

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN EL AÑO 2010. LOS LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN, LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LOS DEBATES COMUNES A COLOMBIA Y ESPAÑA

Por PAULA ROBLEDO SILVA*
y JORGE ERNESTO ROA ROA**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.—1. LÍMITES A LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN: A) La sustitución de la Constitución. B) La sustitución de la Constitución como límite al poder de reforma constitucional. C) Principios insustituibles.—2. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES: A) Atención especial a las mujeres víctimas del conflicto armado. El enfoque psicosocial. B) Derechos de las personas que se dedican a la prostitución. C) Derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo como derecho reproductivo.—3. DEBATES CONSTITUCIONALES COMUNES A COLOMBIA Y ESPAÑA: A) Las leyes antitabaco. B) El cumplimiento de las sentencias de tribunales internacionales. C) Los conflictos de derechos fundamentales en las redes sociales.

INTRODUCCIÓN

Reseñar la jurisprudencia anual de la Corte Constitucional de Colombia es una tarea inagotable. En el año 2010, la Corte se pronunció en 542

* Docente e investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y Magistrada Auxiliar del Consejo de Estado de Colombia.

** Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia y Becario de la Universidad Autónoma de Madrid.

sentencias de revisión de tutela, 181 sentencias resolvían demandas de inconstitucionalidad y 310 autos, en muchos de los cuales se hizo seguimiento al cumplimiento de Sentencias de años anteriores¹. Pero no es sólo el número de decisiones, sino la diversidad temática y conceptual del contenido de las mismas, lo que permite afirmar la imposibilidad de resumir, en estas páginas, la totalidad de los asuntos de fondo que la Corte despachó durante el año del bicentenario².

Para la elección de un criterio que permitiera destacar las decisiones más importantes, se nos ofrecieron —entre muchos otros— las novedades jurisprudenciales, el desarrollo de pronunciamientos comentados en anuarios anteriores, casos que dieran cuenta de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los jueces internos, decisiones que tuvieran relación con debates constitucionales actuales como: el papel del juez en la democracia constitucional, los límites a la democracia, la interrupción voluntaria del embarazo, los derechos de las parejas del mismo sexo, los derechos de las minorías y los de las víctimas del conflicto armado.

También respecto de cada tópico los pronunciamientos judiciales que podíamos escoger eran numerosos. Por estas razones y con el propósito de construir un texto holístico, el informe de Colombia para el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del año 2010 fue organizado en tres partes: límites a la reforma constitucional, derechos de las mujeres y polémicas constitucionales comunes a España y Colombia. Bajo esta organización, se intentan recoger todos los criterios mencionados, ilustrados con las decisiones judiciales más relevantes y destacables en cada uno de ellos.

La metodología utilizada es descriptiva y crítica. Aunque hemos dado prelación al recuento de los casos y de las consideraciones, ocasionalmente podrán encontrarse algunos comentarios, inevitables para la comprensión de cada decisión en su contexto y necesarios para la orientación del lector. Es ante todo, un ejercicio de síntesis, que guía una consulta general de la jurisprudencia constitucional colombiana del año 2010, y, especialmente, una provocación a la lectura completa de las decisiones mencionadas.

Finalmente, la elección de las sentencias no implica nuestro acuerdo con todas las consideraciones hechas allí, por el contrario, en muchos de los casos nuestra inconformidad es patente. Sin embargo, el hecho de que aparezcan en este escrito, es una muestra de la pluralidad, que enriquece

¹ Los datos estadísticos pueden ser consultados en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONSOLIDADO%20ESTADISTAS%201992-2010.htm>.

² Durante el año 2010 algunos países de América como Colombia y México, realizaron actividades para conmemorar los doscientos años de independencia respecto de la Corona española; de allí la denominación de año bicentenario.

y que ha caracterizado a la Corte Constitucional colombiana, durante sus dieciocho años de jurisprudencia.

1. LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución colombiana de 1991 puede ser calificada como rígida, siempre y cuando se entienda por tal, no aquel tipo de Constitución irreformable, sino aquel tipo de Carta que puede ser reformada, pero mediante procedimientos agravados o cualificados que establecen restricciones a la iniciativa de reforma, exigen mayorías especializadas para su aprobación, apelan a la consulta del electorado, prevén el control del poder judicial al proceso de reforma y limitan el poder de reforma de acuerdo con el mecanismo escogido.

En la Constitución de 1991 se establecieron como mecanismos de reforma el Acto Legislativo, el Referendo y la Asamblea Constituyente. En los tres procedimientos la Corte Constitucional debe intervenir, en el caso de los Actos Legislativos cualquiera que sea su origen de acuerdo con el numeral primero del artículo 241 de la Constitución, y, cuando se trate de convocatorias a referendos y asambleas constituyentes, en este caso de manera previa, de acuerdo con el numeral segundo del mismo artículo; y sólo por cuestiones de procedimiento en las dos hipótesis.

En virtud de esta competencia la Corte Constitucional decidió mediante Sentencia C-141 del 26 de febrero del año 2010, la inconstitucionalidad de la ley 1354 de 2009, por medio de la cual se convocaba al pueblo a un referendo que tenía la finalidad de modificar la Constitución para hacer posible la reelección del Presidente de la República por más de un periodo.

Esta decisión de la Corte es quizás una de las más trascendentales, y al mismo tiempo, una de las Sentencias más interesantes y prolifas en la historia del tribunal. Rodeada de no pocas polémicas y en medio de un ambiente de aparente favoritismo popular por la iniciativa de reforma, la Corte demostró que la Constitución es una norma que escapa al poder de las mayorías, que éstas encuentran en la Norma superior del ordenamiento límites a su poder de decisión y especialmente, que los procedimientos constituyen las reglas de juego de la democracia, cuya observancia no es un asunto meramente formal y que el tribunal constitucional actúa legítimamente como un poder contra-mayoritario.

La decisión es extensa y una reseña completa de todos sus aspectos puede dar origen a publicaciones muy interesantes. Aquí nos limitaremos a comentar los apartes que se refieren a un aspecto muy concreto: los límites a la reforma de la Constitución, y dentro de éste género, a la especie de lo que la Corte denomina sustitución de la Constitución. Creemos que es un acierto escoger este acápite porque, de una parte, complementa

nuestro informe del año 2009 en el que nos referimos a otro aspecto de la reforma constitucional en Colombia³, y de otra, constituye un tema que será desarrollado por la Corte en futuros pronunciamientos y del cual vale la pena informar a la comunidad jurídica internacional.

Sin embargo, no podemos desarrollar nuestro análisis sin hacer dos comentarios preliminares. El primero de ellos, resaltar que la decisión de la Corte es un ejemplo de argumentación y materialización de una decisión integral. El análisis que realiza de la convocatoria al referendo en todas sus fases, desde la recolección de firmas hasta el momento final de su trámite en el Congreso, la identificación de las violaciones a las normas legales y constitucionales, de los vicios de forma y el respaldo probatorio de cada una de sus afirmaciones; además de proporcionar fuerza, solidez y coherencia a la decisión; hace posible pensar en la existencia de una teoría correcta de la interpretación constitucional que refuerza la legitimidad democrática de las decisiones judiciales.

El segundo comentario se refiere al mensaje que una decisión como estas transmite a la sociedad nacional e internacional. La importancia del papel de los jueces en la garantía de la democracia, de respetar las normas internas de la democracia para materializar la voluntad de las mayorías y el respeto de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público a las decisiones judiciales. La Corte de Colombia reiteró su independencia, tanto del pueblo como de los demás poderes y contribuyó al fortalecimiento de la democracia colombiana.

El análisis que nos propusimos realizar se divide en tres secciones. En la primera haremos una aproximación en clave estática al concepto de sustitución de la Constitución, en la segunda hay un análisis en clave dinámica de la forma como opera el concepto de sustitución para limitar la posibilidad de reforma de la Constitución y concluimos con una referencia a los criterios para determinar los principios que son insustituibles en el ordenamiento constitucional colombiano.

A) La sustitución de la Constitución

De acuerdo con los mecanismos de reforma constitucional que se prevén en el ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional ha considerado que sólo mediante la Asamblea Constituyente podría cambiarse totalmente una Constitución por otra; de manera que, mediante Acto Legislativo o Convocatoria a Referendo, el poder de reforma se encuentra limitado porque no puede realizar modificaciones que superen un cierto umbral, en el

³ Cfr. Paula ROBLEDOSILVA, «Crónica Jurisprudencial Corte Constitucional Colombiana año 2009». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, núm. 14, Madrid, 2010.

que el contenido de la Constitución se sustituyera por otro opuesto e incompatible con su esencia.

La idea de esencia de la Constitución es sostenida por la Corte y se concreta en la posibilidad de determinar una identidad constitucional, la cual deriva de una lectura integral de la Constitución y no de alguno o algunos de sus artículos; identidad esencial que constituye la premisa mayor o parámetro de control de constitucionalidad de una reforma a la Constitución.

Los elementos de la esencia de la Constitución serían aquellos que se integran a la Carta, no de manera natural ni accidental, sino que hacen parte inherente de la Constitución, de manera que le imprimen un cierto carácter que no puede ser reemplazado por otro. La referencia que la Corte hace a elementos de la esencia de la Constitución no niega la posibilidad de reformarla, adicionarla o complementarla; que son las funciones básicas de una reforma constitucional, pero sí constituye un límite al contenido material de las modificaciones.

De acuerdo con la Corte, una reforma puede exceder su ámbito y producir dos tipos de sustitución de la Constitución. Una sustitución total que ocurre cuando la Constitución es cambiada por otra totalmente diferente y una sustitución parcial que se produce cuando la reforma sustituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución. La sustitución de la Carta puede ser temporal o definitiva, distinción que carece de importancia porque en los dos casos la Corte la declarararía inconstitucional.

