

ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA DEMANDA CONTRA LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO

Rafael Nieto Navia*

RESUMEN

El propósito de este artículo es el de demostrar que los mal llamados “comités de monitoreo” de los tratados de protección a los derechos humanos, que ha ratificado Colombia, no tienen facultades para obligar al país, ni sus recomendaciones –en las que se basa la demanda– tienen rango constitucional, y que, en cambio, el derecho sustantivo de esos tratados obliga a respetar la vida desde el momento de la concepción. Para ello se analiza el artículo 93 de la Constitución, que ordena que los tratados de derechos humanos prevalezcan en el orden interno y sirvan para interpretar las normas constitucionales. Se determina el sentido de las palabras “tratado o convenio” y cuándo ellos califican para el artículo 93. Luego se estudia cómo se interpretan en el derecho internacional y, a la luz de esa interpretación, se analizan los tratados y el papel de los comités, para concluir que la Corte constitucional no puede –con base en esas recomendaciones– declarar inexecutable el artículo 122 del Código Penal, que penaliza el aborto provocado.

PALABRAS CLAVE: aborto, embrión, persona, derechos humanos, derecho a la vida, Convención de Viena, fuentes del derecho internacional, comités de monitoreo, recomendaciones de los comités de monitoreo, Corte Constitucional, control de constitucionalidad, bloque de constitucionalidad, imitación, suspensión, estado de excepción.

ABSTRACT

The objective of this article is proving that the wrongfully called “monitoring committees” of the treaties dealing with the protection of human rights being ratified by Colombia are neither entitled nor empowered to bind or oblige the country in any way, and that their recommendations - on which the demand against abortion penalization is based - have no constitutional status whatsoever. And that, in contrast, the substantive right in these treaties establishes an obligation to respect life from the very moment of conception. For this purpose, an analysis is made of article 93 of the Colombian Constitution, whereby it is ordered that treaties/agreements dealing with human rights shall prevail in the internal order while serving to construe the constitutional rules. The meaning of the words “treaty [“tratado”] or agreement” [“convenio”]() is defined, while determining when can they be deemed to be classifiable under article 93 and how can they be construed within the framework of international law. Then, in the light of this interpretation, the treaties are examined as well as the role of committees, to finally conclude that - based on these recommendations - the Constitutional Court cannot declare unenforceable article 122 of the Criminal Code [“Código Penal”], which penalizes induced or artificial abortion.*

KEY WORDS: Abortion, embryo, individual/person, human rights, right to live/right to life, Vienna Convention, sources of International Law, monitoring committees, Constitutional Court, constitutionality control, constitutionality block, imitation, suspension, state of exception.

INTRODUCCIÓN

Según la demanda presentada ante la Corte Constitucional por la ciudadana Mónica Roa contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, mediante la cual se expidió

el Código Penal, “[l]as recomendaciones que los comités de monitoreo le han hecho a Colombia frente al tema del aborto, desde la fecha de expedición de la sentencia C-133-94, constituyen una razón lo suficientemente poderosa para cambiar la jurisprudencia constitucional al respecto”¹. El propósito de este artículo,

* Abogado internacionalista. E-Mail: mietonavia@hotmail.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 16-07-2005
FECHA DE ACEPTACIÓN: 22-08-2005

¹ Mediante la sentencia C-133-94, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 343 del anterior Código de Comercio, que es materialmente idéntico al artículo demandado.

que se basa en el escrito que como participación ciudadana presentó su autor ante la Corte Constitucional en este caso, es el de demostrar que los mal llamados “comités de monitoreo”² de los tratados de protección a los derechos humanos, que ha ratificado Colombia, no tienen facultades para obligar al país y que, en cambio, el derecho sustantivo de esos tratados obliga a respetar la vida.

Norma básica constitucional involucrada³

ARTÍCULO 93

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

² “Comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, como los llama Naciones Unidas (http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/be39c28e5e168830c1256c5c0031cb0f?OpenDocument&Highlight=0_b8dnmqbkg9pg).

³ El artículo demandado dice: Artículo 122. *Aborto*. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

Otras normas relevantes al análisis serán citadas dentro del texto.

¿Qué significa “tratado o convenio”?

La Constitución no define la expresión “tratado o convenio”. Es necesario, por consiguiente, entender que remite para ello al sentido que estas expresiones tengan en derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante la Convención de Viena) aprobada por el Congreso (ley 32 de 1985) y ratificada por Colombia, define, en el artículo 2, el tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Una definición similar aparece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí de 1986 (ley 406 de 1997). De manera que un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”⁴.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención de Viena dice que “[e]l consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la

⁴ Ver sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

En los artículos siguientes (12 a 15) de la Convención, esta estipula que cada una de estas formas de manifestar el consentimiento se aplicará en la medida en que conste en el tratado o pueda colegirse de otra manera (por ejemplo, infiriéndolo de los plenos poderes) que esa forma fue la escogida.

Erró, por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando en sentencia de 22 de mayo de 1975 dijo que la celebración de tratados “es rematada con un canje de ratificaciones” porque, como queda visto, no es esa la única forma de manifestar el consentimiento.

Yerra, igualmente, el texto constitucional al hablar en su artículo 241.10 de “canje de notas”⁵, porque este es una forma de celebrar tratados en la que, precisamente, se prescinde de la ratificación, y el convenio consiste en unas cartas (notas) que se cruzan las partes y que contienen la manifestación de voluntad y el acuerdo de voluntades (notas reversales)⁶, o cuando habla de “ratificación” porque, como hemos dicho, hay otras formas de manifestar el consentimiento, muy en particular, la adhesión que se utiliza para los casos en que quien manifiesta el consentimiento no es parte original. Interpretando literalmente la Constitución, Colombia no podría *adherir* y, por consiguiente, no podría participar en un tratado en el cual no sea parte original.

⁵ Ver texto más abajo.

⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de los Tratados*, Bogotá, Temis, 1978, pág. 38.

