la adopción de hijos por tales parejas, la eutanasia, la eugenesia, la manipulación de embriones, el desmonte de la patria potestad, la despenalización de la pedofilia, en suma, la androgenización de la cultura”.

52. Otras acciones en esa dirección incluyen pronunciamientos calificando erróneamente la anticoncepción oral de emergencia como abortiva, en contra de lo que ya ha dispuesto el Consejo de Estado sobre el particular y la intervención directa y con un evidente conflicto de intereses en la construcción de la Clínica de la Mujer en Medellín. Sobre estas actuaciones, ver por ejemplo: *El Espectador* (2009, 7 de diciembre), “Ordenan retirar del mercado píldora del día después que tenga Levonorgestrel”, [en línea] Disponible en: <http://www.elespectador.com/articulo176280-ordenan-retirar-del-mercado-pildora-del-dia-despues-tenga-levonorgestrel> (recuperado: el 26 de febrero de 2010); León, Juanita (2009, 30 de septiembre), “La procuradora delegada para la mujer: ¿juez y parte en el caso de la Clínica de la Mujer en Medellín?”, *La Silla Vacía*, [en línea] Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/4529> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

53. Procuraduría General de la Nación, Comunicado de prensa, 21 de octubre de 2009 [en línea] Disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2009/noticias_601.htm (recuperado: 26 de febrero de 2010).

detalla la forma en que lo hizo⁵⁴. La Procuraduría aduce que se configura la nulidad procesal porque las pruebas ordenadas resultaban impertinentes para esclarecer el objeto concreto del proceso de tutela, en tanto que se dirigieron a obtener información de entidades estatales y civiles sobre el cumplimiento de la sentencia C-355 y no sobre el caso concreto. Específicamente, la Procuraduría argumenta que la Corte ha debido ordenar pruebas dirigidas a

(i) la verificación del supuesto de la enfermedad incompatible con la vida en el ser humano en gestación; (ii) los motivos de la realización de una cesárea para poner término al embarazo; (iii) el estado de avance de la gestación; (iv) el estado de salud de la madre gestante después de haberse realizado la cesárea; (v) la realización de las pruebas genéticas de los padres, así como de su hijo, ordenadas por el juez *ad quem* y (vi) la práctica del tratamiento psicológico ordenado para proporcionar el bienestar de la madre⁵⁵.

Claramente, la práctica de las pruebas sugeridas por la Procuraduría habría estado en flagrante violación a lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006, pues no corresponde a juez alguno verificar la inviabilidad del *nasciturus* si en el caso media certificación médica que es el *único requisito*, que puede solicitarse para proveer la IVE, como tampoco lo es indagar sobre la idoneidad del procedimiento practicado, o el desarrollo gestacional. Todo ello implicaría la imposición de requisitos adicionales para acceder servicios de IVE, práctica que, como ha reiterado la Corte en diversas ocasiones, está prohibida.

Además, la Procuraduría aduce que la Corte ha debido ponderar de forma razonable los argumentos del juez de primera instancia para rehusarse a emitir un fallo con base en sus creencias religiosas y afirma que la sentencia conduce a la discriminación contra quienes rechazan el aborto por razones ideológicas. Lo que este argumento sugiere es que un Estado democrático permita que sus jueces y juezas fallen en conciencia y no en derecho, lo que amenaza seriamente los pilares de un Estado social de derecho pluralista en el que quienes administran justicia deben regirse por lo que dice la ley.

La Procuraduría argumenta también que la orden de instaurar campañas masivas de educación sexual que incluyan información sobre el contenido de la sentencia C-355 de 2006 no tiene vínculo con la parte motiva de la sentencia. Sin embargo, es evidente, en razón de la información obtenida durante el proceso acerca de la implementación de la C-355, que entre los

54. El escrito presentado por Women's Link Worldwide en oposición al incidente de nulidad presentado por la Procuraduría General de la Nación, puede consultarse en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legal_docs_20091201_oposicionnulidad.pdf

55. Procuraduría General de la Nación, Solicitud de incidente de nulidad de la sentencia de tutela de la Corte Constitucional proferida por la Sala Octava de Revisión T-388 de 28 de mayo de 2009. Expediente T-1.569.183, MP Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de octubre de 2009: 34.

obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder procesos legales de IVE está la imposición de requisitos adicionales a los legalmente permitidos y la discriminación a la que son sujetas las mujeres que deciden interrumpir su embarazo. La Corte destaca la importancia de que las mujeres que enfrentan embarazos no deseados cuenten con todas las condiciones necesarias para tomar una decisión libre, informada y autónoma sobre si desean o no continuar con el embarazo. Por tanto, el requerimiento de que las entidades competentes del Estado promuevan la difusión de información relevante y necesaria para el adecuado ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, es un paso fundamental en la materialización de los mismos.

La orden de instaurar campañas masivas de educación contenida en la T-388 de 2009, calificada erróneamente por el procurador como un llamado hecho por la Corte para “promover masivamente el aborto” desató una reacción extensa por los medios de comunicación que se refirieron al mandato de la sentencia utilizando el tergiversado apelativo de “cátedra de aborto”⁵⁶, que obviamente planteado así, generó reacciones negativas por parte de líderes de colegios y escuelas religiosos y de padres de familia. Sin embargo, como bien lo expresó la viceministra de Educación, el mensaje de los programas de educación sexual es “que los adolescentes son titulares de derechos y son capaces de tomar decisiones”⁵⁷ y no que deben acudir al aborto.

El 4 de agosto de 2010, la Corte Constitucional denegó la solicitud de nulidad presentada por el procurador rechazando todos los argumentos presentados⁵⁸. Poco después, el procurador anunció que presentaría un proyecto de ley que permitiría la objeción de conciencia de cualquier funcionario público así como de las instituciones tanto de salud como educativas⁵⁹.

56. Ver, entre otros: Cerón Coral, Claudia (2009, 24 de octubre). “Aborto: al tablero”. *El Tiempo*. [en línea] Disponible en: http://www.eltiempo.com/domingoadomingo_eltiempo/aborto-al-tablero_6435927-1 (recuperado: 26 de febrero de 2010); *El Espectador* (2009, 22 de octubre). “Entre lo religioso y lo jurídico: El aborto, en el ojo del huracán”. [en línea] Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso168236-el-aborto-el-ojo-del-huracan> (recuperado: 26 de febrero de 2010); Iturralde, Manuel (2009, 6 de noviembre). “Tiranía de creencias”. *Revista Semana* [en línea] Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/tirania-creencias/130981.aspx> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

57. *El Espectador* (2010, 23 de febrero). “Viceministra de Educación desmiente una ‘cátedra de aborto’”. [en línea] Disponible en: <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso189471-viceministra-de-educacion-desmiente-una-catedra-del-aborto> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

58. Auto 283/10, Incidente de nulidad de la sentencia T-388/09, M.P. Humberto Sierra Porto. Comunicado de Prensa 38, [en línea] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2038%20Comunicado%2004%20de%20agosto%20de%202010.php> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

59. *El Espectador* (2010, 13 de agosto). “Procurador busca reglamentar objeción de conciencia contra el aborto”. [en línea] Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-218959-procurador-busca-reglamentar-objecion-de-conciencia-contra-el-abor> (recuperado: 21 de octubre de 2010). Aunque aún no se conoce el texto del proyecto de ley, se sabe que no solo hace referencia al aborto y que incluye la objeción de conciencia notarial, que tendría un claro impacto sobre la posibilidad de realizar uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo.

4. CONCLUSIÓN: DE LA CORTE A LA REALIDAD

La sentencia C-355 de 2006 reactivó el debate público en Colombia sobre un tema hasta entonces tabú, obligó al Estado a mover su engranaje para regular el acceso a servicios de IVE y proveyó a las mujeres con herramientas más concretas para asegurar la exigibilidad de sus derechos sexuales y reproductivos, pero el camino por recorrer es aún largo. Es muy preocupante que en un Estado democrático, el actual procurador y la procuradora delegada, quienes han expresado su oposición a la despenalización del aborto, hagan uso de sus funciones públicas para avanzar su ideología política y religiosa sobre el tema⁶⁰; a la fecha, el procurador tiene más de quince quejas disciplinarias en su contra ante la Corte Suprema de Justicia⁶¹. De igual modo, en un país en que la provisión de servicios de salud y de educación está, en su mayoría, en manos de entidades religiosas cristianas, la habilidad para hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que enfrentan embarazos no deseados y deciden interrumpirlos, sigue siendo limitada.

La cuestión aún es cómo acercar estos fallos que reconocen y protegen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución a la vida diaria de las mujeres. Conuerdo con la Corte Constitucional en que la difusión de información suficiente y adecuada es un buen lugar para comenzar en un contexto social en que el embarazo adolescente continúa incrementándose⁶². Sin embargo, de nada sirve tener la información sin la posibilidad de acceder al servicio. A su vez, este acceso se hace posible cuando los organismos de vigilancia y control como la Procuraduría, las Secretarías de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y los Tribunales de Ética Médica ejercen sus funciones disciplinarias y sancionatorias de forma que el efecto ejemplarizante de estas sea contundente.

La línea jurisprudencial de la Corte desde 2006 en materia de aborto tiene dos componentes fundamentales: (a) la reafirmación de las mujeres como sujetos plenos titulares de derechos fundamentales a la dignidad y autonomía, con la capacidad de tomar una decisión crucial para su proyecto de

60. Además de las publicaciones previas a su nombramiento, ver por ejemplo *Semana* (2010, 2 de octubre). "Por mucho menos que lo de Piedad he destituido a los parapolíticos", entrevista en que el procurador hace afirmaciones como: "En el texto, la sentencia hablaba del derecho al aborto. ¡La gente sabe lo que yo pienso! ¡Yo soy pro vida! Me parece que el aborto es el más felón de los atentados contra los derechos fundamentales. ¡No voy a descafeinar mis convicciones!" y "La unión homosexual ni es matrimonio ni es familia. Y eso es un dato no ideológico. Es un dato natural y científico. (...). Los actos homosexuales no responden a un orden natural. No hay un gen homosexual. Y se pueden corregir". [en línea] Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-nacion/mucho-menos-piedad-he-destituido-parapoliticos/145438.aspx> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

61. Una de las quejas disciplinarias fue presentada por Women's Link Worldwide contra el procurador ante la Corte Suprema de Justicia. [Disponible en:] http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legaldocs_20100318_quejaPGN.pdf Ver también, *Semana* (11 de agosto de 2010). "La cruzada del Procurador" [en línea] Disponible en: <http://www.semana.com/noticias-opinion/cruzada-del-procurador/142926.aspx> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

62. *El Tiempo* (2010, 21 de septiembre). "Cada día, 19 niñas menores de 15 años se convierten en mamás". [en línea] Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7948440> (recuperado: 21 de octubre de 2010).

vida como lo es la continuación o no de su embarazo, y (b) la obligación de las entidades estatales y privadas de asegurar la provisión de servicios que aseguren la materialización en condiciones de equidad de dicha decisión. Hasta que esta sea nuestra realidad, seguiremos repitiendo: “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”.

Referencias bibliográficas

Guttmacher Institute. 2009. *Datos sobre el aborto y el embarazo no planeado en América Latina y el Caribe*. Octubre [en línea] Disponible en: http://www.guttmacher.org/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina; Alfonso Sierra, Tatiana. 2008. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 253 y ss.

Procuraduría General de la Nación. 2008. Seguimiento y vigilancia a la garantía de los derechos de mujeres y adolescentes desde una perspectiva de género. *Boletín Procurando la Equidad* 2. Mayo [en línea] Disponible en: <http://colombia.unfpa.org/documents/Boletín2procuraduriafinal.pdf> - (recuperado: 26 de febrero de 2010).

Mesa por la vida y la salud de las mujeres (sf). Los problemas para el acceso y la prestación del servicio de IVE [en línea] Disponible en: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Los-problemas-para-el-acceso-y-la> (recuperado: 26 de febrero de 2010).

Women's Link Worldwide. 2009. *Manual constitucional para la práctica de IVE: lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia*. Noviembre [en línea] Disponible en: http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_manualIVE.pdf (recuperado: 26 de febrero de 2010).

CAPÍTULO 3

IGUALDAD *VERSUS* PROTECCIÓN: LÍMITES Y ALCANCES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN 2009

Mauricio Albarracín Caballero*
Colombia Diversa

El 28 de enero de 2009, la Corte Constitucional de Colombia tomó una trascendental decisión al reconocer la mayoría de los derechos de las parejas del mismo sexo contenidos en 26 leyes. Días después el profesor Rodrigo Uprimny, en su columna de opinión, afirmó al respecto de esta sentencia:

Estas conquistas jurídicas, por importantes que sean, no son suficientes. Es posible que, a pesar de estos cambios normativos, en la vida cotidiana la discriminación contra los homosexuales subsista o se torne más sutil. O incluso que existan propuestas para que se anulen u obstaculicen estos avances jurisprudenciales (Uprimny, 2009a).

Esta lúcida advertencia debe ser la guía de los análisis tanto del precedente constitucional sobre las parejas del mismo sexo, como de la realidad de su aplicación.

En este artículo sostendré que el precedente constitucional que ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido fundamental en el acceso a los derechos civiles y sociales de estas parejas; constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, y aporta a un mayor respeto social de las parejas del mismo sexo. No obstante, este precedente tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia.

Fue la magistrada (e) Catalina Botero quien señaló con precisión esta tensión en su aclaración de voto a la sentencia C-811 de 2007:

Aunque comparto la decisión de la Corte (...), y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social (...) a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano.

* Miembro del Comité Legal de Colombia Diversa. Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes e investigador del Centro de Estudios Socio-Jurídicos (Cijus), de la misma universidad. malbarracin@gmail.com; <http://malbarracinc.blogspot.com/>

Y continúa la magistrada:

estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir⁶³.

Esta evasión se funda a mi juicio en que el precedente constitucional se basó en una doctrina que pretendía equilibrar distintas posiciones políticas en el Alto Tribunal; precedente que puede derivarse tanto en interpretaciones conservadoras como progresistas. La Corte decidió abordar un problema a la vez, siguiendo de forma inconsciente la teoría del constitucionalista estadounidense Cass Sunstein (2001)⁶⁴, la cual consiste en la solución de problemas jurídicos concretos y en evitar las discusiones sobre teorías generales o asuntos ideológicos muy amplios e irreconciliables.

Aunque la Corte avanzó en la protección de los derechos de las parejas, las sentencias no han sido del todo progresistas ni han logrado eliminar las desigualdades legales y la ciudadanía de segunda clase de gays y lesbianas. En el seno del precedente hay una tensión que cada vez se hace más creciente e insostenible para la igualdad y plenos derechos de estas parejas: proteger los derechos de las parejas del mismo sexo, en tanto sean asimilables a las parejas heterosexuales, pero al mismo tiempo no reconocer que ambos tipos de parejas merecen en forma inmediata la misma protección y respeto, especialmente en la protección constitucional de la familia de las parejas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no ha afirmado en forma clara y contundente que las parejas del mismo sexo son iguales y tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, por el contrario, ha creado una jurisprudencia que protege a las parejas pero las mantiene en un estatus inferior de protección.