A pesar de que existe una definición de sustitución y como se verá a continuación, una doctrina sobre la sustitución como límite a la reforma constitucional, unos criterios de determinación de los principios esenciales insustituibles y una identificación de algunos de éstos, la Corte es clara en afirmar que la teoría de la sustitución, además de novedosa, se encuentra en construcción. Para el tribunal, la configuración de una teoría completa de la sustitución constitucional depende de los casos de reforma constitucional que sean conocidos por la Corte en los que sea dable aplicar el baremo del juicio de sustitución. Es decir, el desarrollo del concepto será progresivo, marcado por los actos legislativos o convocatorias a referendo que sean estudiados por la Corte en el futuro y en los cuales tendrá la oportunidad de reiterar, desarrollar y complementar la teoría de la sustitución constitucional.

Sin embargo, también existe la posibilidad de que en el futuro la Corte abandone esta teoría, pues debe reconocerse que no goza de aceptación general al interior del tribunal constitucional colombiano; lo que afortunadamente y con independencia de los acuerdos o reparos que la misma pueda provocar entre académicos y en la sociedad en general; abre la puerta para que haya un cambio jurisprudencial que deje de calificar a la sustitución constitucional como un límite a la reforma de la Constitución.

B) La sustitución de la Constitución como límite al poder de reforma constitucional

Como se dijo anteriormente, lo primero que debe precisarse es que el juicio de sustitución es un límite que opera solamente en los casos de Acto Legislativo y Referendo, con la consecuente exclusión de su aplicación para la Asamblea Constituyente. Ésta última excepción es lógica, pues una Asamblea Constituyente es precisamente el mecanismo idóneo para cambiar —sustituir— la Constitución actual. En este acápite analizaremos el contenido del juicio de sustitución y la forma como se erige en un límite a la reforma constitucional.

El método con el cual la Corte aplica la teoría de la sustitución constitucional para estudiar los proyectos de reforma es el juicio de sustitución. Éste parte de una premisa básica: la posibilidad de identificar unos principios estructurales que hacen parte de la esencia de la Constitución, para luego aplicar un método de estudio constitucional que se desarrolla en siete fases. El juicio tiene como presupuesto la necesidad de probar que la propuesta de reforma cambia uno de los elementos esenciales y definitorios de la Constitución y el propósito del mismo, es cumplir con la carga de argumentación que tiene la Corte en esa comprobación.

El primero de los siete pasos del juicio de sustitución es el de concreción. Allí la Corte establece cuál es el principio estructural o fundante que está en juego, le da una denominación y lo señala de manera expresa. El segundo paso es el de caracterización normativa; una vez que se conoce el principio insustituible, la Corte lo describe normativamente haciendo una lectura sistemática del texto constitucional. El tercero es la primera carga de argumentación, en el que la Corte demuestra que el principio efectivamente hace parte del núcleo identitario esencial y definitorio de la Constitución. El cumplimiento de estos tres primeros requisitos constituye la premisa mayor del control de constitucionalidad de la reforma, es decir, el parámetro o baremo dentro del cual se hará el análisis concreto de la modificación propuesta.

El cuarto elemento del juicio de sustitución es el de irreductibilidad y prohibición de cláusulas pétreas; aquí la Corte debe demostrar que la incorporación de un principio como elemento esencial de la Constitución, responde a una lectura transversal de las disposiciones constitucionales y no se restringe a un solo artículo constitucional. El quinto paso implica el rechazo de la intangibilidad, en el que la Corte comprueba que el principio esencial no se está erigiendo en un espacio inmune a todo poder de reforma constitucional.

Los dos últimos pasos conforman el juicio de sustitución en sentido estricto, en el que en primer lugar, la Corte debe probar que el principio

estructural y esencial ha sido cambiado totalmente y en segundo lugar, que ese cambio resulta incompatible con la Constitución anterior, de manera que no hay posibilidad de que la reforma sea compatible con la Constitución reformada —segunda carga de argumentación—.

El resultado de este juicio permite que la Corte determine finalmente si ha existido un exceso de las competencias de reforma constitucional y si se ha producido una sustitución a la Constitución, caso en el que debe declarar la inconstitucionalidad de la misma.

Para la Corte es importante que el juicio de sustitución sea diferenciado de otros métodos de análisis usados por el mismo tribunal como el juicio de intangibilidad⁴, violación de contenido material⁵ y de los conceptos de destrucción⁶, suspensión⁷, quebrantamiento⁸ y supresión⁹ de la Constitución.

Aunque el juicio de sustitución parece brindar un método de interpretación y juicio de la reforma constitucional que estudia la Corte, es claro también que el campo para la indeterminación y las posibilidades de argumentación en cada caso son amplias, lo que explica la dificultad para encontrar consensos en este tipo de decisiones. Si la Corte mantiene su teoría de la sustitución constitucional como límite al poder de reforma, debe trabajar mucho por precisar las etapas del juicio de una manera menos abstracta y especialmente, establecer criterios claros que permitan determinar, con un alto grado de precisión conceptual, los principios insustituibles de la Constitución. De esto último nos ocupamos a continuación.

C) Principios insustituibles

Parece lógico afirmar que si se pretende construir una teoría de la sustitución de la Constitución como límite al poder de reforma, lo más importante es saber cuáles son los principios que pueden ser calificados como

⁴ El juicio de intangibilidad tiene como premisa mayor la existencia de un principio o regla constitucional intocable que no puede ser modificada, lo cual se opone al cuarto elemento de prohibición de cláusulas pétreas del juicio de sustitución.

⁵ Tiene por objeto la verificación de la existencia de una antinomia o contradicción entre normas, aspecto que se opone al cuarto elemento de irreductibilidad del juicio de sustitución.

⁶ Se refiere a un desconocimiento de la Constitución y del poder constituyente originario que la estableció. La sustitución cambia un principio esencial de la Constitución pero no desconoce al poder constituyente originario.

⁷ La suspensión puede ser constitucional como en el caso de los estados de excepción o inconstitucional como cuando mediante una reforma se autoriza suspender la Constitución en casos diferentes a los de los estados de excepción.

⁸ También se denomina «rotura» e implica una modificación de la Constitución de gran magnitud, de manera que se puede inferir que la Constitución ha sido reemplazada por una diferente.

⁹ Es sinónimo de la sustitución total.

esenciales, estructurales o fundantes de la Constitución, o al menos, que existan criterios claros para determinarlos en cada caso; es decir, que los parámetros de valoración de una reforma constitucional estén determinados o sean claramente determinables. Esta parece ser la mayor potencialidad del juicio de sustitución y al mismo tiempo su mayor debilidad.

Una vez aceptado el concepto de sustitución constitucional y de analizar las fases del juicio de sustitución, lo más interesante es señalar cuáles son los parámetros que usa la Corte en los casos concretos, para determinar los principios esenciales, estructurales e insustituibles de la Constitución de 1991 y cuáles fueron potencialmente sustituidos por el proyecto de reforma constitucional que se convocaba a votación del pueblo en referendo mediante la ley 1354 de 2009.

En la Sentencia C-141-2010, la Corte comenzó por señalar la importancia de revisar el contenido normativo de la disposición de reforma. De allí concluyó que el objetivo de la reforma era permitir que un ciudadano fuera reelegido Presidente de la República por dos periodos, o lo que es lo mismo, que permaneciera en el cargo durante 12 años.

Posteriormente, la Corte revisó las intervenciones ciudadanas y extrajo un catálogo de posibles principios esenciales vulnerados por la reforma constitucional: separación de poderes, sistema de frenos y contrapesos, principio democrático, principio de igualdad, rigidez constitucional, generalidad y abstracción de la reforma constitucional. Sin embargo, la Corte aclaró que estas formulaciones realizadas por los intervinientes no vinculan al juez constitucional, sino que ofrecen una guía que puede ser usada en el juicio de sustitución.

El desarrollo del juicio de sustitución partió de la identificación de un marco conceptual mediante el cual la Corte describió las características del régimen político establecido por el constituyente de 1991. La Corte destacó la existencia de una forma republicana de gobierno, un sistema democrático de mayorías con respeto por las minorías, la democracia participativa y pluralista como un principio fundante del ordenamiento jurídico y su carácter expansivo y universal, el pluralismo político e ideológico, la relevancia constitucional del periodo presidencial, la alternación en los cargos públicos y la igualdad como principio constitucional.

La conclusión del juicio de sustitución realizado por la Corte estableció que todas aquellas modificaciones al régimen de elección, competencias y periodo del Presidente de la República en el ordenamiento constitucional colombiano, tienen la virtualidad de modificar ejes sustanciales y estructurales de la Constitución de 1991. En concreto, para la Corte la posibilidad de una segunda reelección desconocía la regla de alternación en el ejercicio del poder, la igualdad de trato, generaba una afectación de los derechos de las minorías y en especial de la oposición, imposibilitaba

el funcionamiento del sistema de separación de poderes y de frenos y contrapesos y degeneraba el sistema presidencial para tornarlo en una versión perversa conocida en la doctrina francesa como presidencialismo.

En términos de la Corte «[...] la segunda reelección y el tercer período consiguiente implican un quebrantamiento de la Constitución y que esa rotura sustituye varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura que, siendo en sí misma valiosa, adquiere la plenitud de su sentido cuando los sirve de manera efectiva»¹⁰.

Para finalizar el análisis de la sustitución de la Constitución, la Corte resaltó que la reforma propuesta tenía un destinatario único, pues había sido concebida, tramitada y aprobada para que el presidente Álvaro Uribe Vélez fuera el único sujeto beneficiado por la reforma constitucional; características que permitían considerarla adversa a los principios de abstracción, generalidad e impersonalidad de las leyes.

La síntesis del juicio de sustitución elaborado por la Corte es la siguiente: «Si a causa de la segunda reelección el sistema presidencial corre el riesgo de degenerar en el presidencialismo, si, además, el pluralismo, la participación y la noción de pueblo prohijada constitucionalmente sucumben ante la permanencia en el gobierno de una mayoría y si, por último, los elementos que configuran el modelo republicano se desvirtúan, ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir de la autorización de una segunda reelección presidencial»¹¹; fundamento con el cual la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia declaró la inexequibilidad de la totalidad de la ley 1354 de 2009.