Un error similar contiene el artículo 93 de la Constitución⁷ cuando se refiere a “tratados y convenios internacionales *ratificados* por el Congreso”, porque la ratificación es una forma de manifestar el consentimiento y la hace el Presidente y no el Congreso, que se limita a “aprobar o improbar” los tratados. No es la práctica internacional que un órgano colectivo ratifique. Y además, contradice el artículo 241.10 de la Constitución, según el cual es el gobierno el que ratifica luego de que la *ley* (mediante la cual el Congreso aprueba) ha sido declarada ejecutable.

Independientemente de las imprecisiones de la Constitución, frente a esta no basta que se hable de un “tratado o convenio” en el sentido internacional de la palabra. Es necesario que tal instrumento sea vinculante para el Estado y para ello se requiere que haya seguido los trámites que la misma y la ley requieren en la celebración de los tratados.

El régimen de tratados en la constitución

La Constitución contempla la atribución del Presidente exclusiva en el manejo de las relaciones internacionales y, por supuesto, en la negociación de los tratados. Esta es, sin embargo, un acto complejo⁸, que exige la participación de los otros órganos del poder. El Presidente negocia los tratados, el Congreso los aprueba o imprueba por medio de leyes⁹ y la Corte Constitucional los analiza para declararlos ajustados o no a la Carta¹⁰.

⁷ Ver texto arriba.

⁸ Sentencia C-400/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Artículo 150.16 C. N.

¹⁰ Artículo 241.10 C. N.

Atribuciones del Presidente de la República:

ARTÍCULO 189

Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa:

[...]

Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

[...]

Atribuciones del Congreso:

ARTÍCULO 150

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

16. Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o con-

solidar la integración económica con otros Estados.

[...]

Atribuciones de la Corte Constitucional:

ARTÍCULO 241

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones:

[...]

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados.

[...]

En materia de tratados, la función del Presidente de la República, que se corresponde con los plenos poderes presuntos de que habla el artículo 7.2.a. de la Convención de Viena, comprende el otorgamiento de plenos poderes, acordar el texto, autenticar el mismo, manifestar el consentimiento y formular declaraciones interpretativas y reservas. Esto es lo que corresponde a la expresión “cele-

brar... tratados o convenios...” de que habla el artículo 189.2 de la Constitución.

El Congreso debe aprobar los tratados tal como lo expresa la Constitución en su artículo 150.16, que reproduce el artículo 76.18 de la vieja Constitución¹¹. El Presidente tiene, por consiguiente, obligación de someterle los tratados internacionales y aquel la de “aprobarlos o improbarlos”. La iniciativa es exclusivamente del gobierno y no pueden ni los senadores ni los

representantes presentar proyectos de ley aprobatorios de tratados públicos¹².

El procedimiento de aprobación de la ley, sanción y promulgación incorporan el tratado al derecho interno, es decir, tienen fuerza de ley¹³. Pero su fuerza es superior a la de otras leyes, puesto que no pueden ser desconocidas por leyes posteriores y no pueden ser derogadas¹⁴.

¹¹ Sentencia C-256/98: *Tratándose de las leyes, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1886 y en la actualmente vigente, el órgano legislativo es el llamado a producir las siguiendo un procedimiento en el que, además de las labores encomendadas al Congreso, se le han atribuido al gobierno las funciones de presentar proyectos en ciertas materias, formular objeciones cuando sea del caso, sancionarlas y promulgarlas. A la luz de la Carta de 1886 y de la de 1991, no resulta válido, entonces, escindir las etapas que el Constituyente consagró como integrantes de un mismo proceso y como manifestación de la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, para predicar que el proceso legislativo sólo se halla conformado por las funciones que cumple el Congreso de la República y no por las que atañen al Gobierno. Los actos cumplidos por el Congreso y los realizados por el gobierno integran un solo procedimiento compuesto por etapas formales a cargo de distintas instancias y cuyo resultado final es la ley que, vista desde la perspectiva analizada, es un acto jurídico de carácter formal, que es válido en la medida en que se hayan respetado las condiciones esenciales fijadas en la Carta para su expedición. Es cierto que la inobservancia del procedimiento afecta la validez de la norma, pero esa circunstancia se presenta con independencia de su contenido que incluso puede ser perfectamente constitucional. En este sentido probablemente sea aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de febrero de 1975, que declaró contrarios a la Constitución, por representar “un recorte de competencia” del gobierno, los artículos 2 y 4 de la ley 8 de 1973, que aprobó el Acuerdo de Cartagena, artículos en los que el Congreso puso algunas condiciones al Gobierno.*

¹² El artículo 154 de la Constitución no menciona las leyes aprobatorias de tratados públicos entre aquellas que solamente pueden provenir de iniciativa gubernamental. Pero la estructura constitucional hace presumirlo así y, por ello, el artículo 142 de la ley 05 de 1992, que contiene el Reglamento del Congreso, dice así: *Artículo 142. Iniciativa privativa del Gobierno: Sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, las leyes referidas a las siguientes materias:*

[...]

20.- *Leyes aprobatorias de los Tratados o Convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.*

¹³ Tal como lo resolvió la jurisprudencia francesa antes de la Constitución de 1946 y tal como esa misma Constitución lo estableció. V. Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público* (trad. española). Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pág. 54. La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de febrero 27 de 1975, dijo: “Los tratados en general que celebra el Presidente de la República y el Congreso aprueba por medio de ley, obligan. Cumplidos esos trámites son de suyo obligatorios por imperativo constitucional...”.

¹⁴ En la misma sentencia cit., *supra* nota anterior, dijo la Corte que “el mérito constitucional de los tratados, superior al de las leyes y decretos, hace que las normas legislativas posteriores a la ley aprobatoria no puedan oponerse [a ellos]”. Lo mismo puede leerse en sentencia del 13 de junio de 1925. En la misma línea la Corte ha declarado inexecutable leyes posteriores opuestas a un tratado público (sentencia de 18 de marzo de 1941). En sentencias de 1 de diciembre de 1983 y 13 de febrero de 1984 dijo: “Lo que sí es posible, en cambio, es que una ley que derogue o modifique un tratado, convenio o convención internacionales vigentes en Colombia puede ser declarada inconstitucional en cuanto sea lesiva de los mandatos contenidos en los artículos 76.18 y 120.20 de la Carta Fundamental” (se refiere a la antigua).

