

ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

AN ANALYSIS OF INTERPRETATION AND CONSTRUCTION OF THE RIGHT TO LIFE IN COLOMBIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ*

* Investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc) de la Universidad Católica de Colombia. Miembro del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. fepulido@ucatolica.edu.co

Un agradecimiento a Jenny Carolina Burgos, quien realizó una valiosa revisión del análisis y síntesis de la jurisprudencia constitucional presentada en este trabajo. Agradezco especialmente las observaciones y críticas planteadas por el profesor Gabriel Mora Restrepo, las cuales ayudaron a mejorar las ideas presentadas. Por último, agradezco a M. Alejandra Mercado, J. Tatiana Rojas y a los árbitros de la revista por sus pertinentes observaciones.

RECIBIDO: 7 DE AGOSTO DE 2013. ENVÍO A PARES: 28 DE SEPTIEMBRE DE 2013.
APROBADO POR PARES: 13 DE FEBRERO DE 2014. ACEPTADO: 13 DE ABRIL DE 2014.

DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.4



Universidad de
La Sabana

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
PULIDO-ORTIZ FABIO ENRIQUE, ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL
DERECHO A LA VIDA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, EN *DÍKAION*,
23-2 (2014), PP. 277-298. DOI: 10.5294/DIKA.2014.23.2.4

277

RESUMEN

En el artículo se analiza la forma como la Corte Constitucional colombiana interpretó los textos normativos que reconocen el derecho a la vida y cómo desarrolló reglas en torno al problema general del aborto. De acuerdo con este análisis, se afirma que los derechos asociados al problema del aborto en Colombia han sido creados y desarrollados como construcciones de la Corte Constitucional, y que en esta tarea se han confundido los niveles de los deberes correlativos de los derechos construidos. Para ello, en la primera parte del trabajo se explica la distinción entre interpretación y construcción. luego se presentan las tesis interpretativas del derecho a la vida sostenidas por la Corte Constitucional al momento de decidir la constitucionalidad de la penalización del aborto y se identifican las reglas construidas. En la última parte, se reconstruyen las reglas de la Corte en función de los operadores de Hohfeld.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, derechos humanos, derecho a la vida, decisiones judiciales, interpretación jurídica.

ABSTRACT

The way the Colombian Constitutional Court has interpreted the text of legislation that recognizes the right to life and how rules on the general problem of abortion have been developed are analyzed in this article. According to this assessment, the rights associated with the problem of abortion in Colombia have been created and developed as constructions of the Constitutional Court and, in doing so, the extent of the obligations pertaining to these construed rights have been confused. The first part of the article offers an explanation of the distinction between interpretation and construction, and outlines the interpretative theses on the right to life upheld by the Constitutional Court when deciding the constitutionality of criminalizing abortion. The rules that have been constructed are identified as well. In the last part, the rules of the Court are reconstructed on the basis of Hohfeld operators.

KEYWORDS

Constitutional law, human rights, the right to life, judicial decisions, legal interpretation.

RESUMO

Neste artigo, analisa-se a forma como a Corte Constitucional colombiana interpretou os textos normativos que reconhecem o direito à vida e como desenvolveu regras sobre o problema geral do aborto. De acordo com essa análise, afirma-se que os direitos associados ao problema do aborto na Colômbia foram criados e desenvolvidos como construções da Corte Constitucional, e que, nessa tarefa, se confundiram os níveis dos deveres correlativos dos direitos construídos. Para isso, na primeira parte do trabalho, explica-se a diferença entre interpretação e construção. Em seguida, apresentam-se as teses interpretativas do direito à vida sustentadas pela Corte Constitucional no momento de decidir a constitucionalidade da penalização do aborto e identificam-se as regras construídas. Na última parte, reconstróem-se as regras da Corte em função dos operadores de Hohfeld.

PALAVRAS-CHAVE

Direito constitucional, direitos humanos, direito à vida, decisões judiciais, interpretação jurídica.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA DISTINCIÓN INTERPRETACIÓN/CONSTRUCCIÓN; 2. INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA; 2.1. LAS TESIS INTERPRETATIVAS; 2.2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS: REGLAS DE DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL; 3. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS; 3.1. LOS OPERADORES DE HOHFELD; 3.2. RECONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS; 4. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La complejidad en torno a la aplicación de los textos constitucionales a casos particulares es ampliamente conocida. Por una parte, se espera que las normas consignadas en los documentos constitucionales regulen la vida en sociedad, pero por la otra, resulta problemático establecer de forma general y *a priori* la manera como tales documentos se refieren a las normas y cómo estas deben ser identificadas y aplicadas a casos concretos. Se presenta una brecha entre las propiedades normativas definidas en los documentos constitucionales y las propiedades relevantes de los casos jurídicos que deben resolver los jueces. En los últimos años, ha surgido una forma de encarar este asunto: la distinción interpretación-construcción.

De acuerdo con esta propuesta, la interpretación es la actividad consistente en identificar el contenido semántico de un texto jurídico, mientras que la construcción es la creación de reglas concretas necesarias para implementar el contenido semántico identificado. En otras palabras, el objeto de la interpretación es identificar las normas jurídicas en los documentos constitucionales, mientras que el objeto de la construcción es crear reglas para poder resolver los casos jurídicos.

Siguiendo este esquema, en este trabajo se indaga acerca de la forma como la Corte Constitucional colombiana interpretó el documento constitucional y construyó reglas en torno al problema general del aborto. Desde ya conviene aclarar que en este asunto intervienen problemas normativos e interpretativos más amplios que el referido al derecho a la vida y los que se pueden conceptualizar desde las categorías de la interpretación y la construcción. Sin embargo, es posible analizar las tesis interpretativas y las reglas construidas por la Corte Constitucional y, de esta manera, dar precisión conceptual al asunto.

En el artículo se sostiene que: i) los derechos asociados al problema del aborto en Colombia han sido creados y desarrollados como construcciones de la Corte Constitucional. De ello se derivan cuestiones de indudable importancia. Por una parte, se debe observar que son derechos legales, *i.e.* derechos que dependen de la decisión de una autoridad institucional. En tantos derechos legales, por tanto, no pueden generar deberes de carácter absoluto y su alcance está limitado por la justificación de la autoridad y el tipo de norma que los dispuso. Además, se mostrará que ii) la jurisprudencia constitucional ha confundido los niveles de los deberes correlativos de los derechos construidos; en particular, se mostrará cómo la despenalización del aborto creó un derecho de inmunidad del cual no se pueden derivar, ni lógica ni conceptualmente, derechos de libertad ni mucho menos derechos prestacionales.