Escapan a este espacio comentarios detallados sobre las aclaraciones y salvamentos de voto realizados por cinco de los magistrados, dentro de los cuales llama la atención el del propio ponente, Magistrado Humberto Sierra Porto. Sin embargo, la misma existencia de aclaraciones y salvamentos, da cuenta del alto nivel polémico de los argumentos y de la decisión misma; lo que no fue óbice para que el tribunal lograra un acuerdo mayoritario sobre los puntos que aquí hemos reseñado y que no dudamos en considerar como una defensa de la democracia y del régimen constitucional establecido en 1991.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010. Fundamento jurídico 6.3.7.

¹¹ *Ibidem*.

2. LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

La igualdad para las mujeres siempre ha llegado tarde. En los ámbitos laboral, político, económico, familiar y social, persiste una situación evidente de discriminación en su contra. La violación constante de sus derechos, tiene como causas principales, la existencia de normas jurídicas que establecen diferencias de trato irrazonables y de prácticas discriminatorias cometidas por funcionarios públicos y por particulares. En ambos casos, estas conductas repugnan a la idea de democracia constitucional, constituyen una violación evidente del principio de igualdad y una vulneración del derecho a la igualdad de trato.

Ante esta situación, el poder público ha establecido diferentes tipos de respuesta. El legislador y el ejecutivo implementan políticas públicas de igualdad, con diferentes grados de compromiso y eficacia en cada contexto; por su parte, los jueces intervienen para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, ante casos de vulneración que comprometen valores públicos constitucionales. Las tres decisiones judiciales que se incluyen en este acápite dan cuenta de esta última afirmación y constituyen buenas prácticas de la Corte Constitucional de Colombia, que desarrollan y ordenan la protección efectiva de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado, de aquellas que ejercen la prostitución y de los derechos reproductivos, especialmente del derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

A) Derecho a la salud de las mujeres víctimas del conflicto armado. El enfoque psicosocial

En el mes de febrero de 2010 se cumplieron diez años de una de las masacres más graves de la historia de Colombia, ocurrida en El Salado¹², un corregimiento del municipio Carmen de Bolívar. Allí, durante cinco días, un grupo de 450 paramilitares cometió todo tipo de delitos [homicidios, torturas, secuestros, desapariciones forzadas, abuso sexual], y ocasionó el desplazamiento de al menos 4.000 personas¹³.

El 2 de febrero de 2010, la Corte Constitucional colombiana profirió la sentencia T-045 de 2010, en la que resolvió la petición de cuatro muje-

¹² Las masacres de El Salado sucedieron en los años 1997 y 2000.

¹³ Un resumen de las medidas ordenadas por la Corte Constitucional para la atención de la población en situación de desplazamiento puede consultarse en: ROBLEDOSILVA, Paula, «Crónica Jurisprudencial Corte Constitucional Colombiana año 2009». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 587 y ss.

res en situación de desplazamiento a quienes les fue negada la prestación de algunos servicios de salud por razones superfluas como, pertenecer a un programa de salud que no asumía tratamientos psicológicos complejos, solicitarlos en ciudades distintas a las que estaban obligadas a prestarles los servicios de acuerdo con su condición de desplazadas, y, no portar el respectivo carné. Las cuatro mujeres eran víctimas de la masacre de El Salado¹⁴.

En la resolución del caso, además de proteger el derecho a la salud de las cuatro peticionarias, la Corte reiteró su jurisprudencia respecto de la protección a las mujeres desplazadas y víctimas del conflicto armado; especialmente, las órdenes proferidas en la Sentencia T-496 de 2008¹⁵ y en el Auto 092¹⁶ del mismo año. Sin embargo, la Corte agregó la importancia de introducir la atención psicosocial para las mujeres en situación de desplazamiento como un contenido protegido por el derecho a la salud, y, ordenó al Ministerio de la Protección Social que diseñara e implementara programas y políticas para la recuperación de los impactos psicológicos causados a las mujeres víctimas del conflicto.

En sus consideraciones, la Corte estableció que el contenido del derecho a la salud debe ser determinado de acuerdo con las siguientes fuentes: la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia Constitucional y la interpretación que los organismos especializados, como el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han realizado de los tratados internacionales.

En ese sentido, la Corte señaló que de acuerdo con su jurisprudencia y con las recomendaciones del Comité PIDESC, las medidas adoptadas por los estados para garantizar los derechos del buen vivir deben cumplir con los requisitos de idoneidad, progresividad y garantía de niveles mínimos esenciales de carácter prioritario, al que deben destinar todos sus esfuer-

¹⁴ En el proceso se acreditó que las cuatro peticionarias presenciaron una o las dos masacres, algunos de sus familiares fueron torturados y asesinados en frente de ellas y debieron desplazarse de El Salado a otras ciudades del Caribe colombiano.

¹⁵ M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia la Corte protege los derechos a la integridad, seguridad personal, vida y acceso a la justicia de un grupo de mujeres líderes comunitarias, cívicas y defensoras de derechos humanos amenazadas por grupos al margen de la ley. La Corte ordena que en el cumplimiento de las órdenes de protección se tengan en cuenta las obligaciones —constitucionales e internacionales— que tiene el Estado de proteger a las mujeres de todo tipo de violencia y el enfoque de género, para brindar atención diferenciada que responda a las especiales necesidades de la mujer.

¹⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Este auto fue proferido dentro del proceso de seguimiento que la Corte Constitucional hizo al cumplimiento de las órdenes proferidas en la Sentencia T-025 de 2004. En este auto la Corte ordenó, entre otras, que el director de Acción Social adopte las medidas necesarias para la atención a las mujeres víctimas del desplazamiento.

zos y recursos disponibles¹⁷. También, reiteró las consideraciones formuladas en la sentencia T-760 de 2008, en la que estableció los criterios que concretan el contenido mínimo del derecho a la salud: i. Disponibilidad, entendida como oferta suficiente de bienes, servicios, establecimientos y programas de salud; ii. Accesibilidad, que se refiere a la ausencia de impedimentos físicos, geográficos o legales para acceder a los servicios; iii. Aceptabilidad, como un conjunto de condiciones éticas y culturales en la prestación de los servicios, y iv. Calidad, que se proyecta en los elementos científicos y logísticos del sistema de salud.

Sin embargo, para la Corte, la garantía de esas cuatro condiciones no es suficiente cuando se trata de víctimas del conflicto armado. En estos casos, se necesita la implementación de procesos adicionales de atención especial y diferenciada, que reconozcan e incluyan dentro del diagnóstico y tratamiento médico, aspectos como la dificultad para acceder a los servicios de salud; la propensión a contraer enfermedades; las condiciones económicas limitadas y, especialmente, la inestabilidad emocional de las víctimas y de sus familias¹⁸.

Bajo este baremo especial aplicable a casos de mujeres víctimas del conflicto armado, la Corte concluyó que los planes de atención en salud —subsidiado y contributivo— no cumplían con las condiciones mínimas para atender a este grupo poblacional y, por el contrario, demostraban ser en exceso deficientes en atención psicológica y psiquiátrica. Para la Corte, estos planes de atención fueron diseñados para contextos de paz y no para situaciones de conflicto como las de Colombia.

Además de la insuficiencia de los actuales programas de salud, la Corte consideró que la respuesta a estas deficiencias no podía limitarse a la creación de programas de atención a población vulnerable, porque ésta es una categoría general que conduce a la estandarización de procedimientos de atención psicosocial para casos que son más que particulares, diferentes. La Corte insistió en la necesidad de que los programas tengan en cuenta las consecuencias del conflicto armado y el hecho que éstas son diferentes para hombres y mujeres.

Para ilustrar esta consideración, la Corte identificó al menos diez factores especiales de vulnerabilidad para las mujeres, como la violencia sexual, la explotación doméstica, el reclutamiento por grupos armados, el riesgo para las líderes comunitarias y cabeza de familia, las retaliaciones por sus relaciones familiares o personales con miembros de grupos armados, la persecución y homicidio de mujeres como forma de atemorizar a la población, la desintegración del grupo familiar y la pérdida o ausencia del compañero o proveedor económico¹⁹.

¹⁷ La Corte cita la Observación General n.º 3 del Comité del PIDESC.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2010. Consideración 4.3.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2010. Consideración 3.2.

Sin embargo, para la Corte la existencia de un enfoque diferenciado tampoco es en sí mismo suficiente. Se requiere que el concepto de salud sea más amplio e incluya tratamientos psicológicos y psiquiátricos para la víctima y sus familiares²⁰. Por esa razón, ordenó el diseño de un programa nacional que garantice este tipo de atención a las mujeres víctimas del conflicto armado.

Hasta aquí las órdenes de la Corte se pueden sintetizar de la siguiente forma: existencia de un deber del Estado de garantizar el derecho fundamental a la salud de todos los habitantes; en el cumplimiento de ese deber, el Estado está obligado a considerar aspectos subjetivos y objetivos. De acuerdo con los primeros, la obligación es brindar una atención especializada para las víctimas del conflicto armado y dentro de este grupo, debe considerar un tratamiento especial para las mujeres víctimas del conflicto armado. De acuerdo con estos últimos, la atención debe trascender los servicios médico-quirúrgicos e incluir tratamiento y asistencia psicosocial.

La orden de crear e implementar un programa de atención en salud para las víctimas del conflicto armado, destinado especialmente a la recuperación frente a los impactos psicosociales, es una orden de las que la Corte denomina complejas.

De acuerdo con lo anterior, la Corte partió del reconocimiento de que las acciones de los grupos armados, que constituyen violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, tienen un alto impacto psicosocial. Éste se refleja de manera diferente en cada persona, se prolonga indefinidamente, alterando el ámbito individual, familiar, social y político y, constituye un impedimento para el goce efectivo de algunos derechos.

Para la Corte, el enfoque psicosocial es una forma de reparación, que proporciona una mejor comprensión de la situación de la víctima, el reconocimiento de su mundo emocional y su realidad. En los casos contenciosos, también permite definir con claridad el daño causado por los hechos de violencia, y, a partir de este diagnóstico, desarrollar procesos de asistencia, acompañamiento y tratamiento, que superen la concepción tradicional del consultorio como único escenario para la salud mental.