63. Aclaración de voto de magistrada (e) Catalina Botero, Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

64. La Corte Constitucional ha usado esta forma de proceder de manera explícita. Así por ejemplo, en la sentencia C-816 de 2004, en la cual se declaró inexecutable por asuntos de procedimiento el estatuto antiterrorista, la Corte se justificó de esta manera: "10- Esta opción metodológica de entrar a analizar y decidir directamente los cargos que tienen mayor potencialidad de prosperar, aun cuando pueda parecer más lógico estudiar otra acusación previamente, no es una invención de esta sentencia ni de esta Corte. Así, en muchísimos eventos, esta Corte ha declarado la inexecutable de una disposición con base en un determinado cargo de procedimiento, lo cual la ha llevado a no estudiar las otras acusaciones contenidas en la demanda. Esta metodología ha sido también utilizada por otros tribunales constitucionales de otros países". Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2004. MP Rodrigo Uprimny y Jaime Córdoba Triviño. De hecho en el párrafo transcrito la Corte cita a Sunstein: "la tesis de Cass Sunstein sobre los *argumentos teóricamente incompletos*". En: Cass Sunstein. (1996: 35 a 61). Ver igualmente Sunstein, C. (2001) y para un análisis de Sunstein en Colombia ver el trabajo de Cajas, (2009: 277-303).

Para mostrar esta tensión y su impacto en el precedente constitucional, se analizan las sentencias C-029 de 2009 y T-911 de 2009 de la Corte Constitucional. En la primera parte del texto se recordarán los antecedentes jurisprudenciales que enmarcan las decisiones judiciales producidas durante 2009. En la siguiente parte, se analiza la sentencia C-029 de 2009, desde los dos tipos de lectura: una conservadora y otra progresista, que pueden derivarse del precedente. En la tercera parte, se examina la sentencia T-911 de 2009, que aborda un caso de reclamación de pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo, en la cual se observa un importante retroceso respecto al precedente anterior. En la cuarta parte se concluye con los retos que implican los procesos judiciales iniciados para el reconocimiento de la adopción entre parejas del mismo sexo y la demanda que la Corte Constitucional está estudiando sobre el derecho al matrimonio.

1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La sentencia C-075 de 2007 dio un giro trascendental en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, y por medio de ella se empezó a corregir la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional que no reconocía ningún derecho (Motta, 1998: 290-299; Moncada, 2002; Estrada, 2003: 177-216; Céspedes, 2004)⁶⁵. En la lógica de estudiar cada ámbito de regulación (un problema a la vez) la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-075 de 2007, con ponencia del magistrado conservador Rodrigo Escobar Gil, que las parejas del mismo sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la Ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales (Bonilla, 2008: 11-39). Solo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda por parte de dos estudiantes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja (UPTC), quienes demandaron el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, pidiendo que se ampliara el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. Por su parte, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes (GDIP) presentaron el 30 de agosto de 2007 una nueva demanda de inconstitucionalidad, que buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto de afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

El 14 de mayo de 2007, ocurrió algo inesperado que dio mayor respaldo al precedente constitucional. El Comité de Derechos Humanos comunicó su decisión en el caso *X contra Colombia*⁶⁶, mediante la cual se resolvió

65. Ver Corte Constitucional, sentencias C-098 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-623 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil; T-725 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil; T-349 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

66. Comité de Derechos Humanos. Comunicación 1361 de 2005: Colombia. 14 de mayo de 2007. (CCPR/C/89/D/1361/2005).

una situación de discriminación contra un ciudadano que convivía con su compañero y a quien se le negó su pensión de sobreviviente. El comité determinó que el Estado colombiano violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y le ordenó restablecer los derechos de la persona afectada y solucionar en forma general esta discriminación (Albarracín y Noguera, 2008).

Las acciones constitucionales que hacían tránsito condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, que reconocieron el derecho a la afiliación en salud y pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, una ciudadana demandó la norma del código penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. La Corte en la sentencia C-798 de 2008 determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación con las obligaciones alimentarias.

Sin embargo, la Corte usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho. Según la Corte cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación. Como se explicará en el siguiente apartado esta situación llevó a una demanda “en bloque” que fue decidida en la sentencia C-029 de 2009.

Este proceso de reconocimiento de derechos fue progresivo y cada vez más se fortaleció la protección de estas parejas. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, en una coherente jurisprudencia la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (C-075 de 2007⁶⁷, C-811 de 2007⁶⁸, T-856 de 2007⁶⁹, C-336 de 2008⁷⁰, C-798 de 2008⁷¹, T-1241 de 2008⁷², C-029 de 2009⁷³ y T-911 de 2009⁷⁴), las cuales transformaron radicalmente el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para estas derechos y obligaciones (Albarracín y Azuero, 2009). No obstante existen matices importantes en el precedente, en particular la sentencia C-798 de 2008, la cual es mucho más progresista respecto a la interpretación sistemática de la expresión “compañero permanente” sin necesidad que la Corte se pronuncie en cada ámbito de regulación⁷⁵.

67. MP Rodrigo Escobar Gil. Sentencia sobre el reconocimiento de derechos patrimoniales.

68. MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

69. MP Humberto Sierra Porto. Caso sobre derecho a la afiliación en salud.

70. MP Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente.

71. MP Jaime Córdoba Triviño. Sentencia sobre el reconocimiento del derecho de alimentos mutuos.

72. MP Clara Inés Vargas Hernández. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

73. MP Rodrigo Escobar Gil.

74. MP Nilson Pinilla Pinilla. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

75. La división en esta sentencia fue más amplia que en otras decisiones. Es así que los magistrados Rodrigo Escobar y Nilson Pinilla salvaron su voto.

2. SENTENCIA C-029 DE 2009: EL GRAN PASO A LA IGUALDAD

Durante los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional había establecido igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo en tres ámbitos de regulación: patrimonial, seguridad social y obligaciones alimentarias. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. En este orden de ideas, Colombia Diversa, Dejusticia y el GDIP, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes⁷⁶, en las cuales se reconocían derechos, beneficios y se imponían cargas para las parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo.

Entre los temas regulados por estas normas se encontraban los siguientes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en el departamento de San Andrés y Providencia; garantía de no incriminación en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muertes en accidentes de tránsito, y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

Los demandantes justificaron la decisión de realizar una demanda en bloque de este importante número de normas, argumentando que si bien el estudio de este conjunto de normas podría ser una labor “dispendiosa” para la Corte, existían distintas ventajas que justificaban haber optado por esta opción. En efecto, al realizar una demanda en bloque, la Corte no tendría que estudiar en distintas demandas la presunta inconstitucionalidad de normas que excluían a las parejas del mismo sexo, y además, un pronunciamiento único permitiría que se estableciera un precedente

76. Las normas demandadas fueron los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; artículo 24 literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; artículos 411 y 457 del Código Civil; artículos 4 de la Ley 70 de 1931; artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; artículo 7 de la Ley 3 de 1991; artículos 283 numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; artículo 5 de la Ley 43 de 1993; artículo 8 numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; artículo 244 de la Ley 100 de 1993; artículos 14 numerales 2 y 8 y 52 de la Ley 190 de 1995; artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; artículo 2 de la Ley 294 de 1996; artículo 2 de la Ley 387 de 1997; artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; artículos 34, 104 numeral 1, 170 numeral 4, 179 numerales 1 y 4, 188 b numeral 3, 229, 233, 236, 245 numeral 1, 454 a de la Ley 599 de 2000; artículos 40, 71 y 84 numerales 1, 2, 3, 6, 7 y 9 de la Ley 734 de 2002; artículos 8 literal b, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2004; artículo 3 numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; artículo 18 de la Ley 1153 de 2007; artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007.

homogéneo, lo cual favorecería la interpretación coherente y sistemática de las expresiones “compañeros permanentes” contenidas en el ordenamiento jurídico.

En la demanda se argumentó que era imprescindible aplicar el precedente y los criterios doctrinarios establecidos en las C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007 y C-336 de 2008. En particular, se señaló la importancia de aplicar un test estricto de proporcionalidad para determinar el déficit de protección y por tanto la violación del derecho a la igualdad (artículo 13 CP) y de los derechos a la dignidad humana (preámbulo, artículo CP) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP). Teniendo en cuenta estas consideraciones, se analizó cada ámbito de regulación demandado y en cada caso concreto se demostró que las normas no superaban el test estricto de proporcionalidad y vulneraban otros derechos fundamentales y valores constitucionales.

El 28 de enero de 2009 la Corte Constitucional profirió la sentencia C-029 de 2009⁷⁷, en la cual declaró la exequibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas⁷⁸ “en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”⁷⁹. En el comunicado de prensa la Corte expresó que en esta sentencia se reiteró su línea jurisprudencial sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, establecida en la sentencia C-075 de 2007, y en consecuencia reconoció que todas las normas acusadas generaban una discriminación contra los compañeros permanentes del mismo sexo. El alto tribunal fue enfático en afirmar que “según reiterada jurisprudencia, las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”⁸⁰.

La Corte por tanto eliminó

la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo⁸¹.

77. MP Rodrigo Escobar Gil. El magistrado Nilson Pinilla Pinilla manifestó su salvamento parcial de voto. El magistrado Rodrigo Escobar Gil expresó que presentaría una aclaración de voto en relación con los fundamentos de la decisión. Finalmente, el magistrado Jaime Araújo Rentería anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con los conceptos de familia y matrimonio a la luz de la Constitución Política.

78. La Corte no estudio el concepto de familia, ni los distintos tipos de familia protegidos a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta que no se configuró un cargo de constitucionalidad sobre esta materia, y además por ser una cuestión que no resulta relevante para el problema jurídico planteado.

79. Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

80. Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

81. Corte Constitucional, comunicado de prensa 01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, la Corte negó a los demandantes el pronunciamiento general sobre todos los derechos de las parejas del mismo sexo, a juicio de la Corte:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en la medida en que existen claras diferencias entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras. Ello implica que para construir un cargo por violación del principio de igualdad es preciso establecer que, en cada caso concreto, la situación de uno y otro tipo de pareja es asimilable, como presupuesto para entrar a determinar si la diferencia de trato resulta discriminatoria.

Por la anterior consideración no cabe que, como se solicita por los demandantes, la Corte Constitucional haga un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja resulta contrario a la Constitución, ni resulta procedente integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas homosexuales, sino que se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria⁸².

En la decisión además la Corte eludió la discusión sobre el concepto de “familia” y reiteró su precedente conformado por cuatro proposiciones: en primer lugar, la discriminación por orientación sexual está prohibida por la Constitución. En segundo lugar, existen diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y reiteró que no existe un imperativo constitucional para dar igual tratamiento a unas y otras. En tercer lugar, que corresponde al legislador establecer las medidas de protección a los grupos sociales y avanzar en contra de la discriminación. Finalmente, toda diferencia de trato entre grupos que sean asimilables solo es constitucional si obedece a un principio de razón suficiente⁸³.

Junto a estos criterios la Corte expresó que debe aplicarse un test estricto cuando se establezca una diferenciación en razón de la orientación sexual de las personas, lo cual aplica tanto a los derechos como individuos y a la diferencia de trato entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. Además, la Corte recordó que la protección y definición de la familia puede dar lugar a protecciones especiales para la familia, sin que ello pueda considerarse como discriminatorio.

A pesar de la ambigüedad de los criterios jurisprudenciales, la Corte se pronunció a favor de todas las pretensiones de la demanda y generó

82. Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

83. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

decisiones que vale la pena destacar. La sentencia extendió sus efectos a ámbitos considerados propios de la familia heterosexual, como la violencia intrafamiliar, la obligación alimentaria, el subsidio familiar, el patrimonio de familia inembargable y afectación de vivienda familiar. Además la Corte, estudió la expresión “hogar” de la ley sobre el subsidio de vivienda, lo cual permite formular nuevas demandas de inconstitucionalidad que reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo.

Por otra parte, al ampliar los derechos de las víctimas a las parejas del mismo sexo, en particular los establecidos en la Ley 387 de 1997 sobre el desplazamiento forzado y la Ley 975 de 2005 sobre la ley de justicia y paz, se aporta para el avance en la investigación y sanción de estos crímenes contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado (Payne, 2007).

Otro gran avance de la sentencia es la incorporación de deberes para las parejas del mismo sexo, con lo cual se garantiza la transparencia y la imparcialidad en la administración pública. Finalmente, la Corte se pronunció sobre el régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares avanzando en la unificación de los regímenes especiales y exceptuados de seguridad social en relación con la afiliación de los compañeros del mismo sexo.

Los notables avances logrados se soportan en una doctrina constitucional que Rodrigo Uprimny llama “doctrina de transacción” (Uprimny, 2009b), la cual es problemática porque permite tanto un desarrollo progresista como uno conservador⁸⁴.

Un ejemplo del desarrollo conservador ha sido planteado por el procurador general Alejandro Ordóñez en el concepto sobre una demanda de reconocimiento de la adopción conjunta de parejas del mismo sexo afirmó que no existía un cambio de precedente, sino una nueva perspectiva sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, coherente con el precedente según el cual la familia monogámica y heterosexual es la única constitucionalmente protegida, se afirma en el concepto:

El Ministerio Público reconoce la existencia de una reiterada jurisprudencia constitucional en torno a los derechos de las parejas homosexuales, pero también advierte la existencia de una jurisprudencia específica sobre la temática de la familia y de la adopción. Existen, por tanto, dos clases de precedentes que deben tratar de armonizarse, en la medida en que esa armonización sea imperiosa en el marco constitucional (Procuraduría General de la Nación, 2009).

84. Esta es la razón por la cual el magistrado Jaime Araújo Rentería salvó el voto en varias de estas decisiones, ya que su posición era otorgar automáticamente todos los derechos sin esperar a cada demanda. Su metáfora de la cadena es muy ilustrativa: “Para presentarlo de una forma gráfica: sostengo que si hoy en día tenemos encadenados y esclavizados a un grupo de personas con 30 cadenas, y si a estos esclavos le quitamos una de las 30 cadenas, todavía quedan encadenados con 29 cadenas, de modo que siguen siendo igualmente esclavos y no hemos logrado progresar en nada. Podemos incluso quitarles 29 cadenas, pero si les dejamos una sola, los mantenemos esclavizados, de manera que no podemos suponer que hemos progresado. De esta manera, sostengo que la única manera de restablecer la libertad y la igualdad de las parejas que no son heterosexuales es quitándoles TODAS las 30 cadenas, para que sean real y verdaderamente libres e iguales”. Salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil.