En este orden de ideas, en la primera parte del artículo se explicará sucintamente la distinción interpretación/construcción. Luego se presentarán las tesis interpretativas del derecho a la vida sostenidas por la Corte Constitucional al momento de decidir la constitucionalidad de la penalización del aborto. Luego se identifican las reglas construidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 y en algunas sentencias posteriores. Por último, se explica la noción de derechos legales (o estrictamente jurídicos), y se reconstruyen las reglas de la Corte en función de los operadores de Hohfeld.

1. LA DISTINCIÓN INTERPRETACIÓN/CONSTRUCCIÓN

Las constituciones pueden concebirse, desde un punto de vista conceptual, como un presupuesto para la existencia de un ordenamiento jurídico o, desde un punto de vista normativo, como aquella norma que define el fundamento y la estructura de la autoridad política dentro de un estado y los derechos básicos de las personas.¹ Dentro de los diferentes problemas teóricos y prácticos que ha debido enfrentar el constitucionalismo contemporáneo para la implementación y el desarrollo de la Constitución en sentido normativo, la interpretación de los documentos constitucionales ha alcanzado un lugar preponderante. Uno de los asuntos centrales que debe enfrentar la teoría de la interpretación constitucional es dar cuenta de la relación entre los documentos normativos y la identificación de enunciados normativos. De esta manera, el objetivo de una teoría de la interpretación es explicar los métodos mediante los cuales se debe asignar significado a un documento constitucional.²

Para comprender el alcance del problema de la interpretación constitucional debe recordarse la distinción entre textos normativos, normas y proposiciones normativas. Los textos normativos son el conjunto de símbolos lingüísticos que designan o refieren a una norma. Una norma, por su parte, es la correlación existente entre la conducta de un sujeto y el carácter prohibitivo, obligatorio o facultativo de la misma. Por último, las proposiciones normativas son afirmaciones acerca de que una conducta es prohibida, obligatoria o facultativa, es decir, son enunciados que pueden ser verdaderos o falsos en función de la existencia de una norma. En otras palabras, el contenido semántico de los textos normativos son normas que pueden ser descritas mediante proposiciones normativas que serán falsas o verdaderas según exista o no la norma que pretenden describir.³ Por otra parte, la relación deóntica entre un sujeto y una acción, o, lo que es lo mismo, su carácter prohibitivo, obligatorio o facultativo, puede ser positivo o positivizado. Cuando la relación deóntica es definida por el hombre, en razón de las exigencias de la vida

1 Carlos NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 768.

2 Joseph RAZ, *Between authority and interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 323-324.

3 En este punto dejamos de lado otros tipos de normas como las conceptuales y las constitutivas. Para una revisión general de las tipologías normativas, cfr. ALCHOURRON y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, Astrea; H. G. von WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, trad. de García Ferrero, 1970.

en sociedad, la norma es positiva. Por el contrario, cuando la relación entre el sujeto y la acción es intrínsecamente valiosa, es decir, si es moralmente correcta de forma previa e independiente al acto de formulación de la norma, la norma es reconocida por las autoridades normativas y, en ese orden de ideas, positivada.⁴

El objetivo central de la interpretación jurídica es identificar las normas existentes en los textos jurídicos, *i. e.* formular proposiciones normativas en las que se definan las propiedades deónticas de una determinada conducta. Por supuesto, que esto es tan solo el marco general de las teorías de la interpretación. Las teorías, en específico, se diferencian unas de otras en la determinación de los criterios que deben ser empelados para “recuperar” el contenido semántico de los textos normativos.⁵ Sin embargo, de acuerdo con algunos autores, se debe distinguir entre el contenido semántico que en estricto sentido tiene un texto jurídico y el contenido doctrinal que se ha desarrollado en virtud del contenido semántico. El contenido semántico del texto, es decir, las promisiones normativas en estricto sentido, se limitan a describir las normas reconocidas o creadas por dicho texto. El contenido doctrinal se refiere a las reglas o los criterios jurídicos desarrollados por los jueces, que van más allá de las proposiciones normativas en estricto sentido, pero que pretenden materializar los objetivos normativos en aquellos casos en los que el contenido semántico es insuficiente.

En este contexto se han desarrollado una serie de teorías interpretativas que sostienen la tesis de las dos respuestas (*two-output thesis*), es decir aquellas concepciones que dividen entre la asignación de significado y el desarrollo de doctrinas jurídicas específicas.⁶ Mitchell Berman, por ejemplo, entiende que la interpretación constitucional se debe concebir en dos etapas: sostiene que los jueces primero identifican el contenido semántico de los textos constitucionales y luego crean reglas de implementación.⁷ De una forma similar, Andrei Marmor distingue entre significado semántico y pragmático. El significado semántico está determinado por las reglas, usos y convenciones lingüísticas de los términos. El significado pragmático va más allá del contenido semántico y pretende determinar lo que los agentes intentan comunicar con las acciones lingüísticas. La interpretación, en ese orden de ideas, debe ir más allá del significado en los casos en que el resultado no esté determinado por reglas y convenciones lingüísticas.⁸

4 George KALINOWSKI, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

5 Véase Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation*, *op. cit.*, pp. 223-240; Lawrence B. SOLUM, “The Interpretation-Construction Distinction”, en *Constitutional Commentary*, 27 (2010).

6 De acuerdo con Richard Fallon, identificar el significado de la constitución no es la única función de la Corte. Además de ello, debe implementarla mediante la creación de “doctrinas” por medio de las cuales se desarrolla la Constitución en la resolución de casos concretos. Véase Richard H. FALLON Jr., “The Supreme Court, 1996 Term-Foreword: Implementing the Constitution”, en *Harvard Law Review* 54 (1997), p. 57.

7 Mitchell BERMAN, “Constitutional Constructions and Constitutional Decision Rules, Thoughts on The Carving Of Implementation Space”, en *Constitutional Commentary*, 37 (2010), pp. 39-69; Mitchell BERMAN, “Constitutional Decision Rules”, *Virginia Law Review*, XC (1) (2004), pp. 3-164.