En nuestro criterio, esta decisión representa la filosofía que respalda el modelo de Estado social, que se concreta en la protección de las víctimas del conflicto armado. La orden tiene una justificación adicional. Para

²⁰ En muchos aspectos el tratamiento médico a las víctimas del conflicto armado responde a una concepción ya superada de salud que se limitaba a definirla como una situación del ser humano en la que hay ausencia de enfermedades. La Corte acoge —con su decisión— la definición de salud que el Pidesc ha tomado de la Organización Mundial de la Salud que se refiere al más alto nivel de salud física y mental, y a un conjunto de condiciones apropiadas para el desarrollo.

la Corte, el enfoque psicosocial en la atención a las mujeres víctimas del conflicto armado no es un asunto meramente técnico, como muchas veces se entiende, sino que se trata de una decisión con contenidos éticos y morales, que implica el repudio del Estado a los hechos de violencia en contra de un grupo de mujeres; un reconocimiento de que esos actos no sólo tienen consecuencias materiales o fisiológicas, sino que implican cambios psicológicos y emocionales para ellas y para sus familias; un acto de condena a los perpetradores y; una muestra de que el poder público se pone del lado de las víctimas²¹.

Finalmente, el cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional es concebido como un procedimiento reglado. El mismo Tribunal señaló los lineamientos, directrices y contenidos mínimos del programa, dentro de los cuales incluyó: i) establecer un ámbito mínimo, necesario y obligatorio de atención a las víctimas del conflicto armado, ii) un sistema de protección y promoción de la salud con enfoque diferencial, iii) estrategias que atiendan a las comunidades; iv) capacitación a los trabajadores del sistema de salud e, v) indicadores de seguimiento y de resultados.

Como conclusión, es posible afirmar que esta Sentencia es consecuencia del incumplimiento por parte del Estado a las órdenes dadas por la Corte Constitucional en las Sentencias T-025 de 2004, T-496 de 2008 y en el Auto 092 de 2008, respecto de la atención especial a las mujeres víctimas del conflicto armado. Esta omisión causa desprotección sistemática y continuada de los derechos fundamentales de casi cuatro millones de personas. En este contexto, resulta destacable que la Corte vuelva a llamar la atención sobre los derechos de las víctimas del conflicto y, aún más, amplíe su protección incluyendo el enfoque de atención psicosocial, elemento trascendental para la reparación integral y la superación de los más dolorosos episodios de nuestra historia, entre los que sobresalen por su crueldad y por la indignación que causan, las masacres de El Salado.

B) Los derechos de las personas que se dedican a la prostitución

Uno de los casos más interesantes y difíciles que ha llegado a la Corte fue resuelto en la Sentencia T-629 de 2010. Allí, se revisó un fallo de tutela que había negado el reconocimiento y protección de los derechos a la igualdad de trato ante la ley, no discriminación, trabajo, seguridad social, dignidad, protección a la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero de maternidad y el mínimo vital; de una mujer que se dedicaba a la prostitución y que fue despedida, por razón de su embarazo, del lugar donde trabajaba habitualmente.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-045 de 2010. Consideración 5.4.

Los jueces de instancia negaron la protección mediante la acción de tutela, porque consideraron que la actora no había logrado demostrar la existencia de la relación laboral, ni ejercido las actividades bajo presión o coerción. También, sostuvieron que el posible contrato de prestación de servicios sexuales estaba afectado por una ilicitud en el objeto, y, que en todo caso, la actora debía acudir a los mecanismos ordinarios de administración de justicia, en este caso, la jurisdicción laboral. No obstante, ordenaron ciertas medidas administrativas de protección para la peticionaria, no por su condición de prostituta, sino por su situación de embarazo y su condición de madre cabeza de familia.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional²² seleccionó el caso y fundamentó su decisión de la siguiente manera. En primer lugar, hizo un recuento de la jurisprudencia en materia de igualdad, como centro del problema jurídico en torno al cual giró el caso. Analizó la regulación internacional en materia de prostitución, de donde coligió la existencia de tres modelos —prohibicionista, abolicionista y reglamentista²³— y estudió el ordenamiento nacional sobre prostitución. De todo esto concluyó que, en Colombia, la prostitución es una actividad lícita para quienes la ejercen y que el sistema jurídico presenta una contradicción interna entre la aspiración de abolirla y la necesidad de reconocer derechos y obligaciones para quienes la ejercen.

²² La Sala estaba integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez (Ponente), Jorge Iván Palacio Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²³ De acuerdo con la Corte las características de los tres modelos serían las siguientes «El modelo prohibicionista excluye el comercio carnal, de modo que el Derecho lo contempla pero para prohibirlo y sancionarlo. En este marco son punibles todas las conductas relacionadas con el tráfico sexual, esto es, tanto la conducta sexual de la persona prostituida, como la de quien participa de la explotación económica de la actividad, mientras que los clientes suelen ser entendidos como víctimas de los anteriores. El bien jurídico protegido es la moral pública y las buenas costumbres.

El modelo abolicionista pretende, desde el punto de vista jurídico, la ausencia total de reconocimiento del fenómeno y de las actividades conexas por parte del orden jurídico. Lo que se elimina no es el hecho en sí de la prostitución, sino la aceptación de su existencia y por tanto de regulación normativa. Su fundamento se ha encontrado en la necesidad de proteger la familia, pero también la dignidad de las mujeres. De tal suerte, se excluye la punición de la actividad individual, aunque se puede perseguir la organización de negocios destinados a la prestación de servicios sexuales.

El modelo reglamentista, difundido en Europa tras las conquistas napoleónicas, tiende a reconocer la prostitución como un mal social que al no poderse combatir, debe ser regulado a fin de evitar los efectos perniciosos relacionados con la salud, el orden social, la convivencia y buenas costumbres, que pudieren derivar de su ejercicio. En este orden, la reglamentación persigue la identificación geográfica y localización delimitada de la actividad, a fin de disminuir el impacto que producen en el funcionamiento de la ciudad y en el desarrollo de los objetivos públicos urbanos». Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Fundamento 25.

Ante el argumento de los jueces de instancia de acuerdo con el cual la prostitución es una actividad de objeto ilícito, la Corte construyó un concepto de licitud constitucional del objeto del contrato, que no excluye la regulación legal que existe sobre los mismos, sino que enfatiza en la necesidad de estudiar la licitud de cualquier actividad, bajo el esquema de la libertad y la dignidad humana, como fundamentos constitucionales de la autonomía de la voluntad.

De esta forma, para la Corte, se puede establecer que la prostitución es una actividad constitucionalmente lícita, siempre que se cumplan tres condiciones, el respeto de la dignidad humana, de las normas penales y de la regulación policiva y urbanística. Cuando se encuentra dentro de este marco, la prostitución es una actividad económica protegida por las disposiciones constitucionales que se aplican a cualquiera de éstas, y, de la que no se puede excluir a la prostitución, porque implicaría desconocer el principio de igualdad.

Reafirma la posición de la Corte, el hecho de que las actividades relacionadas con la prostitución estén reguladas por el derecho comercial y el derecho fiscal, que establecen las condiciones de funcionamiento de los establecimientos donde se ejerce y obligaciones tributarias para la comercialización de ciertos productos. Adicionalmente, la Corte identificó tres formas en que se generan diferentes tipos de relaciones jurídicas, entre las personas que ejercen la prostitución, quienes contratan estos servicios y los propietarios de los establecimientos de comercio²⁴.

De acuerdo con lo anterior, la tipología sería la de los trabajadores sexuales que prestan sus servicios en establecimientos de comercio, en los que reciben comisiones por venta de productos y por sus servicios; trabajadores que por cuenta propia prestan sus servicios y reciben la remuneración del cliente, más una comisión de los sitios que frecuentan y, finalmente, la modalidad de reservados, en el que las personas permanecen durante un cierto horario y sólo reciben una comisión por sus servicios. Para la Corte, en cada una de estas modalidades se genera un conjunto propio de relaciones jurídicas, que no son calificables de manera general como lícitas o ilícitas, sino que esta atribución debe hacerse en cada caso concreto²⁵.

También, es importante la forma como la Corte rechazó el argumento tradicional de la oposición entre prostitución y buenas costumbres. De una parte, la Corte denunció de nuevo la pretensión totalizante, hegemónica y homogeneizadora de la idea de buenas costumbres; reiteró la subordinación de éstas al derecho y enfatizó en la necesidad de interpretarlas de

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Fundamento 2.5.2.1. b.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Fundamento 2.5.2.

acuerdo con un baremo constitucional, que excluye consideraciones morales y éticas particulares. En el caso de la prostitución, el derecho se impone con su regulación, permitiendo fundamentar la legitimidad de su ejercicio, lo que excluye consideraciones que le son extrañas, como las que se fundamentan en las buenas costumbres²⁶.

Al final de su decisión, la Corte declaró que la actividad desarrollada por la actora cumplía los requisitos necesarios para declarar la existencia de un contrato laboral, de acuerdo con esta consideración, a ella le eran aplicables las mismas garantías que el ordenamiento laboral colombiano establece para cualquier trabajador, dentro de las cuales se encuentra el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer lactante.

Sin embargo, la protección laboral de las y los trabajadores sexuales no es absoluta, ya que de acuerdo con la Corte: «[...] [en] la medida en que se hayan desempeñado las mencionadas labores y en ese tanto el ejercicio de la prostitución se desenvuelva bajo la modalidad del “contrato realidad”, esta situación merecerá, como ocurriría con cualquier otro sujeto en condiciones similares, la más decidida protección por parte del Derecho para que sean cubiertas todas las obligaciones no pagadas por el empleador durante el tiempo en que hubiese tenido lugar la relación de trabajo. Empero, por la especificidad de la prestación, porque en muchos aspectos el trabajo sexual roza con la dignidad, así como se admite la existencia de una subordinación precaria por parte del empleador, también se reconoce precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto»²⁷.

Como complemento de esta argumentación, la Corte reiteró que la protección laboral no excluye otro tipo de garantías, como las que derivan de la condición de madre soltera y mujer cabeza de familia de la actora. Por esa razón, ordenó mantener las medidas especiales que habían sido establecidas por los jueces de instancia.