Para la Procuraduría las parejas del mismo sexo tienen protección constitucional pero no es la misma que se da a la pareja heterosexual que, a su juicio, es la única que conforma familia. Esto se debe a que el criterio de razón suficiente para distinguir legítimamente la familia de las parejas del mismo sexo, es la diferenciación sexual y la reproducción de la especie.

Esta interpretación muestra que el precedente dejó un espacio suficiente para un desarrollo conservador, el cual puede resumirse en la expresión “no más allá”, es decir, reconocer la unión marital de hecho de parejas del mismo sexo, pero preservar la definición heterosexual de la familia. Esta idea conservadora estaba planteada desde la sentencia C-075 de 2007, como se evidencia en la aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla:

aunque compartamos plenamente la decisión adoptada en la presente sentencia, así como las consideraciones expuestas para sustentarla, estimamos necesario aclarar que solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege⁸⁵.

A pesar de lo anterior, el precedente también dejó un espacio para un desarrollo progresista. Un ejemplo de este tipo de planteamiento puede encontrarse en la intervención ciudadana de Dejusticia respecto al matrimonio entre parejas del mismo sexo. Sobre la interpretación de la sentencia C-029 de 2009, Dejusticia sostiene un criterio que se ha aplicado en el transcurso de la reclamación de los derechos de parejas del mismo sexo: el concepto de familia no puede ser un argumento usado para discriminar, y además debe aplicarse el test estricto de proporcionalidad. Según la intervención ciudadana:

así como no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, tampoco la adscripción de las primeras a la noción de familia puede justificar per se el trato discriminatorio. En tanto imperativo constitucional, la protección especial de la familia heterosexual debe someterse en cada caso concreto al análisis propio del test estricto de proporcionalidad, pues lo contrario implicaría un retorno a la jurisprudencia anterior a la C-075/07 y, por tal razón, un desconocimiento del precedente vigente (Dejusticia, 2010).

En la sentencia C-029 de 2009 conviven tres criterios jurisprudenciales, a saber, la protección de la familia heterosexual proveniente de los sectores conservadores, la aplicación del test estricto de proporcionalidad promovido por los sectores progresistas y la doctrina del mínimo de protección constitucional, la cual fue creada por acuerdo en la Corte Constitucional⁸⁶.

85. Aclaración de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy y Nilson Pinilla, Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil.

86. Para un análisis de la política constitucional sobre los derechos de los homosexuales ver el trabajo de Julieta Lemaitre (2005: 181-217). En: D. Bonilla y M. Iturralde.

Esta tensión no debería tener efectos en los derechos reconocidos por la Corte, pero sin duda tendrá impacto en las decisiones sobre la adopción y el matrimonio. A pesar de lo anterior, como se verá en la siguiente sección, la posición conservadora se impuso en una decisión que parecía ser un caso fácil relacionado con el acceso a la pensión de sobreviviente de un compañero del mismo sexo.

3. SENTENCIA C-911 DE 2009: EL RETORNO DE LA DISCRIMINACIÓN

En enero de 2010 la Corte Constitucional dio a conocer la sentencia T-911 de 2009, aprobada por una de las salas de revisión de la Corte Constitucional y conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio, Humberto Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla, este último ponente de la decisión, la cual no tuvo ni aclaraciones, ni salvamentos⁸⁷. Esta sentencia es un retroceso para los derechos de parejas del mismo sexo, al menos por dos razones. Por una parte, hace de las sentencias que reconocen derechos las parejas del mismo sexo, especialmente la C-336 de 2008 sobre derecho a la pensión de sobreviviente, una sentencia de papel, es decir, difícil de implementar y prácticamente inocua en algunos casos para reclamar realmente los derechos. Por otra parte, la ineficacia de estas sentencias se funda en un hecho discriminatorio que tiene como fundamento la ideología conservadora en la Corte y la tensión entre protección e igualdad.

3.1 La historia de Juan Carlos

Juan Carlos Corredor convivió con su compañero, José Valdemar Sánchez, durante 26 años hasta su muerte el 6 de julio de 2007. Por esta razón, Juan Carlos inició los trámites para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de su compañero, quien la disfrutaba desde el año 2003. Para ello presentó al Instituto de Seguros Sociales (ISS) dos declaraciones ante notario, una de las cuales correspondía al hermano del compañero fallecido y otra a un amigo de la pareja.

El Instituto de Seguros Sociales negó la solicitud a Juan Carlos y concedió la pensión al hijo del pensionado, Javier Mauricio Sánchez. En ese momento (12 de febrero de 2008), la Corte Constitucional no se había pronunciado sobre el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo (sentencia C-336 del 16 de abril de 2008), pero ya lo había hecho sobre los derechos patrimoniales y reconocimiento de la unión marital de hecho (sentencia C-075 de 2005). Juan Carlos, por intermedio de su abogada, interpuso los recursos correspondientes, pero el ISS siguió negando la pensión. En respuesta a los recursos la entidad aseguró que no

87. Durante el trámite en la Corte Constitucional, la organización Colombia Diversa, el Programa Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti presentaron *amicus curiae* abogando por la protección de los derechos de Juan Carlos.

se había acreditado la existencia de la relación en los términos señalados en la sentencia C-336 de 2008, es decir, mediante declaración conjunta de los integrantes de la pareja.

Juan Carlos interpuso una acción de tutela argumentando que esta actuación violaba sus derechos fundamentales. Durante el trámite tanto los jueces de instancia como la entidad accionada sostuvieron que no se violaba ningún derecho fundamental debido a que no se acreditó la existencia de la pareja según los términos y condiciones establecidos en la mencionada sentencia. Además, en el procedimiento de la acción de tutela se presentó el hijo del compañero de Juan Carlos, quien aseguró que su papá no tenía “tendencias homosexuales”, que Juan Carlos “fue un protegido de su padre” y acusó al compañero sobreviviente de que está realizando esta actividad de mala fe para quedarse con sus bienes.

3.2 Argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales

La Corte negó la protección de los derechos con dos tipos de argumentos. El primero, el cual parece ser la *ratio decidendi* (razón para decidir) de la sentencia, se relaciona con la falta de procedibilidad de la acción de tutela, debido a que Juan Carlos Corredor no tendrá ningún perjuicio irremediable, por cuanto es profesional y puede trabajar. La Corte agrega además: “el solo hecho de tratarse de un homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como estas”⁸⁸. Por otra parte, la Corte presenta un argumento de fondo, según el cual no debe otorgarse el derecho a la pensión de sobreviviente porque la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos hacia el futuro y por tanto no protegería al accionante.

De manera adicional, la Corte realiza un análisis sobre la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital de hecho como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente, mediante una única prueba, es decir, la declaración conjunta. Este asunto ampliamente analizado no es tenido en cuenta en la decisión del caso por lo que podrían considerarse *obiter dicta* (dichos de paso) de esta sentencia.

3.3 Los errores de la sentencia

En este apartado se muestran los que considero los errores conceptuales y metodológicos de la sentencia T-911 de 2009, los cuales se concentran en dos aspectos centrales. El primero se relaciona con la incoherencia y discriminación en relación con el medio de prueba de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes. El segundo se refiere a la interpretación de los efectos en el tiempo de la sentencia C-336 de 2008.

88. Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

a. El clóset como arma para negar derechos

Según la Corte la única prueba aceptable para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la pareja del mismo sexo es la declaración conjunta ante notario de los integrantes de la pareja. Esto se justifica según la Corte por tres razones: la primera, se relaciona con un argumento simplemente literal: la sala plena así lo determinó (sentencia C-336 de 2008) y así también lo ha reiterado una sala de revisión (T-1241 de 2008).

La segunda razón se relaciona con la necesidad y justificación de este medio de prueba. Según la Sala de debe realizar esta prueba en forma previa y conjunta porque está en juego la orientación sexual de las personas, asunto “con importantes implicaciones para ambos miembros de la pareja e incluso para sus familias”. Además se afirma en la sentencia que

resalta la Sala la gran dificultad existente para reconocer derechos derivados de este tipo de relaciones cuando una de las personas que la conforma ha fallecido, sin reconocerlo ni dejar prueba de ello.

Y la Corte continua:

en armonía con la figura jurídica de la unión marital de hecho y los derechos y obligaciones que se derivan, que la existencia de ese hecho social de tan trascendentes implicaciones jurídicas no puede ser una circunstancia absolutamente oculta, que sólo surja a la luz pública con ocasión de la posterior reclamación de un derecho prestacional, sino por el contrario, un hecho suficientemente conocido, a partir del cual puedan los interesados ejercer de manera tranquila y sin objeciones de terceras personas, los derechos que de él se derivan⁸⁹.

En otras palabras, por ser la orientación sexual algo “con importantes implicaciones” debe declararse antes de la muerte, y agrega la Corte que se trata de una carga racional y justificada de las que “normalmente demanda el ordenamiento jurídico”.

La tercera razón se relaciona con la imposibilidad de aplicar la norma probatoria establecida para las parejas heterosexuales, pues según la Corte son dos tipos de pareja diferentes:

Finalmente, frente a las objeciones planteadas en torno a la igualdad para las parejas del mismo sexo respecto de los requisitos normalmente exigidos a las parejas heterosexuales para la obtención de la pensión de sobreviviente, debe la Corte anotar que si bien no existe norma ni pronunciamiento judicial que exija que en este caso de adelante la indicada diligencia, no entiende que ello resulte discriminatorio para las parejas del mismo sexo. La principal y evidente razón para ello es que en realidad no existe entre estas dos situaciones igualdad fáctica

89. Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

suficiente como para albergar una expectativa de trato igual, debido a las serias implicaciones sociales y personales que, según, lo explicado, tiene la existencia de una pareja del mismo sexo, especialmente la aceptación de importantes circunstancias que no podrían ser presumidas, implicaciones que como es evidente no concurren en el caso de una pareja heterosexual⁹⁰.

Como puede verse la primera razón es una mala interpretación del precedente, debido a que como quedó claro en el auto 163 de 2008 y en la sentencia T-1241 del mismo año, no es necesaria la concurrencia conjunta de los integrantes de la pareja del mismo sexo. Ante la decisión tomada en la sentencia C-336 de 2008 sobre el medio de prueba, los demandantes en ese proceso interpusieron una solicitud de aclaración debido a que consideraban que la expresión de la parte resolutive de la sentencia, la cual afirmaba que la pareja debía ser “acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”, podría derivar en una interpretación según la cual el único medio probatorio la declaración conjunta ante notario, lo cual a su juicio podría generar imposibilidad absoluta de acceder a la pensión en caso del fallecimiento, el cual es muchos casos resulta sorpresivo, imprevisto o imprevisible, sin que se realice la declaración mencionada.

Por otra parte, se argumentaba que este requisito era discriminatorio por cuanto a las parejas heterosexuales no les es aplicable, ya que de conformidad con la ley, cuentan con otro mecanismo para acreditar su condición de tales como requisito de acceso a la pensión de sobreviviente. En efecto, el artículo 11 del Decreto 1889 de 1994 dispone que

se presumirá compañero o compañera permanente, quien haya sido inscrito como tal por el causante en la respectiva entidad administradora. Igualmente, se podrá acreditar dicha calidad por cualquier medio probatorio previsto en la ley.

La Corte Constitucional negó la solicitud de aclaración con el siguiente argumento:

10. Que, contrario a lo expuesto por los solicitantes, la Sala considera que las expresiones sobre las cuales recae la petición de aclaración no generan equívoco, duda, ambigüedad o perplejidad en su intelección, pues su texto envía a las previsiones de la Sentencia C-521 de 2007 **y en ésta no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a acreditar simultáneamente ante el notario**; en la sentencia C-521 de 2007, se dijo:

La condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto; por lo tanto, el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta

90. Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico (resaltado fuera del texto original)⁹¹.

Posteriormente, la Corte Constitucional conoció un caso del compañero de un sargento retirado del ejército (sentencia T-1241 de 2008), en la cual reconoció el derecho a la pensión de sobreviviente a los miembros de la Fuerza Pública, pero tuvo que negar la protección constitucional por cuanto no se había demostrado la existencia de la unión. La Corte recordó:

Conforme a las sentencias mencionadas, la Sala debe reiterar que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, **una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente**⁹².

La aceptación de los mismos medios de prueba ha sido acogida incluso por el Instituto de Seguros Sociales entidad accionada en este proceso, la cual el 30 de octubre de 2008 mediante memorando G NAP 5544 aseguró que:

conforme a los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007, deberá tenerse especial consideración de la declaración que se haga ante autoridad notarial por parte de los integrantes de la pareja, manifestación ésta que gozará de la presunción de la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto y frente a la cual **no podrá exigirse por parte del operador administrativo, que se haya suscrito en forma simultánea por los dos miembros de la pareja, por hallarse en imposibilidad jurídica de hacerlo ante el acaecimiento del hecho de la muerte respecto de uno de ellos**⁹³.

El segundo y tercer argumento están fundamentados en criterios discriminatorios y contradicen lo establecido en la jurisprudencia constitucional, incluso lo mencionado en la propia sentencia T-911 de 2009. La Corte creó una subregla con la cual se pueden llenar vacíos de interpretación relacionados con la aplicación de las sentencias: los compañeros permanentes del mismo sexo deben cumplir los mismos requisitos y condiciones exigidos para los compañeros permanentes heterosexuales (sentencias C-075 de 2007, T-856 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-798 de 2008, T-1241 de 2008 y C-029 de 2009)⁹⁴. En ese mismo sentido la sentencia T-911 de 2009 sigue esta línea jurisprudencial en una parte de la sentencia, pero en el análisis de la cuestión es contradictoria con este postulado, según la sala:

91. Corte Constitucional. Auto 163 de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández.

92. Corte Constitucional. Sentencia T-1241 de 2008, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

93. Respuesta a Colombia Diversa del ISS. Bogotá, 30 de octubre de 2008.

94. Como lo argumenté en otro texto sobre el particular, esta regla procedimental es de gran importancia para los operadores jurídicos quienes deben tener en mente que la igualdad de derechos implica igualdad en requisitos y procedimientos. En este sentido, cualquier procedimiento, requisito o interpretación que obstaculice o anule el disfrute de los derechos de las parejas del mismo sexo será inconstitucional (Albaracín y Azuero, 2009).

Así las cosas, resalta la Sala que el reconocimiento de prestaciones o de derechos específicos en cabeza de estas personas está sujeto a los mismos requisitos que conforme a las normas aplicables resultan exigibles frente a la generalidad de las personas, de los cuales no podrán ser exonerados únicamente en atención a su condición de homosexuales⁹⁵.