En lo que se refiere al control de constitucionalidad por la Corte, establecido en el artículo 241.10, es una nueva norma que no contemplaron las constituciones anteriores. La Corte la ha desarrollado cabalmente, a pesar de los flagrantes errores de redacción que tiene ese texto.

Todo lo anterior ha sido dicho por la Corte¹⁵ y mal haría el suscrito en extenderse en ello en sus propias palabras:

Los tratados son actos jurídicos complejos, que se encuentran sometidos a un régimen jurídico complejo, pues están regidos tanto por normas internacionales como por disposiciones constitucionales. Así, el derecho internacional consagra la vida y los efectos internacionales de esos acuerdos, mientras que el derecho constitucional establece la eficacia interna de los tratados, así como las competencias orgánicas y los procedimientos institucionales por medio de los cuales un país adquiere determinados compromisos internacionales. Ahora bien, Viena I¹⁶ regula en lo fundamental el derecho internacional de los tratados y sus principios gozan en Colombia de un reconocimiento constitucional genérico, pero ello no significa que, en el plano interno, el articulado de Viena I pueda prevalecer sobre normas constitucionales específicas, ya que la Carta es norma de normas. Precisamente el control constitucional previo ejercido por esta Corporación busca armonizar con la Constitución el contenido de los tratados que el Estado colombiano pretende ratificar.

¹⁵ Sentencia C-400/98, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Esta es una expresión curiosa para referirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados.

El Estado colombiano sólo puede legítimamente obligarse a nivel internacional una vez se hayan surtido los trámites internos de aprobación del tratado, tal y como lo ordena la Carta. Es una norma fundamental sobre competencia de nuestro ordenamiento que debe haber previamente aprobación del Congreso y revisión constitucional por esta Corte para que el Ejecutivo pueda manifestar internacionalmente el consentimiento de Colombia.

Respecto de su propia función la Corte, basada en estudio preliminar efectuado por el Magistrado Ciro Angarita Barón, ha dicho¹⁷:

1º *Control integral, previo y automático de constitucionalidad del proyecto de tratado y de su ley aprobatoria por razones de fondo y respecto de ésta última también por motivos de forma, consagrado en el numeral 10 del artículo 241 de la Carta.*

La interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica de la norma sustentan esta tesis.

2º *Control de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, desde su sanción hasta antes de su perfeccionamiento, por vía de acción pública, por razones de fondo y de forma, siempre que en el último caso se intente antes del año siguiente a su publicación. Este control lo consagra el numeral 4 del artículo 241 ibídem, y opera respecto de aquellas cuya sanción se haya producido antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución.*

¹⁷ Expediente AC-TI-03, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

3º *Control posterior, por vía de acción pública ciudadana contra los tratados perfeccionados, cuando se han celebrado con manifiesta violación de una norma de derecho interno concerniente a la competencia para celebrarlos.*

[...]

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991, habida cuenta de la previsión consagrada en el numeral 10 de su artículo 241, no cabe duda sobre el necesario sometimiento al control previo de constitucionalidad a cargo de esta Corte sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

Ese control se ejerce sobre leyes aprobatorias de tratados públicos, en el sentido internacional de la palabra, como lo ha reconocido la Corte:

La Corte Constitucional carece de competencia para conocer de la demanda que se formula contra el ACTA DE BARAHONA, por cuanto su naturaleza no es ni formal ni materialmente la de un Tratado. La Corte Constitucional sólo es competente para revisar la exequibilidad de Tratados Internacionales que aún no han sido ratificados, lo cual exige un control previo de carácter temporal. No se contempla la posibilidad de demandar en forma directa por parte de los ciudadanos, en ejercicio de la acción pública de inexecutable del Tratado Internacional y de las leyes que lo aprueben, ya que lo que adoptó el estatuto constitucional en la norma en referencia fue el control previo por la vía de revisión directa y no el posterior a su ratificación, bien

*por el mecanismo automático o mediante la acción pública*¹⁸.

La *primera conclusión*, por consiguiente, es que, para los efectos del artículo 93 de la Constitución, la expresión “tratados y convenios” se refiere a acuerdos internacionales que reconocen derechos humanos, celebrados por escrito entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales y regidos por el derecho internacional, ya consten en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular, que hayan sido suscritos por el Presidente de la República o su representante, hayan sido aprobados por el Congreso mediante una ley, hayan sido declarados exequibles por la Corte constitucional –si son de aquellos celebrados después de la Constitución de 1991–, y el gobierno haya manifestado su consentimiento en obligarse. El inciso 1 exige, además, que prohíban la limitación de los derechos humanos durante los estados de excepción, a lo que nos referiremos más adelante.

El artículo 93 y el “bloque de constitucionalidad”

El artículo 93 tiene dos incisos que es necesario tratar separadamente. El primero se refiere a lo que la Corte llama “bloque de constitucionalidad” y el segundo a la “interpretación” de los derechos y deberes consagrados en la Carta, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Corte ha dicho:

¹⁸ Auto N° 003/93.

Es indispensable advertir que en materia de prevalencia de tratados internacionales en el orden interno, el artículo 93 de la Constitución establece la de los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; sin que sea dable sostener que esa prevalencia tiene el alcance de la supraconstitucionalidad, porque, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, la Constitución es “norma de normas”, y al armonizar ese mandato con lo preceptuado por el artículo 93 superior resulta que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley”¹⁹.

Y en otro lugar:

[C]abe anotar que de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”²⁰, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el

artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los Estados de Excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción”²¹, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador²².

De acuerdo con la Corte, que para ello se basó en jurisprudencias y doctrinas de otros Estados²³, la norma del artículo 93 asimila los tratados en cuestión al nivel constitucional, siempre y cuando se cumplan los dos requisitos que explícitamente menciona la norma: que los tratados hayan sido “ratificados” (léase “aprobados”) por el Congreso y que prohíban la limitación de los derechos humanos en estados de excepción. A ello hay que añadir, aunque la norma no lo diga ni la Corte se haya percatado de ello, que estén vigentes internacionalmente porque el Gobierno ha manifestado su consentimiento.