Finalmente, la Corte reconoció que en el caso concreto estaba en presencia de un contrato realidad, que se había presentado un despido motivado por la situación de embarazo de la trabajadora y, por esa razón, ordenó la aplicación de las disposiciones correspondientes del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con la interpretación que la misma Corte ha hecho de éstas, para concretar la orden del pago de una indemnización por despido injusto y el pago de doce semanas de descanso a la actora.

Es interesante que la Corte excluyera la aplicación de la medida de reintegro al puesto de trabajo, bajo un argumento que compartimos completamente. En efecto, la Corte reconoció que a pesar de su decisión y de sus consideraciones, la prostitución es una actividad que «[...] [puede]

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Párrafo 88.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Fundamento 155.

reñir con los ideales liberales, racionales y de la dignidad humana del constitucionalismo y en particular con los deberes dispuestos desde el Derecho internacional para los Estados, estima la Sala que tal prestación debe estar excluida de las garantías laborales de quien trabaja por cuenta ajena como prostituta o prostituto»²⁸.

Concluyó la Corte exhortando a las autoridades públicas, como el defensor del pueblo, las administraciones municipales y las autoridades de policía, a acompañar el cumplimiento de la decisión judicial y a ejercer sus competencias legales para garantizar efectivamente los derechos de quienes se dedican a la prostitución²⁹.

Esta decisión tiene un alto grado de profundidad y complejidad constitucional. Expresar en este breve espacio el alcance de la misma es imposible. Sin embargo, hemos hecho el esfuerzo de dejar planteadas las consideraciones principales, de una decisión de la Corte colombiana que será un referente internacional; razones todas, que nos permiten sugerir una lectura del texto completo de la sentencia.

C) Los derechos reproductivos y el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo

En la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional de Colombia, estableció las condiciones en las cuales una mujer puede decidir la interrupción voluntaria del embarazo [IVE], sin que esta decisión pueda ser objeto de algún tipo de responsabilidad penal. De acuerdo con esa Sentencia de la Corte, cuando el embarazo es el resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante; ésta puede acudir al sistema público de salud para solicitar la realización del procedimiento médico quirúrgico correspondiente³⁰.

Sin embargo, esta decisión de la Corte ha tenido dificultades en su aplicación. Especialmente, la decisión de algunas instituciones médicas y

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629 de 2010. Fundamento 218.

²⁹ Esta es una especie de llamado de atención de la Corte a las autoridades públicas, porque en el proceso se acreditó que la actora había acudido a las autoridades de Policía, al Ministerio de la Protección Social y a las autoridades del trabajo; pero en ninguna de ellas obtuvo una respuesta efectiva dirigida a garantizar sus derechos. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Punto resolutivo Sexto.

³⁰ Un análisis de esta Sentencia y de posteriores decisiones que la desarrollaron puede encontrarse en Paula ROBLEDO SILVA, «Crónica Jurisprudencial Corte Constitucional Colombiana año 2009». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, núm. 14, Madrid, 2010.

de algunos profesionales de la salud, de negarse a realizar el procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo, argumentando la objeción de conciencia; fundamento al que también acudieron algunos jueces para negarse a proteger por vía de tutela este derecho fundamental. También, la reticencia de la Procuraduría General de la Nación a aceptar la decisión de la Corte Constitucional, y, sus acciones para perseguir, incluso mediante el derecho penal, a las madres que han ejercido este derecho reproductivo fundamental.

Sobre estas dificultades, la Corte se ha pronunciado en aras de facilitar el cumplimiento de sus sentencias. En primer lugar, en la Sentencia T-388 de 2009, estableció que la objeción de conciencia es un derecho fundamental individual, del que no son titulares las personas jurídicas, razón por la cual sólo puede ser ejercido por los profesionales de la salud, siempre y cuando, expresen por escrito las razones o convicciones que fundamentan la objeción y remitan a la paciente a otro médico específico que pueda llevar a cabo el procedimiento³¹.

En la misma Sentencia, la Corte excluyó el ejercicio de la objeción de conciencia para los funcionarios judiciales. Éstos, aunque como personas naturales son titulares de este derecho fundamental, de acuerdo con la Corte, cuando ocupan un cargo público y especialmente, el de jueces, deben separar sus convicciones personales y decidir, con base en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, del que hacen parte las sentencias de la Corte Constitucional³².

Frente a la Procuraduría General de la Nación, la Corte se ha limitado a reiterar el deber de las autoridades públicas de cumplir con las decisiones judiciales, obligación que se cualifica en el caso del Ministerio Público, porque dentro del ordenamiento colombiano, es la entidad encargada de proteger los derechos de todos los ciudadanos, entre ellos, los que se concretan mediante la jurisprudencia constitucional³³.

A pesar de la claridad de las decisiones y del esfuerzo por hacerlas públicas, en la Sentencia T-585 de 2010, la Sala Octava de la Corte³⁴ revisó una sentencia de tutela que había negado la protección de los dere-

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2009. Fundamento 5.2.

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2009. Fundamento 5.3.

³³ Corte Constitucional de Colombia. Auto 327 de 2010. En este Auto la Corte requirió a varias entidades del Estado, a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Educación Nacional, a la Defensoría del Pueblo y especialmente, a la Procuraduría General de la Nación, para que cumplieran las obligaciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, les corresponden para la implementación de la Sentencia T-388 de 2009 sobre el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. También, les solicitó remitir informes posteriores sobre el cumplimiento del mismo Auto.

³⁴ La Sala estaba integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto (Ponente), Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa.

chos a la vida y a la salud, de una joven de veinticuatro años, que se encontraba en situación de embarazo de alto riesgo y a quien un Hospital Público, le negó la práctica del procedimiento correspondiente, por considerar que el riesgo no era de suficiente entidad como para poner en peligro su vida.

El juez de instancia negó la solicitud de la joven porque no encontró prueba suficiente ni un dictamen médico que ordenara la interrupción del embarazo, y, consideró, que la peticionaria ni siquiera había solicitado la realización del mismo, porque ésta no constaba en un documento escrito.

El primer asunto que la Corte debió precisar, en sus consideraciones, fue si había o no carencia de objeto de la sentencia de revisión, porque en el momento en que se produjo la selección y revisión del caso, se verificó que la peticionaria ya no estaba en situación de embarazo, lo que conduciría a la hipótesis del hecho superado³⁵. Sin embargo, la Corte aclaró que, aún en los casos de carencia de objeto, ella puede emitir un pronunciamiento de fondo sobre el caso, para declarar la violación de derechos fundamentales, corregir las decisiones de instancia, unificar la jurisprudencia constitucional, prevenir futuras violaciones, determinar responsabilidades penales, civiles o disciplinarias y, constituir a la sentencia como un principio de reparación de los derechos lesionados³⁶.

En segundo lugar y frente al argumento del juez de instancia, de acuerdo con el cual no había concedido el amparo porque no se había acreditado el riesgo para la salud de la peticionaria; la Corte reiteró que a cada hipótesis de ejercicio legítimo del derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, corresponde un requisito mínimo, que el caso del embarazo no consentido es la denuncia ante las autoridades del hecho constitutivo, y, en la situación de peligro para la vida o salud mental de la madre, es únicamente el certificado expedido por un profesional médico en el primer caso o de un psicólogo en el segundo³⁷.

De acuerdo con la Corte, en el ordenamiento jurídico colombiano existe un derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuya titularidad se restringe a aquellas mujeres en situación de embarazo, bajo cualquiera de las tres hipótesis en las que el procedimiento de aborto ha sido despenalizado. Como derecho fundamental, la IVE es tan sólo una especie dentro del género de los derechos reproductivos.

³⁵ La carencia de objeto se puede dar por dos razones, o por hecho superado o por daño consumado. El primero se presenta cuando la pretensión del peticionario ha sido satisfecha para el momento en que el juez conoce el caso, lo que hace innecesaria su intervención. El segundo, se produce cuando el daño, lesión o vulneración del derecho se ha consumando y sólo procede buscar la reparación del daño por otros mecanismos judiciales.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 de 2010. Fundamento 9.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 de 2010. Fundamento 17.

Los derechos reproductivos por su parte, tienen una titularidad más amplia, pues se radican en cabeza de hombres y mujeres. Su contenido tiene un carácter complejo, pues integra diferentes prestaciones y derechos autónomos, especialmente, la decisión sobre el momento, oportunidad y frecuencia de la procreación [autodeterminación reproductiva], y, el acceso a programas de educación y salud que garanticen una maternidad libre de riesgos, la prevención y tratamientos de las enfermedades del aparato reproductor, y, los procedimientos de Interrupción Voluntaria del Embarazo [salud reproductiva]³⁸.

Éstos últimos procedimientos de IVE, establecen, de acuerdo con la Corte, una obligación especial para las instituciones públicas o privadas, religiosas o laicas que prestan servicios de salud, se trata de crear e incluir protocolos integrales, que permitan a su personal profesional, determinar cuándo una mujer se encuentra en una de las situaciones en las que puede solicitar voluntariamente la IVE y la forma como debe ser atendida. Para la Corte, esta obligación fue incumplida por el hospital que atendió a la peticionaria, cuando se limitó a ordenarle exámenes básicos, medicamentos de primer orden y negarse a realizar el procedimiento de IVE.

Es importante resaltar la precisión que la Corte hace sobre el concepto de la expresión salud, que hace parte de una de las tres causales de IVE que se refiere al peligro para la salud de la madre. Se trata, como se vio en la Sentencia T-045 de 2010 arriba reseñada, de un concepto integral de salud, que incluye la salud mental. Esto quiere decir que el derecho fundamental a la IVE, puede ser ejercido no sólo en peligro de muerte o de riesgo para la salud fisiológica de la mujer, sino cuando su indemnidad psicológica es puesta en peligro. De allí, que se establezca una regla adicional para estos casos, la prohibición expresa de «Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud»³⁹.