¿Por qué la Corte afirma que se deben aplicar los mismos requisitos y un apartado más adelante en la sentencia afirma que se deben aplicar requisitos especiales por la particular “naturaleza” o “diferencia” de las parejas del mismo sexo? Esta contradicción es la evidencia de la discriminación y del retroceso de los derechos de las parejas del mismo sexo en la Corte. Por si fuera poco Juan Carlos y su compañero no conocían de esta “prueba” debido a que este último falleció un año antes de la sentencia de la Corte.

b. El formalismo respecto a los efectos

La Corte consideró que los efectos de la sentencia regían hacía el futuro y que por tanto Juan Carlos Corredor no estaría protegido por la sentencia de la Corte Constitucional. La Corte no tuvo en cuenta al menos tres argumentos relevantes. El primero se relaciona con el origen de la discriminación, la cual tuvo como fuente la ley y fue avalada previamente por la Corte Constitucional. Es decir, los perpetrados del hecho discriminatorio fueron las instituciones estatales y no puede insistirse en la negación de derechos por vía de una interpretación literal de la ley estatutaria de administración de justicia. El segundo argumento íntimamente relacionado con el anterior, es la habilitación que tiene la Corte para extender los efectos de la sentencia teniendo en cuenta que el Comité de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano, incluida por supuesto la Corte Constitucional, eliminar las causas de la discriminación de las parejas del mismo sexo. La Corte favoreció la interpretación que no protegía los derechos fundamentales en contravía con su función constitucional.

El tercer argumento, se relaciona con el comportamiento institucional de la Corte que ha reconocido derechos pensionales a las parejas heterosexuales desde la entrada en vigencia de la Constitución. En diversas sentencias (C-309 de 1996 C-653 de 1997, C-050 de 2000, T- 92 de 2008) se demandaban artículos de diferentes leyes que estipulaban que el derecho establecido en favor de las viudas de obtener una pensión se perdía cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no vivieran unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contrajera nuevas nupcias o hiciera nueva vida marital. Así, la Corte encontró que existía un trato discriminatorio hacia las viudas que han contraído otro matrimonio y exigió remediar esta discriminación desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

95. Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

3.4. Consecuencias de la sentencia

Esta sentencia es un retroceso y una evidencia de lo problemático e inestable del precedente constitucional. Se retorna a la discriminación contra las parejas del mismo sexo, esta vez por vía de la implementación de la sentencia. Es una discriminación que hace ineficaz la sentencia de pensión de sobreviviente debido a que las personas quienes vivían en pareja, y cuyo integrante pensionado hubiere fallecido antes del 16 de abril de 2008, no podrá acceder a la pensión de sobreviviente. Adicionalmente, es indispensable que las parejas acudan ante la notaría a declarar su unión, so pena, de no ser reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente.

Esta sentencia es una pieza de la historia jurisprudencial de la injuria contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas. Además es la prueba que necesita la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos para admitir y pronunciarse de fondo sobre los casos de pensión de sobreviviente de parejas del mismo sexo los cuales hacen curso contra el Estado colombiano en estas instancias (por ejemplo, en el caso de Ángel Alberto Duque C. Colombia).

4. ADOPCIÓN Y MATRIMONIO: ENTRE LA MÍNIMA PROTECCIÓN Y LA IGUALDAD

La sentencia C-029 de 2009 es un gran paso para la igualdad, pero en su interior persisten importantes elementos que obstaculizan la igualdad real de las parejas del mismo sexo. Estos elementos afectan la implementación de los derechos reconocidos, toda vez que se acude a una superioridad de la pareja heterosexual para seguir negando derechos, como ocurrió en la sentencia T-911 de 2009.

Las sentencias C-029 y T-911 de 2009 se han dado en un contexto de transición constitucional, debido a que existió un relevo de seis de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, y además hubo un cambio en la dirección de la Procuraduría General de la Nación. Este contexto es muy relevante porque implica a su vez dos grandes retos. El primero se refiere a la continuidad del precedente respecto de la Corte Constitucional que produjo las sentencias sobre parejas del mismo sexo; en otras palabras, la gran pregunta que subyace es cuál será el papel de los nuevos magistrados de la Corte Constitucional respecto al precedente, al respecto se plantean tres opciones: una ampliación del precedente a otras áreas, incluso las relacionadas con el reconocimiento de la familia; una continuidad del precedente sin avances significativos; y una tercera, aunque menos probable, una restricción o menoscabo del precedente.

El otro reto es el papel del procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, quien es un ferviente enemigo de los derechos de la población de lesbianas,

gays, bisexuales y transgeneristas. En varias de sus actividades y escritos previos, el procurador se ha mostrado como un católico fundamentalista y ahora tendrá funciones constitucionales relacionadas con el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo (Ordóñez, 2003 y 2007).

Sumado a este contexto de incertidumbre institucional se agrega el hecho que durante 2009, la Corte inició el estudio de los temas más controvertidos y difíciles en materia de derechos de parejas del mismo sexo: el derecho a la adopción conjunta y al matrimonio de las parejas del mismo sexo. En relación con el debate de la adopción se dio un primer debate en la Corte pero se tomó una decisión inhibitoria (sentencia C-802 de 2009), debido a que el demandante

no tuvo en cuenta una serie de disposiciones dispersas en distintos estatutos que desarrollan la institución de la adopción, que, para llegar a una conclusión en uno u otro sentido, deberían ser examinadas de manera conjunta y sistemática⁹⁶.

En relación con el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte tendrá que pronunciarse sobre dos demandas instauradas a finales de 2009⁹⁷.

Junto a estos nuevos retos, la Corte debe decidir casos de discriminación de las parejas del mismo sexo respecto a los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional⁹⁸. No obstante, la sentencia T-911 de 2009, a pesar de fundarse en el precedente constitucional adopta una forma de decidir que constituye un regreso al pasado y una nueva forma de discriminación. Esta forma de proceder es de hipocresía constitucional, según la cual se mantiene un precedente progresista, pero se toman decisiones homofóbicas que obstaculizan el disfrute de los derechos.

Las demandas de matrimonio, los casos de adopción y los casos relacionados con la garantía plena de los derechos de las parejas serán decisiones definitivas para saber el rumbo que tendrá el precedente constitucional: si se tomará el camino de la igualdad o se mantendrá en el nivel de la protección mínima.

96. Corte Constitucional, comunicado de prensa 49 del 10 de noviembre de 2009, sentencia C-802 de 2009. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

97. Demandas de inconstitucionalidad, expedientes acumulados D-7882 y D-7909.

98. La Corte Constitucional debe decidir los expedientes acumulados T-2299859, T-2324790 y T-2386935, los cuales se refieren a derecho la pensión de sobreviviente.

Referencias bibliográficas

Albarracín, M.; Azuero, A. 2009. *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Albarracín, M.; Noguera, M. 2008. *Situación de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007*. Bogotá: Colombia Diversa.

Bonilla, D. 2008. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. En: CD. Público. *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07*. Bogotá: Colombia Diversa y Universidad de los Andes.

Cajas, M. 2009. Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales* (20): 277-303.

Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). 2010. Intervención ciudadana en el proceso de constitucionalidad de los expedientes acumulados D-7882 y D-7909. Normas demandadas: artículo 113 del Código Civil e inciso 1.º del artículo 2.º de la Ley 294 de 1996. Bogotá.

Céspedes, L. 2004. ¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud. Tesis de grado maestría en género. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas.

Estrada, AJ. 2003. La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: *Memorias de las IV jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lemaitre, J. 2005. Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. En: D. Bonilla y M. Iturralde. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Moncada, P. 2002. La huida de la Corte: el derecho al onanismo. *Revista Tutela*. Tomo 3 (25). Bogotá: Editorial Legis, enero.

Motta, C. 1998. La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. En: *Observatorio de Justicia Constitucional: la Corte Constitucional – el año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.

Ordóñez, A. 2007. *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la revolución cultural*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Ordóñez, A. 2003. *Hacia el libre desarrollo de la animalidad*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.

Payne, W. 2007. Violencia motivada por homofobia por grupos armados al margen de la ley: una investigación del fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia. Buenos

Aires: Tesis presentada a la Facultad de Ciencias Sociales - Escuela de Relaciones Internacionales de la Universidad del Salvador.

Procuraduría General de la Nación. 2009. Concepto del Ministerio Público en la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 (parcial) del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 y contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. Bogotá.

Sunstein, C. 2001. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

Sunstein, C. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Nueva York: Oxford University Press. (Capítulo 2).

Uprimny, R. 2009a. Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad. Bogotá: *El Espectador*. 2 de febrero. Sección opinión. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna114322-una-jurisprudencia-favor-de-igualdad-y-de-diversidad>

Uprimny, Rodrigo. 2009b. Conferencia derechos de la población homosexual, parejas del mismo sexo y familia. Seminario nuevas tendencias sobre derechos fundamentales de parejas del mismo sexo. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. 13 de agosto.

CAPÍTULO 4

INTERPRETACIONES ANDROCÉNTRICAS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL COMETIDOS CONTRA LAS MUJERES, OTRO OBSTÁCULO PARA ACCEDER A LA JUSTICIA EN COLOMBIA*

*Corporación Humanas
Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género*

Lo que le sucede a las mujeres es demasiado particular para ser universal o demasiado universal para ser particular, lo cual significa demasiado humano para ser femenino o demasiado femenino para ser humano (Mackinnon 2007: 142).

INTRODUCCIÓN

Hablar en Colombia del derecho que tienen las mujeres víctimas de delitos sexuales a acceder a la justicia pasa por comprender que la violencia sexual no es un delito que cometen individuos enfermos o afectados por alguna particularidad que los impulsa a ello, sino que esta es una forma de dominación. El uso de la violencia sexual en contextos no armados es un indicador de que los conflictos de género se están resolviendo por medio de la vulneración de los derechos de las mujeres; de hecho su uso es una negación de su carácter de sujeto y por tanto de su humanidad.

El uso de la violencia sexual por parte de actores armados es una forma redundante de dominación masculina. Pero esa redundancia no es solo una forma doble de demostrar quién detenta el poder. Con la violencia sexual se materializa la dominación sobre la persona (en general mujeres o niñas) y sobre un grupo humano particular. Es decir, se amplía la materialización de la dominación que se ejercía sobre la persona (en privado) hacia el ámbito de lo público. Es porque esta irradiación hacia lo público la lleva a cabo un actor armado que la violencia sexual se constituye en un arma de guerra.

* Este artículo fue publicado en Mesa mujer y conflicto armado (2009). En este texto se presentan algunas de las conclusiones de la investigación "Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas", de junio de 2010, de la Corporación Humanas.

El análisis de 276 casos recogidos por distintas instancias en los que se ha reportado que al menos una mujer ha sido víctima de violencia sexual ha llevado a concluir que la violencia sexual es un arma de guerra polifuncional¹⁰⁰. Con su uso es posible alcanzar diversos objetivos: dominar, regular, callar, obtener información, castigar, expropiar o exterminar a quienes se consideran enemigos, o recompensar o cohesionar al grupo que la comete.

Las feministas hemos planteado que las violencias contra las mujeres se cometen en tiempos de paz y en tiempos de guerra y que en estos últimos se exacerban. No obstante, asegurar que hay un agravamiento de la violencia en contextos de conflicto armado, podría llevar a pensar que con la resolución de estos, las formas de violencia contra las mujeres disminuirían ya sea porque se reduciría el número o la crueldad con que se cometen. Sin embargo, la información fáctica con que se cuenta pone de manifiesto una alta incidencia y ferocidad de las violencias sexuales perpetradas por actores no armados. En efecto en el 73% de los dictámenes sexológicos se presume la responsabilidad de un pariente o persona allegada a la víctima¹⁰¹ y, como se presentará en este artículo, el encarnizamiento con que han actuado algunos perpetradores es enorme sin que esto se deba a que tenían un vínculo con algún grupo armado o a que sus víctimas eran objetivos militares.

Es importante regresar sobre la afirmación que hacemos al principio: con el uso de la violencia se desconocen por completo los derechos de las mujeres víctimas. Cuando se afirma que la violencia sexual es una forma de dominación masculina sobre lo femenino (o con la que se feminiza a la víctima) se está planteando que con ella se está demostrando que se tiene poder, que se puede dominar, poseer y sujetar a la persona sobre la que la ejerce, es decir que se puede objetivizar a la persona (convertir al sujeto en objeto). La violencia sexual es una forma de desconocimiento de los derechos a la dignidad, autonomía, integridad física y psicológica de la persona; un desconocimiento o una expropiación de su carácter de humanidad.

En un Estado de derecho, el Estado debe garantizar el pleno disfrute de los derechos de sus asociados. Así mismo, Colombia como firmante de la Convención de Belém do Pará se obliga a garantizar a todas las mujeres el derecho a vivir una vida libre de violencia consagrado por este instrumento. Para ello y en consecuencia de la suscripción de la Convención, el Estado convino en adoptar de forma inmediata políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia cometidas contra las

100. Estos 276 casos se pueden consultar en la página web de la Corporación Humanas. [Disponible en:] www.humanas.org.co

101. En 2008 el 73% de los presuntos responsables de violencias sexuales cometidos contra mujeres y niñas eran familiares consanguíneos o políticos, personas con las que había o hay un vínculo sexual o afectivo o eran personas conocidas (cfr. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2009).

mujeres (definida como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado).

Los órganos de justicia son los entes responsables de sancionar a las personas que cometen violencias sexuales contra las mujeres. No obstante, la instauración del sistema penal acusatorio ha significado para las mujeres víctimas de violencias una denegación en muchos casos de su derecho de acceder a la justicia puesto que la incorporación al sistema de figuras procesales (como la conciliación y los preacuerdos, las negociaciones o el principio de oportunidad) y reglas probatorias se hizo sin prever el impacto negativo que podrían tener para las mujeres víctimas de violencia¹⁰². Por otra parte, los y las operadores de justicia, y la judicatura en general, desconocen los derechos de las mujeres y fallan de acuerdo con prejuicios y distinciones discriminatorias basadas en el género. Estas dos situaciones hacen que se esté frente a un sistema judicial insuficiente, inadecuado y carente de un enfoque que permita interpretar las particularidades que rodean este tipo de violencias y garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Esta insuficiencia del sistema judicial tiene unas consecuencias mucho más negativas cuando por su intermedio se judicializan casos de violencia sexual cometida en contextos de conflicto armado. Existen obstáculos de orden sustancial y procedimental identificados en la justicia ordinaria, que es previsible persistan para el juzgamiento de hechos de violencia sexual cometidos por actores armados tanto para los que se procesen por la ley de justicia y paz como los que se lleven por justicia ordinaria al no haberse acogido a esta normativa.

Entre los aspectos de orden sustancial que puedan obstaculizar el acceso a la justicia de las víctimas de los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, que también se presentan para la judicialización de estos delitos cometidos en contextos de paz, se resaltan la insuficiencia de los tipos penales y las dificultades para judicializar concursos y el desconocimiento de la jurisdicción competente; mientras que los de orden procedimental se centran más en las reglas probatorias que se establecen para valorar la credibilidad del testimonio de la víctima, el consentimiento y la situación de incapacidad de resistir en que estas puedan, en ciertos casos, encontrarse y el uso de la violencia para cometer la relación sexual. Se considera que estos obstáculos pueden generar una mayor dificultad en la judicialización de delitos cometidos en contextos de conflicto, por cuanto la ausencia de testigos, la permanencia de actores armados en la zona, así como la ausencia total en la mayoría de los casos de huellas físicas, debido al tiempo

102. Para abordar con mayor profundidad las consecuencias de los institutos procesales del sistema acusatorio en las mujeres víctimas, consultar la publicación de la Corporación Humanas (2008).

transcurrido entre los hechos y su denuncia, el olvido de fechas y circunstancias de tiempo, modo y lugar, hacen más difícil establecer su comisión. Esto conlleva a una denegación del acceso a la justicia para las víctimas.