8 Debe tenerse en cuenta que para algunos autores significado e interpretación son conceptos distintos. Cfr. Andrei MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 35-37.

Una de las propuestas más conocidas en el marco de la tesis de las dos respuestas es la de la distinción entre interpretación y construcción, según la cual existen dos actividades distintas en la adjudicación constitucional: i) la interpretación y ii) la construcción.

- i) *La interpretación.* Es la actividad consistente en la identificación del contenido semántico de un texto constitucional mediante la formulación de una proposición normativa. De acuerdo con este enfoque, la interpretación es valorativamente neutra, pues se refiere a la adecuada descripción de una norma jurídica positiva. En otras palabras, la interpretación en este sentido se limita a la recuperación del significado de los textos jurídicos en virtud de sus características semánticas específicas.
- ii) *La construcción.* Es la actividad que define las reglas necesarias para la resolución de casos concretos, en aquellas situaciones en las que las proposiciones normativas (identificadas en la interpretación) no sean suficientes. Los tribunales “construyen” cuando trasladan el significado lingüístico a doctrinas (reglas jurisprudenciales), las modifican o las limitan. A diferencia de la interpretación, la creación de reglas jurídicas concretas que determinan las consecuencias jurídicas de un texto responde a cuestiones valorativas acerca de la solución correcta de los casos. De esta manera, la justificación para la construcción de una regla debe incluir premisas que van más allá de hechos lingüísticos y, por tanto, su corrección es independiente de estos.

Existen dos conocidos fenómenos semánticos que dificultan la identificación del significado de los enunciados: la ambigüedad y la vaguedad. Un término es ambiguo cuando presenta varios significados, es decir, cuando puede significar una o más cosas. Un ejemplo conocido de ambigüedad es el término carta, el cual puede referirse a la correspondencia, a cada uno de los naipes de una baraja o al menú de un restaurante. Por su parte, un término es vago si existen casos en donde este puede o no puede aplicarse. Es decir, un término vago se caracteriza por tener un alcance semántico gradual en el que existen zonas donde claramente se aplica el término, zonas donde claramente no se aplica y zonas de duda o penumbra. Es determinante, además, que resulta imposible señalar el lugar exacto en donde inicia la zona de penumbra de los términos ambiguos. Un ejemplo tradicional de un término vago es la palabra “alto”. De acuerdo con esto diremos que una persona adulta que mida más de un metro con noventa es alta y que una persona adulta que mida menos de un metro con sesenta es baja, pero en la línea que separa el uno con noventa del uno con sesenta habrá puntos en los que no sabremos definir si una persona es alta o no.

Veamos un ejemplo de ambigüedad y vaguedad en la Constitución colombiana. El artículo 86 establece que: “Toda *persona* tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales”.

El término persona es ambiguo pues puede referirse, entre otros posibles significados, a personas naturales o a personas jurídicas. Por otra parte, en esa misma disposición constitucional, encontramos un término vago: “inmediata” o “inmediatez”. En efecto, si una persona interpone una acción de tutela, por ejemplo, para que una entidad le pague una licencia de maternidad, a los tres días de que la entidad se ha negado a efectuar el pago, no parecen existir dudas que pretenda protección inmediata. Por el contrario, si la persona reclama el pago a los tres años de que la entidad se negó diremos que no pretendió una protección inmediata. Sin embargo, en el intermedio existirán casos en los cuales no sabremos si se cumple o no tal requisito.

De acuerdo con la tesis de las dos respuestas, el contenido jurídico y el semántico no son el mismo. El artículo 86 de la Constitución colombiana exige que la acción de tutela se presente en un tiempo razonable; pero para definir si, por ejemplo, resulta razonable que una persona presente una acción de tutela cuatro meses después del presunto acto vulneratorio de los derechos fundamentales, no es posible recurrir al contenido semántico del texto constitucional. Sin embargo, la idea según la cual el contenido semántico del artículo 86 no contiene su contenido jurídico no implica conceptualmente que las doctrinas jurídicas (las reglas jurisprudenciales) no se puedan derivar de una adecuada teoría de los propósitos de la acción de tutela en la Constitución de 1991.

De acuerdo con la propuesta de la distinción entre interpretación y construcción, la primera opera en aquellos casos en que en los textos constitucionales aparecen términos ambiguos, mientras que la construcción aparece en aquellas situaciones en las que se presentan términos vagos. Es decir, en los casos en los que los términos son ambiguos es posible identificar el significado, por ejemplo, precisando las intenciones de la autoridad normativa; mientras que en los casos de vaguedad ello no es posible por lo que es necesario crear nuevas reglas que sirvan al juez como premisas para resolver casos.⁹ Sin embargo, la construcción puede operar más allá de los casos de vaguedad. En efecto, además de los problemas de vaguedad, no es posible recuperar un contenido semántico normativo que sirva de premisa necesaria y suficiente para resolver los casos cuando los textos normativos no han previsto un caso o cuando de la identificación de los efectos de una norma jurídica se concluye que son moralmente inadecuados. De acuerdo con lo anterior, la zona de indeterminación semántica implica una zona de construcción, y esta varía de texto a texto y de caso a caso.

2. INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

La Constitución colombiana consagra los siguientes enunciados normativos referidos a la vida: i) el preámbulo establece a la vida como uno de los fines del Estado, cuando indica que este está constituido, entre otras cosas, para “asegurar a sus

9 Lawrence B. SOLUM, “The Interpretation-Construction Distinction”, en *Constitutional Commentary* (2010).

integrantes la vida”, ii) el artículo 2 define que las autoridades “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida”; iii) el artículo 11 consagra que “el derecho a la vida es inviolable” y que “no habrá pena de muerte”. Además, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque constitucional, se debe tener en cuenta el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que expresa: “[e]l derecho a la vida es inherente a la persona humana”, por lo que “estará protegido por la ley” y nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente, y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto establece que “[t]oda 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”.