Bajo esta misma lógica, ya que la IVE exige como requisito la determinación médica del peligro para la salud de la madre, existe el derecho fundamental a obtener esa valoración, lo que la Corte denominó derecho fundamental al diagnóstico. Este derecho implica que las mujeres deben ser valoradas por el personal médico, sin que éstos pongan barreras o límites a un resultado que permita la realización de la IVE. Para la efectividad de este derecho, la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud, que verifique la implementación del mismo en los protocolos de las instituciones médicas.

Concluyó la Corte con un legítimo llamado de atención al juez de instancia. En efecto, el expediente permitió verificar que el juez que conoció

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 de 2010. Fundamento 20.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 de 2010. Fundamento 22.

el caso en primera instancia, formuló unos cuestionamientos ilegítimos a la peticionaria, especialmente violatorios de su derecho a la intimidad. El mismo juez también incluyó en la fundamentación de su sentencia, consideraciones, acusaciones y reproches morales sobre la conducta de la actora frente a su embarazo. De acuerdo con la Corte, en este caso «[...] [la] autoridad judicial se apartó de su papel de aplicador e interpretador del ordenamiento jurídico para hacer un juicio de reproche moral sobre la conducta de la actora el cual estaba completamente fuera de lugar»⁴⁰.

Finalmente, debemos decir que resulta lamentable que después de cuatro años de que la Corte se pronunció sobre el derecho de las mujeres colombianas a la IVE, aún se presenten casos de vulneración a sus derechos por parte de médicos, jueces y autoridades públicas. Sin duda, los esfuerzos de la Corte son y deberán ser ingentes, para lograr el ideal básico de un juez, el cumplimiento de sus sentencias, propósito del más alto valor en un ordenamiento constitucional y reforzado cuando el contenido de la decisión protege la piedra angular del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales y la eficacia de la Constitución Política.

3. POLÉMICAS CONSTITUCIONALES COMUNES A ESPAÑA Y COLOMBIA

La existencia del derecho comparado no es un capricho de los académicos ni un ejercicio de erudición de los jueces o investigadores que lo estudian. Responde a unas condiciones básicas compartidas por los estados como la existencia de democracias constitucionales, la inclusión de catálogos de derechos en las constituciones, la presencia de mecanismos de protección de esos derechos encargados a los jueces y especialmente, problemas sociales comunes.

Por esta razón, hemos querido incluir tres decisiones del año 2010 que representan la interacción de los ordenamientos jurídicos a través de sus problemas cotidianos, en este caso, sentencias referidas a asuntos colombianos que son objeto de discusión —bajo otras perspectivas— en España. Los tres temas son, las leyes antitabaco, el cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales por jueces nacionales y los conflictos de derechos constitucionales que representan las redes sociales.

La pretensión no es otra que mostrar cómo fueron asumidas esas discusiones por la Corte Constitucional de Colombia, con respeto por lo que

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585 de 2010. Fundamento 33. «Para la Sala es inconcebible que una mujer embarazada que padece un lamentable estado de salud, sujeto de especial protección constitucional, acuda al aparato judicial en busca de protección, al haber sido completamente ignorada por una institución que presta en servicio público de salud, resulte nuevamente violentada por la autoridad judicial al ser víctima de juicios de reproche de tipo moral que buscan coartarle su derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva [...]».

en España las autoridades correspondientes determinen en cada uno de los casos.

A) Las leyes antitabaco

El 2 de enero de 2011 entró en vigencia la Ley 42/2010. Esta ley española regula la venta, consumo, publicidad y suministro de productos de tabaco; establece entre otras medidas, la prohibición de consumir tabaco en lugares cerrados y regula la venta de cigarrillos. Su implementación ha sido polémica, tanto por los fumadores que se refieren a la persecución y exclusión, como por los propietarios de los establecimientos de comercio que se quejan por la disminución en la asiduidad de los clientes, quienes prefieren quedarse en casa o ir a lugares que tengan áreas abiertas donde puedan fumar.

También en Colombia fue aprobada la Ley 1335 de 2009, con el fin de proteger a la población no fumadora y prevenir el consumo de tabaco. Una ciudadana colombiana interpuso acción pública en contra del artículo 3º de esta Ley, en donde se establecía la prohibición de vender, por unidad, productos o derivados del tabaco. A juicio de la actora, esta norma violaba el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, el principio de solidaridad y los derechos de las personas —vendedores ambulantes— que viven de la comercialización de cigarrillos por unidad.

La Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la disposición demandada. Luego de recibir las intervenciones de entidades estatales y de ciudadanos, la Corte estructuró su decisión bajo las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la Corte se encargó de delimitar el espacio de su intervención. Sobre este punto, estableció que la medida bajo estudio no pretendía la protección general de las personas no fumadoras, por la variación o modificación del medio ambiente que se produce por las que fuman. Limitó su marco de estudio a la protección de los derechos de las personas no fumadoras, que se ven directamente expuestas a las consecuencias nocivas que generan, en su entorno, quienes fuman, es decir, los denominados fumadores pasivos. Como perspectiva de análisis, la Corte descartó un estudio de las consecuencias económicas o referirse a la variación en los patrones de consumo producidas por la norma acusada, así como evitar todo tipo de referencia a polémicas científicas sobre los daños que produce el tabaco, las cuales escapan a las competencias —profesionales y jurídicas— de un juez constitucional.

En segundo lugar, la Corte consideró que debía precisar el uso que la jurisprudencia constitucional daba a la expresión medidas paternalistas. Así, consideró que las expresiones medidas de protección de la persona y medi-

das paternalistas, son conceptos de profundo calado político y su uso debe ser determinado, puesto que no deben ser entendidas como que la Corte acepta una visión del Estado, en la que las autoridades pueden invadir la autonomía individual e imponer ciertas medidas a los ciudadanos, con la pretensión de conocer mejor que ellos mismos, lo que les conviene⁴¹.

De acuerdo con lo anterior, la Corte diferenció entre dos tipos de medidas, de una parte aquellas que pretenden instrumentalizar a la persona y obligarla a que adopte un modelo de vida virtuoso, y de otra, políticas que persiguen el bienestar o salud de los individuos. Las primeras son siempre inconstitucionales, y las segundas, tienen validez constitucional siempre que el fin que persigan sea la protección de los derechos de los destinatarios [fin legítimo] y superen los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [test de proporcionalidad].

Esta dicotomía se sustenta en la prevalencia del derecho a la autonomía personal en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual permite a los individuos ámbitos de libertad tan amplios, que incluyen las posibilidades de negarse a vivir en condiciones que consideren indignas para sí mismos, o vivir en condiciones que los demás considerarían indignas. Sin embargo, este ámbito de libertad se limita cuando las decisiones individuales colisionan con derechos de terceros, caso en el cual el poder público interviene con dos tipos de medidas a las que corresponden también, dos formas de control de constitucionalidad.

La primera clase de medidas se refiere a aquellas que pretenden la protección del individuo, pero que no tienen fundamento en la afectación de derechos de terceros. En estos casos, el control que hace la Corte debe ser estricto, especialmente, porque existe la necesidad de que el poder público demuestre que con la intervención en la autonomía individual no está imponiendo un modelo de vida que niegue este derecho. De no lograrlo, la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada.

La segunda forma de intervención es aquella que, además de pretender proteger a los individuos, persigue también la protección de derechos de terceros. En este caso, se repite, la disposición está sometida al control de la Corte mediante un test de proporcionalidad.

Dentro de sus fundamentos, la Corte hace un repaso de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, como parte del Acuerdo Marco de la Organización Mundial de la Salud [OMS] para el control del tabaco del año 2003, ratificado por Colombia en el año 2006⁴² y cuya constitucionalidad fue avalada en la Sentencia C-665 de 2007. Especialmente, Co-

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639 de 2010. Fundamento 9.

⁴² Congreso de la República. Ley 1106 de 2009 Por medio de la cual se aprueba el «Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco», hecho en Ginebra, el veintiuno (21) de mayo de dos mil tres (2003).

lombia se comprometió a reconocer el impacto social y para la salud de la adicción al tabaco, así como a hacer los esfuerzos necesarios para prevenir y disminuir el consumo de este producto⁴³.

Antes de hacer el análisis concreto de los cargos de la demanda, la Corte concluyó que la medida analizada tenía dos objetivos claramente identificables, de una parte, proteger a terceros no fumadores pero afectados directamente por el humo generado por los fumadores y por otra, materializar una decisión del Estado por reducir el consumo de tabaco, mediante una política que excluye la vía de la prohibición general de consumo, y prefiere la regulación de las condiciones de comercialización del producto, con un complemento coercitivo constituido por sanciones de carácter pedagógico⁴⁴.

En concreto, la Corte rechazó los dos cargos formulados por la actora. El primero, porque después de este estudio y del marco de la decisión, concluyó que la medida no interfería en la autonomía individual, ni violaba el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Sobre todo, porque la norma no prohibía el consumo de tabaco sino que lo regulaba, dejando intacto el ámbito de libertad individual, consistente en poder decidir si se consume tabaco o no. Rechazó la Corte la pretensión de enunciar un supuesto derecho a comprar o comercializar tabaco en una determinada modalidad⁴⁵.

Sobre el segundo cargo, para la Corte es claro que la medida pretende modificar las condiciones de venta de cigarrillos, pero de esa modificación no se colige una lesión al mínimo vital de quienes los comercializan, ni siquiera cuando se trata de vendedores ambulantes. En el mismo razonamiento de la actora, la Corte encuentra la prueba de que esta prohibición conduciría a que el consumidor siempre tuviese que comprar una cajetilla completa en lugar de comprarlos por unidad, lo que en lugar de disminuir las ventas, las aumentaría⁴⁶.

La Corte recordó que la medida tenía una vigencia diferida de dos años, por eso afirmó que de prever un daño, los posibles afectados en su actividad económica, tienen tiempo para buscar otras opciones y diversificar la mercancía. Adicionalmente, la Corte declaró que el cargo de la actora no debía prosperar, porque la medida acusada era una forma de intervención legítima del Estado en la economía, que gozaba de la presunción de constitucionalidad y ésta sólo podía ser controvertida mediante la demostración de vulneración a derechos fundamentales; lo que no se produjo en este caso.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639 de 2010. Fundamento 25.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639 de 2010. Fundamento 27.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639 de 2010. Fundamentos 28 y ss.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639 de 2010. Fundamentos 33 y ss.