Gran parte de estos problemas se deben a los prejuicios que imperan en jueces y juezas que conocen casos de violencia sexual. Este artículo presenta algunos prejuicios ligados a visiones androcéntricas del delito sexual identificados a partir del análisis de 185 sentencias, de las cuales 48 fueron proferidas por juzgados, 64 por tribunales y 73 por altas Cortes. Para comenzar se presentan los problemas sustantivos mencionados: los vacíos en la tipificación y el desconocimiento del concurso de delitos, así como la jurisdicción que debe conocer el hecho. Después se abordan los prejuicios en la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima, el establecimiento de los elementos del consentimiento, la incapacidad de resistir y la violencia.

1. VACÍOS EN LA TIPIFICACIÓN Y DESCONOCIMIENTO DEL CONCURSO DE DELITOS

La Corporación Humanas le preguntó a dieciséis jueces y juezas y quince magistrados y magistradas si los delitos sexuales contenidos en el Código Penal colombiano son suficientes para judicializar las modalidades de violencia sexual que se cometen en la realidad. La mayoría de ellos respondió que efectivamente son suficientes y que el problema no es dar respuesta a este tipo de violencias con más leyes o normas. No obstante, cuando a continuación se les preguntó cómo podrían tipificar una conducta en la que un agresor sin tener ningún contacto con la víctima, sin tocarla en lo absoluto, con un arma de fuego la obliga a tocarse sus partes íntimas, incluso la obliga a penetrarse ella misma, ya sea con los dedos o con otros objetos¹⁰³, no todas las respuestas fueron unánimes en calificar la acción como un delito sexual. Los planteamientos expresados ante la situación presentada en la entrevista fueron los siguientes:

- a. Quienes consideraron que no era un delito sexual, adecuaron este hecho hipotético a la forma del constreñimiento. Este es un delito contenido en el título de aquellos que atentan contra la autonomía personal, cuando lo que se penaliza es obligar a otro a hacer algo que no quiere hacer, lo que da una pena de uno a dos años.
- b. Quienes efectivamente consideraron el hecho como un delito sexual, no tienen muy claro a qué tipo se ajusta. Algunos calificaron la conducta como acto sexual violento y hubo quien hablara de inducción a la prostitución.

103. En derecho penal esta pregunta no es fácil de responder por cuanto existe un debate jurisprudencial, cuando se plantea que para la comisión de los delitos sexuales es necesario que exista una "relación corpórea" entre victimario y víctima; esto es, que haya interacción o contacto entre el cuerpo de uno y la otra lo que no permite adecuar la conducta sin dificultad a los tipos penales ya establecidos.

- c. En ningún caso fueron contundentes en calificar el hecho como acceso carnal violento debido a que es la propia víctima la que se penetra y el victimario no tiene contacto corpóreo con ella.

Estas situaciones de incertidumbre normativa reflejan la ausencia de tipos penales autónomos que permitan, con claridad, la adecuación de todas las modalidades de violencia sexual existentes. Esta misma incertidumbre sufren los casos de anticoncepción forzada, que se conoce han cometido algunos actores armados en Colombia.

También existe un vacío en la contemplación de los delitos abusivos (aquellos cometidos contra menores de 14 años), ya que no están contenidos en el título que tipifica delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Lo anterior genera una dificultad para adecuar los casos de violencia sexual cometidos por actores armados contra menores de 14 años y que han ocurrido en algunas regiones de Colombia.

Por otra parte, los y las operadoras de justicia no ofrecen análisis que permitan visibilizar las múltiples violaciones tanto a derechos a la integridad física como a la libertad sexual de las que pueden ser víctimas las mujeres cuando son agredidas sexualmente. En algunos casos en que es evidente la vulneración de otros bienes jurídicos, no se imputan los delitos que permitan establecer esa otra vulneración.

Todas las noches, cuando María llega del trabajo su esposo la huele con el fin de encontrar algún rastro que le indique que le ha sido infiel. Posteriormente a eso la viola delante de sus hijos, mientras ellos lloran y ella también de verse y sentirse humillada delante de ellos. Un día determinado, además de repetir como siempre la rutina mencionada, el esposo le introduce por la vagina una parte de un motor de soldadura encendido causándole múltiples lesiones en sus órganos genitales internos y externos¹⁰⁴.

En este caso, por ejemplo, se reconocen además del delito sexual las lesiones personales causadas a la víctima. Sin embargo, es posible inferir de estos hechos que el autor le infligió dolores y sufrimientos a la víctima, con el fin de castigarla por la sospecha de que le era infiel, lo que permitiría encuadrarlos además en un tipo de tortura.

Un hombre contrata un sicario para que mate a su ex novia, pero le advierte en el “contrato” que realizan: Yo quiero que usted la mate, pero antes de matarla, yo quiero que ella sufra, así que le compré este ácido, usted se lo echa y después la mata. El sicario le dice que él no es capaz de echarle ácido, que eso le parece terrible, que si él lo que quiere es que la mujer sufra, él se “la viola” y después la mata¹⁰⁵.

104. Caso referenciado por juez entrevistado en Bogotá.

105. Caso referenciado por magistrada en Medellín.

En este caso también es clara la finalidad de causarle sufrimiento a la víctima en castigo porque ella le fue infiel; no obstante solo fue condenado por acceso carnal violento.

2. JURISDICCIÓN QUE DEBE CONOCER EL HECHO

Dos son las condiciones que el artículo 221 de la Carta Política establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sean de competencia de la justicia militar. La primera es que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo y la segunda que el delito guarde relación con el servicio. Para la existencia del fuero militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

En las horas de la tarde, una patrulla integrada por miembros del Ejército Nacional y la Armada Nacional se presentaron en un sitio ubicado a las orillas del río Magdalena con el fin de realizar un operativo contra-guerrillas. Una vez en el sitio un suboficial de la Armada Nacional entró a la habitación de una familia del lugar y allí comenzó a molestar a Fabiola, menor de 15 años de edad, a quien posteriormente condujo a un platanal en donde la amenazó con una bayoneta y la obligó a desvestirse, para luego accederla carnalmente¹⁰⁶.

El comandante de la flotilla fluvial del Magdalena dirigió un oficio al juez promiscuo que conoció el caso en el cual le solicitó la remisión de las diligencias, aduciendo que “le corresponde es al juez de Instrucción Penal Militar por cuanto se trata de un supuesto delito en el cual se quiere involucrar a personal de las Fuerzas Armadas”. El juzgado accedió a dicha solicitud y ordenó el envío de lo actuado al juez de Instrucción Penal Militar.

En el caso no se discute la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública del procesado, pero sí la relación del hecho con el servicio. La Corte ha dicho que cuando se habla de relación con el servicio se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, que solo puede ser calificada como tal cuando se realiza mediante actos propios del servicio o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando. En esas condiciones, el militar que aun estando en servicio activo, se aparta de las funciones relacionadas con dicho servicio para dedicarse a ejecutar comportamientos delictivos ajenos a él, no goza de fuero constitucional.

La conducta que se atribuye al procesado por el delito de acceso carnal violento al que sometió a la joven menor de edad, no guarda relación

106. Fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia.

alguna con la misión militar que le fue encomendada, la cual se restringía a las propias de la lucha antiguerrillera, que le imponía el deber de desarrollar actos dirigidos al mantenimiento del orden público, la repulsa de ataques, la inspección e incautación de armas y otros objetos de prohibida tenencia, es decir, a todo aquello que sirviera a las finalidades de la misión, ninguno de los cuales puede implicar el atropello a la libertad sexual de las personas.

3. CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

La credibilidad de un testimonio en delitos sexuales, siempre ha sido un problema jurídico de difícil resolución. En tanto los sistemas de derecho responden a una lógica patriarcal es muy común que en los casos de violencia sexual la víctima sea quien tiene que probar que efectivamente se cometió el delito.

En el caso que se presenta a continuación se le resta credibilidad al testimonio de la víctima debido a su conducta sexual anterior.

Alba, joven menor de 18 años, había conocido a Pedro por internet y quiso que le enseñara a hacer tatuajes porque él dijo ser experto. Con ese interés fue a su casa. Después de sostener una conversación, Pedro tomó a la joven por uno de sus brazos, la levantó agresivamente de la silla que ocupaba y la llevó a una habitación contigua donde la arrojó boca arriba sobre la cama; le bajó el pantalón y la ropa interior que vestía y procedió a accederla vía vaginal y anal, repetitivamente, así como oralmente, eyaculando en una oportunidad, sobre el abdomen de la joven, sin que ella pudiera oponerse. La menor le dijo a Pedro que parara, pero él no le hizo caso. Alba fue después agredida verbalmente y humillada y no pudo salir sino hasta cuando Pedro quiso. Alba se infligió cortadas en las muñecas cuando llegó a su casa. La joven fue internada en un establecimiento asistencial debido al trauma y a la autoagresión, lo que se repitió en el tiempo siendo tratada psicológica y psiquiátricamente¹⁰⁷.

La primera instancia le dio total credibilidad al testimonio de la víctima y condenó al procesado; sin embargo, la segunda instancia puso en tela de juicio su testimonio. Los aspectos sobre los que se basó el Tribunal para desconocer la versión de los hechos de la víctima fueron que ella le mintió al sindicato sobre su verdadera edad, en los chats sostenidos con el procesado había hablado abiertamente de sus prácticas sexuales y a los distintos evaluadores médicos les dio versiones diferentes de lo ocurrido. Por otra parte no aceptó el peritaje de medicina legal que diagnosticó estrés postraumático en la víctima sino que valoró las alteraciones psicosociales y siquiátricas como una razón que prueba que efectivamente el hecho no se cometió. El Tribunal además consideró que era razonable

107. Caso que llegó al Tribunal Superior de Bogotá.

dudar de la víctima por pertenecer a las nuevas subculturas de “porno alternativo” o “*suicide girl*”.

Si bien el Tribunal utilizó como pruebas a favor del victimario las grabaciones que él hizo en su computador de los chats sostenidos con la joven, desestimó como creíble la parte en que ella expresó tajantemente que no permitiría por nada del mundo sexo anal, puesto que si ella había mentido sobre su edad y estudios, también podría haber mentido sobre sus apetencias sexuales. Con esta valoración las pruebas del acceso carnal anal fueron anuladas.

En este proceso las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma no fueron respetadas y el pasado de la víctima fue utilizado para restarle credibilidad¹⁰⁸.

El siguiente caso también es un ejemplo de la forma como el testimonio de la víctima es desestimado y el sindicado absuelto de los hechos a pesar de haber otras pruebas que permiten establecer la veracidad del testimonio. En este caso lo que prima para restarle credibilidad a la víctima es su imposibilidad de ratificar la denuncia ante los funcionarios judiciales.

Un médico denuncia que encontró muestras de abusos en niña menor de 14 años y se pudo establecer que la menor de edad era abusada por su primo y por el esposo de su tía. No obstante, la niña casi no quiso hablar de los hechos y se mostró parca frente a la entrevista realizada, por lo que dentro del proceso se debatió la credibilidad de su testimonio y el sindicado fue absuelto¹⁰⁹.

4. CONSENTIMIENTO Y PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

El consentimiento es uno de los elementos sobre los que se indaga con sospecha en los procesos judiciales. Aceptar una invitación, estar a solas con un hombre en un cuarto, ingerir licor con un acompañante, pueden ser conductas que desestimen la existencia de un delito y permitan inferir una relación sexual consentida.

Sin embargo, en los casos de violencia sexual cometidos contra personas menores de 14 años el consentimiento no es objeto de debate por cuanto se presume, que una persona de esa edad no tiene la capacidad para determinarse o actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad debido al estadio de madurez que presentan sus esferas volitiva, intelectual y afectiva. Esta presunción es de carácter absoluto, y no admite, por tanto,

108. En la Regla 70, literal d de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma se establece que: “La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

109. Sentencia proferida por Tribunal Superior de Pasto.

prueba en contrario. En el caso que se presenta a continuación se ignora esta presunción de derecho.

En las horas de la mañana José convenció a Silvia, menor de 14 años, para que lo acompañara a un motel donde mantuvieron relaciones sexuales de común acuerdo. La madre de la niña al conocer los hechos formuló denuncia penal. El imputado aceptó los hechos indicando que desde hacía muy poco tiempo mantenía vínculos de amistad con Silvia y que la relación sexual que sostuvieron fue voluntaria. En sentido similar declaró esta última. Afirmó que el acto fue consentido por ella, y que era la primera vez que mantenía relaciones de este tipo¹¹⁰.

En este caso, el juzgado de primera instancia condenó al procesado como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Sin embargo, la defensa apeló el fallo y el Tribunal Superior revocó integralmente la sentencia impugnada, y en su lugar absolvió al procesado bajo el argumento de que la relación sexual sostenida con la menor fue consentido desconociendo la presunción de derecho que en materia de delitos sexuales ampara a los menores de 14 años.

En el caso que se presenta a continuación se infiere el consentimiento para establecer la no responsabilidad del procesado, a partir de la ausencia de resistencia física de las víctimas, mayores de 14 años, además de otros prejuicios que llevaron a desestimar finalmente la existencia del delito de acceso carnal violento.

Astrid y Consuelo fueron abordadas por cinco hombres uno de los cuales tocó el cuerpo de Astrid, la que le reclamó por la agresión. Los individuos forzaron a las dos mujeres a cambiar de rumbo hasta llegar a un parque donde las intimidaron, las empujaron contra la pared y las despojaron de teléfonos celulares y bolsos de mano, luego de lo cual los agresores huyeron excepto uno. Este último, bajo la amenaza de “chuzarlas”, forzó a Astrid a hacerle una felación mientras le tocaba los senos a Consuelo. A continuación obligó a Consuelo a sentarse e hizo desnudar a Astrid, a quien intentó acceder carnalmente pero, ante la imposibilidad de hacerlo, la obligó a practicarle sexo oral. Las víctimas fueron auxiliadas por unos taxistas que después de algún tiempo llegaron al lugar¹¹¹.