La segunda *conclusión* es, entonces, que extender esta categoría y hacer prevalecer en virtud del artículo 93

¹⁹ Auto N° 003/93, M. S. Hernando Herrera Vergara.

²⁰ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia N° C-225 de 1995. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero (cita del original).

²¹ Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia N° C-295 de 1993. M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz (cita del original).

²² Sentencia C-222-95. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ *Ibidem*.

otros actos, cualesquiera que ellos sean, que no son tratados y que no han cumplido el trámite constitucional que se deja señalado, implica una indebida intromisión en un asunto que, constitucionalmente, corresponde al Presidente y al Congreso y que la Corte, encargada por la Carta de “la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución”, no puede hacer.

El inciso 2 del artículo 93 tiene una categoría distinta: es una guía de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta. Al referirse a esta norma la Corte ha dicho que

*“esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales”*²⁴.

Darle prevalencia a instrumentos que no son tratados vigentes para el país o asimilarlos a “jurisprudencia”, implica un atropello al concepto jurídico de las fuentes del derecho que, para efectos internacionales, están consagradas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, que establece en su artículo 38 que “1. *La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados liti-*

gantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”.

El artículo 59, a su vez, dice que “[l]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que haya sido decidido”.

La jurisprudencia es solamente una fuente auxiliar para la interpretación de las reglas de derecho. La jurisprudencia la conforman las *decisiones judiciales*. Las “observaciones”, “recomendaciones” o como se las quiera llamar de los mal llamados comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos, que carecen de funciones judiciales, no son jurisprudencia. Además, ni la jurisprudencia (nacional o internacional) ni las manidas “observaciones” o “recomendaciones” de los comités de monitoreo son tratados, ni han sido aprobados por el Congreso y, por consiguiente, no pueden asimilarse a estos para servir de pauta en la interpretación de los derechos consagrados en la Carta y, como no reúnen el requisito de no prohibir la limitación de los derechos humanos en estados de excepción, no pueden asimilarse a la Constitución para declarar inexecutable una norma cualquiera que haya sido aprobada por el Congreso y que la Corte solamente puede declarar inexecutable por comparación con la propia Constitución y, dentro de la noción del bloque de constitucionalidad, con las normas de los tratados

²⁴ Sentencia T-1319/01 M. P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes.

de derechos humanos cuya limitación esté prohibida en estados de excepción. Sirven, exclusivamente, como una pauta para interpretar el tratado –no la Constitución– de que se trate.

La tercera *conclusión* es, por ende, que ningún instrumento, por respetable e importante que sea, que no sea tratado puede alcanzar la categoría necesaria para interpretar los derechos y deberes [humanos] consagrados en la Constitución y es obvio que, respetuosamente, por importantes que sean, un grupo de países o, como sucede en el caso de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos, de personas naturales que actúan a título personal, no pueden imponer a la República de Colombia normas ni criterios de interpretación que ella no haya aceptado expresamente a través de sus procedimientos constitucionales. Naturalmente, si el tratado respectivo tiene un órgano autorizado para interpretarlo –una corte–, esa *jurisprudencia* es relevante para la interpretación que haga la Corte constitucional. Todo, sin embargo, hay que entenderlo en los términos del tratado de que se trate, que son los términos a los que se ha obligado la República de Colombia al ratificarlo²⁵.

²⁵ La Corte dijo: “Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ‘*es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)*’”. Sentencia T-859/03. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no contempla “Comité” alguno –que sí contempla, en cambio, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos– y las referencias que en él se hacen lo son al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), un órgano de la Carta, y a la Comisión de Derechos Humanos, otro órgano independiente creado por Naciones Unidas. Ninguno de los dos, sin embargo, tiene la atribución estatutaria de “interpretar” el Pacto. El Comité se

Interpretación de los tratados o convenios

Ahora bien, los términos de los convenios o tratados a que nos referimos *pueden* requerir una interpretación. Analicemos brevemente este asunto.

En los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las siguientes son las reglas para la interpretación de los tratados: “*I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin [...]. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*”.

Estas reglas de la Convención, que son aplicables a los tratados celebrados por Colombia en virtud del artícu-

estableció en virtud de la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985 del ECOSOC, para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a ese Consejo en la parte IV del Pacto. “El Comité [...] publica **su** interpretación del contenido de las normas sobre derechos humanos, en la forma de comentarios generales sobre asuntos temáticos” [“The Committee [...] publishes **its** interpretation of the content of human rights provisions, in the form of general comments on thematic issues”], según se lee en <http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (las negrillas no son del original). La Corte ha basado muchas decisiones sobre temas económicos, sociales y culturales sobre la particular –y propia– interpretación del Comité, el cual, como se ha expresado, carece de facultad para interpretar el Pacto.

²⁶ **Artículo 9.-** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia” (las itálicas no son del original).

lo 9 de la Constitución Política²⁶, se basan, además, en el derecho común, recogido por lo demás en nuestro Código Civil²⁷.

Las partes, y sólo las partes, interpretan *auténticamente* los tratados. Solamente cuando no llegaren a un acuerdo en la interpretación podrá hacerse una interpretación *judicial*, en este caso a través de tribunales internacionales, según el caso. En el caso de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, la interpretación *judicial* le corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien por la vía de los casos que resuelva y respecto de las partes en el caso, o por la vía de las opiniones consultivas. Sin embargo, sus opiniones “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce [en relación con las partes] para sus sentencias en materia contenciosa”²⁸. Diferencias de interpretación que lo ameriten entre las partes, en el caso del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* o de la *Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* o *La Convención sobre los Derechos del*

Niño deben ser resueltas por la Corte Internacional de Justicia porque ninguno de los tres tratados tiene una corte propia. Como las decisiones judiciales solamente son aplicables *inter partes* la jurisprudencia que así se genere constituye solamente una fuente auxiliar.