Con la decisión de la Corte, quedó en firme la prohibición de venta de cigarrillos de manera individual cuya vigencia empieza el próximo 21 de julio de 2011. Debe quedar claro que, esta medida, como lo dice la Corte, no es la imposición de una visión moral de algún sector de la sociedad que se enfrenta a otro, sino una opción para prevenir el consumo de tabaco y sus inevitables efectos nocivos. Sin embargo, siempre quedará a salvo la libertad de cada uno de los ciudadanos de consumirlo, sólo que deberán hacerlo comprando —no fumando— la cajetilla completa.

B) El cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales

La creación de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y especialmente del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de derechos humanos, ha representado un avance en la protección eficaz de los derechos de miles de personas en los dos continentes. En este escrito no pretendemos hacer una comparación de los dos sistemas, sólo nos limitaremos a decir que tanto en España como en Colombia, el cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales presenta algunas dificultades de orden político y jurídico, que han conducido a que, en muchas ocasiones, sean los jueces los llamados a determinar la forma y el grado de cumplimiento de las decisiones internacionales.

La implementación de la jurisprudencia internacional favorable, en el ámbito interno de los estados, es un propósito, cuya consecución permite que se alcance un grado de protección de los derechos humanos al interior de los estados, que haga innecesaria la intervención de los tribunales internacionales. Es una idea de implementación que persigue que la jurisprudencia internacional sea aplicada por los jueces nacionales, o dicho de otra forma, que los jueces de cada Estado decidan los casos de violaciones a derechos humanos como si hubiesen sido decididos por el juez internacional⁴⁷. El proceso contrario, es decir, pensar que cada día deben ir más casos a los tribunales internacionales, además de errado, es materialmente imposible de acuerdo con las capacidades económicas, materiales y humanas del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana.

En el caso Colombiano, la Sentencia T-367 de 2010 proferida por la Sala Primera⁴⁸ de Revisión de la Corte Constitucional, da cuenta de la intervención de los jueces de tutela para lograr la efectividad de las órdenes proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte

⁴⁷ Sobre esta idea de implementación puede consultarse: Jorge Ernesto ROA ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

⁴⁸ A la Sala Primera de la Corte Constitucional pertenecen los magistrados María Victoria Calle Correa (Ponente), Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez.

IDH] en la Sentencia Masacres de Ituango contra Colombia de 1 de julio de 2006.

En esta Sentencia de la Corte IDH, el Estado colombiano fue condenado por la violación de los derechos a la vida, prohibición de esclavitud y servidumbre, libertad, propiedad privada, prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, circulación y residencia, integridad personal, acceso a la justicia y derechos de los niños; de un grupo de personas que fue víctima de las masacres perpetradas por grupos paramilitares con la colaboración de las Fuerzas Armadas oficiales, en los corregimientos de El Aro y La Granja, pertenecientes al municipio de Ituango.

Una de las órdenes proferidas por la Corte IDH al Estado colombiano, se refería a la situación de aquellas víctimas sobrevivientes que se encontraban en situación de desplazamiento, por el temor que generó en ellos la posibilidad de nuevas acciones armadas. En uno de los puntos resolutive de la Sentencia se estableció que el Estado colombiano debía «17. [...] realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los ex habitantes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hayan visto desplazados puedan regresar a El Aro o La Granja, según sea el caso y si así lo desearan, en los términos del párrafo 404 de este Fallo»⁴⁹.

Luego de tres años de proferida la Sentencia y ante el incumplimiento por parte del Estado de esta orden, la Organización No Gubernamental que representó a las víctimas en el proceso internacional, incoó acción de tutela en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina Presidencial para la Acción Social, con el fin de obtener la protección de los derechos a la vida y al acceso a la justicia de los ciudadanos relacionados en la Sentencia de la Corte IDH. También, pretendía lograr la inscripción de estas personas en el Registro Único de la Población desplazada y el acceso a los beneficios que la ley y la jurisprudencia constitucional establecen para las personas que se encuentran en esta situación de especial vulnerabilidad por su condición de desplazados.

El análisis que hizo la Corte Constitucional combinó aspectos formales y sustanciales. En primer lugar, la Corte analizó la procedencia de la acción de tutela en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a que dentro de la estructura administrativa colombiana, éste no es el encargado de atender a la población desplazada. La Corte llega a una conclusión trascendental, admitió la procedencia de la tutela porque a su juicio, las funciones de interlocución y coordinación que tiene en Ministerio de Relaciones Exteriores con el Sistema Interamericano de Protección de

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

los Derechos Humanos, no se limitan a comunicar las decisiones de la Comisión o Corte Interamericanas a las autoridades nacionales, por el contrario, implican una facultad para requerir y vigilar el cumplimiento de las órdenes proferidas por estos organismos internacionales, tanto en sus Sentencias como en las Medidas Cautelares⁵⁰.

El segundo aspecto formal está relacionado con el requisito de la inmediatez. Las entidades argumentaron que la acción se había interpuesto más de tres años después de la Sentencia de la Corte IDH y por esa razón, no se cumplía con esta condición de procedibilidad. Sin embargo, la Corte asumió una tesis radicalmente opuesta; concluyó que en estos casos existe inmediatez siempre que sea posible establecer que hay incumplimiento del Estado a una sentencia de un tribunal internacional, pues esa omisión, lleva aneja una correlativa vulneración de derechos que persiste hasta tanto no se cumplan las órdenes internacionales⁵¹.

En materia sustancial la Corte de Colombia hace una diferencia entre las Medidas Cautelares de la Comisión Interamericana y las Sentencias contenciosas de la Corte IDH. Sobre la fuerza vinculante de las primeras en el ordenamiento jurídico colombiano, estableció que éstas «[...] se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno y que la acción de tutela es un mecanismo adecuado para conminar a las autoridades públicas para que cumplan lo dispuesto en ellas, cuando en un determinado asunto hubieren incumplido con sus deberes constitucionales»⁵².

En segundo lugar, la Corte Constitucional se refirió a las Sentencias de la Corte IDH, en los siguientes términos: «[...] las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo de su competencia judicial, obligan al Estado colombiano no sólo a un cumplimiento oportuno sino pleno, sin que sea admisible una potestad discrecional para escoger cuales cumple y cuales no; realizar equivalencias entre medidas, por ejemplo, cambiar la asignación de una vivienda por un subsidio para vivienda, o la asistencia médica especializada que deben recibir en razón de su particular situación de indefensión, por una general que haga caso omiso de tal condición; y sin trasladar la responsabilidad del cumplimiento o del incumplimiento de las medidas a las víctimas, a sus familiares, a sus representantes, o a todos ellos»⁵³.

Con estos argumentos la Corte ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia Presidencial para la Acción Social, la inscripción de las personas relacionadas en la Sentencia de la Corte IDH en el Registro Único de Población Desplazada, informar públicamente a las demás

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2010. Fundamento 3.2.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2010. Fundamento 3.3.

⁵² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2010. Fundamento 3.4.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2010. Fundamento 3.6.

víctimas los derechos que les fueron concedidos por el tribunal internacional, garantizar el acceso a las medidas de protección establecidas por las leyes y la jurisprudencia constitucional para la población en situación de desplazamiento y controlar el cumplimiento de las órdenes de la Corte IDH.

Aunque las órdenes proferidas por la Corte Constitucional invocan el cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH, el fundamento de las mismas no es claro. Algunos argumentos de la Corte Constitucional parecen indicar que son proferidas porque los derechos que la Corte IDH declaró violados por el Estado colombiano se ajustan a los que la Corte Constitucional considera vulnerados por el desplazamiento. En otros apartes, la misma Corte Constitucional, da a entender que profiere las órdenes porque el juez constitucional tiene la competencia para conminar a las entidades estatales a cumplir con la protección establecida en una Sentencia Internacional.

Nuestra opinión es que la Corte Constitucional acude a la doble fundamentación de las órdenes proferidas, poniendo una base en el ordenamiento jurídico interno y otra en el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos. Así, al referirse al incumplimiento del Estado, la Corte dice que Colombia está «desconociendo con tal proceder no sólo los compromisos internacionales del Estado colombiano sino también el mandato constitucional y la reiterada jurisprudencia de esta Corporación»⁵⁴.

En este caso, la Corte se puede permitir esa doble fundamentación porque no hay contradicción entre las órdenes de la Corte IDH y el ordenamiento colombiano. Sin embargo, en el futuro, la diferencia de estándares de protección obligará a hacer precisiones sobre este punto, por ejemplo, cuando una de las órdenes de la Corte IDH sea más protectora que las leyes o la jurisprudencia constitucional. En ese caso, pensamos que se debe asumir la relación entre derecho internacional y derecho interno, como una relación de colaboración y no de contradicción, sin embargo, cuando haya un conflicto entre los dos órdenes jurídicos, ésta debe resolverse bajo el principio *pro persona*, que ordena en cada caso, la aplicación del estándar que proteja en mayor medida al ser humano⁵⁵.

Esta decisión es un referente internacional en la materia y puede orientar la forma como jueces de otros países, pueden abordar la interacción entre los sistemas regionales y los sistemas internos de protección de los derechos. Reto para Colombia por la existencia del Sistema Interamericana-

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-367 de 2010. Fundamento 3.7.

⁵⁵ Sobre la aplicación del principio *pro persona* en estos casos Jorge Ernesto ROA ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

no y para España, por la existencia del Convenio Europeo, del Tribunal Europeo y por la reciente integración de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

C) Los conflictos de derechos fundamentales en las redes sociales

En la Sentencia T-713 de 2010 la Corte Constitucional de Colombia resolvió el caso de un estudiante de un colegio privado, que fue sancionado por haber participado en un grupo de la red social *Facebook* creado bajo la denominación «yo también quiero cambiar la rectora de la presentación» y, al que pertenecían más de 150 estudiantes de la misma institución.