Tanto en primera como en segunda instancia se condenó al acusado por el delito de acceso carnal violento. Sin embargo, cuando es conocido el caso por la Corte Suprema, esta lo absuelve con base en el argumento de que los testimonios de las víctimas fueron valorados erróneamente, puesto que de los mismos se dedujo que los comportamientos sexuales

110. Caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia.

111. Corte Suprema de Justicia. Radicado 29308 del 13 de mayo de 2009.

desarrollados por el acusado tuvieron origen en la violencia que desplegó sobre las supuestas víctimas, sin tener en cuenta, de un lado, que él no tenía armas y, del otro, que las jóvenes no opusieron resistencia, circunstancia de la cual la Corte concluyó que hubo consentimiento de su parte y por tanto exime de responsabilidad al acusado. La Corte consideró que en estos casos lo “normal” es que los autores de las violaciones utilicen armas o algún elemento para intimidar a la víctima.

La necesidad de que, en los casos de violación, las víctimas deban oponer resistencia, demostrar una acción beligerante o evasiva, pues de lo contrario es posible suponer su consentimiento al hecho, es una regla de la experiencia y la sana crítica que construyó la Corte para desestimar el delito, desconociendo las reglas de procedimiento y prueba 70 y 71 del Estatuto de Roma que expresamente prohíben exigir la oposición al hecho por parte de las víctimas para configurar el delito de violación.

Otros importantes debates sobre el consentimiento se dan en los casos donde se discute la situación de incapacidad de resistir en la que está o se pone a la víctima. En el caso de una mujer que es accedida carnalmente por un hombre que había conocido hace poco y con el que estaba consumiendo licor la sentencia fue absolutoria. La decisión se tomó porque se determinó que no siempre el estado de embriaguez es incapacidad de resistir por parte de la víctima. El juez determinó que de acuerdo con la versión no era creíble que la víctima no estuviera consciente de lo que estaba pasando y que en todo caso, no era posible probar que el procesado había tenido la intención de embriagarla para tener relaciones sexuales con ella, que fue la joven quien asumió una conducta “imprudente” y se puso en “riesgo” al aceptar salir con un sujeto que apenas si conocía, que no era posible afirmar que la víctima fue puesta en incapacidad de resistir, sino que ella misma al consumir licor se puso en incapacidad¹¹².

5. USO DE LA VIOLENCIA

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sido clara frente a lo que significa la violencia en los delitos sexuales¹¹³, cuando se intenta probar este elemento, la generalidad es que los y las operadores de justicia requieran pruebas que ratifiquen el dicho de la víctima, por lo general un dictamen médico legal que evidencie rastros físicos de la violencia. En el caso que se presenta, el dicho de la víctima no fue suficiente para acreditar la violencia con que se realizaron los encuentros sexuales.

112. Sentencia proferida por un juzgado de Medellín.

113. La violencia es definida como la fuerza, constreñimiento, presión física o psíquica –intimidación o amenaza–, que el “agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta” (Corte Suprema de Justicia. Proceso 25743 de 2006).

Fabiola manifestó ante las autoridades judiciales que su compañero permanente, la ha atacado sexualmente varias veces, el último episodio fue en octubre de 2007, época para la cual la joven se hallaba en avanzado estado de embarazo. Durante el juicio el procesado reconoce que hay una historia de violencia intrafamiliar entre ellos anteriormente pero no acepta haberla violado. “Las únicas pruebas que existen en este caso son el dicho de la víctima y su compañero permanente”.

En este caso el Tribunal consideró que no halla en la versión de la víctima la solidez suficiente para edificar una sentencia de condena pues, si bien es cierto que la jovencita puede estar diciendo la verdad, no hay ninguna otra prueba que así lo ratifique por cuanto, también se aportó al juicio oral la declaración del acusado y en ella reconoce los maltratos físicos pero no los accesos carnales violentos y, al igual que la víctima, su dicho puede ser cierto por cuanto tampoco existen elementos de juicio diversos a su versión para sostener que miente.

La Sala reflexiona sobre la posibilidad de concluir, mediante una inferencia lógica, que hallándose demostrada la agresión física reiterada, no es extraño que la violencia se utilizara también para accederla carnalmente; sin embargo, afirma que no tiene prueba que lo ratifique y el testimonio de la víctima no es suficiente para dar certeza.

Los hallazgos evidencian la necesidad de incorporar en la reflexión y en el accionar jurídico la comprensión de la dominación masculina como núcleo central de la vulneración de derechos sexuales en las mujeres, así como de avanzar en la comprensión de la problemática de la violencia como un problema que aprovecha cualquier intersticio social, como la guerra para ser redundante.

CONCLUSIONES: UNA APROXIMACIÓN A LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN COLOMBIA EN 2009

Los artículos presentados plantean los avances que en materia de protección a los derechos de las mujeres ha sentado la jurisprudencia colombiana, así como los grandes desafíos que existen actualmente para lograr que sean garantizados de manera plena y efectiva.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, en concreto sobre el derecho al aborto, son necesarios esfuerzos comprometidos por parte de todas las instancias estatales para lograr la aplicación real y material de los servicios que permitan sin obstáculos el acceso a los servicios para la interrupción voluntaria del embarazo. En materia de derechos de parejas del mismo sexo, los avances en el reconocimiento de la igualdad respecto de derechos civiles y laborales, no representan el logro de una igualdad sustantiva que permita el pleno reconocimiento de sus derechos en todos los ámbitos, sin discriminación. Finalmente, sobre el acceso a la justicia, la existencia de prejuicios sexistas que refuerzan estereotipos discriminatorios contra las mujeres, se convierten en un obstáculo presente en la judicialización de crímenes de violencia sexual, que sumado a otros de otra naturaleza, como aquellos propios del sistema procesal, trasladados al enjuiciamiento de crímenes cometidos en contexto de conflicto armado, representarían un impacto negativo que pone aún lejana la aspiración a un efectivo acceso a la justicia para las víctimas mujeres.

Durante 2009, el tipo de sentencias proferidas sobre derechos de las mujeres permite identificar cuáles son los temas sobre los que se concentran la mayor producción judicial en materia de derechos de las mujeres, en cuáles hay una mayor o menor protección y dónde se concentran los mayores debates jurídicos.

Para empezar habría que advertir que los temas relacionados con los derechos de las mujeres, tratados por la jurisprudencia en 2009, fueron la interrupción voluntaria del embarazo, protección y atención a las necesidades especiales de las mujeres en situación de desplazamiento, protecciones laborales específicas en cabeza de la mujer, derechos de las parejas del mismo sexo, protección de derechos de los menores de edad y de la madre en procesos de patria potestad, violencia sexual y asuntos de derecho de familia como la declaración de la unión marital de hecho, la separación de la sociedad conyugal y los procesos de alimentos.

El tema más recurrente en la jurisprudencia fue el de la violencia sexual. Por ser las mujeres las principales víctimas de este tipo de delitos, los desarrollos y retrocesos, ya sea por parte de la jurisdicción ordinaria –en sede de casación penal– o de la jurisdicción constitucional –Corte

Constitucional– hacen que estos casos se relacionen directamente con el tema de la violencia contra las mujeres¹¹⁴.

De acuerdo con el número de sentencias analizadas, el segundo tema que más se discute en la jurisprudencia estudiada, es el de trabajo productivo y reproductivo, frente a las protecciones laborales en cabeza de las mujeres, específicamente la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y la licencia de maternidad¹¹⁵.

Con el mismo número de sentencias analizadas, se encuentran las que tratan temas relacionados con la familia, tanto en la Corte Suprema de Justicia en sus Salas Civil y Penal, como en la Corte Constitucional, ya sea por vía de tutela o de constitucionalidad¹¹⁶.

Respecto del tema relativo a los derechos sexuales y reproductivos, se presentaron en el año 2009 algunas tutelas interpuestas para subsanar obstáculos concretos en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), y para el tema de salud, se analiza una sentencia de tutela sobre las condiciones sanitarias en una cárcel de mujeres.

En cuanto al tema de migraciones y mujeres rurales, se estudiaron las sentencias de tutela proferidas sobre mujeres en situación de desplazamiento, que por medio de este mecanismo exigían el cumplimiento de sus derechos y la atención especial a las necesidades específicas que la misma Corte Constitucional ha establecido para las mujeres víctimas de ese delito.

El tema de identidad y desarrollo de la libre personalidad se ve expuesto en una sentencia de tutela y una de constitucionalidad que desarrollan el principio de no discriminación por razones de orientación sexual respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Finalmente, frente al tema de la propiedad y patrimonio se encuentra una sentencia de tutela sobre el derecho a la vivienda de una mujer en situación de desplazamiento y una resuelta por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en el que una mujer alega vulnerados sus derechos en proceso de separación de la sociedad conyugal. Los temas de educación y

114. En el período 2009, se presentan quince sentencias analizadas sobre el tema de violencia sexual. Específicamente catorce procesos en sede de Casación Penal, en la Corte Suprema de Justicia y una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

115. En el período 2009, se analizaron ocho sentencias sobre las protecciones laborales de las mujeres durante y después del embarazo. Específicamente tres por la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y cinco sobre licencia de maternidad –una de constitucionalidad y las demás de tutela–.

116. En el período 2009, se analizaron ocho sentencias sobre el tema de la familia. Sobre las parejas del mismo sexo, se encuentran dos sentencias de la Corte Constitucional, una de tutela y otra de constitucionalidad; una sentencia de tutela sobre patria potestad; una de casación civil sobre declaración de unión marital de hecho y una sobre separación de la sociedad conyugal; finalmente tres en casación penal sobre el delito de inasistencia alimentaria de padres a sus hijos.

participación política y acceso a espacios de decisión, no tuvieron ningún desarrollo en 2009.

Una caracterización según la corporación que más resuelve sobre asuntos relacionados con los derechos de las mujeres en 2009, se encuentra primero la Corte Suprema de Justicia, en sus Salas Civil y Penal¹¹⁷, seguida por la Corte Constitucional¹¹⁸. De la Sala Laboral de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no se encontraron sentencias sobre los temas analizados en el periodo estudiado.

Un análisis de las sentencias del periodo respecto del tipo de sujetos inmersos en el proceso arroja que, en general, se resuelven mayoritariamente acciones de tutela contra empresas promotoras de salud (EPS). En un menor número se demandan entidades estatales y empresas privadas. Se conoce un caso contra un juzgado de familia, así como contra hombres particulares relacionados con la actora del caso respectivo.

De otro lado, las actoras de las tutelas son en su mayoría mujeres en situación de desplazamiento, embarazadas, madres. También se conocen casos que debaten temas sobre derechos de las mujeres accionado por hombres en nombre propio o en representación de sus parejas. En un caso la parte actora fue un representante de la Defensoría del Pueblo. La sentencia de constitucionalidad que otorga igualdad de algunos derechos familiares a las parejas conformadas por el mismo sexo, fue promovida por miembros de diversas organizaciones de la sociedad civil, en su calidad de ciudadanos, mas no como miembros de estas organizaciones.

La caracterización según sobre quien recaen los procesos en el ámbito de la justicia ordinaria, no resulta relevante pues solo se estudian en el Observatorio aquellas en las cuales las víctimas son mujeres. Sin embargo se resalta que las denunciantes siempre fueron las mismas víctimas, y en caso de menores de edad, sus madres.

Es difícil determinar si detrás de las acciones que consiguen fallos garantistas están organizaciones de la sociedad civil, pues en mecanismos como la acción de tutela, el cual ha sido uno de los más usados para el desarrollo de los diversos temas relacionados con los derechos de las mujeres, no se exige representación jurídica, por lo que en la mayoría de los procesos son directamente las afectadas las que se configuran en actoras del caso, lo cual no descarta que hayan contado con asesoría o acompañamiento de algún tercero.

117. En el período 2009, se analizaron treinta y seis sentencias, de las cuales diecinueve fueron de la Corte Suprema de Justicia, específicamente diecisiete de la Sala de Casación Penal y dos de la sala de casación civil.

118. En el período 2009, de las 36 sentencias analizadas, 17 fueron de la Corte Constitucional, específicamente 14 de tutela y 3 de constitucionalidad.

Al examinar la mayor o menor garantía que representan los argumentos que exponen los fallos respecto de los derechos de las mujeres, se encuentran sentencias más favorables¹¹⁹ en los temas de violencia sexual, derechos sexuales y reproductivos, trabajo productivo (protecciones laborales de las mujeres), familias (parejas del mismo sexo y patria potestad), protección a mujeres en situación de desplazamiento, garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad (parejas del mismo sexo), y la protección específica del patrimonio y la propiedad (derecho a la vivienda de mujer desplazada).

No obstante, alto es el número de sentencias reconocidas como favorables, hay un grupo de sentencias que no brindan ningún desarrollo (ni positivo, ni negativo) de los derechos de las mujeres¹²⁰. Específicamente en temas de salud y dignidad humana, al analizar las condiciones sanitarias de un centro penitenciario de mujeres; derechos familiares en casos sobre declaración de la unión marital de hecho y la separación de una sociedad conyugal; en algunos casos de violencia sexual cometida contra mujeres; y en procesos por el delito de inasistencia alimentaria.

Finalmente en el período 2009, en la Corte Suprema de Justicia Sala Penal¹²¹, se encuentra un caso que expone argumentos en contra de los derechos de las mujeres, al fallar sobre un proceso de violencia sexual con motivaciones sexistas y discriminatorias, y valoraciones que desconocen los derechos de la mujeres víctimas del caso. Los argumentos de esta sentencia fueron analizados en el artículo presentado por la Corporación Humanas en esta publicación, entre otros fallos.

Otra decisión judicial que presenta argumentos desfavorables, fue uno de tutela en el cual la Corte Constitucional¹²² confirma decisiones que analizaron la negación de la pensión de sobrevivientes a una pareja homosexual, dejando sin concreción material los derechos que previamente la jurisprudencia había otorgado a las parejas del mismo sexo. No obstante, uno de los argumentos más destacados en la jurisprudencia del año 2009, es el que se encuentra en el precedente que equipara y reconoce que la orientación sexual, no puede ser un obstáculo para la garantía de una igualdad material de los derechos familiares, pues parejas heterosexuales u homosexuales, tienen de igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes¹²³. El artículo presentado por el abogado Mauricio Albarraçin da cuenta de los argumentos expuestos por estos fallos.

119. De las 36 sentencias analizadas en 2009, se encontraron 25 que presentaban desarrollos garantistas para los derechos de las mujeres.

120. De las 36 sentencias recopiladas para el período 2009, nueve presentan esta característica.

121. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP José Leonidas Bustos Martínez (Radicado 29308).

122. Corte Constitucional, sentencia T-911 de 2009. MP Nilson Pinilla Pinilla.

123. Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

En el tema de salud sexual y reproductiva, pese a que desde 2006 se despenalizó parcialmente el aborto y se permite la IVE, a la fecha se siguen presentando obstáculos para que las mujeres accedan a este servicio y hagan efectivo su derecho. Este ha sido un tema ampliamente debatido por la Corte Constitucional en resolución de diferentes acciones de amparo, en las que ha reiterado el respeto hacia esta práctica, como expresión de los derechos de las mujeres, enfatizando que una decisión de tan alta importancia cómo la de interrumpir o continuar un embarazo, cuando este representa riesgo para la vida o la salud de la mujer, es una decisión que puede adoptar únicamente ella, bajo su propio criterio y dentro del respeto de las reglas vigentes, ya que será quien deberá soportar las consecuencias que se deriven de dicha decisión¹²⁴.