En 1994, la Corte Constitucional declaró exequible la penalización del aborto, argumentando que las normas constitucionales protegen la vida a partir del momento de la “concepción”. En esa ocasión, se afirmó que el momento de la “concepción” marca el inicio de un nuevo ser autónomo, cuyo devenir no puede quedar al arbitrio de la mujer. Por ello, las autoridades deben establecer un sistema de protección legal efectivo que, dado el carácter fundamental de la vida y el estado de indefensión del no nacido, justifica el recurso a normas penales. Se agregó que no es posible, bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, realizar conductas que tiendan a eliminar la vida humana durante el proceso de su gestación. Por otra parte, se definió que el inciso 6º del artículo 42 de la Constitución Política, según el cual la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, debe ser entendido en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho solo hasta antes del momento de la “concepción”, y, por tanto, los progenitores no tienen derecho a interrumpir el proceso de la gestación.

Los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria salvaron su voto, al entender que cuando se interpreta el concepto de vida debe diferenciarse entre la protección de la vida como *valor constitucional* y su protección como *derecho fundamental*. Argumentaron que el titular del derecho a la vida es la persona nacida, por lo que el no nacido, si bien merece protección estatal, no es titular de derechos fundamentales. En este orden de ideas —para los disidentes—, la penalización del aborto no se relacionaría con la personalidad jurídica del no nacido, sino con el problema de si el Estado está facultado o no para defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida, por lo que con la protección absoluta al proceso de gestación se estaría favoreciendo una visión moral de la vida sobre otras, desconociéndose la tolerancia que en materia religiosa caracteriza al Estado liberal.¹⁰

Asimismo, en el salvamento de voto se afirmó que es ilegítimo reconocer el derecho a la vida de los no nacidos en las mismas circunstancias de los nacidos, y en ese sentido se propuso que la protección a la vida del *naciturus* sea en función de los

10 Según este argumento, el no nacido queda excluido de forma completa de la protección de la vida y quedaría reducido a un problema de libertad de culto o conciencia.

diferentes periodos de su desarrollo y de su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas. Por último, se argumentó que existen serias razones de política criminal que aconsejan despenalizar el aborto, señalando el hecho de que el delito de aborto tiene altos índices de clandestinidad, lo que demostraría su ineficacia.

Tiempo después, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la atenuación de la pena del aborto en los casos de embarazos resultado de acceso carnal violento o abusivo. Si bien el problema central giraba sobre la facultad del legislador para graduar las penas, se reiteró que todos los seres humanos son titulares del derecho a la vida desde el momento de la concepción, y que la mujer no tiene derechos contra el *naciturus*.¹¹ En esta ocasión, nuevamente los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria salvaron voto, conforme a los argumentos expuestos.

En 2006, la Corte Constitucional se pronunció sobre la penalización del aborto. Recogiendo la argumentación de los salvamentos de las sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997, la Corte definió que no se puede otorgar amparo absoluto al valor de la vida del no nacido. La argumentación del tribunal parte de remarcar la distinción entre el mandato general de proteger el bien de la vida y el derecho fundamental de la vida que solo corresponde a las personas. Desde esta perspectiva, si bien corresponde al legislador protegerla (como bien por ser protegido), esto no implica que estén justificadas todas las medidas que dicte con esa finalidad, “porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”.¹² En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico, si bien otorga protección al *nasciturus*, no puede hacerlo “en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”.¹³

2.1. Las tesis interpretativas

De acuerdo con los enunciados normativos del preámbulo, de los artículos 2 y 11, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos citados, y los casos resueltos por la Corte Constitucional, resultan relevantes los siguientes problemas: i) teniendo en cuenta que el derecho a la vida se reconoce sin excepción a favor de toda persona debe solucionarse la ambigüedad del término persona, y ii) debía definirse si la penalización del aborto es una condición necesaria para la protección del derecho a la vida.

El primer problema, siguiendo con la distinción entre interpretación y construcción, debía resolverse recuperando el significado de persona en la Constitución colombiana y los tratados internacionales de derechos humanos relevantes para

11 Corte Constitucional, sentencia C-013 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

12 Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006, M. P. Jaime Araújo y Clara Inés Vargas

13 *Ibid.*

resolver el caso. Para solucionar el segundo problema, la Corte debió construir reglas, pues en el contenido semántico de la Constitución no es posible identificar normas sobre el asunto.

La primera tesis interpretativa (T1), sostenida en las sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997, la podemos describir de acuerdo con los siguientes elementos:

- a. La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido.
- b. Son sujetos titulares de ese derecho todos los seres humanos a partir de la concepción.
- c. El derecho a la vida inicia con la concepción.

Por su parte, la segunda tesis interpretativa (T2), sostenida en la sentencia C-355 de 2006, se basó en las siguientes premisas:

- a. La vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido.
- b. Solo los nacidos tienen el derecho fundamental a la vida, los no nacidos tienen derecho la vida como bien constitucionalmente protegido.
- c. La titularidad del derecho a la vida inicia con el nacimiento.

En definitiva, sobre la ambigüedad del término persona en relación con la titularidad del derecho a la vida, de acuerdo con T1 persona se refiere a todos los seres humanos sin excepción, mientras que para T2 persona se refiere a los seres humanos nacidos.¹⁴ El problema interpretativo, como se dijo, se limita a la solución de la ambigüedad del concepto de persona. Ahora, el problema de la construcción se refiere a la cuestión de si la penalización del aborto es una condición necesaria para la protección de la vida. Para analizar esto, primero sintetizamos las reglas de decisión de la Corte Constitucional en las sentencias C-355 de 2006, T-988 de 2007, T-209 y T-946 de 2008, y T-636 de 2011; y, segundo, reconstruimos los derechos establecidos en cada regla de decisión en función de los operadores de Hohfeld.

2.2. La construcción de los derechos: reglas de decisión de la Corte Constitucional

Como se mencionó, la interpretación es la actividad consistente en identificar el contenido semántico de un texto jurídico, mientras que la construcción es en-

¹⁴ Debe resaltarse que el objetivo de este artículo no consiste en la valoración de la corrección de las tesis interpretativas T1 y T2. Para un análisis crítico de la T2, cfr. Camila HERRERA y Gabriel MORA, "La persona en el orden constitucional colombiano: una aproximación crítica", en *20 años de la Constitución Colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 84-101.

tendida como la actividad de trasladar o traducir el contenido semántico a reglas jurídicas. En otras palabras, mediante este marco teórico se pretende distinguir dos etapas en la adjudicación constitucional: primero, la fijación del significado de los enunciados constitucionales, y, segundo, la creación de proposiciones constitucionales operativas —reglas de decisión— referidas a casos concretos. En lo que sigue, analizaremos las reglas de decisión construidas con posterioridad a la definición de la tesis interpretativa T2.