A pesar de que las redes sociales crean, en todo el mundo, tensiones entre derechos constitucionales, que hacen necesaria la intervención del legislador y del juez constitucional; en esta oportunidad, la Corte colombiana no afrontó el problema en toda su dimensión. Para el análisis de esta sentencia, hemos adoptado un esquema crítico, con el cual damos cuenta de las consideraciones formuladas por la Corte y, al mismo tiempo, formulamos algunos comentarios sobre el contenido de la decisión.

Los tres puntos que ilustran el contenido de la sentencia en clave crítica son: i) el problema jurídico creado y desarrollado por la Corte es incorrecto, la Corte ii) elude la tensión entre derechos que representan las nuevas tecnologías y, iii) examina cuestiones ajenas al caso revisado.

En primer lugar, en esta sentencia la Corte elaboró y desarrolló un problema jurídico incorrecto. Para la Corte constitucional la resolución del caso giró en torno a la siguiente pregunta: «¿violó una institución educativa el derecho al debido proceso, a la educación y a la igualdad de un estudiante, al habersele adelantado un proceso en el que se le habría impuesto una sanción [matrícula condicional] por haber ingresado a un grupo en una red social que tenía por objeto atacar y difamar a la Rectora del Colegio donde él estudiaba, a pesar de que el Colegio afirma no haber impuesto tal sanción?»⁵⁶.

Esta pregunta presenta dos desaciertos. El primero, es que la Corte ubicó el conflicto entre las garantías de los estudiantes y la potestad de las autoridades de los colegios para adelantar procesos disciplinarios; cuestión que, además de no representar ninguna novedad en la jurisprudencia constitucional, soslaya la posibilidad de que con esa conducta del colegio, haya existido una vulneración de los derechos a la libertad de expresión, conciencia y libre desarrollo de la personalidad, de aquellos estudiantes que participaron en grupos de redes sociales que defendían determinadas

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Fundamento 2.1.

causas. El segundo yerro está en la redacción del problema jurídico, pues permite concluir que la Corte asume la creación de un grupo en una red social —o al menos la creación de este grupo— como un ataque o difamación contra una persona, siempre que en ese grupo, se manifieste alguna clase de inconformismo respecto de la condición de alguna persona como autoridad pública o privada.

Aunque en el escrito de tutela no fue solicitada la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, esta conducta de los accionantes, no justifica la omisión de la Corte de construir un problema jurídico en torno a ese derecho fundamental; por el contrario, el hecho de que ni los accionantes ni la jueza de instancia se hayan referido a estos verdaderos problemas jurídicos, es sintomático de la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sobre el contenido y los límites de la libertad de expresión en las redes sociales; que es una precisamente una de las funciones que cumple la revisión de tutela por parte de la Corte Constitucional.

Respecto de la calificación de los grupos de las redes sociales como ataques y difamaciones, no hay nada que decir a favor de la Corte. Al contrario, sobre esta segunda crítica se puede construir la tercera, ya que es posible constatar la inexistencia, en el texto de la decisión, de un solo argumento que se refiera a las redes sociales bajo este esquema o que explique la razón por la cual la Corte hizo esas afirmaciones. Omite la Corte el cumplimiento de su deber de desarrollar argumentos que respalden sus presunciones, sobre todo, de aquellas que hace en el problema jurídico, que constituye —en teoría— el eje en torno al que se desarrolla la decisión.

La segunda crítica está relacionada con las referencias que hace la Corte respecto de los retos que imponen las nuevas tecnologías a las instituciones educativas⁵⁷. En esta parte de la sentencia, la más indicada para desarrollar un fundamento de la decisión que tuviese en cuenta los hechos, y, para construir un precedente sobre los problemas constitucionales que representan la formación y el ingreso de personas a los grupos de las redes sociales; la Corte omitió toda referencia a este asunto y se limitó a citar dos sentencias anteriores sobre los trámites administrativos que se hacen en la red⁵⁸, decisiones que bajo un criterio estricto, no tenían conexión sustancial con el caso.

La Corte concluyó esta parte de sus consideraciones apelando a la expresión *bullying*, bajo el entendimiento de que se trata de una forma de vulneración, potenciada por las nuevas tecnologías, de los derechos fundamentales a la honra y la dignidad humana⁵⁹. Frente a esta tesis resulta oportuno hacer algunas precisiones.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Fundamento 5.

⁵⁸ La Corte se remitió a las Sentencias T-021-2007 y T-013-2008.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Fundamento 5.3.

La primera sobre el concepto de *bullying* y los derechos fundamentales que pueden resultar vulnerados cuando se comete esta práctica. En primer lugar, no es cierto que la honra y la dignidad humana sean los únicos derechos vulnerados por quienes lo cometen. Éste ha sido entendido como una forma de maltrato emocional, verbal y físico⁶⁰ en el que se utilizan métodos como la coerción, la intimidación, la manipulación, el hostigamiento, la exclusión social y la agresión física⁶¹. De manera que otros derechos como la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la vida digna y la igualdad, pueden resultar vulnerados con estas conductas.

La segunda precisión recae sobre los sujetos activos y pasivos del acoso escolar. Al referirse al *bullying* la Corte entendió —de manera correcta— que esta práctica no se presenta sólo entre estudiantes, sino que los profesores la pueden realizar en contra de los estudiantes o éstos en contra de aquellos. Sin embargo, la Corte omitió que la finalidad perseguida por quienes cometen estas conductas, es crear un desequilibrio de poder social o físico. Lo anterior implica que en el caso en que un estudiante sea acusado de realizarlo en contra de un profesor o directivo, debe demostrarse que el escolar tiene la capacidad de invertir el desequilibrio de poder que existía en el punto de partida, dada la posición inicial de autoridad que aquellos tienen en el ámbito escolar. Como resultado de esta lógica, en el caso del *bullying* entre estudiantes, esta comprobación no es necesaria porque hay un principio de igualdad en el punto de partida.

Bajo esta segunda precisión se construye la tercera, sobre la relación de estas actuaciones con las nuevas tecnologías. Es cierto que las redes sociales pueden invertir el equilibrio de poder social y constituir medios idóneos para desarrollar prácticas como el *bullying*. Sin embargo, la participación en grupos de las redes sociales está protegida, entre otros, por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Esto quiere decir, que la regulación de lo que puede hacerse o no en estos espacios, escapa *prima facie* al ámbito de los reglamentos escolares. Aquí el razonamiento es que la Corte no se refirió a esta tensión entre derechos y por supuesto, no la resolvió.

La tercera objeción recae sobre el análisis hecho, como una cuestión adicional, de una de las disposiciones del reglamento interno del colegio. La Corte manifestó que fue «alertada sobre una disposición contemplada en el Manual de Convivencia del Colegio la Presentación de Girardot, que es contraria al orden constitucional vigente»⁶². Bajo ese argumento, orde-

⁶⁰ J. SANMARTÍN, *Violencia y acoso escolar*. Mente y cerebro, 2007.

⁶¹ K. S. WHITTED y D. R. DUPPER, *Best Practices for Preventing or Reducing Bullying in Schools*. *Children and Schools*, Vol. 27, No. 3, Julio 2005.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Fundamento 2.3.

nó inaplicar una disposición del manual de convivencia, que establecía sanciones para «los casos decididos en el Consejo Disciplinario y aprobados expresamente por el Consejo Directivo como: embarazo, matrimonio (El Colegio La Presentación en su jornada única es una entidad educativa para jóvenes solteros)»⁶³. La razón de la Corte es que esta disposición vulneraba los derechos al debido proceso, el derecho de participación de la comunidad educativa y el principio de legalidad.

Esta decisión adolece de incoherencia por dos razones. La primera, es que la revisión de tutela por parte de la Corte Constitucional, no implica que ésta pueda asumir una especie de control de constitucionalidad de todas las normas que hacen parte del reglamento de la institución educativa que participa en el proceso, especialmente, porque la disposición mencionada no guardaba ninguna relación con el caso revisado, ni se había denunciado alguna violación cometida por su aplicación. En segundo lugar, vale la pena resaltar que si la Corte consideró que era viable, y, además oportuno, revisar alguna o algunas disposiciones del reglamento interno del colegio, debió ocuparse de aquella que establecía la competencia de las autoridades del colegio para sancionar el «13. Uso inadecuado de mensajes de texto en celulares e Internet»⁶⁴. Ésta última, relacionada de manera estrecha con el caso y fértil para un desarrollo novedoso de la jurisprudencia constitucional sobre este tema.

Finalmente, la Corte concluyó así su argumentación en el fundamento 5.4: «Sin duda, para la envergadura del impacto que representan las tecnologías de la información en las sociedades contemporáneas, los casos tratados hasta ahora por la Corte Constitucional son pocos. Es probable que en los años venideros sea este un tema que imponga nuevos retos a las personas y, consecuentemente, a los jueces de la República cuando su intervención sea requerida. Será pues, caso a caso, que la jurisprudencia constitucional seguirá avanzando en dibujar y delinear los límites de estas nuevas dimensiones de los derechos, en plena evolución y transformación» [el énfasis es nuestro].

Esta conclusión suscita cierta perplejidad. Se inserta en una decisión que tenía los elementos suficientes para afrontar ese reto, para ser uno de los casos que requieren la intervención del juez constitucional y permitir un avance de la jurisprudencia. Quedan de todos modos ciertos interrogantes, por ejemplo, ¿Cuántos casos de violaciones a los derechos fundamentales tiene que conocer la Corte para que su atención se dirija a lo que ella misma califica como nuevos retos? ¿No era este uno de esos casos en los que resultaba necesaria una definición de los límites y de las nuevas

⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Punto resolutivo No. 3.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-713 de 2010. Fundamento 4.6.

dimensiones de los derechos fundamentales y en especial de la libertad de expresión en las redes sociales?

Tenemos la certeza de que este tema será objeto de futuros pronunciamientos de la Corte Constitucional, los que sin duda serán un referente para la jurisprudencia regional y mundial y que incluiremos en las próximas ediciones del Anuario de Justicia Constitucional, este esfuerzo destacable que hace el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por construir una cultura jurídica en torno a la jurisprudencia constitucional iberoamericana.