La decisión más importante frente a este tema, es la que estudia un caso¹²⁵, en el cual se negó por medio de la múltiple interposición de obstáculos la práctica de la IVE a una mujer cuyo embarazo presentaba graves malformaciones en el feto. En este caso, la Corte Constitucional establece importantes directrices para que se pueda garantizar este derecho en cabeza de las mujeres, que fueron presentadas en los artículos que abordaron este tema. En torno a esta sentencia giran los artículos presentados por las abogadas Paola Salgado y Andrea Parra.

Otros tema relevante en el que se encuentran importantes desafíos, a pesar de los avances jurisprudenciales en la materia, es el de la protección a la mujeres en situación de desplazamiento. A pesar de la amplia jurisprudencia desarrollada tanto para casos particulares, como de manera general, en el seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, se siguen presentando casos en los que se desconoce la especial protección y la atención a las necesidades especiales que la mujer en situación de desplazamiento debe tener.

En un caso¹²⁶ donde se excluyó a una mujer de la inscripción en el registro único de población desplazada (RUPD) aduciendo que su desplazamiento había sido por razones sentimentales, la Corte aclaró que el hecho de que las amenazas que dieron lugar al desplazamiento surgieran como consecuencia de sus relaciones afectivas no las convierte en problemas sentimentales, ni les quita el carácter de hechos violentos.

Otro caso¹²⁷, reconoce el derecho a la vivienda como fundamental en la población desplazada, garantizando en el asunto concreto tanto el derecho a la

124. Corte Constitucional, sentencia T-009 de 2009. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

125. Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009. MP Humberto Antonio Sierra Porto.

126. Corte Constitucional, sentencia T-042 de 2009. MP Rodrigo Escobar Gil.

127. Corte Constitucional, sentencia T-064 de 2009. MP Jaime Araújo Rentería.

propiedad como la protección específica, en cabeza de la mujer por ser víctima de desplazamiento forzado.

La protección a la estabilidad laboral reforzada que la ley da a las mujeres durante y después del embarazo, es uno de los temas que constantemente se ve desconocido en variados casos, que solicitan amparo por parte de la Corte Constitucional. Esta Corte en sede de tutela¹²⁸, reiterando su jurisprudencia, afirma que la desvinculación laboral de una mujer sin los requisitos establecidos en virtud de la protección constitucional especial de la mujer trabajadora en estado de embarazo, desconoce los derechos fundamentales a la dignidad, al trabajo, a la condición especial de mujer embarazada y al mínimo vital de la señora y su hijo.

De igual manera, en reiteradas ocasiones las EPS interponen obstáculos formales para el pago de una protección material en cabeza de las mujeres, como es el pago de la licencia de maternidad, reiterando la Corte¹²⁹, que esta garantía prevalece por encima de las formalidades cuando el no pago ponga en riesgo el derecho al mínimo vital de la mujer y de su bebé.

El alto número de casos que resuelve el tribunal constitucional refleja que, a pesar de existir un deber legal, en la práctica los empleadores y las entidades prestadoras de salud continúan sustrayendo de su deber de atención a las protecciones establecidas para la mujer embarazada, interponiendo requisitos y argumentos que llevan a condiciones de desprotección, mediante barreras probatorias que solo al llegar al más alto tribunal y después de haber debatido el caso en varias instancias, se puedan superar.

En materia de delitos sexuales, no obstante se encuentran fallos discriminatorios, se avanza en el desarrollo jurisprudencial de garantías judiciales a las víctimas, tanto por la vía de la jurisdicción ordinaria como de análisis de constitucionalidad.

Variada jurisprudencia emitida en el periodo bajo análisis desarrolla importantes avances en materia de garantías como: exclusión de reglas de la experiencia que exijan conductas sesgadas a las mujeres víctimas de delitos sexuales¹³⁰; caracterización garantista del elemento de la violencia requerida en este tipo de delitos¹³¹; interpretación ceñida a estándares internacionales sobre la figura de incapacidad de resistir¹³²; viabilidad de

128. Corte, sentencia T Constitucional 181 de 2009, MP Jorge Iván Palacio. Sentencia T-305 de 2009, MP Mauricio González Cuervo. Sentencia T-649 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

129. Corte Constitucional, sentencia T-231 de 2009, MP Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia T-335 de 2009, MP Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia T-368 de 2009, MP Jorge Iván Palacio. Sentencia T-127 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

130. Sala de Casación Penal. MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 23909).

131. Sala de Casación Penal. MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 21749).

132. Sala de Casación Penal. MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 31236).

la aplicación de la modalidad de coautoría impropia a victimarios que no accedan directamente a la víctima¹³³; especial credibilidad del testimonio de la menor víctima de este tipo de delitos¹³⁴; posibilidad de sancionar conductas de actos sexuales abusivos en modalidad tentada¹³⁵; rechazo de tipificación de actos de carácter sexual como injurias por vía de hecho¹³⁶; improcedencia de la calificación de los delitos sexuales como delito continuado¹³⁷; y finalmente, el análisis constitucional acertado de la agravación cuando los delitos se cometen contra menores de 14 años¹³⁸.

Entre todos, se destaca un importante fallo¹³⁹, que directamente expone argumentos frente a las mujeres como afectadas por estos delitos, al establecer que los delitos sexuales en general, buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres. No obstante, reconoce también que, al mismo tiempo, los delitos sexuales deben ser interpretados de manera tal que no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación, que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro. En este importante fallo se emite un mandato directo a los y las defensoras de los procesados, para que en su estrategia defensiva tengan en cuenta estos aspectos y no indaguen sobre la vida pasada de la mujer víctima o utilicen argumentos discriminatorios contra estas.

De igual manera, este destacado fallo resalta cómo en Colombia, la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino, tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados papeles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales. Esta sentencia ha sido valorada por el Observatorio como de aquellas que reconocen los derechos de las mujeres con buenos argumentos.

133. Sala de Casación Penal. MP María del Rosario González Lemos (radicado 31085).

134. Sala de Casación Penal. MP Jorge Luis Quintero Milanés (radicado 30355). Sala de Casación Penal. MP María del Rosario González de Lemos (radicado 32099).

135. Sala de Casación Penal. MP Yesid Ramírez Bastidas (radicado 31948).

136. Sala de Casación Penal. MP Yesid Ramírez Bastidas (radicado 31715).

137. Sala de Casación Penal. MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 28923).

138. Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 2009. MP María Victoria Calle Correa.

139. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 23508).

En materia de familias, en un fallo de tutela la Corte Constitucional¹⁴⁰, se establece que en procesos de patria potestad se deben tener especialmente en cuenta los derechos de la mujer y los niños, al proteger concretamente los derechos de la mujer del caso y generar una igualdad material entre la madre de escasos recursos y el padre de una acomodada posición social. De igual manera se desarrolla la figura jurídica para el alquiler de vientre instaurando lineamientos garantistas para las mujeres.

En las decisiones judiciales estudiadas por el Observatorio para el año 2009, se identifican algunas sentencias¹⁴¹ que, a pesar de no ir en contra de los derechos de las mujeres, abordan temas en los cuales pudieran incorporar un análisis género sensitivo, y no se reconoce.

Por ejemplo, en el estudio judicial del delito de inasistencia alimentaria, no se tiene en cuenta la especial afectación que sufren las mujeres, al ser la mayoría de los casos un proceso en el que se demanda el cumplimiento de la obligación de alimentos por parte del padre hacia el o los hijos, teniendo que ser la madre la que sola deba entrar a solventar los gastos de manutención y cuidado de aquellos.

También en los temas de familia, en la Sala de Casación Civil, es poca la relación y desarrollo que se hace a los derechos de las mujeres, a pesar que existen casos donde se ven afectados los intereses de estas en el contexto de una relación familiar.

Es de suma importancia resaltar y divulgar los argumentos relevantes de los fallos garantistas, así como estudiar, analizar y cuestionar los que presentan argumentos poco garantistas y atentatorios de las mujeres y sus derechos. Sin dejar de indagar los que ni brindan garantías para las mujeres, ni presentan argumentos reprochables, así estén analizando casos en los que se ven inmiscuidos derechos específicos de las mujeres.

Así mismo, es importante que la judicatura avance en la capacitación de los y las operadores judiciales para así conseguir un enfoque de género en la justicia, que posibilite fallos judiciales sensibles a las necesidades específicas de las mujeres. Es necesario exigir que en los procesos judiciales se incorpore, por parte de todos los intervinientes (Fiscalía, Ministerio Público, defensa, representante de la víctima, y juez o jueza) un enfoque de derechos con reconocimiento del impacto desde el género que tienen los problemas jurídicos debatidos, de manera que, aunque el resultado no

140. Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. MP María Victoria Calle Correa.

141. Corte Constitucional, sentencia T-126 de 2009, MP Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP William Namén Vargas (radicado 2002-00197) y MP César Julio Valencia Copete (radicado 2002-13842). Sala de Casación Penal, MP Julio Enrique Socha Salamanca (proceso 31475), MP Julio Enrique Socha Salamanca (radicado 24055). Sala de Casación Penal, MP Jorge Luis Quintero Milanés (radicado 28649), MP José Leonidas Bustos Martínez (proceso 28542), MP José Leonidas Bustos (radicado 31248), MP Yesid Ramírez Bastidas (proceso 31629).

sea favorable a la pretensión de la mujer, si cuente con unas garantías mínimas que no permitan que sesgos de género motiven la decisión o la discriminen en razón al sexo.

De igual manera, es deber de las organizaciones de la sociedad civil, que desde el respectivo ámbito, se estudien, divulguen y exijan el cumplimiento de los precedentes positivos en materia de reconocimiento de los derechos de las mujeres, para que puedan ser invocados por quienes acceden a la justicia y sus abogados y abogadas representantes, así como aplicados por los y las funcionarias judiciales que no los conozcan.

Es primordial que el efecto de un fallo pueda ser traducido al lenguaje común y no se quede en un asunto meramente jurídico, que atañe a los que se enfrentan al aparato judicial como profesión o a los y las afectadas en cada caso concreto, sino a toda la sociedad. Con esto las sentencias, no solo se convierten en jurisprudencia que pueda ser utilizada en la promoción de la garantía de los derechos de las mujeres en un proceso judicial, tanto en casos generales como en particulares, sino también en herramientas de incidencia que puedan generar cambios culturales en la sociedad.

APÉNDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

A continuación, se reproducen los extractos más significativos de algunas sentencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en el Observatorio de Sentencias Judiciales.

Las sentencias incluidas en este apéndice se vinculan con los siguientes temas, de acuerdo con su clasificación en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales¹⁴²:

TEMA	CASO	PAÍS
Familias Identidad y desarrollo de la libre personalidad	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (artículo 14 CCABA)	Argentina
	Sentencia C-029/09. MP Rodrigo Escobar Gil	Colombia
	Sentencia T 911/09	Colombia
Familias Propiedad y matrimonio	RIT C-2772-07	Chile
Trabajo productivo y reproductivo	Sisnero Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA SRL. y otros s/ Amparo	Argentina
	Rol 393-08 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián	Chile
Violencia contra las mujeres	301199200710438	Bolivia
	Rol 60-2009	Chile
Violencia contra las mujeres Derechos sexuales y reproductivos	Sentencia T-388/09	Colombia
Derechos sexuales y reproductivos Identidad y derecho a la libre personalidad	Expediente 01575-07-PHC/TC	Perú
Participación y acceso a espacios de decisión	Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción Nacional	Ecuador

142. Remitimos a la sección de Metodología del Observatorio para una explicación de los criterios de clasificación que se utilizan.

PAÍS	Argentina
CASO	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (artículo 14 CCABA)
TRIBUNAL	Juzgado Contencioso Administrativo Tributario – Ciudad de Buenos Aires
FECHA	10/11/09
TEMA	Familias identidad y desarrollo de la libre personalidad
PALABRAS CLAVE	Matrimonio – Diversidad sexual

Una pareja del mismo sexo pidió turno ante el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires para contraer matrimonio. Ante la negativa, presentaron una acción de amparo solicitando que se ordene al Gobierno de la ciudad de Buenos Aires que se les permita casarse, y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de Argentina. La jueza de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró la inconstitucionalidad de las normas invocadas.

La jueza fundó su decisión en los siguientes argumentos:

El sentido de la igualdad democrática y liberal es el “derecho a ser diferente”, que no puede confundirse nunca con la “igualación”, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales ... El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja.

Y cita como ejemplo paradigmático de las restricciones para contraer matrimonio las leyes de la Alemania nazi.

Respecto a los reparos que una sentencia de este tenor pudiese despertar en el seno de algunos sectores religiosos, advierte la magistrada que

Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros... Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso.

La jueza concluyó que

no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación.

Esta decisión fue apelada. Sin embargo, el matrimonio se concretó ejecutando la sentencia en la provincia de Tierra del Fuego.

PAÍS	Argentina
CASO	Sisnero Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA SRL. y otros s/ Amparo
TRIBUNAL	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Salta, Provincia de Salta.
FECHA	18/11/09
TEMA	Trabajo productivo y reproductivo
PALABRAS CLAVE	Discriminación laboral – Cupo femenino – Amparo colectivo

Una mujer, con licencia profesional de conductora, ante la imposibilidad de obtener un trabajo como conductora de transporte de pasajeros en la provincia de Salta donde ninguna mujer ejerce ese oficio, presentó junto con la Fundación entre Mujeres un amparo colectivo para ser incorporada como conductora y que se ordene cubrir un cupo de 30% de mujeres en el plantel. Las demandadas dedujeron diversos argumentos, incluyendo la libertad de contratación, la falta de idoneidad de la aspirante y el argumento de que

es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos, lo que conlleva a una diferencia de tratamiento.

El juez hizo lugar al amparo colectivo en todos sus puntos, con los argumentos que se citan a continuación.

La afirmación [de la empresa demandada], generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrolló desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación. Discriminación, que tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: “El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir”. Hacía falta reafirmar la

posición masculina y acentuar lo más posible el temor de sí mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes más traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir, la diferencia entre los sexos (Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2003: 108)¹⁴³.

Por otro lado, sostiene el juez que

se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho más castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la reafirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos (Muchembled, *op. cit.*: 111).

Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello, es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, que otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer.

No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que si creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro país, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los transportes privados de niños, son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas, la parte más importante de una sociedad, los niños, porque no confiar a mujeres el transporte de adultos... Es preciso en tal sentido de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergerable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido más que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo formas más o menos intensas, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada más ni nada menos, que la negación del Estado de derecho.