Para la identificación de las reglas de decisión de la Corte Constitucional hemos seguido la siguiente metodología: i) se apunta el problema constitucional concreto y se señala el acto normativo demandado y el parámetro constitucional. En los casos de tutela se distingue la autoridad demandada; la actuación de la autoridad, es decir, las circunstancias fácticas en que presuntamente se vulnera o amenaza el derecho fundamental; el derecho fundamental involucrado; y, por último, la persona (en sentido genérico) afectada en la situación. ii) Luego se reconstruye la regla de decisión, es decir, la regla que el juez efectivamente aplica para resolver el problema jurídico que se le plantea.¹⁵

Regla 1. La Corte, en la sentencia C-355 de 2006, definió que la protección absoluta del no nacido, mediante sanción penal, constituye una intervención desproporcionada en los derechos de la mujer gestante, toda vez que las medidas orientadas a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no pueden atentar contra los derechos de la mujer gestante en los siguientes casos: i) cuando exista un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos resulta desproporcionado exigir que la vida de la mujer —ya formada— ceda ante la vida del feto —apenas en formación—, toda vez que si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no solo a la vida, sino también a la salud propia de la gestante respecto de la salvaguarda del embrión. ii) Cuando existan malformaciones del feto. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso por estarse ante la situación de una vida inviable y los derechos de la mujer prevalecen, por lo que el legislador no puede obligarla, por medio de la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en condiciones de inviabilidad. Resulta desproporcionada la exigencia de, bajo sanción penal, soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable. El único requisito para solicitar la interrupción del embarazo consiste en aportar certificación de una persona profesional de la medicina en la que se determine “la existencia real de estas hipótesis”. iii) En los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o incesto, se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo.

15 Por regla se entiende aquella norma jurídica que determina con relativa claridad lo que está prohibido, facultado, obligado o permitido; de esta manera, la regla es la respuesta afirmativa o negativa al problema identificado.

Regla 1.1. En esta misma sentencia, la Corte estableció que las mujeres están en libertad de decidir si abortan o no en los casos (i), (ii), y (iii). En efecto, según la Corte, en tales casos las mujeres pueden “decidir continuar con su embarazo”, i. e. “decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento”.

Regla 2. En la sentencia T-988 de 2007, la Corte estableció que una entidad promotora de salud (EPS) viola los derechos fundamentales a la dignidad de una joven con discapacidad mental que fue víctima de abuso carnal abusivo, cuando se niega a interrumpir el embarazo de manera pronta y urgente, aduciendo la inexistencia de un proceso de interdicción por incapacidad, porque: i) debido a las circunstancias específicas del caso y la discapacidad severa tanto psíquica como físicamente que presentaba la joven, se deduce que no estaba en la capacidad de impedir o resistir el acto sexual del que fue víctima y de exteriorizar de forma libre y directa su consentimiento; ii) existe una violación a los parámetros y requisitos exigidos por la C-355 de 2006, la cual solamente exige la denuncia penal para que el proceso de interrupción del embarazo sea adelantado; iii) teniendo en cuenta la discapacidad psíquica y mental que padecía la joven, al negarle la EPS (la aseguradora de salud) la interrupción del embarazo esta fue desprotegida, colocándola en una situación de absoluta indefensión y sufrimientos adicionales (Corte Constitucional Colombiana, 2007).

Regla 3. En la sentencia T-209 de 2008 se estableció que los profesionales de la salud y las instituciones prestadoras del servicio de salud no pueden presentar objeción de conciencia de manera colectiva para practicar una interrupción voluntaria del embarazo porque: i) aunque los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden extralimitarse y abusar del mismo impidiendo la práctica del procedimiento de manera colectiva, puesto que esta es una decisión que se ejerce de manera individual y no institucional o colectiva; ii) todas las instituciones prestadoras del servicio de salud deben contar con profesionales dispuestos a practicar este tipo de procedimientos para que así no vulneren los derechos fundamentales de las mujeres.

Regla 4. En la sentencia T-946 de 2008 se definió que las instituciones de salud violan los derechos fundamentales de una menor de edad con discapacidad a la entidad promotora de salud, cuando no se autoriza ni se practica de manera oportuna la interrupción voluntaria del embarazo, ni se tutela la protección de sus derechos, en tanto solo se requiere la presentación de la denuncia penal para que se proceda a realizar el aborto de manera inmediata.

Regla 4.1. En la misma sentencia se definió que un juez de tutela no puede negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales de una menor de edad que a través de su representante legal solicita la interrupción voluntaria del embarazo argumentado el avanzado estado de gestación, porque no es competencia del juez entrar a valorar o estudiar la oportunidad para realizar la intervención, solamente debe entrar a analizar si el caso cumple con las circunstancias previstas por la sentencia C-355 de 2006, so pena de incurrir en el delito de prevaricato.

Regla 5. En la sentencia T-388 de 2009 se definió que las instituciones de salud no pueden exigir como condición para practicar un aborto permitido de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006 la conformación de una junta médica. Tampoco el médico tratante puede requerir autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo, sin violar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Regla 6. En la sentencia T-636 2011 se definió que un especialista de la salud no puede solicitar una orden judicial para efectuar la intervención quirúrgica de interrupción voluntaria del embarazo cuando existan malformaciones graves en el feto que hicieran inviable su vida, porque: i) no se requiere orden judicial para practicar una interrupción voluntaria del embarazo. Para el presente caso la determinación de interrumpir el embarazo corresponde específicamente a los profesionales de la medicina quienes son los encargados de establecer la existencia de malformaciones y su gravedad; ii) exigir orden judicial para adelantar el procedimiento es una conducta contraria a los lineamientos jurídicos ya establecidos por la sentencia C-355 de 2006.

Cuadro 1
Reglas construidas por la Corte Constitucional

No.	Regla
1	El Estado no puede sancionar penalmente los casos de aborto cuando: i) exista un grave riesgo para la salud de la mujer, ii) existan malformaciones del feto y iii) cuando el no nacido sea producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o incesto.
1.1	En los casos (i), (ii) y (iii), las mujeres pueden decidir si abortan o no.
2	Las EPS están obligadas a practicar los abortos en los casos (i), (ii) y (iii).
3	Las EPS no pueden ejercer objeción de conciencia de forma colectiva.
4	Las EPS no pueden exigir denuncias penales para practicar abortos.
4.1	Las EPS están obligadas a practicar los abortos en los casos (i), (ii) y (iii) sin importar el tiempo de gestación.
5	Las EPS no pueden exigir la realización de juntas médicas para practicar los abortos.
6	Las EPS no pueden exigir órdenes judiciales para practicar los abortos.

Fuente: elaboración propia.

3. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS

En términos generales, un sujeto tiene un derecho cuando posee el poder o la facultad de hacer o no hacer determinadas acciones, o mantener o no mantener determinado estado de cosas o exigir a otros la realización de acciones. En materia constitucional, por ejemplo, se dice que las personas tienen derecho a publicar sus ideas sin cesura previa, que el presidente tiene el derecho de objetar los proyectos de ley del Congreso, que los niños tienen derecho a tener una familia,

que los ciudadanos tienen derecho al voto, que los nacionales tienen derecho a transitar libremente por el territorio nacional, que las mujeres embarazadas tienen derecho a estabilidad laboral reforzada, etc. La importancia de los derechos para la práctica y teoría jurídica y constitucional no requiere demasiada justificación. Del reconocimiento de un derecho, de sus titulares, de sus obligados, de su objeto y de su alcance se derivan cuestiones de indudable valor normativo y práctico.

En lo que tiene que ver con el estatus ontológico (es decir, con su forma de existir), los derechos pueden ser morales o jurídicos. Los derechos morales son aquellos que existen en virtud de principios de exigencia universal e intemporal. Los derechos jurídicos son aquellos identificables en virtud de decisiones o prácticas que los crean o reconocen. En el primer caso, i. e. aquellos derechos creados por decisiones o prácticas sociales, los derechos jurídicos son positivos; en el segundo caso, i. e. cuando las prácticas y decisiones reconocen derechos morales, los derechos jurídicos son positivizados. La diferencia entre estos tipos de derechos es fundamental al momento de definir el alcance de su normatividad, es decir, al momento de establecer la fuerza de los deberes que genera la existencia de un derecho. La normatividad de un derecho positivizado es autónoma (no depende de otras consideraciones normativas), mientras que la normatividad de los derechos positivizados es dependiente de otras consideraciones normativas; en particular, es relativa a la autoridad legítima de quien los crea.¹⁶

En suma, por una parte, el análisis de los derechos depende de la forma como se conciba y explique la relación entre sus elementos estructurales: i) un titular del derecho (Td), i. e. una persona de la cual se predica el derecho; ii) un sujeto pasivo (Pd) al cual se le exige lo debido; iii) el objeto o la materia sobre la que trata el derecho (d), y iv) las razones justificadoras del derecho.¹⁷ La cuestión acerca de la naturaleza ontológica de los derechos depende de la forma en que existen esos derechos, es decir, de cómo se responda acerca de la causa de la existencia del derecho. Por último, la normatividad de los derechos se refiere a cómo la existencia de un derecho genera deberes y cómo estos se constituyen en razones para la acción de los sujetos. En lo que sigue se explicará el análisis de los derechos de Hohfeld.

3.1. Los operadores de Hohfeld

El análisis de los derechos tiene por objetivo principal realizar una descripción de la estructura de los derechos y establecer tipos o formas de derechos que comparten estructuras similares. A principios del siglo XX, Wesley Hohfeld escribió un importante trabajo en el que pretendió caracterizar las diferentes modalida-

16 Cfr. Carlos S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 20.

17 Este último punto se refiere a la base justificatoria del respectivo derecho, esto es, "la razón o razones por las cuales aparece justificada la exigencia que los derechos plantean"; Carlos MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 69-70. En este trabajo no tratamos el problema de la justificación de los derechos, sino las relaciones estructurales y lógicas entre los sujetos activos, los sujetos pasivos y el objeto del derecho, i.e. la conducta exigible.

des en las cuales aparecen los derechos en el discurso judicial y legal.¹⁸ Hohfeld pretendió realizar una caracterización formal de los derechos con el objeto de dar precisión al intrincado lenguaje de los mismos en el constitucionalismo norteamericano, constituyéndose en una herramienta de indudable valor para la descripción de los derechos legales.¹⁹

Debe tenerse en cuenta que Hohfeld no pretendía que su artículo abordara los problemas complejos de filosofía o teoría del Derecho. Las razones que lo llevaron a identificar los conceptos eran de naturaleza pedagógica y descriptiva de la jurisprudencia estadounidense, intentando dar claridad al lenguaje empleado por las cortes al momento de referirse a relaciones jurídicas y derechos. Incluso, el trabajo de Hohfeld estaba pensado para los estudiantes de las carreras de Derecho más que para lectores especializados.²⁰ En ese mismo sentido, este trabajo no pretende abordar cuestiones filosóficas acerca de la fundamentación, conceptualización y naturaleza de los derechos, sino resaltar algunas inconsistencias en las que se incurre en el discurso jurídico, y en particular en el discurso judicial. Las cuatro estructuras básicas de los enunciados acerca de los derechos —siguiendo a Hohfeld— son: a) los privilegios o las libertades, b) las pretensiones, c) los poderes y d) las inmunidades.²¹ Cada una de estas tiene una forma lógica y conceptual distintiva aun cuando pueden combinarse para generar estructuras de derechos más complejas siempre que se respeten las relaciones entre ellos, como se verá más adelante.²²

- a. Td tiene una libertad²³ de realizar²⁴, si y solo si, Td puede, tanto hacer como no hacer.
- b. Td tiene una pretensión respecto de Pd, si y solo si, Pd tiene el deber de realizar a favor de Td.
- c. Td tiene el poder de hacer, si y solo si Td, al hacer, altera o modifica los derechos (libertades y pretensiones) de algún sujeto.
- d. Td tiene una inmunidad respecto de Pd, si y solo si Pd no puede alterar o modificar los derecho (libertades o pretensiones) de Td.

18 Wesley Newcomb HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919. Versión en español, Wesley Newcomb HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, trad. Genaro Carrio, 1991.

19 Ivana TUČAK, "Rethinking the hohfeld's analysis of legal rights", en *Pravni Vjesnik* (2009), pp. 31-41.
20 *Idem*.

21 Una explicación sencilla del análisis de Hohfeld puede verse en Leif WENAR, "Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/rights/>

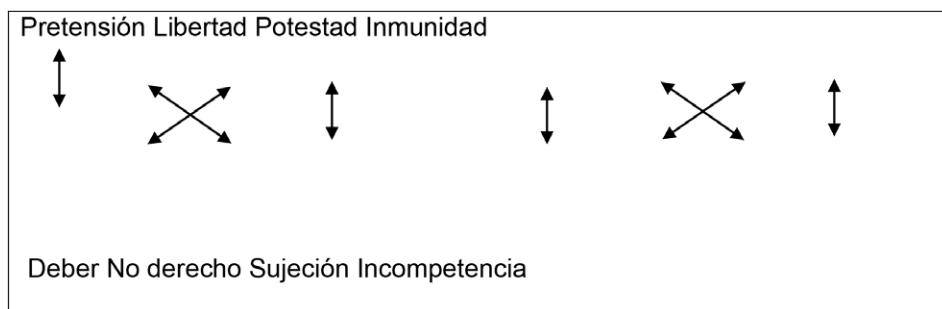
22 Una propuesta para el análisis de las relaciones lógicas entre las formas básicas y la posibilidad de generar estructuras complejas puede verse en Stig KANGER y Helle KANGER, "Righth and parlamentarism", en *Theoria*, 32 (1966), pp. 85-115.

23 La mayoría de los autores posteriores a Hohfeld prefieren usar el término libertad (*liberty*) sobre el de privilegio; TUČAK, "Rethinking the hohfeld's analysis of legal rights", *op. cit.* Otros, como KANGER y KANGER, "Righth and parlamentarism", *op. cit.*, emplean el término *freedom*.

24 El término "realizar" debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo acciones relacionadas con hacer, dar o entregar.

En su análisis de los derechos, Hohfeld distingue entre conceptos correlativos y conceptos opuestos. Cada par de correlativos existe de manera definicional, es decir, si uno se presenta, el otro por definición debe presentarse. Por el contrario, los pares opuestos no pueden existir juntos para la misma relación (véase cuadro 2). En otras palabras, un concepto A es correlativo del concepto B si la definición de B está implícita en la definición de A, de manera que se complementan y no se contradicen (v. g. pretensión y deber). Por el contrario, un concepto B es opuesto al concepto A cuando, además de no estar implícita la definición de uno en el otro, en lugar de complementarse se oponen como contradictorios (v. g. deber y libertad).

Cuadro 2
Conceptos jurídicos correlativos y opuestos



Fuente: Glanville WILLIAMS, "The concept of liberty", en *Columbia Law Review*, 56 (8) (1956).

3.2. Reconstrucción de los derechos

Como se explicó, de acuerdo con la interpretación vigente en Colombia en torno al titular del derecho a la vida (T2), solo los seres humanos nacidos tienen derecho a ella. Por su parte, la vida de los no nacidos es concebida como un bien constitucionalmente protegido. En virtud de esa tesis interpretativa, la Corte Constitucional construyó una serie de criterios en relación con el derecho al aborto. Las reglas construidas por la Corte en los casos analizados se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. El legislador no puede sancionar penalmente en los casos (i), (ii) y (iii) (inmunidad).
2. En estos casos las mujeres:
 - 2.1 Tienen la facultad de decidir si abortan o no (libertad).
 - 2.2 Tienen derecho a que las EPS practiquen los abortos, sin que estas entidades puedan: a) objetar en conciencia colectivamente, b) exigir denuncias penales, c) exigir juntas médicas, ni d) exigir órdenes judiciales (pretensión).

Al analizar la cuestión a partir de las reglas de los operadores de Hohfeld, en la regla 1 se establece que las mujeres tienen respecto del Estado una inmunidad frente a los efectos jurídicos de la penalización del aborto. Por tanto, las mujeres no están sujetas a los efectos jurídicos de la penalización del aborto. De forma

correlativa, el Estado es incompetente para sancionar penalmente en los casos de aborto.

La regla 2.1, por su parte, es una libertad. Como se dijo, Td tiene la libertad de realizar, si y solo si, Td puede, tanto hacer como no hacer. En este caso, se afirma que las mujeres tienen la libertad de abortar en los casos definidos, *i. e.* pueden decidir si lo hacen o no. Sin embargo, debe anotarse que el argumento de la Corte Constitucional para demostrar la existencia de la regla 2.1 es incorrecto. En la sentencia C-355 de 2006, la Corte supuso que de la existencia de la regla 1 se deriva la regla 2.1. Esto evidentemente no es así. Como se explicó, de la identificación de una inmunidad (en este caso la imposibilidad de sancionar penalmente) no se puede derivar la existencia de una libertad. En otras palabras, que el Estado no pueda sancionar penalmente una conducta, no significa que, automáticamente, los individuos esten facultados para hacer o no hacer. Pensemos el ejemplo típico de una inmunidad diplomática. Si X tiene inmunidad diplomática en el Estado Y, significa que Y no puede castigar penalmente a X si, por ejemplo, comete lesiones personales. Desde luego que esto no significa que X tenga la libertad de lesionar a los individuos del Estado Y.

Esta falla argumentativa impacta en la construcción de la regla 2.2. Nuevamente, de forma errónea, la Corte Constitucional sostuvo que si una determinada conducta (el aborto en los casos definidos) es inmune a la sanción penal, entonces la realización de esa conducta es libre. Pero, además de esto, agregó que las mujeres tienen un derecho-prestación de abortar. Recuérdese que este derecho significa que si Td tiene una pretensión respecto de Pd, Pd tiene el deber de realizar a favor de Td. De acuerdo con la regla 2.2, las mujeres tienen un derecho de pretensión respecto de las EPS, en el sentido de que estas entidades deben practicar el aborto en los casos definidos. Nuevamente, no es cierto que de una inmunidad o de una libertad se derive un derecho de pretensión. En otros casos, la propia Corte Constitucional advirtió este problema. Cuando se despenalizó la dosis personal, no se reconoció que los ciudadanos tuviesen la libertad de consumir tales dosis. Esto explica que, por ejemplo, la venta de dosis personal continúe siendo prohibida. Tampoco concluyó la Corte en esa decisión, que las personas tengan un derecho de prestación para acceder a la dosis personal. Todo lo anterior refleja una intuición muy simple que parece haber sido dejada de lado: la despenalización del aborto no implica la existencia de un derecho al aborto.²⁵

4. CONCLUSIONES

La distinción entre las actividades de interpretación y construcción es un instrumento útil para precisar problemas que en relación con la adjudicación constitucional tienden a ser confundidos. En ese orden de ideas, en este artículo se mostró que los problemas de interpretación referidos a la determinación de la titularidad del derecho pueden ser independizados de aquellos referidos al empleo de normas

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

penales para la protección de los derechos. Asimismo, se vio que en el desarrollo de la legalización del aborto en Colombia se confundió la simple despenalización con la existencia de un derecho en un sentido fuerte del término. En efecto, se explicó, por una parte, que la tesis interpretativa C-355 de 2006, según la cual el titular del derecho a la vida son los seres humanos nacidos, es independiente de la discusión acerca del empleo de normas penales para asegurar la efectividad de los derechos constitucionales. Asimismo, se demostró que de la existencia del reconocimiento judicial de un derecho-inmunidad de la forma como fue hecho en la sentencia C-355 de 2006 no significa que se deriven derechos de pretensión como indebidamente supuso la Corte Constitucional en las sentencias posteriores. En otras palabras, la existencia de la regla 1 de decisión no se justifica en el contenido de la Constitución, es decir, es independiente del contenido semántico de su texto, y, por tanto, la autoridad de la misma no deriva de la Constitución. Lo mismo habrá que concluir de las siguientes reglas de decisión estudiadas. Estas, además, no se derivan ni lógicamente ni conceptualmente de la regla 1 de decisión, ni, como resulta obvio, de la misma Constitución.

Como se dijo en la última parte de este artículo, el análisis de las reglas de decisión de la Corte Constitucional mediante los operadores de Hohfeld refleja una intuición incontrovertible: la despenalización del aborto no implica la existencia de un derecho al aborto (ni como libertad, ni como pretensión). En ese orden de ideas, al determinarse por la Corte Constitucional la existencia de un derecho-pretensión deben tenerse en cuenta tres cuestiones: i) los derechos construidos en las reglas de decisión de la Corte Constitucional, como los estudiados en este artículo, son derechos positivos, es decir derechos que deben su existencia, en este caso, a la decisión de una autoridad jurídica y no a un estatus moral autónomo. ii) El alcance práctico normativo de esas reglas se limita a la autoridad de la Corte Constitucional al crearlas, de manera que si una de ellas está por fuera de la competencia de esa Corte, deberán evaluarse las razones morales existentes para aplicar u obedecer tales reglas. iii) La autoridad de esos derechos, en tanto derechos construidos, no puede derivarse directamente de la Constitución, sino de argumentos adicionales respecto de la autoridad de la Corte Constitucional o la instanciación de derechos morales. iv) Debe resaltarse que los tribunales constitucionales deben cumplir con deberes específicos, en particular se debe tener en cuenta que a tales órganos les “pesan mucho sus argumentos y decisiones tomadas en el pasado, lo que les obliga a mostrarse ante la opinión pública como tribunales que pronuncian fallos coherentes”.²⁶

Los tribunales constitucionales tienen dos características relevantes en relación con lo que se ha mencionado en este trabajo: visibilidad pública y no necesidad institucional. Las decisiones de dichos tribunales (o por lo menos varias de ellas) logran una notoriedad pública que no es típica de los demás jueces y órganos judiciales. Por otra parte, los tribunales constitucionales (e incluso la función de control judicial de constitucionalidad) no son un elemento o requisito necesario

26 Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad judicial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

para la existencia de un sistema jurídico.²⁷ Por ello, a los jueces se les exige que justifiquen de forma suficiente la creación y aplicación de reglas jurídicas. En ese orden de ideas, lo que se ha mostrado en este trabajo sugiere que la Corte Constitucional creó derechos sin la suficiente consistencia argumentativa y conceptual entre ellos. No quiere decirse con lo anterior que la validez de las normas jurídicas se limite al cumplimiento de cargas formales de argumentación, pero los problemas de estructura formal en la interpretación y construcción del derecho debilitan la fuerza institucional los tribunales, y, por tanto, el alcance de su autoridad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- BERMAN, Mitchell, "Constitutional Constructions and Constitutional Decision Rules: Thoughts on the Carving of Implementation Space", *Constitutional Commentary*, 37 (1), (2010), pp. 39-69.
- CARRIÓ, Genaro, "Nota preliminar", en Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1991.
- FALLON, Richard H. Jr., "The Supreme Court, 1996 Term-Foreword: Implementing the Constitution", en *Harvard Law Review*, 54 (1997).
- FERRERES COMELLA, Víctor, Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial, en Roberto Saba, *Los límites a la democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 305-326.
- BERMAN, Mitchell, "Constitutional Decision Rules", *Virginia Law Review*, XC (1) (2004).
- HERRERA, Camila y Gabriel MORA, "La persona en el orden constitucional colombiano: una aproximación crítica", en *20 años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1991.
- KALINOWSKI, George, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- KANGER, Stig y Helle KANGER, "Rigth and parlamentarism", en *Theoria*, 32 (1966), pp. 85-115.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MASSINI Correas, Carlos, *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

27 VÍCTOR FERRERES COMELLA, Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial, en Roberto SABA, *Los límites a la democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 305-326.

- MORA Restrepo, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad judicial*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SOLUM, Lawrence B., "The interpretation-construction distinction", en *Constitutional Commentary*, 27 (1) (2010), pp. 95-118.
- TUCAK, Ivana, "Rethinking the hohfeld's analysis of legal rights", en *Pravani Vjesnik*, 25 (2009), pp. 31-41.
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, trad. de García Ferrero, 1970.
- WENAR, Leif, "Rights", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/rights/>
- WILLIAMS, Glanville, "The concept of liberty", *Columbia Law Review*, 56 (8) (1956), pp. 1129-1150.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-013 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, sentencia C-988 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-946 de 2008, M. P. Jaime Córdoba.
- Corte Constitucional, sentencia C-299 de 2008, M. P. Jaime Córdoba.
- Corte Constitucional, sentencia T-209 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2008, M. P. Jaime Córdoba.
- Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-636 de 2011, M. P. Luis Ernesto Silva.