Hay que concluir, entonces, que el intérprete no puede apartarse del tenor literal del tratado so pretexto de consultar su espíritu, que sólo las partes interpretan los tratados –y aquí deberíamos añadir que, para este efecto, partes son los Estados actuando de consuno a través de sus gobiernos– y que, en caso de desacuerdo, se *puede* acudir a una interpretación judicial hecha por la corte que el tratado contemple o, si no la contempla y las partes han aceptado su jurisdicción, por la Corte Internacional de Justicia o por un tribunal de arbitraje *ad hoc*.

Los comités de monitoreo

La demanda se refiere a los “comités de monitoreo” de cuatro tratados específicos que vamos a analizar a continuación.

A.-Convención Americana de Derechos Humanos²⁹

1. Derechos protegidos

Artículo 4. Derecho a la vida

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

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos [...]

²⁷ **Artículo 27.-** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Artículo 28.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía [...]

²⁸ Corte I. D. H., “[O]tros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, Núm. 1, párr. 41. Esta es también, por otra parte, la tesis de la Corte Internacional de Justicia, Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1950, pág. 65.

²⁹ Las negrillas no son del original.

2. Para los efectos de esta Convención, **persona es todo ser humano.**

2. Suspensión de garantías

Artículo 27. Suspensión de garantías

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención. [...]

*La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 4 (**Derecho a la vida**); [...] ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

[...]

*b) **Formular recomendaciones**, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos **dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales**, al igual que disposiciones*

apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Artículo 61

*La Corte tiene competencia para conocer de **cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido** [...]*

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

5. Composición actual de la Comisión³⁰

Antigua y Barbuda, Perú, Brasil, Chile, Paraguay, Venezuela y El Salvador.

6. Comentario

La Convención considera que “persona –titular de los derechos protegidos– es todo ser humano”. Un embrión humano, que no es mineral, ni vegetal, ni otro tipo de animal, es un ser humano vivo, por consiguiente *persona* y, por ende, titular de los derechos protegidos³¹. Todos los

³⁰ <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=../documents/spa/structure.asp>

³¹ En el derecho romano se decía: “*infans conceptus pro nato habetur*” (el niño concebido se tiene por nacido). Este principio lo reconoce el Código Civil Colombiano en su artículo 91 cuando dice: La ley protege la vida del que está por *nacer*. Véase sobre el particular la Sentencia de la Corte Suprema de la Argentina de 5 de marzo de 2002, en la que se prohíbe la distribución y venta de “la píldora del día después” (levonorgestrel), con base en argumentos científicos y en el análisis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Sentencia P 709 XXXVI, Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de

que intervienen en este proceso, la demandante y los que la acompañan, los que nos hemos opuesto y los Magistrados que van a decidirlo, vienen de ese pequeño embrión, gracias a que nuestras madres no nos abortaron³².

Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal2/cons_fallos.jsp. En Sentencia de la Corte Suprema chilena (Sala Constitucional) de 30 de agosto de 2001, en un tema sustancialmente igual sobre la “píldora del día después”, se dice: “desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue– tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”. La Corte consideró *in extenso* la circunstancia de que la píldora opera cuando aún el óvulo fecundado no ha anidado (Fallo de la Sala Constitucional Tercera de la Corte Suprema de la República de Chile, sobre la ‘píldora del día después’ N° 2.186.2001, ~30 de agosto de 2001, <http://www.poderjudicial.cl/0.8/bib/buscador.php>). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en fallo de 15 de marzo de 2000, sobre la llamada técnica FIVET, de “fecundación *in vitro* y transferencia de embriones”, dijo: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 15 de marzo de 2000, Expediente: 95-001734-0007-CO, Resolución: 2000-02306, <http://www.poder-judicial.go.cr/sala-constitucional/>).

³² En su salvamento de voto a la Resolución N° 23/816 de marzo de 1981 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro se refirió a la opinión del profesor Jérôme Lejeune, miembro distinguido de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París, de la Real Sociedad de Medicina de Londres, de la Academia Norteamericana de Artes y Ciencias de Boston, galardonado con la Medalla de Oro de la Investigación Científica y los Premios Jean Toy, Kennedy y de Ciencias de la Ciudad de París, Decano de la Unidad de Enseñanza e Investigación de la Universidad de París y titular de la Cátedra de Genética

Como persona el embrión tiene derecho a que se respete su vida, “en general desde el momento de la concepción”. Ni los Estados partes ni la Corte han interpretado la expresión “en general” y, por consiguiente, no hay interpretación auténtica ni judicial. La expresión hay que entenderla en su sentido común y corriente. La locución adverbial “en general” significa, según el *Diccionario de la Real Academia Española*³³, “en común, generalmente [según el mismo DRAE “con generalidad”]; sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Nada autoriza a deducir de allí que, en algunos casos, pudiera quitarse la vida a los *nascituri*. Si acaso, a que en ciertos casos regulados por la misma Convención, se pueda aplicar la pena de muerte, sujeta ésta, naturalmente, a los requisitos previstos por la misma en el artículo 4, a saber: “ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de

Fundamental de la misma, quien afirmó (toda la cita que sigue está tomada del salvamento de voto): “Está demostrado que en esa primera célula se encuentran ya todas las calidades genéticas del individuo, que el embrión, siete días después de la fecundación... emite un mensaje químico que detiene las reglas de su madre... que a los veinte días de la fecundación... su corazón (tan grande como un grano de trigo) comienza a palpar... a los dos meses... ya posee completamente forma humana: tiene cabeza, tiene brazos, tiene sus dedos... y hasta las líneas de la mano trazadas... y entre los dos y los tres meses... las huellas digitales están ya señaladas... y no cambiarán hasta el final de su vida... a los tres meses... es ya capaz de cerrar los ojos, de cerrar los puños, y si en ese momento le acariciara el labio superior con un hilo, haría una mueca... . Existe un ser humano... sobre esto no hay ninguna duda’. Y el mismo profesor, en un artículo de revista afirma: ‘El feto es un ser humano. Genéticamente está completo. Esto no es un parecer. Es un hecho’. La opinión de la inmensa mayoría de los científicos, por no decir que de la totalidad de ellos, es la misma que la del profesor Lejeune”.

³³ Vigésima primera edición.

sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito [...]. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”. Nada de esto se da en un aborto contra un ser que no ha cometido delitos, no ha sido juzgado, tiene menos de 18 años y no tiene por qué responder con su vida por los errores de sus padres. Ese ser humano no puede ser “*privado de su vida arbitrariamente*”. La prohibición de aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez obedece, precisamente, a que hacerlo implica también matar al ser que llevan en su vientre. Si se interpreta la Convención en su contexto hay que concluir que está diseñada para proteger al *nasciturus* y no lo contrario. Para efectos del bloque de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93, inc. 1, de la Constitución, solamente los derechos contemplados en el artículo 27.2 –que no pueden ser suspendidos en caso de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”– “prevalecen en el orden interno”. Casualmente el artículo 4 (Derecho a la vida) tiene ese privilegio y “forma parte con el resto del texto constitucional [del] ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley”³⁴, lo cual, por lo demás,

concuera con el artículo 11 de la Constitución³⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, “tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”, incluido, como es natural, el artículo 4 de la Convención. Puede, llegado el caso, “formular *recomendaciones* [...] a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas *en favor de los derechos humanos* dentro del marco de sus *leyes internas y sus preceptos constitucionales*, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”. “Recomendar” significa, según el DRAE, “[a]consejar a alguien cierta cosa para bien suyo” y no tiene carácter imperativo. Esas recomendaciones tienen el propósito de que los Estados adopten medidas progresivas *en favor de los derechos humanos* [no *contra* los derechos humanos]”. Esas medidas deben tomarse “dentro del marco de sus *leyes internas y sus preceptos constitucionales*”, en nuestro caso a la luz del artículo 11 de la Constitución y el artículo 4 de la propia Convención cuando de la vida de una persona se trata. La Comisión no puede –y no lo ha hecho en el caso de Colombia– recomendar la “legalización” del aborto y si lo hiciera estaría violando la Convención y excediendo sus atribuciones. Las “recomendaciones” no tienen carácter general y lo que se recomienda a un Estado no tiene necesariamente que aplicarse a otro, precisamente porque sus leyes

³⁴ Auto N° 003/93, M. S. Hernando Herrera Vergara.

³⁵ “*El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*”.

y la situación individual de respeto a los derechos humanos son distintas.

Si la Comisión considera que Colombia no respeta adecuadamente los derechos humanos y tiene peticiones concretas, tiene la facultad de demandarla ante la Corte –como ya lo ha hecho en asuntos relativos a violaciones del derecho a la vida– y, llegado el caso, obligarla a través de ella a cumplir. Puede solicitarle informes sobre temas concretos y producir informes sobre la situación de derechos humanos en el país. A través de ellos puede hacerle *recomendaciones*, pero todo dentro del marco de la Convención y de sus atribuciones.

La Corte Interamericana, por su parte, tiene la facultad de *interpretar* la Convención³⁶. Y lo hace de dos maneras: una, en virtud del artículo 62.3 de la Convención, que se refiere a los casos contenciosos y que le da la atribución de “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación [...] de la Convención que le sea sometido”. Esas interpretaciones son aplicables y tienen efecto solamente respecto del caso y del Estado en particular y no tienen carácter general; la otra, en virtud del artículo 64. 1, que se refiere a la competencia consultiva. Como ya se mencionó atrás, la Corte ha dicho sobre el particular que sus opiniones “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce [en relación con las partes] para sus sentencias en materia contenciosa”³⁷.

Hasta ahora la Corte no ha interpretado nada relativo al aborto ni a los derechos reproductivos de la mujer. El día que lo haga, la Corte Constitucional *puede* tener en cuenta esos criterios como ayuda en la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.2.

B.- Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁸

1. Suspensión de garantías

Artículo 4

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...]

La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

El artículo 6 protege el *derecho a la vida*.

2. El Comité de Derechos Humanos

Artículo 28

*1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante*³⁹.

³⁶ Sentencia C-010/00, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ Corte I. D. H., “[O]tros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte [art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-1/82, Serie A, Núm. 1, párr. 41.

³⁸ Las negrillas no son del original.

³⁹ Según el artículo 40: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones

3. Composición actual del Comité de Derechos Humanos⁴⁰

Túnez, Japón, India, Panamá, Francia, Benin, Suiza, Mauritius, Colombia, Reino Unido, Australia, Argentina, Egipto, Estados Unidos y Polonia.

4. Comentario

El Pacto protege, como un derecho que no puede ser suspendido en estados de emergencia, el *derecho a la vida* como “*inherente a la persona humana* [...] Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Tal como lo hace la Convención Americana, regula la pena de muerte sustancialmente en los mismos términos que aquella. El Pacto y el derecho a la vida que protege *forman*, entonces, *parte del bloque de constitucionalidad* y tiene en nuestro medio esa jerarquía.

El Comité, por su parte, recibe los informes de los Estados partes y, en respuesta, transmite los suyos y sus “*comentarios generales*”. Nada faculta al Comité para imponer criterios o dar órdenes a los Estados partes, ni aun a través del

que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados; b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida. [...] 4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos Estados Partes en el Pacto. 5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo”.

⁴⁰ <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/Committeefrset?OpenFrameSet>

ECOSOC. En relación con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, por consiguiente, el criterio interpretativo es el Pacto y no los informes del Comité, que solamente pueden servir como una fuente auxiliar doctrinal *para la interpretación del tratado mas no de la Constitución*, de la misma manera que se utiliza el concepto de un autor o el criterio de un órgano internacional extraño a Colombia, como puede ser una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos⁴¹. Esos informes y comentarios generales no pueden tener jerarquía constitucional –mucho menos si los informes y comentarios generales van dirigidos a otro país– ni pueden sustituir las atribuciones constitucionales y soberanas del Presidente de la República y del Congreso de Colombia.

C. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

1. Derechos protegidos⁴²

⁴¹ Como lo hizo la Corte en Sentencia T-741/04. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴² La Convención está diseñada para proteger a la mujer contra toda forma de discriminación, habida consideración de que hombres y mujeres no son naturalmente iguales y por consiguiente cierto tipo de favorecimientos a la mujer en razón de su sexo –como los servicios de maternidad– no son discriminatorios (artículo 4.2). La Convención busca proteger a la mujer contra la explotación sexual y evitar discriminaciones en la vida política y pública (artículo 7), en el acceso a la educación (artículo 10), en el empleo (artículo 11), en la atención médica (artículo 12), en la vida económica y social (artículo 13), y en el matrimonio y las relaciones familiares (artículo 16). Busca que los Estados protejan especialmente a la mujer campesina (“rural” la llama la Convención) y que mujeres y hombres sean iguales ante la ley.

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer [...]

2. El Comité de la Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁴³

Artículo 17

1. Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado

Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

Artículo 21

*El Comité, por conducto del Consejo Económico y Social, informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y **podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general** basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.*

3. Composición actual del Comité de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁴ Cuba, Argelia, Ghana, Malasia, Países Bajos, Egipto, Francia, Benin, Bangladesh, Italia, Filipinas, Hungría, Mauritius, Brasil, Rumania, Japón, Alemania, Corea, Jamaica, Croacia, Singapur, Portugal y China.
4. Comentarios

⁴³ Las negrillas no son del original.

⁴⁴ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/members.htm>

Esta Convención no tiene una cláusula que prohíba la limitación de los derechos contemplados en ella, durante los estados de excepción. Y ello es obvio porque se refiere exclusivamente a derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, para los efectos del inciso 1 del artículo 93 *esta Convención no forma parte del bloque de constitucionalidad* y no tiene la jerarquía constitucional que haga que ella prevalezca en el orden interno. Por consiguiente, una norma legal que haya hecho curso en el Congreso y haya sido debidamente sancionada y publicada por el Gobierno, no puede ser declarada inexecutable por la Corte por comparación con la Convención. Nada en esta Convención obliga a los Estados a legalizar el aborto ni a abolir el derecho a la vida de los *nascituri*. La Convención regula lo referente a la discriminación contra la mujer. La mujer no se discrimina por razón de sus características naturales, es decir, la mujer nace así por naturaleza y no por disposición discriminatoria legal. Y nace con los atributos propios de su sexo, entre ellos, la posibilidad de concebir un hijo en su seno, posibilidad que no tienen los varones. Ciertas cosas propias de la mujer, protegidas por la Convención, no se consideran discriminatorias contra los hombres, tales como las medidas encaminadas a proteger la maternidad, las que buscan eliminar la trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer y las que obligan a prestar atención médica y servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, simplemente porque derivan de la naturaleza.

La Convención ordena a los Estados tomar todas las medidas enderezadas a que no se discrimine a la mujer por parte del Estado, personas, organizaciones o empresas, a que se eliminen prejuicios ancestrales –que desafortunadamente han sido reales en todas las civilizaciones– basados en la idea de la inferioridad de las mujeres y que, en consecuencia, se dé a las mujeres igualdad de trato en aspectos tales como la educación, el trabajo, la salud, la vida económica y social, la igualdad con el hombre ante la ley, la vida política y pública, la vida económica y social, la igualdad ante la ley, el matrimonio y las relaciones familiares.

De nada de lo anterior se concluye que sea posible quitar a nadie, a ninguna persona, el derecho a la vida –y con él todos los demás derechos que no pueden aplicarse sino a personas vivas– por razones tales como la libertad sexual, el derecho a hacer con el cuerpo lo que nos dé en gana –como los suicidas-bomba– y otras de contenido semejante.

Las funciones del Comité son las “*de examinar los progresos* realizados en la aplicación de la presente Convención” (art. 17) y, a través del ECOSOC, “*hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general* basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes [que] se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes” (art. 21). Esas, y no más, son las atribuciones del Comité. Cualquier atribución que el Comité ejerza por fuera de ellas excede sus atribuciones, viola la Convención y no obliga a los Estados, pues éstos

solamente se obligan en los términos del tratado. Las recomendaciones, si las hubiere, son para el gobierno o para el legislador, que son los encargados de legislar y aplicar la legislación, no para la Corte Constitucional, cuyas atribuciones frente a la Carta son restringidas.

En un Protocolo a esta Convención se le dan al Comité atribuciones de recibir y tramitar quejas individuales contra los Estados. Ese Protocolo, sin embargo, no está vigente para Colombia por no haber sido ratificado y escapa, por consiguiente, a las atribuciones de la Corte.

Como puede leerse en una noticia de Asiprensa de fecha 5 de febrero de 2005, en relación con la presión ejercida sobre el gobierno del Paraguay por el Comité de esta Convención para que legalizara el aborto, la oficina de Naciones Unidas en ese país aclaró que “el Comité **sólo hace sugerencias y recomendaciones** basadas en el examen de informes y datos proporcionados por los Estados Partes, con vistas al cumplimiento de las metas de la Convención [...]. No comprometen a los Estados Partes a actuar en consecuencia y no deben ser presentadas como una política oficial del Sistema de las Naciones Unidas” (negrilla en el original), que es exactamente lo que aquí afirmamos, con la diferencia de que, en opinión del autor del presente comentario, una “*sugerencia o recomendación*” como aquella excede, además, las atribuciones del Comité.

D. Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁵

⁴⁵ Las negrillas no son del original.

1. Derechos protegidos⁴⁶

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que **todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.**
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible **la supervivencia y el desarrollo del niño.**

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a. **Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;**

[...]

2. Definición de niño

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño **todo ser humano menor de dieciocho años de edad**, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

3. Comité de la Convención

Artículo 43

⁴⁶ Es procedente mencionar dos artículos relevantes para destacar la preocupación de la Convención por la salud de los niños, incluso los mental o físicamente impedidos (artículo 23), y por reducir la mortalidad (artículo 24). Este artículo también por la atención sanitaria prenatal y postnatal de las madres.

Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño [...]»⁴⁷.

Artículo 45

Con objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

[...]

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes.

4. Composición del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño

Arabia Saudita, Qatar, Kenya, Tailandia, Italia, Países Bajos, Argelia, Egipto, Túnez, Alemania, República de Corea, Argentina, Paraguay, Burkina Faso, Brasil, Noruega, Jamaica, Serbia y Montenegro⁴⁸.

⁴⁷ Según el artículo 44, los Estados se comprometen a presentar informes periódicos al Comité sobre “*las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos*”.

⁴⁸ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu2/6/crc_sp.htm

5. Comentario

Como sucede con la *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, esta Convención no tiene una cláusula que prohíba la limitación de los derechos contemplados en ella, durante los estados de excepción. Y ello es obvio porque se refiere principalmente a derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, para los efectos del inciso 1 del artículo 93 *esta Convención no forma parte del bloque de constitucionalidad* y no tiene la jerarquía constitucional que haga que ella prevalezca en el orden interno. Por consiguiente, una norma legal que haya hecho curso en el Congreso y haya sido debidamente sancionada y publicada por el Gobierno, no puede ser declarada inexecutable por la Corte por comparación con la Convención.

Igualmente, como sucede con la *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, nada en la presente Convención permite inferir un derecho al aborto, en ninguna circunstancia. Muy al contrario, la Convención protege a los niños sus derechos básicos, como el derecho a la vida, a no sufrir pena de muerte, a la salud (también para sus madres), etc. La expresión “*intrínseco*” para calificar el derecho a la vida significa, según el DRAE, “esencial” (*inherent*, en inglés; *inhérent*, en francés, o sea “propio” y “necesario” o, según el DRAE, lo “que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella”). Es decir, el derecho a la vida no “se puede separar” de los niños, cuya *supervivencia* deben garantizar los Estados.

El Comité respectivo está diseñado para recibir informes periódicos de los Estados. Sus funciones están resumidas en su propio sitio de *internet (web-site)*⁴⁹ así: “Para cumplir su obligación de presentación de informes, los Estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus *preocupaciones y recomendaciones*, conocidas como ‘*observaciones finales*’, las cuales son públicas. El Comité también hace pública su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como ‘*Observaciones Generales*’, así mismo expresa *recomendaciones generales* sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo”. Aquí es aplicable lo que ya se dijo atrás: sus atribuciones se limitan a *formular sugerencias y recomendaciones generales*, y eso es exactamente lo que hace en la práctica.

Hasta ahora el Comité no ha hecho recomendación alguna para despenalizar el aborto, ni siquiera referido a adolescentes.

CONCLUSIONES

Los tratados a que se refiere el artículo 93 de la Constitución son aquellos tratados de derechos humanos que están vigentes para la República de Colombia por haber sido ratificados por ella.

Las normas de esos tratados que no admiten limitación en estados de excepción son las únicas que tienen carácter constitucional y “prevalecen” en el orden interno. Por consiguiente, son las únicas –además de las de la propia Constitución– que la Corte puede utilizar para declarar la inexecutable de una ley aprobada por el Congreso, en los precisos términos del artículo 93, inciso 1 de la Constitución.

Dentro de esas normas, el derecho a la vida de todo ser humano “*en general a partir del momento de la concepción*”, goza de carácter constitucional y tiene que ser aplicado y defendido por la Corte, en virtud de sus obligaciones constitucionales de velar por “la guarda y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos” de su artículo 241.

Solamente los tratados internacionales sobre derechos humanos –y no otro tipo de informes, sugerencias, recomendaciones y similares de entidades internacionales, por importantes y respetables que sean– sirven de pauta en la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta, a que se refiere el artículo 93, inciso 2.

⁴⁹ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm. Observación general N° 5.

En los tratados de derechos humanos relevantes para la demanda en cuestión, solamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene facultades de “intérprete” judicial autorizado de la Convención en las decisiones sobre casos que tramite y, en esos eventos, solamente respecto del o los Estados interesados. Cuando “interprete” en sus opiniones consultivas, esa interpretación solamente tiene el carácter de doctrina probable. La Corte no ha interpretado la Convención en el sentido de decir que hay que despenalizar el aborto, ni se ha referido a él.

Los llamados comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos relevantes al caso, carecen de facultades interpretativas y sus recomendaciones, si tuvieren facultades para hacerlas, carecen de valor obligatorio, pues son sólo eso, “recomendaciones”. Esas recomendaciones, llegado el caso, *van dirigidas al gobierno y al Congreso*, que son los que tienen facultades de negociar y aprobar tratados y expedir leyes, y no a la Corte, que tiene que limitarse a comparar la norma demandada con la Constitución y aquellas normas de los tratados de derechos humanos que prevalezcan en el orden interno. Si uno de esos comités excede sus atribuciones –lo que sucede con relativa frecuencia–, sus recomendaciones no pueden utilizar-

se ni siquiera como doctrina probable. En este caso, además, representan una injerencia en asuntos domésticos que atenta contra la soberanía de los Estados.

Si la Corte llegare a declarar la inconstitucionalidad del artículo 122 del Código Penal con base en tales informes, sugerencias o recomendaciones, dándoles por ende rango constitucional, estaría invadiendo la esfera soberana de otras ramas del poder que son el ejecutivo y el legislativo, únicos con facultades de celebrar y aprobar tratados internacionales que “prevalezcan” en el orden interno y, por ende, de crear normas de este tipo con rango constitucional⁵⁰.

⁵⁰ El 22 de enero de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia –*Roe v. Wade Decision*– que permitía a las mujeres abortar. “For the first three months of pregnancy the decision to have an abortion lies with the woman and her doctor” [Durante los primeros tres meses de embarazo la decisión de abortar pertenece a la mujer y a su doctor], dijo esa sentencia. Desde entonces, un gran debate ha dividido a la sociedad americana. El New York Times, característicamente pro aborto, publicó el 21 de abril de 2005 en sus páginas editoriales un comentario que refleja el inmenso problema que esa decisión creó al usurpar derechos de las legislaturas estatales y que se ha trasladado a la esfera política. Un problema similar ocurriría en Colombia si se aprobara por la Corte una cultura de muerte, en un país ya de por sí azotado por ella.