143. Citado en el fallo.

PAÍS	Bolivia
CASO	301199200710438
TRIBUNAL	Tribunal de Sentencia 1, Cochabamba.
FECHA	17/01/09
TEMA	Violencia contra las mujeres – Derechos sexuales y derechos reproductivos
PALABRAS CLAVE	Violencia sexual

El caso fue motivado por la comisión del delito de violencia sexual ejercida en contra de una mujer mayor de 18 años, en fechas 31 y 1 de abril de 2007. Es pertinente señalar que de la revisión del proceso se puede evidenciar que el imputado fue acusado por la comisión del delito incurrido en el artículo 308 ter. (Violación en estado de inconsciencia) y terminó siendo juzgado por el artículo 308 segunda parte del Código Penal. Asimismo, la persecución del delito no obstante haber sido seguida por el Ministerio Público, contó con la ayuda y colaboración como “acusación particular” de una institución, como es “la Oficina Jurídica de la Mujer”, la que procedió en todo momento a la averiguación del proceso, en representación de la víctima.

De los hechos probados, se tienen el acceso carnal (agresión sexual) y la presencia de benzodiazepine, sin embargo pese a estas pruebas el tribunal en aplicación una vez más del artículo 37, por votación unánime concluye declarando al imputado, autor de la comisión del delito de violación.

En los considerandos de la sentencia, se destaca que, como parte del desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, han sido recogidas en la legislación boliviana la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención de Belem do Pará-Brasil, así como en la Ley 2033 o Ley de Protección a las Víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual, del 29 de octubre de 1999, que consideran, respectivamente, que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Se entiende como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en los ámbitos público como privado. Se considera como violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, psicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano.

En este sentido también se guían las investigaciones y evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de la mujeres, al señalar que es crucial comprender el papel que las violaciones tienen, como instrumento de poder para doblegar a la mujer, subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia.

PAÍS	Chile
CASO	Rol 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Concepción
FECHA	09/01/09
TEMA	Trabajo productivo y reproductivo – Violencia contra las mujeres
PALABRAS CLAVE	Discriminación en el empleo – Salud

María Ángela Salazar Soto, psicóloga, magíster en administración y decana de la Facultad de Psicología de la Universidad San Sebastián, interpuso una demanda laboral reclamando una indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la universidad. La demandante salió en licencia prenatal y al regresar al trabajo luego del posnatal encontró que la facultad había sido fusionada junto con Trabajo Social y Sociología y que otras personas habían sido nombradas decana y director de la carrera de psicología. La universidad le ofreció otros cargos, que ella rechazó por disminuciones en las funciones, acceso a los recursos de la universidad y remuneración. Debió recibir tratamiento psicológico.

La Corte hizo lugar a su reclamo basándose en que

la empleadora deliberadamente privó a la actora del cargo para el cual había sido contratada previo concurso público, designando a otra persona en su lugar, ignorando el compromiso adquirido con ella... La situación se torna más grave aún, atendidas las circunstancias que rodearon la decisión de la demandada de suprimir el cargo en cuestión, pues no se le dio aviso oportuno de la situación, exponiéndola a tener que encontrarse sorpresivamente con el hecho de que no solo sus cargos habían sido entregados a otras personas, sino también el uso de la oficina que le había sido asignada, privándola del acceso a sus útiles habituales de trabajo, de la oportunidad de asumir funciones y, por ende, del debido desarrollo profesional que lleva implícito cualquier cargo académico, llegando al nivel de obligarla a tener que recurrir a la instancia administrativa para lograr el pago de las remuneraciones a las que por contrato tenía derecho...

La ley ha puesto como límite a las facultades de administración del empleador el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es decir, no se le priva de reorganizar la actividad productiva de que se trate como lo estime más conveniente o eficiente, pero ello debe efectuarse sin el menor atropello a la dignidad de los trabajadores, resultando absolutamente innecesario para ello recurrir a todas las prácticas en que incurrió en el caso en estudio, tales como omitir información y enfrentar a una trabajadora de la jerarquía que presentaba la actora, esto es decana de una facultad a la incomodidad y pesar de retornar a su trabajo y encontrarse con que su oficina había sido asignada a otro trabajador y que su cargo, simplemente no existía.

Lo anterior cobra mayor gravedad al considerar que en el caso en estudio el derecho a administrar libremente la empresa se encontraba limitado por el derecho de la trabajadora aforada de conservar su trabajo... [por lo que] es posible concluir que se encuentra acreditado que la actora sufrió el daño moral que indica, consistente en el menoscabo moral, no patrimonial, provocado por su empleadora, no solo por el hecho de suprimir el cargo para el cual fue contratada, sino por la forma en que ello se hizo y por las circunstancias que rodearon su supresión y siguieron a esta, según ya se señaló, menoscabo que se traduce en la frustración natural que se provoca en una profesional al sustituirla sin explicación ni razón aparente alguna, ofreciéndole cargos alternativos creados, sin contenido acreditado.

Se trata en la especie, de una situación en que resulta plenamente procedente el resarcimiento del daño moral pues, como se indicó, el incumplimiento contractual provocó una vulneración al debido resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales de la actora, afectando, sin duda, su personalidad moral, su estabilidad emocional, su autoestima, prestigio, integridad moral, los que, entre otros, configuran la dignidad de la trabajadora, debiéndose en consecuencia, reparar el dolor o quebranto espiritual sufrido por ella.

PAÍS	Chile
CASO	Rol 60-2009
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de La Serena
FECHA	27/03/09
TEMA	Violencia contra las mujeres
PALABRAS CLAVE	Violencia familiar – Equidad de género

Un hombre golpea a su hermana, tomándola del pelo y lanzándola al suelo le produce contusiones faciales. El Juzgado de Garantía de La Serena, aprobó el término del juicio sobre lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, mediante un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente. Recurren la decisión argumentando que la salida alternativa es improcedente en casos de violencia intrafamiliar, según la Ley 20.066.

Para dictaminar la improcedencia del acuerdo reparatorio, la Corte estimó que:

Esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de “violencia intrafamiliar” en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no solo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual)... dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual “consentimiento” que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.

PAÍS	Chile
CASO	RIT C-2772-2007 Orlando Contreras con Hermelinda Garrido
TRIBUNAL	Corte de Apelaciones de Antofagasta
FECHA	07/07/09
TEMA	Familias – Trabajo productivo y reproductivo
PALABRAS CLAVE	Divorcio y equidad de género

Un hombre demanda el divorcio unilateral por cese de convivencia, petición a la que la mujer contesta solicitando compensación económica. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación. La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma fallo de Alzada, que revoca el de primera, concediendo compensación económica.

Para reconocer este derecho, la Corte tuvo en cuenta que

debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle

el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se suple y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que esta tuvo 17 años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo matrimonio a los 18 años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija... lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre.

PAÍS	Colombia
CASO	Sentencia C-029/09. MP Rodrigo Escobar Gil
TRIBUNAL	Corte Constitucional
FECHA	28/01/09
TEMA	Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias
PALABRAS CLAVE	Parejas del mismo sexo

En este fallo la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias disposiciones legales que establecen beneficios y cargas para las parejas heterosexuales, y que no se aplican a las parejas del mismo sexo, estableciendo que todas las parejas gozan de los mismos derechos, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, pues tienen de igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes.

Debido a lo anterior, la Corte encontró una discriminación que contraría la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13, por lo que se procedió a excluir la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y, en consecuencia, declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones,

comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre la expresión “familia” o “familiar” contenida en varias de las disposiciones acusadas por cuanto consideró que en la demanda no se sustentaba de manera específica y suficiente, que estos conceptos estuvieran en contravía de la Carta Política, además porque en esencia su estudio no resultaba determinante para resolver el problema jurídico planteado.

El desarrollo de la sentencia reitera la línea jurisprudencial según la cual:

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.

Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no solo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria per se, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras.

Así mismo, en concordancia con pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, la Corte encontró que la totalidad de las disposiciones acusadas entrañaban una discriminación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, como proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Estas disposiciones desconocían reiterada jurisprudencia, que establece que las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales.

Reiteró que según se estableció en la sentencia C-075 de 2007, si bien pueden existir algunas diferencias entre las parejas heterosexuales y las que conforman por personas del mismo sexo, ambas representan un mismo valor y una misma dignidad, de lo que derivan unos requerimientos análogos de protección.

Teniendo en cuenta que los apartes de las normas acusadas establecen regulaciones que tienen como destinatarias a las parejas heterosexuales sin comprender a aquellas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que iban en contravía del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 superior. Por esta razón, la Corte resolvió la exequibilidad condicionada de las normas en el entendido de que el alcance de las disposiciones demandadas debe contener, en igualdad de condiciones, también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues cualquier interpretación contraria resulta violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato es inconstitucional y por tanto inadmisibile.

PAÍS	Colombia
CASO	Sentencia T 911/09
TRIBUNAL	Corte Constitucional
FECHA	07/12/09
TEMA	Identidad y desarrollo de la libre personalidad – Familias
PALABRAS CLAVE	Parejas del mismo sexo, derecho a la igualdad y no discriminación

En esta sentencia se resuelve una tutela interpuesta por un ciudadano contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que este había vulnerado sus derechos a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, al desconocerle aquél la pensión de sobreviviente que recibía su compañero permanente de quien alegó dependía económicamente. En su lugar, esta le fue otorgada a su hijo aduciendo el instituto que

la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la sustitución pensional.

Frente a esta decisión, la Corte, reiteró

la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera

que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones en cabeza de los integrantes de parejas no casadas¹⁴⁴, pero que resultaban o parecían redactadas solo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicán, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. (...)

Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir los heterosexuales.

Así mismo, trajo la jurisprudencia que ha establecido que la vía para probar la unión marital de hecho, por ejemplo para el caso de reclamar la sustitución pensional, “es la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente”, diligencia que el fallecido pensionado nunca adelantó.

Sin embargo, para el caso concreto anotó que

no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007.

En conclusión la Corte afirmó

(...) las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales sustentaron la negativa en el no lleno del

144. La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que “la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla”, consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008 [por lo tanto] entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios.

PAÍS	Colombia
CASO	Sentencia T-388/09
TRIBUNAL	Corte Constitucional
FECHA	28/05/09
TEMA	Derechos sexuales y derechos reproductivos – Violencia contra las mujeres
PALABRAS CLAVE	Aborto, derechos sexuales, educación sexual.

En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción de tutela interpuesta por una ciudadana embarazada, víctima de una violación, contra un juzgado que conoció de su solicitud de amparo para que el sistema de salud le practicara una interrupción voluntaria del embarazo (IVE), ante lo cual el juzgado objeto conciencia y resolvió la solicitud de manera negativa con fundamento en sus creencias religiosas personales.

Al reiterar el fallo de constitucionalidad anterior en el que declaró la procedencia de la IVE en las tres casuales y la argumentación que la llevó a tal conclusión, la Corte consideró que quedaba claro que

el juez a quo obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (artículo 1 de la Constitución Nacional).

La Sala advirtió que

por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no solo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el

bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C- 335 de 2008.

En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente.

Además la Corte reconoció que

la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente.

En la resolución, además de amparar el derecho de la accionante, la Corte urgió

al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos, que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

Así mismo, instó

a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS –independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales– cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles –como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia–, cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres.

PAÍS	Ecuador
CASO	Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción nacional
TRIBUNAL	Corte Constitucional
FECHA	05/05/09
TEMA	Participación y accesos a espacios de decisión
PALABRAS CLAVE	Participación política, elecciones, paridad

La representante del Partido Renovación Institucional Acción Nacional (Prian) Mady Elena Gallardo Cadena interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral, que rechazó la lista de candidatos del Prian a concejales para el cantón de Tosagua por no cumplir con el requisito de equidad de género.

La decisión se fundamenta en el carácter obligatorio de los mandatos constitucionales de paridad y alternabilidad que deben regir el sistema electoral,

por lo que la interpretación realizada por la accionante del artículo en referencia, atribuyéndole una connotación de posibilidad y no obligatoriedad del principio de alternabilidad, es contraria a la voluntad del constituyente, que precisamente para hacer efectivo el principio de no discriminación, adoptó regulaciones con contenidos de discriminación positiva en beneficio de la mujer, en procura de una participación política equitativa, manteniendo así la conformidad de la legislación interna con las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por Ecuador... Por tanto, la omisión del Estado ecuatoriano en relación a la adopción de medidas efectivas para eliminar la discriminación, implicaría una afeción de los derechos constitucionales a la participación política de la mujer.

PAÍS	Perú
CASO	Exp. 01575-2007-PHC/TC
TRIBUNAL	Tribunal Constitucional
FECHA	20/03/09
TEMA	Derechos sexuales y derechos reproductivos identidad y desarrollo de la libre personalidad
PALABRAS CLAVE	Cárceles – Diversidad sexual

La demandante, quien se encuentra detenida, interpuso una demanda contra el Decreto Legislativo 927, que suspendió el derecho a recibir visitas íntimas a las detenidas por el delito de terrorismo. Ante el rechazo de la demanda en sede ordinaria, recurrió la sentencia ante el Tribunal Constitucional, argumentando que el decreto vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación en razón del género. El tribunal hizo lugar al reclamo.

Entre los múltiples argumentos desarrollados por el tribunal, se describe a los deberes del Estado en relación con el régimen penitenciario, no solo como

el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión... En este contexto este tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.

En relación al derecho internacional y el derecho de las personas privadas de la libertad, manifiestan los jueces en la sentencia que

es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia (lo que) lleva a que la fuente jurídica para su protección lo constituya el núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos... El Tribunal Constitucional es consciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención.

La sentencia determina además que

la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad.

Referencias bibliográficas

Corporación Humanas. 2010. Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Junio.

Corporación Humanas. 2008. *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. 2009. Forensis 2008. Datos para la vida. Herramienta para la interpretación, intervención y prevención de lesiones de causa externa en Colombia. Bogotá.

Mackinnon, Catharine. 2007. *Crimes of war, Crimes of Peace. Are Women Human? And Other International Dialogues*. Cambridge: The Harvard University Press.

Mesa mujer y conflicto armado. 2009. IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. Diciembre.

GLOSARIO DE SIGLAS

Cedaw	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJUS	Centro de Estudios Socio-Jurídicos
CP	Constitución Política
Dejusticia	Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad
DIH	Derecho Internacional Humanitario
ENDS	Encuesta Nacional de Demografía y Salud
EPS	Empresas promotoras de salud
GDIP	Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
ILSA	Instituto de Servicios Legales Alternativos
ISS	Instituto de Seguros Sociales
ITS	Infección de transmisión sexual
IVE	Interrupción voluntaria del embarazo
LGBT	Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas
MDG3 Fund	Millennium Development Goals 3 Fund – Fondo Objetivos de Desarrollo del Milenio 3
MPS	Ministerio de la Protección Social
Prian	Partido Renovación Institucional Acción Nacional (Ecuador)
Profamilia	Asociación Probienestar de la Familia Colombiana
RUPD	Registro único de población desplazada
SOAT	Seguro obligatorio de accidentes de tránsito
UPTC	Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja