Sentencia C-355/06

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE-No origina la nulidad del nuevo proceso cuando no se propone oportunamente

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE EN PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia

EFECTOS DE SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Momento a partir del cual empiezan a surtirse

Esta corporación ha expuesto en forma reiterada que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Legitimación

NULIDAD DE PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia por aportarse documento de país extranjero

PRINCIPIO DE UNIDAD NORMATIVA-Causales de procedencia atendiendo jurisprudencia constitucional

UNIDAD NORMATIVA-No integración/**NULIDAD DE PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD**-Improcedencia por no integración de unidad normativa

INTERVENCION CIUDADANA EN PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD-No confusión en relación con el término de citación y fijación en lista

COSA JUZGADA MATERIAL-Elementos para determinarla

COSA JUZGADA MATERIAL-Vinculación con el concepto de precedente

COSA JUZGADA MATERIAL-Respeto del precedente

COSA JUZGADA MATERIAL-No configuración

La identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura –entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de los elementos que ha enunciado la jurisprudencia a partir del artículo 243 de la Constitución. Ahora bien, en este caso concreto si bien los artículos 343 del Decreto 200 de 1980 y 122 de la Ley 599 de 2000 tienen un contenido similar difieren en cuanto a la pena establecida para el delito de aborto. Cabe recordar, que mediante la Ley 890 de 2004, artículo 14, a partir del primero de enero de 2005 se aumentó la pena para el delito de aborto, por lo tanto no son enunciados normativos idénticos. Adicionalmente, se trata de dos disposiciones contenidas en contextos normativos diferentes pues se trata de dos códigos penales expedidos con casi veinte años de diferencia y que obedecen a una orientación penal diferente.

DERECHO A LA VIDA Y VIDA COMO BIEN PROTEGIDO POR LA CONSTITUCION -Diferencias

Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

VIDA-Valor y derecho fundamental

CONSTITUCION POLITICA VIGENTE-Protección general a la vida

VIDA-Medidas que debe adoptar el legislador para la protección

VIDA-Carácter no absoluto

Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

ABORTO-Fundamento de la prohibición

El fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida.

VIDA HUMANA-Determinación del momento a partir del cual se inicia no corresponde a la Corte Constitucional

Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión.

PENA-Ultima ratio

NASCITURUS Y PERSONA HUMANA-Protección jurídica distinta

La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Marco normativo básico sobre el derecho a la vida

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Forma parte del bloque de constitucionalidad

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-No consigna expresamente que el *nasciturus* sea una persona humana

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS EN CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-No es absoluto

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión "en general" utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Deben interpretarse de manera armónica y sistemática

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-No protección absoluta e incondicional de la vida en gestación

De las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER EN LA CONSTITUCION DE 1991-Importancia

DERECHOS DE LA MUJER-Protección constitucional especial

DERECHOS DE LA MUJER-Importancia en las conferencias mundiales de la ONU

CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Derecho a la salud reproductiva y planificación familiar

VIOLENCIA SEXUAL-Viola los derechos reproductivos de la mujeres

CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ-Importancia

DELITOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES EN ESTATUTO DE ROMA-Delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces

AUTODETERMINACION REPRODUCTIVA EN ESTATUTO DE ROMA-Violación como uno de los crímenes más graves

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autodeterminación reproductiva

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Relación con el derecho a la intimidad

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Relación con el derecho a la educación

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Reconocimiento como derechos humanos

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-Límites

De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Dignidad humana como límite

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

DIGNIDAD HUMANA-Principio fundante del ordenamiento jurídico

DIGNIDAD HUMANA-Principio constitucional

DIGNIDAD HUMANA-Derecho fundamental autónomo

DIGNIDAD HUMANA-Contenido material

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Importancia

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL-Contenido

MEDIDAS PERFECCIONISTAS-Prohibición

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Derecho a la salud como límite/**DERECHO A LA SALUD-**Relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad/**DERECHO A LA SALUD-**Relación con la autonomía personal

Las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

DERECHO A LA SALUD-Carácter integral

DERECHO A PLANEAR LA PROPIA FAMILIA-Concepto

RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-Valor/**JURISPRUDENCIA DE INSTANCIAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS-**Pauta relevante para interpretación de tratados y derechos constitucionales

De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites de razonabilidad y proporcionalidad.

El legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátese de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección. Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como

máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana – fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Alemania

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-España

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Bloque de constitucionalidad como límite

ABORTO-Prohibición total es inconstitucional

El legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales. Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

ABORTO-Incesto

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un

hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

ABORTO-Procedencia cuando embarazo es resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

ABORTO-Exigencia de denuncia cuando embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.

ABORTO-Procedencia cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre

Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del

derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

ABORTO-Procedencia cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida

Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

ABORTO-Exigencia de certificación médica cuando embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida

Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer

en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

OBJECION DE CONCIENCIA-No son titulares las personas jurídicas/**OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN ABORTO-**Improcedencia/**OBJECION DE CONCIENCIA POR MEDICO**-Invocación para no practicar aborto

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

ABORTO-Casos en que no constituye delito

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

ABORTO-Causado a mujer menor de catorce años/**DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-**Titularidad de

los menores de edad/**CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE**-Menores de edad

La jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años. Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores. Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

ESTADO DE NECESIDAD-Importancia como causal de exoneración de la responsabilidad penal

Respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquélla de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones "humillantes y potencialmente peligrosas para la salud", no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política. Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto

en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Aplicación

Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.

Demandantes: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Magistrados Ponentes:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Mónica del Pilar Roa López, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122,

123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6122.

El ciudadano Pablo Jaramillo Valencia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6123.

Las ciudadanas Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la ley 599 de 2000 – Código Penal, modificados por el art. 14 de la ley 890 de 2004, a la cual correspondió el expediente D-6124.

Según constancia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil cinco (2005) de la Secretaria General de esta Corporación, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión llevada a cabo el día trece (13) de diciembre del mismo año , resolvió acumular los expedientes D- 6123 y D- 6124 a la demanda D- 6122 y en consecuencia su trámite deberá ser conjunto para ser decididos en la misma sentencia.

Mediante auto de Dieciséis (16) de Diciembre de dos mil cinco (2005)**,** fueron admitidas por el Despacho las demandas presentadas.

Así entonces, cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inexequibilidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, acorde con su publicación en el Diario Oficial No 044.097 de 24 de julio del 2000 y se subrayan los apartes acusados:

"CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY NÚMERO 599 DE 2000

(Julio 24)

"Por la cual se expide el Código Penal".
El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(…)

ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
1. (…)
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
(…)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 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.

ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

III. DEMANDAS

1. Demandante Mónica del Pilar Roa López.

La demandante considera que las normas demandadas violan el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el 0preámbulo, los artículos 1°, 16 y 42 de la Constitución Política. Igualmente encuentra vulnerados el derecho a la igualdad y a la libre determinación (art. 13 C.P.) , el derecho a la vida, a la salud y a la integridad (arts. 11,12,43,49 C.P.) , el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes (art. 12 C.P.), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 C.P.) .

Antes de entrar a analizar los motivos de la violación, la demandante realiza un estudio de *procedibilidad* de la presente acción donde expone lo siguiente:

La demanda procede porque:

(i) los fallos anteriores constituye un precedente que amerita respeto pero no constituye cosa juzgada,
(ii) no es posible predicar la cosa juzgada formal, y
(iii) no puede predicarse la cosa juzgada material.

Los fallos anteriores constituyen un precedente que amerita respeto pero no constituye cosa juzgada. Los pronunciamientos anteriores de la Corte sobre el tema del aborto en ningún momento resultaron en fallos de inexequibilidad y por el contrario siempre consistieron en fallos de exequibilidad configurándose precedente judicial y no cosa juzgada.

No es posible predicar cosa juzgada formal respecto del art. 122 del Código Penal ya que dicho artículo nunca ha sido demandado frente a la Corte Constitucional.

No puede predicarse la cosa juzgada material para la normatividad demandada del Código Penal. El artículo 14 de la ley 890 de 2004 consagró un aumento de penas para los tipos penales de la parte especial del Código Penal. La norma entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2005 por expresa disposición del artículo 15 de la misma ley. Dado que la pena como elemento esencial del tipo penal ha sido modificada, es claro que nos encontramos ante un elemento nuevo del tipo penal de los artículos demandados 122,123 y 124 del Código Penal.

La intención es precisamente apartarme del precedente, presentado razones poderosas para ello, que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores.

Ahora bien, respecto de las argumentaciones de la violación de la Constitución Política , se afirma:

Primero: Que se declare la inexequibilidad del artículo 122 de la ley 599 de 2000. La penalización del aborto tal y como está contemplada en el Código Penal vulnera los principios fundamentales de libertad, autonomía y proporcionalidad de la Constitución Política.

Libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad

La primera y más importante de todas la consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

La decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. Así las cosas, penalizar ésta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. En otras palabras, al considerar a la persona autónoma y libre, como lo preceptúa la Constitución, se hacen inviables todas aquellas normas en donde el legislador desconoce la condición mínima del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicomprensivo cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo.

El legislador respetuoso de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como principios fundamentales de la Carta Política, no puede privilegiar, mediante la penalización una concepción particular sobre la vida y obligar a las mujeres a llevar a término embarazos no

deseados. Al mismo tiempo el legislador debe cumplir una función de mínima injerencia en la vida de las asociadas. Contraria es la imposición normativa que realiza el art. 122 referido mediante la penalización del tipo penal del aborto, que privilegia una concepción particular sobre el valor de la vida en detrimento de los derechos constitucionales de la mujer.

La regla que ha adoptado la Corte Constitucional para privilegiar una concepción de inicio de la vida para proteger el aborto hasta el momento, debe invertirse y la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer deben primar sobre cualquier concepción moral de vida.

Proporcionalidad

La intromisión estatal que obliga mediante la penalización absoluta del aborto a una mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no deseado y algunas veces poner en riesgo su salud y su vida, desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado social de derecho como el colombiano.

La obligación de tener un hijo no implica la mera decisión de engendrarlo por un período de nueve meses en el vientre de la madres , implica una serie de cargas y responsabilidades económicas , sociales y sicológicas, que afecta la integridad y la vida de la mujer .Por lo tanto, corresponde al juez constitucional realizar el test de proporcionalidad adecuado y reconocer que con el aborto no sólo está en juego la potencia o la esperanza de vida, sino la propia vida de la mujer, su salud, su libertad o su dignidad, derecho y valores que igualmente deben ser protegidos.

Si bien los derecho de la mujer no tiene por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del feto por parte del Estado, en ciertas circunstancias excepcionales, no es constitucionalmente exigible dicho deber. En este sentido se ha considerado que los factores temporal y circunstancial son útiles para hacer la ponderación de los derechos de la mujer frente a la obligación estatal de proteger la vida en formación. La situación desde la perspectiva constitucional durante los primeros meses de embarazo, es que en ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. Al mismo tiempo, la imposibilidad de interrumpir un embarazo en casos terapéuticos o de violación también impone una carga constitucionalmente imposible de defender a las mujeres que viven en situaciones extremas. Una solución que no tenga en cuenta estos elementos representaría una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de la mujer.

La presente petición no implica una solicitud al juez constitucional de actuar como legislador y adicionar condiciones de tipo penal general del aborto. Se refiere más bien a realizar el ejercicio de ponderación de derecho y deberes constitucionales y establecer así los límites dentro de los cuales el legislador debe reformular el tratamiento de esta problemática.

Igualdad

La penalización de una práctica médica que sólo requieren las mujeres viola el derecho a la igualdad e ignora los efectos diferenciales que un embarazo no deseado, tiene en la vida de mujeres jóvenes , de bajos recursos , y/ o de distinto origen étnico.

El aborto terapéutico ilegal es una violación del derecho a la igualdad en el acceso a la salud, de acuerdo con el test de igualdad. Si se tiene que el sexo femenino constituye un criterio sospechoso y que en el marco del derecho a la salud la Corte Constitucional ha establecido que se deben tratar lo0s mismo intereses sin discriminación al asegurar que todas las personas tengan acceso a atención básica de salud, la negación de la práctica de un aborto constituye un claro ejemplo de discriminación a la mujer que vulnera su derecho a la salud y a la vida.

Para delimitar la vulneración al derecho a la igualdad como un acto de discriminación se debe identificar un acto que tengo como fin consciente o inconsciente anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas violando sus derechos fundamentales. De acuerdo con lo anterior, la prohibición de la realización de un aborto está ignorando el derecho a la vida de las mujeres. La medida viola claramente un derecho fundamental y no es proporcional el trato con el fin perseguido.

En primera instancia, se está discriminando a un grupo que se constituye de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como un criterio sospechoso. En segundo lugar, en relación con los hombres a éstos en ninguna circunstancia se les está negando la protección de su derecho a la vida cuando requieren un procedimiento quirúrgico que en la medida que se les niegue les vulneraría el derecho a la vida. La medida no aplica los mismos criterios de necesidad médica a hombres y mujeres, y no habiendo justificación obligatoria para tratar a los hombres y a las mujeres de manera diferente con respecto a sus necesidades médicas no se encuentra un criterio de diferenciación en el trato válido. En tercer lugar, el fin perseguido con la medida está protegiendo la vida del nonato bajo criterios subjetivos e irrazonables. Mientras la existencia del nonato depende de la salud de la mujer hasta el parto, se está protegiendo y poniendo en mayor estima la posibilidad de una vida frente a la clara

existencia de un ser humano: la mujer. Por lo anterior, la prohibición de la realización de un aborto es una medida discriminatoria que no sólo vulnera el derecho a la igualdad, sino además las disposiciones constitucionales que otorgan una especial protección por parte del Estado a la mujer.

La imposición de roles de género basados en estereotipos es otra violación del derecho a la igualdad. La mujer en Colombia, ha sido discriminado por su sexo y ha sido configurada por el imaginario social como un ser determinado exclusivamente a la reproducción. El considerar a la mujer como un ser exclusivamente reproductivo constituye una clara discriminación que viola su derecho a la igualdad. Se tiene que la norma que penaliza el aborto materializa el estereotipo de la mujer como máquina reproductora sin tener en cuenta que la mujer puede querer decidir otras cosas para su vida, o que su vida misma deber ser sacrificada por la de un proyecto de vida impuesto. Lo anterior constituye una razón más para considerar las peticiones de la presente demanda razonables, proporcionadas y ajustadas a la Constitución.

La discriminación en la asunción de costos de la función reproductiva es una violación del derecho a la igualdad de las mujeres. Los costos de la función reproductiva, a pesar de ser una función de interés social, siguen siendo pagados por la mujer tanto cuando la opción reproductiva se ejerce de manera positiva (la elección de llevar a término un embarazo) como cuando se hace de manera negativa (la elección de terminar un embarazo indeseado).

La penalización del aborto implica una violación a la igualdad de las mujeres con menos poder y recursos. Adicionalmente, se viola el derecho a estar libre de discriminación en relación con la situación económica y / o al estado civil, cuando la única opción frente al aborto, compromete la capacidad de la mujer de poder mantener a sus hijos.

Tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Malformaciones)

La más reciente decisión del comité de derechos humanos de naciones unidas, parte del bloque de constitucionalidad, establece que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En estos casos, las mujeres usualmente tienen embarazos deseados y su inviabilidad las afectas extremadamente. Los avances tecnológicos en el área de la medicina obstétrica, permiten diagnosticar cada vez más, malformaciones del feto, las cuales pueden llegar a ser incompatibles con la vida por fuera del útero materno. La mayoría de estas anomalías fetales no se pueden

diagnosticar sino hasta la semana décimo catorce de embarazo. Este tipo de malformaciones generalmente permiten una vida intrauterina relativamente normal, lo que implica que a la mujer le es impuesto un embarazo (que a partir del diagnóstico empieza a ser indeseado)
Violando sus derechos fundamentales con la pretensión de proteger una vida humano que no tiene futuro. En casos como estos la proporcionalidad entre los derechos sacrificados (derecho de la mujer) y el bien protegido (vida human en formación) es absolutamente nula.

De otra parte es importante tener en cuenta que la experiencia médica en Colombia indica que mientras las malformaciones más graves son frecuentes dentro de los grupos con más bajos recursos, son de más rara ocurrencia en los estratos más altos.

Segundo. Que se declare la inexequibilidad del texto subrayado del artículo 123 del Código Penal " de mujer menor de catorce años " de la ley 599 de 2000. El derecho a la libre maternidad derivado de los principios de libertad y autonomía de la Constitución de 1991 no pueden negarse a las mujeres menores de catorce años.

La frase demanda del artículo 123 desconoce la autonomía de las mujeres menores de 14 años que quieran interrumpir un embarazo. En el caso de este tipo de mujeres debe entenderse que su capacidad de gestar demuestra un grado de madurez que debe implicar la capacidad de expresar su voluntad sobre la interrupción o no del embarazo. Aunque el consentimiento para sostener relaciones sexuales no se presume en las menores de 14 años, sí se debe aceptar y respetar la decisión de optar o no por un aborto, cuando se trata de ejercer el derecho a la autonomía y más cuando los embarazos tempranos traen generalmente peligros para la vida, la salud y la integridad de las menores embarazadas.

Por lo anterior, no puede defenderse constitucionalmente la penalización del médico que siguiendo el consentimiento libre e informado de una mujer menor de 14 años, interrumpa su embarazo. Adicionalmente debemos entender que prohibir a los médicos que actúen para salvaguardar el bienestar de las niñas es una violación del artículo 44 de la Constitución Política.

Que se declare la inexequibilidad del artículo 124 de la ley 599 de 2000. No es suficiente la disminución de la pena o la posibilidad de no castigar con prisión los casos de violencia sexual. La sola iniciación de un proceso penal aunque existan argumentos de defensa fuertes, vulnera la dignidad, la libertad y la autonomía de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación.

La mujer que en casos de violación aborta no hace más que obrar en legítima defensa y ya se ha señalado que negarle legalmente esta posibilidad equivale a establecer un deber extraordinariamente oneroso.

Dignidad

El principio de dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear al penalizar el aborto sin ninguna excepción.

La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de una inseminación artificial no consentida, tiene un significado excesivamente gravoso para la mujer que se ve obligada a soportarlo de manera injusta. Por lo tanto, la punición de su conducta en ese caso quebranta la Constitución Política.

El art. 124 del Código Penal le niega a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, la posibilidad de pone término a la cadena de trasgresiones que se ciernen sobre sus otros derechos. En esta circunstancia se vería realmente vulnerado el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la víctima cuando el precepto penal la obliga a llevar a término la gestación, justificado en la exigencia legal y a costa de los costos biológicos de su embarazo.

El embarazo forzado por violación es un desconocimiento del principio de dignidad humana de la niña y la mujer. La afirmación de que la mujer deberá ser obligada contra su voluntad a servir los deseos de otros es una negación instrumental de su dignidad humana y un abuso de sus capacidades reproductivas. En estos casos se estaría cosificando a la mujer como puro vientre desligado de la conciencia.

La violación afecta a la mujer y la niña en su integridad personal, social, sexual y existencial, alterando su historia y su proyecto de vida. De esta manera, el embarazo por violación, cuya incidencia es difícil de cuantificar, constituye una agr4esión a la esencia misma de cada mujer.

Cuarto. Que se declare la inexequibilidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal. El cargo en contra de esta norma se fundamenta en la violación a los derechos constitucionales a la vida e integridad de la mujer que a pesar de contar con la defensa penal del Estado de Necesidad, debe empezar por someterse a un aborto clandestino y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad.

Vida, salud e integridad

La vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene. Esa realidad social es constitucionalmente relevante.

La dimensión objetiva del derecho a la vida, le impone al estado la obligación de impedir que las mujeres mueran por causa de abortos inseguros. El derecho a la vida se entiende como el derecho fundamental por excelencia establecido en la Constitución. Se ha entendido que el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión subjetiva de asegurar la vida sino que también comprende la obligación de otros de respetar el derecho a seguir viviendo o a que se anticipe su muerte.

El derecho a la vida adquiere un carácter objetivo en el Estado Social de Derecho lo cual implica que la fuerza vinculante de este derecho, como la de los demás derechos fundamentales, se hace extensiva a las relaciones privadas, aunque es el estado el principal responsable de su protección, garantías, respeto y desarrollo. De acuerdo a lo anterior, no solamente el Estado es responsable de proteger la vida a los asociados sino que el derecho a la vida, como todos los derechos fundamentales, es también responsabilidad constitucional de los particulares.

Debe afirmarse que el derecho a la vida es un derecho de doble vía en el que, por una parte, existe el derecho de las personas de exigir de las autoridades la protección de sus derechos, en este caso el fundamental de la vida, y de la otra, existe el deber de las autoridades de brindar la protección requerida, en forma suficiente y oportuna así no correspondan exactamente a las medidas que el ciudadano desee que se le confieran.

En consecuencia, se señala que “mediante el rechazo del estado de necesidad, como ocurre en el caso de los tribunales italianos, o a través de una amplia interpretación de esta defensa, como en el caso de los tribunales anglosajones, todos los jueces han declarado que limitar los abortos a casos en los que existe una amenaza física inmediata no da

suficiente preponderancia a los derechos fundamentales de la mujer a la salud mental y física “.

El Bloque de constitucionalidad y las guías de interpretación de los derechos fundamentales.

Bloque de constitucionalidad

La Corte debe usar como criterio hermenéutico en el estudio de constitucionalidad del manejo penal del aborto la jurisprudencia y doctrina de las instancias internacionales que monitorean los tratados de derechos humanos. De acuerdo a lo anterior, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que se más favorable a la vigencia de los derechos humanos y para esto debe tener en cuenta la jurisprudencia de instancias internacionales, que constituye paute relevante para interpretar el alcance de esos tratados.

Se señalan varias recomendaciones que los diferentes comités de monitoreo le han hecho a Colombia a propósito de la despenalización del aborto.

Argumentos del derecho internacional de los derechos humanos

La penalización del aborto viola el derecho a la intimidad de la mujer. El derecho a la intimidad de la mujer se encuentra protegido en diferentes tratados internacionales de derechos humanos.

En el contexto de los derechos reproductivos, este derecho es violado cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Sobre el derecho a decidir el número de hijos los diferentes comités han señalado que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Las barreras legales que impiden el acceso a tratamientos médicos que sólo requieren las mujeres para proteger su vida o su salud constituyen una violación del derecho a la igualdad en el derecho internacional. En el derecho internacional el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos.

El derecho en mención contiene varios componentes : en primer lugar el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los ho9mbres, en segundo lugar, la

protección contra la discriminación que exige la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derecho reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, impone responsabilidad en el Estado para que dicte medidas para prevenir y sancionar los actos discriminatorios. Adicionalmente existe la protección contra la discriminación mediante la prevención y penalización de las conductas discriminatorias que son ejercidas desde el Estado e incluso lo hace responsable por la falta de diligencia para prevenir violaciones en la esfera privada.

El aborto ilegal constituye una violación del derecho a la igualdad en el acceso a servicios de salud.

Los derechos de las mujeres de bajos ingresos son vulnerados en mayor medida con la penalización del aborto, lo que constituye discriminación por condición socio – económica.

El aborto ilegal afecta particularmente los derechos de las mujeres jóvenes y niñas, violando su derecho a no ser discriminadas por razones de edad.

El artículo 122 del Código Penal viola el derecho a la vida por su claro vínculo con las altas tasas de mortalidad materna. Los diferentes comités han señalado que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que general altas tasas de mortalidad materna.

Las obligaciones positivas de protección a la vida, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, implican tomar medidas para evitar que las mujeres que mueran por causa de abortos ilegales.

Con base en los argumentos mencionados con anterioridad, la demandante solicita:

Primero: Que se declare la inexequibilidad del artículo 122 de la ley 599 de 2000. La penalización del aborto tal y como está contemplada en el Código Penal vulnera los principios fundamentales de libertad, autonomía y proporcionalidad de la Constitución Política.

Segundo: Que se declare la inexequibilidad del texto subrayado del artículo 123 del Código Penal (… *de la mujer de catorce años…)* de la ley 599 de 2000. El derecho a la libre maternidad derivado de los principios de libertad y autonomía de la Constitución de 1991 no pueden negarse a las mujeres menores de catorce años.

Tercero: Que se declare la inexequibilidad del artículo 124 de la ley 599 de 2000. No es suficiente la disminución de la pena o la posibilidad de no castigar con prisión los casos de violencia sexual. La sola iniciación de un proceso penal, aunque existan argumentos de defensa fuertes, vulnera la dignidad, la libertad y la autonomía de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación.

Cuarto: Que se declare la inexequibilidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal. El cargo en contra de ésta norma se fundamenta en la violación a los derechos fundamentales a la vida e integridad de la mujer que a pesar de contar con la defensa penal de Estado de Necesidad, debe empezar por someterse a un aborto clandestino y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad.

Las peticiones anteriores no implican una solicitud al juez constitucional de actuar como un legislador y adicionar condiciones al tipo penal general del aborto. Las peticiones buscan determinar los límites del marco constitucional dentro del cual los legisladores deberán reformar el tratamiento legal del problema del aborto; una vez se considere que el actual régimen penal constituye una violación a los principios y derechos constitucionales.

2. Demanda de Pablo Jaramillo Valencia

Señala el demandante que las normas acusadas violan el preámbulo, y los artículos 1, 11, 12, 13, 16, 42,43, 49 y 93 numeral segundo de la Constitución Política de Colombia.

Antes de realizar argumentaciones de fondo, el demandante analiza asuntos de procedibilidad , de la siguiente manera:

La Corte Constitucional revisó los artículos relacionados con el tipo penal del aborto declarándolos exequibles. Al respecto no puede predicarse la cosa juzgada material, puesto que esta solo se da al referirse a disposiciones declaradas inexequibles.

La prohibición de aborto viola el derecho a la vida de la madre.

El derecho a la vida, a la salud, a la integridad, deben ser analizados por separado para encontrar las posibles incompatibilidades de la norma demandada con los derechos fundamentales constitucionales amparados. Es evidente, que en circunstancias de aborto como el peligro inminente para la vida de la madre, la ley no puede despersonalizar a la mujer hasta el punto de considerar que es necesario conservar la vida del nasciturus

en perjuicio de otra, pues no es menos que decretar de oficio la penal de muerte para la mujer en estado de embarazo. Una legislación que no permita despenalizar el aborto en esta circunstancia es claramente violatoria del derecho fundamental a la vida.

La prohibición de aborto cuando este configura peligro inminente para la vida de la madre se traduce en una contradicción lógica que no puede tener acogida en el ordenamiento constitucional colombiano. La madre que está en estado de embarazo no tiene ninguna opción de actuar respetando la ley – no incurriendo en la conducta típica de aborto – mientras preserva su vida pues si respeta el dicho de la ley se condena a morir y a abandonar al niño a su suerte y si no lo hace debe someterse a un aborto en condiciones insalubres y denigrantes que si no le cuesta la vida si la condena a la cárcel.

La elección entre vidas no solo desfigura por completo el sentido del derecho, violentando su núcleo esencial sino que además se hace prefiriendo la esperanza de una vida futura por sobre una vida ya existente como la de la madre. Además de preservarse la vida del nasciturus, el estado lo habrá despojado de su madre lesionando gravemente su dignidad personal.

Por otra parte, la legislación colombiana permite otros procedimientos en los que se realiza un acto equiparable con la interrupción voluntaria del embarazo en casos de grave peligro para la vida de la madre. En primer lugar, es importante ver que cuando el acto de abortar se despoja de todos los componentes morales, queda que es solo la escisión de un cuerpo de otro sin el cual el primero no puede preservar su vida. Pero dicho procedimiento no se da sólo en ese caso. Al separar dos siamesas que comparten un órgano vital se da exactamente el mismo procedimiento en donde uno y otro cuerpo se separan quirúrgicamente en perjuicio de la vida de uno de los dos.

En cuanto a la responsabilidad del Estado de proteger el derecho a la vida, es responsabilidad de las autoridades públicas llevar a cabo todos los actos que puedan hacer posible mantener la vida de la madre. Centrar toda la acción pública en una vida que aun no existe de forma autónoma , implica el sacrificio de la de la madre, des humanizándola , atentando contra su carácter de persona y viéndola como un simple vehículo de desarrollo molecular. Con la deshumanización de la madre que se da en obligarla a llevar a término un embarazo que pone en peligro su vida el legislador irrumpió en el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

De argumentarse que dicha protección al derecho a la salud vulnera el derecho a la vida del nasciturus , es importante recordar que dicha ponderación no cabe pues la salud del nasciturus no es más que la que deriva de su propia madre. Ni siquiera las legislaciones más restrictivas han caído en dicha contradicción lógica pues hasta en las dictaduras fascistas se le da la opción al individuo para acogerse al régimen sin perder la vida, mientras que en la legislación colombiana sobre el aborto , aquella mujer embarazada en peligro de muerte que se acoja al régimen y no viole la ley, se ve condena a morir.

El artículo 122 viola el principio de dignidad humana.

El artículo demandado obliga a la mujer a dar a luz aun al hijo concebido por el hombre que la violó. No cabe en este caso la afirmación de que la autonomía reproductiva termina al momento de la concepción , pues al configurarse la conducta de acceso carnal violento, no existe posibilidad de la mujer para evita que se de la fecundación del óvulo. Resultaría absurdo que el estado protegiera el producto de una violación, haciendo que de ella desemboque una limitación de derecho para la madre. Igualmente , obligar a la mujer a llevar en su vientre al hijo de su violador le retira no solo su dignidad como persona , sino también la despersonaliza , retirando todo el valor que para ella pudiera tener la condición de madre y volviéndola ante la ley un vientre sin conciencia.

Penalizar el aborto en casos de violación prácticamente legitima el delito y se constituye en una benevolencia implícita con el violador , que fuera de haber agredido sexualmente a la mujer , engendra al nasciturus y lo constituye en el elemento que perpetua la afrenta sufrida por quien fuere violada.

El artículo 122 del Código Penal viola el derecho a la salud, por conexidad con la vida.

En cuanto a los casos de embarazo en los cuales el nasciturus tiene malformaciones que imposibilitarían la vida por fuera del útero materno, resulta absurdo que la ley exija a la mujer seguir en estado de embarazo arriesgándose a todo lo que conlleva estar en dicho estado. Dicha prohibición violenta , no solo el principio de dignidad de la mujer , sino también su derecho a la salud en cuanto a que éste puede ser limitado en caso de un embarazo regular , pero cuya limitación carece de sentido en este caso por resultar excesivamente onerosa para la mujer , sin que de ella se desprendan las consecuencias para las que dicha limitación existe.

Resulta denigrante para la mujer verse sometida a las vejaciones de la muerte de su hijo recién nacido sumadas a todas las complicaciones de

salud propias del embarazo, cuando existe una malformación del feto que lo hace inviable.

La prohibición de aborto violenta el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva.

Prohibirle a la mujer la interrupción voluntaria de su estado de gravidez atenta directamente contra su autonomía para reproducirse , pues la decisión de practicar o no un aborto en cualquiera que sea la circunstancia , no es más que el ejercicio de dicha autonomía .

En cuanto al libre desarrollo es claro que parte del mismo se constituye en la libre decisión de la madre de dar o no a luz a un hijo , dada la ingerencia que en su vida dicha decisión puede tener.

El aparte " ...o en mujer menor de catorce años ... " del artículo 123 del Código Penal viola la autonomía de la mujer y se presta para legitimar conductas punibles en contra de menores de edad.

Resulta evidente que desde el momento en que la mujer se encuentra en edad reproductiva debe tener la facultad de interrumpir por voluntad propia su embarazo . Es deseable que se penalice el aborto sin consentimiento de la madre, pero dicha penalización debe ser dada por la falta de autorización para llevarlo a cabo. Pero la expresión demandada debería encontrar asidero en la protección efectiva de los derecho del menor , lo que logrea es ser más restrictiva con dicho grupo poblacional y lo eliminaría de tajo de toda posibilidad de verse beneficiado por una eventual despenalización del aborto.

Se solicita a la Corte declarar la inexequibilidad del aparte señalado, aclarando como es pertinente, que toda mujer en estado de gravidez tiene la capacidad, sin distingo de edad, a autorizar que se le practique un procedimiento de aborto .

El artículo 124 del Código Penal debe ser declarado inexequible por sustracción de materia.

Posterior a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 122 del Código Penal que consagra el tipo de aborto , carecería de sentido que se conservaran dentro del Código circunstancias de atenuación punitiva de dicho tipo. Las disposiciones del artículo 124 se integran en su sentido a la existencia del artículo 122.

El artículo 32 numeral 7 del Código penal debe ser declarado inexequible por sustracción de materia en lo que se relaciona al tipo penal de aborto

Posterior a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 122 del Código Penal que consagra el tipo de aborto , carecería de sentido que se conservaran dentro del Código circunstancias de exención de responsabilidad penal por dicho tipo.

3. Demanda de Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santanilla.

Las demandantes manifiestan que las normas acusadas violan el preámbulo y los artículos 11, 13, 15, 16, 49 de la Constitución Política.

Antes de analizar cuestiones de fondo, las actores efectúan un análisis sobre procedibilidad de la siguiente manera:

No existe cosa juzgada formal porque la constitucionalidad de las normas demandadas , pertenecientes al Código Penal de 2000 , no han sido estudiadas ni decididas a la fecha. Tampoco existe cosa juzgada material porque las normas que prohíben actualmente el aborto poseen una pena superior a la que imponían sus antecesoras y por ende, a pesar de presentar redacciones idénticas , se trata de normas distintas.

Violación del derecho a la vida.

En relación con el aborto, el Estado colombiano ha incumplido ampliamente con su obligación de proteger la vida de mujeres con embarazos no deseados a través de actos positivos. Las medidas legislativas hasta ahora adoptadas no sólo han sido ineficaces para impedir la práctica del aborto y las muertes que de ahí se derivan , sino ante todo contraproducentes.

La penalización del aborto le ha impedido a la mujer embarazada acceder a un servicio médico adecuado , digno , seguro dentro de lo posible, económicamente factible y debidamente regulado para evitar abusos y riesgos innecesarios.

Violación del derecho a la no discriminación o a la igualdad.

La criminalización del aborto viola el derecho a la no discriminación de las mujeres al menos por tres razones: Primero, porque se penaliza ciertos procedimientos médicos que sólo se aplican a las mujeres, lo que les impide acceder a servicios de salud en igualdad de condiciones .

Segundo, porque se discrimina a las mujeres de bajos ingresos quienes de acuerdo con estadísticas son las que con mayor frecuencia se han visto abocadas a practicarse clandestinamente un aborto en condiciones sépticas inferiores a , a diferencia de las mujeres de ingresos superiores que pueden costear un servicio igualmente clandestino pero de mejor calidad sanitaria y técnica. Tercero , porque la población más vulnerable y discriminada a causa de la ilegalidad del aborto es la de mujeres jóvenes y niñas.

Impedir que niñas menores de 14 años no puedan abortar es crear una discriminación no razonable en punto a la edad.

Violación del derecho a la salud.

La despenalización total del aborto resulta acorde con la protección del derecho a la salud y la obligación que se impone al Estado para proveer los medios necesarios para que las mujeres que decidan abortar lo puedan hacer bajo condiciones adecuadas , seguras y dignas.

Además es obligación del Estado brindar especial asistencia y protección a la mujer que durante el embarazo y ello supone si decide interrumpirlo , el estado brinde los mecanismos sanitarios necesarios para garantizar la integridad física de la mujer.

Violación al libre desarrollo de la personalidad.

Forzar la continuidad de un embarazo no deseado es desconocer este derecho imponiendo a quien no quiere vivenciarla , la experiencia de la maternidad.

Derecho a la autonomía reproductiva.

Las normas demandadas vulnera el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer cuando obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fertilidad sin que el Estado, a través de la amenaza de una pena, le imponga la condición de ser madre.

Derecho a la intimidad.

Con el aborto , el Estado colombiano interfiere en el derecho de la mujer a tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo y sobre su capacidad reproductiva , decisiones propias de la esfera de cada mujer y no del Estado.

Violación del principio y el derecho a la dignidad humana

Por todo lo expuesto , las normas demandadas violan el principio constitucional de la dignidad de la mujer en la medida en que , a través de una amenaza penal, se le impone llevar a cabo una gestión no deseada, y con ello, se cosifica e identifica como vientre desligado de la conciencia.

IV. INTERVENCIONES

4.1 CUADERNO PRINCIPAL

4.1.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-

Mediante escrito 11000-007843 recibido en la Corte Constitucional el 10 de febrero de 2006, la Directora General de este Instituto, doctora Beatriz Londoño Soto, interviene dentro del proceso de la referencia.

Como precisión inicial, se señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no aprueba ni consiente el aborto como un método de planificación familiar.

Considera que (i) el aborto es un problema de salud pública; (ii) las mujeres de todas las condiciones y edades tienen aborto, siendo con mayor frecuencia las mujeres pobres, jóvenes y adolescentes las que más se exponen a aborto en condiciones inseguras; (iii) El rol de los hombres adultos en embarazos de adolescentes es muy restringido, amenos que su conducta sea tipificada como un acto sexual abusivo con niñas menores de 14 años de edad; (iv) la mayoría de los programas de educación sexual tienen un enfoque restringido; (v) Es fundamental el fortalecimiento de la familia con la concurrencia activa de sectores de al salud, educación, las autoridades locales y la propia comunidad; (vi) Las graves afecciones en su salud física y mental afecta de sobremanera a las adolescentes y menores de c14 años de edad, teniendo de todos modos efectos negativos en todas las mujeres en especial cuando el embarazo es consecuencia de una violación, o cuando el feto tiene malformaciones o el embarazo pone en peligro la vida de la madre; (vii) En el caso de las adolescentes y menores de 14 años de edad los embarazos tempranos están asociados con otros factores perturbadores como laa

Luego hace una ampliación explicación acerca de los numerosos estudios internacionales y nacionales relacionados con la práctica del aborto a nivel mundial y nacional, así como de los índices de morbimortalidad en diferentes los diferentes países, incluido Colombia, así como los elementos sociales, culturales, económicos y legales que imponen o no

sanciones a la práctica del aborto inducido; la incidencia de esta práctica en la población dependiendo que quien interrumpa voluntariamente su embarazo sea una mujer adulta y una menor de edad; señala también, de manera amplia los diferentes instrumentos legales de orden nacional e internacional que se han dictado buscando con ellos, eliminar los tratos discriminatorios a la mujer y a los menores de edad, entendido bajo este último concepto a los niños, a las niñas y a los y las adolescentes.

Expone igualmente que en el eventual caso que una mujer de cualquier edad, incluidas las adolescentes se vean abocadas a tomar una decisión acerca de la posibilidad de interrumpir un embarazo, estas deben previamente haber obtenido una información amplia actual y completa sobre el procedimiento médico, el apoyo terapéutico y social que lleguen a necesitar, luego de lo cual deberán tomar tal decisión de manera libre y espontánea, Con estas medidas previas se busca garantizar el respeto a su autonomía personal, a la confidencialidad de la decisión, a su intimidad y a la posibilidad de que generen su consentimiento informado y cualificado.

Advierte igualmente el cambio jurídico que se ha dado a partir de la Constitución Política de 1991 al disponer que los menores de edad dejan de ser personas con derechos limitados o restringidos a ser una población de especial protección.

Finalmente, reitera lo señalado al inicio de su intervención, en el sentido de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar _ICBF-, no aprueba ni consiente el aborto como un método de planificación familiar, y concluye exponiendo los siguientes argumentos a título de conclusión:

1. Para prevenir el aborto inducido y la morbimortalidad por aborto es prioritario trabajar en varios frentes: (i) prevenir el embarazo indeseado y poner especial interés a los aspectos socioculturales, así como precisar las cargas que corresponde cumplir a la familia, la sociedad y el Estado y garantizar servicios de salud sexual y reproductiva con calidad; (iii) adecuar a los requerimientos nacionales e internacionales la legislación para evitar la muerte de mujeres con ocasión de las precarias y clandestinas condiciones en que son atendidas en el caso del aborto inducido; (iii) promover y controlar la calidad de los servicios de salud para las mujeres, en particular para adolescentes y las mujeres más pobres.

2. Catalogándose el aborto inducido en condiciones inseguras en Colombia, como un problema de derechos humanos, justicia social y salud pública'25, frente a una decisión favorable de la

Corte a la despenalización del aborto, bien sea por la vía de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal o la declaratoria de constitucionalidad condicionada de tal forma que no sean penalizadas las siguientes circunstancias y en consecuencia se pueda interrumpir el embarazo: (i) cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de la madre; (ii) cuando el embarazo sea el resultado de violación, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; (iii) cuando exista una malformación fetal; el Sistema de Salud con el apoyo de las demás entidades competentes deberá adoptar inmediatamente y de manera prioritaria la regulación y adecuación de programas tendientes a garantizar la prestación de servicios de aborto seguro en forma oportuna para todas las mujeres. Esto es fundamental en la medida en que despenalizar no es suficiente por sí mismo sino que dicha decisión necesariamente debe ir acompañada de un marco regulativo del sector salud que garantice la prestación y organice la provisión, sistemas de información para la vigilancia, el control, el monitoreo y la evaluación de los servicios. Estos servicios deben hacer parte de las prestaciones obligatorias del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3. En el evento de que el personal médico se niegue a prestar el servicio que la niña o la adolescente requieren con base en la objeción de conciencia, el Sistema de Salud debe introducir medidas que aseguren su atención por prestadores de salud alternativos de manera inmediata y prioritaria cumplidos los requisitos que prevea la ley para estos casos. En consecuencia, se debe prohibir cualquier conducta que comprometa, vulnere o ponga en riesgo o peligro el derecho a la salud y/o a la vida de la niña o adolescente.

4. El personal de salud, debe tener una visión más holística de la situación que viven las niñas y adolescentes en tales circunstancias y comprender cuáles son sus condiciones y necesidades, así como capacitarse para dar una respuesta verdaderamente integral en desarrollo de la propuesta de la Organización Mundial de la Salud, de que la salud trasciende lo corporal, lo meramente biológico, para reconocerse como bienestar bio-sico-social de cada ser humano.

5. La Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños y los adolescentes. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos pasaron a ser

concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los (las) menores de edad se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera "sujetos de protección especial" constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor de edad no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo. Pero esta protección tiene una finalidad liberadora del menor de edad y promotora de su dignidad. En consecuencia los derechos de las niñas y las adolescentes deben interpretarse a la luz del respeto y la defensa que demanda la Constitución de su autonomía, de su libertad y de su dignidad. Por lo tanto se deben considerar estos principios para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las adolescentes.

6. Al despenalizar el aborto como una de las medidas necesarias para evitar la morbimortalidad de las mujeres, especialmente de las adolescentes, en el ejercicio de su autonomía individual la adolescente mayor de 14 y menor de 18 años que tome la decisión de interrumpir su embarazo, en el tiempo que determine la ley y que sea biológicamente viable debe contar con el previo consentimiento ampliamente informado, con la disponibilidad de servicios médicos seguros y de la más alta calidad y con el apoyo terapéutico que sea necesario. En el caso de niñas menores de 14 años, se debe contar previamente al procedimiento médico, con el consentimiento ampliamente informado y cualificado de la niña, con la autorización de su representante legal y/o de la autoridad competente (consentimiento sustituto) que determine el legislador, teniendo en cuenta para ello los parámetros fijados por la Corte en los precedentes jurisprudencia les, con la disponibilidad de servicios médicos seguros y de la más alta calidad y con el apoyo terapéutico que se requiera. Cada caso y cada circunstancia se deben analizar en particular y en concreto.

7. La maximización de la autonomía de las personas hace indispensable, entre otras cosas, que el Estado y la sociedad provean el conocimiento necesario para que éstas adopten las decisiones que consideran más adecuadas para sí mismas, según su propio juicio. Esta labor puede tomar diversas manifestaciones. Una de ellas, que pretende el desarrollo general pero paulatino de las capacidades necesarias para que los individuos adopten decisiones vitales, es el acceso a una

educación formal o especial, adecuada a las condiciones, necesidades e intereses de los individuos, como mecanismo de promoción de la salud. En consecuencia el Sector Educación en coordinación con el Sector Salud en el ámbito de competencias que le determina la Constitución y la ley, deben responder de manera prioritaria e inmediata a disponer programas y servicios tendientes a brindar de manera eficiente a las mujeres, los padres y madres de familia, los niños (as) y los adolescentes educación formativa en salud sexual y reproductiva.

8. Sin duda, el problema del aborto, hoy es un problema de salud pública pero se debe encarar holísticamente desde: (i) un ordenamiento jurídico que responda a los preceptos fijados por los principios, valores y normas de la Constitución, a los Tratados de Derechos Humanos; (ii) la política pública de salud y educación; (üi) las responsabilidades que corresponden a la familia, la sociedad y al Estado para garantizar, en este caso, el desarrollo armónico e integral de las niñas y adolescentes, la garantía de su interés superior y la prevalencia de sus derechos, especialmente a la vida, a la salud, a la igualdad, a la intimidad personal, y el respeto a su dignidad, autonomía y libertad.

9. Las niñas y las adolescentes en circunstancias tan difíciles, de debilidad manifiesta y de indefensión, en las que pudieren encontrarse en una situación como la planteada en las demandas que hoy ocupan la atención de esa H. Corporación se les debe garantizar el apoyo necesario para garantizar sus derechos humanos fundamentales, en especial su derecho a la salud y a una vida plena, feliz y digna.

4.1.2 Corporación Casa de la Mujer.

La Corporación Casa de la Mujer de Bogotá, mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día 10 de febrero de 2006, y representada por la señora Olga Amparo Sánchez Gómez, interviene de la siguiente manera:

Considera inicialmente, que el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, es una norma penal que debe ser declarada inexequible, pues calificar como conducta punible el aborto, atenta de manera directa contra los derechos fundamentales de las mujeres a la vida, a la salud y la integridad, a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad.

La tipificación del aborto como conducta punitiva que busca proteger el bien jurídico de la vida e integridad personal, evidencia la incongruencia

de esta norma penal que en tanto ordenamiento privativo y restrictivo de derechos debe por el contrario ser fuente de garantía y protección de tales derechos. Así, la existencia de normas que no son producto del respeto a los derechos fundamentales, son el resultado de políticas intervencionistas de Estado que impone limitaciones desbordantes a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Establecer una limitación al derecho fundamental de autodeterminación y al libre desarrollo de la mujer en particular a que esta decida el número de hijos-as que desea y puede tener, y obligarla a ser madre luego de un embarazo no deseado, no guarda consonancia con los deberes que el Estado y la sociedad tienen frente a la mujer como generadora de vida. Estos deberes estatales implican la garantía, protección y establecimiento de las condiciones para que en ejercicio de su autonomía, la mujer considere cuando es el momento oportuno y preciso para ser madre, de conformidad con el establecimiento de condiciones políticas, sociales, económicas, culturales y afectivas.

No obstante, la incapacidad del Estado y la sociedad para otorgar a la madre y al que esta por nacer garantías de educación, salud, alimentación, recreación y seguridad, entre otros, no pueden convertirse en una carga o una obligación para las mujeres que no cuentan con las condiciones para tener hijos. Ese traslado de cargas y el establecimiento de control social a partir de un contexto de normas prohibitivas y coercitivas, son clara demostración de la incapacidad estatal para formar a las personas en educación sexual y reproductiva a través de la inclusión de políticas públicas para la protección y ampliación de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, incluyendo en este aspecto el derecho al placer sexual.

La discrecionalidad del legislador de prohibir el aborto es la consecuencia del temor de despenalizar una conducta que únicamente compete a la orbita interna e intima de la mujer, y en algunos casos de la pareja. Así, la discrecionalidad del legislador quien tipifica la conducta del aborto, no se contrapone con el principio de autonomía e independencia del poder judicial que en plena observancia de la orbita de protección y garantía de los derechos conculcados tiene el deber de excluir del ordenamiento jurídico estas normas jurídicas. Actuar de manera contraria significaría el desbarajuste y la deslegitimidad de un Estado que a través de sus legisladores crea normas para prohibir, pero no emplea los mecanismos que tiene a su alcance para reparar.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional al verificar la vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres, se encuentra en un evento de aplicación, garantía y protección de derechos fundamentales frente al

deber de proteger la vida, conflicto entre derechos y deberes que trae consigo la creación de una medida coercitiva que se traduce en la tipificación de una conducta punible, como máxima expresión del poder estatal para la prevención de conductas jurídicas atentatorias de bienes jurídicos establecidos.

La medida que limita los derechos fundamentales de las mujeres debe ser proporcional con el derecho que se restringe. Para este tipo de situaciones, por vía jurisprudencial la Corte ha implementado herramientas constitucionales de análisis e interpretación conducentes a determinar si la medida en este caso, la tipificación de la conducta de aborto y la consecuencia imposición de una pena, es adecuada, necesaria y proporcional con la restricción del derecho.

En desarrollo de análisis constitucional, el fin perseguido por el legislador al tipificar el aborto, es proteger la vida del que esta por nacer, más no proteger el derecho fundamental a la vida, por este motivo, no estamos frente a la ponderación de derechos constitucionales fundamentales. Esta afirmación se explica porque la titular de los derechos fundamentales es la mujer no el nasciturus, teniendo como consecuencia dogmática que no se ponderan derechos fundamentales, sino que se verifica que la medida cuya constitucionalidad se estudia sea adecuada, necesaria y proporcional a la restricción del derecho fundamental que se considera vulnerado.

Como el deber del Estado en el caso bajo estudio se ejerce a través de la implementación de una medida restrictiva, se debe entrar a considerar que dicha medida no es adecuada por que no garantiza el fin perseguido que es proteger la vida del que esta por nacer; es decir, su idoneidad en términos de eficacia no justifica constitucionalmente su imposición.

La tipificación de la conducta punible de aborto no es necesaria por no ser la medida indicada para conseguir el fin perseguido. Existente medidas más razonables y menos limitativas de los derechos fundamentales de las mujeres que están siendo vulnerados, como puede ser la formación sexual y reproductiva desde la infancia, la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas a toda la población, la igualdad de oportunidades a todos los miembros de la sociedad para acceder a los mecanismos de protección y garantía de sus derechos, así como el acceso a la oferta de bienes y servicios.

De esta manera, es claro que la medida de tipificar el aborto, no ha conseguido los fines propuestos, por el contrario, ello ha llevado a que las titulares del derecho acudan a lugares clandestinos, carentes de condiciones mínimas de higiene en los que se practican un aborto,

creando así un mercado ilegal de servicios médicos, con lo cual el fin buscado de proteger la vida, no se logra. Además se pone en alto riesgo otros derechos como la dignidad y la salud, visto el gran número de mujeres que muere tratando de interrumpir de manera clandestina, un embarazo no deseado.

En consecuencia, es claro que la medida no es proporcional a la restricción del derecho fundamental por cuanto, el precio de la presunta protección de los derechos fundamentales, lleva a las mujeres a situaciones extremas. Obligar a las mujeres a tener un hijo-a que no desean o que no pueden mantener, es conducirlas al extremo de arriesgar sus vidas y su salud para llevarlas a su aniquilamiento.

Despenalizar el aborto no generará su incremento sino que obligará al Estado a emprender políticas dirigidas a la formación sexual y reproductiva, al control de métodos de planificación y fertilidad, a la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, a promover una educación sexual diferenciada y de formación para el placer, otorgando la posibilidad de escoger opciones de vida basadas en el respeto por la diversidad sexual, y brindando una adecuada atención hospitalaria.

Así, el deber del Estado de proteger la vida del que esta por nacer, no se logra a través de instrumentos de control social de carácter represivo y sancionatorio basado en el miedo y la intimidación con la imposición de penas que no se compadecen con la conducta efectivamente realizada, pues desconoce los fines perseguidos por las sanciones penales como son la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Categorizar la protección de la vida por medio de un criterio cuantitativo frente al *nasciturus* corresponde a una política centrada en las relaciones existentes entre derecho y moral, discusión que de antaño infunde limites a la garantía y protección de los derechos que se encuentran en la Constitución. Así, el establecimiento de criterios morales y de teorías científicas objeto de verificación, reconsideración o revocatoria, no constituyen criterio limitativo e interpretativo de los derechos. Por el contrario, al poseer estas características lleva a que la interpretación de los derechos y de delimitación de su contenido se haga en sentido amplio. Actuar de manera contraria es abiertamente inconstitucional.

La carencia de argumentos para defender la no despenalización del aborto, sino a partir de criterios morales y teorías científicas, demuestran aún más el temor por la precaria formación en esta materia, dando como respuesta mecanismos de control social que aunque de fuentes diferentes

se funden en la construcción de argumentos para la defensa de posiciones conculcadoras de derechos ya reconocidos.

Resulta igualmente importante señalar que el debate acerca de la despenalización del aborto a de hacerse desde el punto de vista de los derechos humanos de las mujeres. Así, la tipificación del aborto como delito es una de las formas de la persistente discriminación contra las mujeres en el país, pues el Estado en aras de administrar justicia, tiene la facultad de desconocer derechos humanos, como la libertad, la vida, la libre expresión de su personalidad y la salud de las mujeres. De esta manera, el Estado antepone las normas a derechos como la autonomía, la dignidad de las mujeres y la libertad.

Como otros argumentos de orden constitucional, legal y de los derechos humanos de las mujeres, que justificarían la despenalización del aborto la Casa de la Mujer expuso los siguientes.

Se requiere un nuevo marco legal que lleve aparejada una seguridad jurídica a todos los implicados, especialmente a las mujeres. Es decir que la "justicia concreta" y el derecho positivo, en este caso el derecho penal, no se refiera a una justicia específica que no considere el equilibrio y proporcionalidad entre la ley positiva y la realidad social. La aplicación del derecho por parte del aparato judicial debe de tener en cuenta realidades concretas, pues su desconocimiento ocasionaría un desequilibrio entre el fin de la norma y el beneficio que de ella se espera.

Con todo, la Casa de la Mujer encuentra que deben existir límites expresos y circunstancias específicas para que, las mujeres, en uso de sus derechos a la autonomía y libertad interrumpan un embarazo, limitación que no podrá exceda las 12 semanas de gestación.

Con todo, existen circunstancias específicas que obligan a las mujeres a considerar la interrupción del embarazo posterior a este término (12 semanas), caso en que en que el legislador debe actuar en racionalidad para atender abortos tardíos en circunstancias como:

a) Peligro de la vida de la madre
b) Conocimiento de un embarazo tardío.
c) Malformación congénita incompatible con la vida uterina
d) Por abuso sexual o acceso carnal violento
e) Por inseminación artificial no consentida
f) Transfusión de óvulo no consentida

Segundo: Inexequibilidad del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Si bien frente a las circunstancias de atenuación punitiva se está de acuerdo con los derechos fundamentales vulnerados que plasman los demandantes, se debe indicar que a partir de los criterios de fundamentalidad plasmados por la Corte Constitucional por vía jurisprudencíal respecto de los derechos fundamentales de reparación, justicia y verdad, estos derechos en cabeza de las víctimas están siendo efectivamente vulnerados y en consecuencia deben ser objeto de estudio en el análisis de constitucionalidad.

En tanto la norma relativa a la atenuación punitiva remite a la norma del artículo 122 la cual contiene la conducta punible en forma genérica de aborto, este contexto nos sitúa frente a un delito donde hacen parte un sujeto activo que incurre en la conducta respecto de un sujeto pasivo, la víctima, quien padece las consecuencias de ese actuar ilícito.

Así, las circunstancias especificas de atenuación punitiva son también objeto de punición para el sujeto agente que por acción incurre en ellas, es este el caso de los artículos del Capitulo I y II del Titulo IV, conductas punibles que con su tipificación protegen el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales y las contenidas en el Capitulo VIII del Titulo I, que protegen el bien jurídico de la Vida e Integridad Personal.

Si el objetivo de tipificación de las conductas punibles referidas en el párrafo anterior es proteger a las personas en su Vida e Integridad Personal y en su Libertad, Integridad y Formación Sexuales, no resulta constitucionalmente admisible que los sujetos pasivos, las mujeres víctimas de estas conductas punibles, además de verse afectados por la inefectividad del Estado en prevenir dichas conductas, convierta a las victimas en sujetos activos de la conducta punible de aborto, beneficiándolas tan solo con una disminución punitiva por encontrarse inmersas en las circunstancias especificas contenidas en el mencionado artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

En este orden de ideas, la vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres a la vida, dignidad, honra, libre desarrollo de la personalidad, autonomía sexual y reproductiva, y de justicia, verdad y reparación, se concretan en la tipificación de una conducta punible contenida en una norma coercitiva de carácter sancionatorio que desplaza a la víctima de un delito como sujeto activo, al reparar por sus propios medios las consecuencias del actuar ilícito del sujeta agente sobre una conducta que el Estado en ejercicio de sus deberes y funciones no pudo evitar.

La vulneración a los derechos fundamentales de la víctima a la Justicia, a la Verdad y a la Reparación por la tipificación de la conducta punible de aborto que se encuentra en el artículo 122 y las Circunstancias de

Disminución Punitiva contenidas en el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, se consolidan como se relaciona a continuación:

La vulneración al derecho fundamental de la víctima a la Justicia se vulnera cuando después de ser violada, inseminada u objeto de una transferencia de óvulo no consentido, se le impone el deber de llevar en su cuerpo el fruto de un delito, y de no hacerlo podrá ser objeto de una pena, del estigma de un proceso y además de tener un antecedente judicial que la acompañará el resto de su vida, con lo cual la violación de su honra y dignidad, no es constitucionalmente admisible.

Respecto del deber reparatorio del Estado, este consiste en garantizar la reparación y el restablecimiento integral de las víctimas de una conducta punible imponiéndole la carga de tener en su vientre un hijo-a que no desea o que no consintió tener.

Frente a su derecho a la verdad se podría justificar que la tipificación de la conducta y el inicio de una acción penal de carácter oficioso garantizan la protección, eficacia y pleno ejercicio del derecho cuando los responsables de este tipo de conductas no son siempre capturados.

En esta medida, la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres que deciden abortar como consecuencia de una violación, una inseminación artificial o una transferencia de óvulo no consentida se hace evidente y la tipificación de normas subsidiarias que contienen atenuantes punitivos no son la respuesta constitucional, ni jurídica adecuada para proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y la integridad, a la autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad.

Por ello, el tipo subsidiario de atenuantes punitivos debe igualmente ser declarado inconstitucional.

Tercero: Inexequibilidad del numeral 7° del artículo 32 del Código Penal.

En relación con la norma relativa a la ausencia de responsabilidad, esta se considerado como el Estado de Necesidad Disculpante, mecanismo de defensa material y técnica que se dirige a enfrentar una imputación por una conducta que se considera típica, antijurídica, no culpable, y por lo tanto no punible.

La conducta abortiva de la mujeres no puede entenderse como una inconformidad con la normas constitucionales y derechos fundamentales que se consideran vulnerados. Por el contrario, consiste en un llamado a

la justicia para que cuando se encuentre frente a un caso de aborto en Estado de Necesidad, amplíen el contenido de los requisitos por vía de interpretación judicial.

Finalmente se considera que, el Estado de Necesidad como categoría dogmática que elimina el juicio de reproche y !a exigibilidad de otra conducta al sujeto activo, y por lo mismo no configura la conducta punible al no estructurarse la Culpabilidad, no puede considerarse como una norma que vulnera los derechos fundamentales de las mujeres a la vida e integridad como se expresa en las demandas de inconstitucionalidad.

Como argumentos de orden político que deben ser tenidos en cuenta por la Corte Constitucional en la determinación de los criterios de limitación frente a la protección de la vida y los derechos fundamentales de las mujeres, y según los cuales se hace necesaria la despenalización del aborto se señalaron las siguientes:

1. Las consideraciones de tipo moral no pueden constituirse en vetos absolutos y rígidos a los que el ordenamiento responde. Al defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida, el Estado desconoce las libertades de conciencia y de religión.

2. Porque otorgarle personalidad jurídica al nasciturus y reconocerle derechos fundamentales significa la restricción de derechos de las mujeres embarazadas.

3. Porque al penalizar el aborto por violación, el Estado aplica cargas excesivas a las mujeres, obligándolas a asumir una matemidad impuesta por la violencia, constituyéndose en una restricción desproporcionada a sus derechos fundamentales bajo la consideración sagrada de la vida.

4. Porque a ojos de los anti-abortistas subsiste la idea de que el único fin en sí mismo de las mujeres es ser madre, y renunciar a ello es, "contrariar esa naturaleza".

5. Porque el marco constitucional y legal vigente -que consagra la libertad de conciencia y religiosa, el libre desarrollo de la personalidad, la decisión libre y responsable de la pareja sobre el número de hijos- es incongruente con la despenalización del aborto.

6. Porque el Estado colombiano debe responder a los compromisos adquiridos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), respecto a adoptar medidas que garanticen la plena

vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, entre ellos, el derecho a la libre opción de la matemidad.

7. Porque los embarazos no deseados tienen implicaciones negativas sobre la salud mental de las madres y sus hijos o hijas.

8. Porque defendemos la vida de las mujeres, su dignidad y su libertad.

9. Porque la lucha por la despenalización del aborto en Colombia es un asunto de salud pública, derechos humanos y justicia social.

4.1.3 Intervención de la Corporación Cisma Mujer

En escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día 10 de febrero de 2006, la Directora de la Corporación Cisma Mujer, doctora Claudia María Mejía Duque interviene en los siguientes términos:

Advierte que no es posible predicar cosa juzgada material respecto del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 porque no se reúne el principal requisito establecido en la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, para que se produzca tal figura, como es que el acto jurídico sea materialmente idéntico a otro que ya fue objeto de pronunciamiento.

Señala que aunque la descripción de la conducta tipificada en el artículo 343 del decreto 100 de 1980 es igual a la contenida en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la pena es diferente, y en tanto la pena del delito de aborto y cl monto de la pena hace parte de la estructura jurídica básica de un tipo penal, la norma que en este momento es demandada, es diferente a la que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. Por lo tanto, respecto del artículo 122 de la ley 599 de 2000 no existe cosa juzgada constitucional en sentido formal ni en sentido material.

Ahora bien, la penalización del aborto que consagra el artículo 122 de la Ley, 599 de 2000 modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, es inconstitucional porque vulnera los derechos a la dignidad, autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes así como las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos. por las razones expresadas en la demanda presentada por Mónica Roa. Además de ellos, la demanda señala como derechos violados, los derechos a la vida y la salud y el derecho a la igualdad y a estar libre de discriminación, sobre los cuales nos permitimos ampliar la argumentación.

De manera adicional a los derechos anteriormente citados. las normas demandadas vulneran los derechos a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad (Artículos 18 y 16 C.P) y va en contravía del carácter laico del Estado Colombiano: (Artículos 1 y 19 C.P)

La penalización del aborto practicado como un tratamiento médico para salvaguardar la vida y/o la salud de la mujer es inconstitucional, porque cuando se penaliza incluso en casos en los cuales se pone en peligro la vida o la salud de la mujer, impide la obligación constitucional de garantizar sus derechos a la vida y a la salud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha desarrollado el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales a la vida y a la salud en instancia de tutela, ha garantizado estos derechos cuando quiera que se encuentren amenazados por la negativa de instituciones de salud a practicar determinados procedimientos médicos que se constituyen en el mecanismo indispensable para proteger estos derechos. En consecuencia, la Corte Constitucional ha tutelado los derechos a la vida y a la salud aunque para ello tenga que inaplicar, es decir, hacer caso omiso del régimen legal y contractual del Sistema General de Seguridad Social que sería aplicable en estos casos. En palabras de la Corte Constitucional:

"La protección y conservación del derecho a la vida escapa u cualquier discusión de carácter legal o contractual. No es aceptable que en un Estado Social de Derecha ,fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1 ° de la Constitución), y en la conservación del valor de la vida (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución), se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal".

"Pero también la Corte reitera su jurisprudencia según la cual, cuando quiera que la vida y la salud de las personas se encuentren comprometidas, en casos de urgencia o en circunstancias de gravedad, cabe inaplicar la norma legal que obstaculiza la protección solicitada, y en su lugar amparar los derechos u la salud y, u la vida teniendo en cuenta, como en el presente caso, que de no practicarse la intervención quirúrgica requerida podría empeorarse la salud del accionante, e inclusive ponerse su vida en inminente riesgo"

"(...) hay un gran obstáculo al ejercicio pleno del derecho a la vida, cuando su titular tiene que soportar dolores o incomodidades que hacen indigna su existencia, y hay evidente vulneración del mismo derecho, no sólo amenaza, cuando superar ese dolor o esa incomodidad es posible y nada se hace para conseguirlo, so pretexto de un interés económico o de

la aplicación de una norma de carácter legal que jamás puede obstaculizar la realización de una garantía constitucional”

Si aplicamos idéntica argumentación para los casos en los cuales una mujer embarazada requiere un procedimiento médico como única opción existente para garantizar sus derechos a la vida y a la salud, para el caso del aborto terapéutico concluimos como lo ha hecho la Corte Constitucional en otros casos, *que una norma de carácter legal, jamás puede obstaculizar la realización de una garantía constitucional.* Por tanto, la norma que impida un tratamiento médico en estas circunstancias es inconstitucional.

En lo relativo al derecho a la vida digna, frente a los casos en que el embarazo sea el resultado de conducta constitutiva de acceso carnal violento, de acto sexual violento, de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, de acceso carnal abusivo con menor de catorce años ó de acceso carnal con incapaz de resistir, la penalización del aborto consagrada por el artículo 122 del Código Penal vulnera este derecho de manera específica a las mujeres.

En un Estado social de derecho fundado desde el texto constitucional en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida que se consagra y se protege, no es el derecho a la mera subsistencia, sino el derecho a una vida digna, como lo ha ratificado y desarrollado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, como los siguientes:

“El primer deber de un Estado es proteger la vida de los asociados, adoptando todas aquellas medidas que permitan u los ciudadanos vivir en condiciones dignas. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que el Estado Social de Derecho, como lo ha venido reiterando la Jurisprudencia de esta Corte, se, funda en el respeto u la dignidad humana y, tiene como uno de sus fines esenciales garantizar la efectividad de los principios y derechos”.

“El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

“La Constitución no sólo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y pura los particulares. La Caria no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa

obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas".

Cuando una mujer, mayor o menor de catorce años, es víctima de violencia sexual, es decir, obligada contra su voluntad a mantener relaciones sexuales, sea por la utilización de la fuerza (acceso carnal violento - acto sexual violento), par ser sometida a algún mecanismo que anule su voluntad (acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir), cuando por su edad la ley la considera incapaz para consentir un acto sexual (acceso carnal abusivo con menor de catorce años) o porque sus condiciones mentales permanentes o transitorias le impiden decidir conscientemente sobre un acto sexual (acceso carnal con incapaz de resistir); y como resultado de ese hecho queda en estado de embarazo, su derecho a la vida digna se garantiza únicamente en la medida en que, de conformidad con su personal proyecto de vida puede optar libremente por continuar o dar por terminado el embarazo. Para la garantía plena del derecho a la vida, quien lo practicare con el consentimiento de la mujer, no podrá ser penalizado.

II. Las normas impugnadas vulneran los derechos a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres colombianas.

El artículo 18 de la Constitución Política consagra el derecho a la libertad de conciencia en estos términos: *"Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de .sus convicciones o creencias ni compelido u revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia"* y el artículo 16 establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad así: *"Todas las- personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y, el orden jurídico"*.

Cuando una mujer queda en embarazo contra su voluntad, el artículo 122 del Código Penal la obliga, desconociendo su derecho a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad a ejercer la maternidad. No existe en nuestro ordenamiento constitucional ni legal norma alguna que limite los derechos de las mujeres cuando están embarazadas, sólo si tal norma existiese, podríamos jurídicamente aceptar que las mujeres embarazadas son incapaces para ejercer sus derechos. Por ejemplo, nuestro Código Penal no penaliza la conducta de una mujer en estado de embarazo que intente suicidarse, porque si los dictados de su conciencia y el libre desarrollo de su personalidad la llevan a decidir terminar con su vida, ni el Estado, ni la sociedad pueden obligarla a continuar viviendo.

En este sentido. especialmente en la sentencia C-239 de 1997 que despenaliza en algunos eventos el delito de homicidio por piedad, la Corte Constitucional ha garantizado el ejercicio de los derechos a la vida digna, a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad, aún en eventos en los cuales entran en conflicto con el derecho a la vida:

"La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos. fundamentales reconocidos, los, cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente u la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad".

"Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen".

"El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad".

En consecuencia, la penalización del aborto contradice los derechos de libertad positiva previstos en la Carta Constitucional y el desarrollo que de ellos ha hecho la jurisprudencia de la Corte.

III. Los artículos impugnados vulneran el derecho a la igualdad de las mujeres colombianas.

La Penalización del aborto viola los artículos 11 y 43 de la Constitución Política que establecen el derecho a la igualdad y el derecho de las mujeres a no ser discriminadas.

"Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo (...). El Estado promoverá las condiciones para que 1a igualdad sea real y efectiva y, adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados ..

"Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida u ninguna clase de discriminación".

E1 artículo 122 del Código Penal al calificar como delito el aborto en todas las circunstancias, se constituye en una norma que vulnera el derecho a la igualdad de las mujeres en relación con los hombres y de las mismas mujeres entre sí.

No existe norma jurídica alguna que sancione con pena de prisión a un hombre que recurra a un tratamiento médico indispensable para salvar su vida, todo lo contrario, es obligación del sistema general de seguridad social en salud. proveer el acceso al procedimiento requerido. Caso contrario sucede cuando es una mujer en estado de embarazo la que necesita de forma indispensable un aborto terapéutico para salvaguardar su vida y su salud.

La penalización del aborto vulnera igualmente el derecho a la igualdad de las mujeres en relación con los hombres, en los casos en que éstas son víctimas de violencia sexual y como consecuencia de ella quedan en estado de embarazo.

La violencia sexual victimiza mayoritariamente a las mujeres y a las niñas, constituyéndose en una forma de violencia de género, porque se dirige y afecta a las mujeres por su condición de tales, como lo demuestran las cifras oficiales disponibles al respecto.

Para el caso de mujeres en situación de desplazamiento, la posibilidad de ser víctima de diversos tipos de violencia, entre ellas la sexual ya sea por parte los actores del conflicto 0 por personas cercanas, aumenta de manera considerable. Tal como lo ha afirmado el "Observatorio de los derechos humanos de las mujeres en Colombia - En situaciones de conflicto armado las mujeres también tienen derechos":

"el desplazamiento forzado interno por razones del conflicto armado afecta indistintamente a hombres y mujeres pero debido y las condiciones históricas de discriminación, que se acumulan e incrementan en las etapas posteriores al desplazamiento, tiene ten electo desproporcionado en las mujeres".

"El efecto desproporcionado se advierte también en el aumento de la incidencia de la violencia intrafamiliar y la violencia sexual entre las mujeres en situación de desplazamiento. En lo que hace referencia u violencia sexual, e1 7,9% de las mujeres en situación de desplazamiento dice haber sido víctima de violación (Profamilia, 2001) mientras esta cifra es de 6.6% para las mujeres encuestadas sin la particularidad de haber sido desplazadas (Profamilia 2000)".

La penalización del aborto, se constituye asimismo en una norma que permite una discriminación entre las mismas mujeres, discriminación que está dada por su nivel socioeconómico. así una mujer con capacidad económica puede viajar a otro país para practicarse un aborto bajo todas las condiciones de seguridad médicas y jurídicas mientras la mujer que no tiene otra opción que permanecer en el país, debe enfrentar, un aborto inseguro colocando en riesgo su vida y su salud, y además, ella y quien se lo practicare, se enfrentan a la posibilidad de ir a la cárcel.

La penalización del aborto en todas sus modalidades es una norma discriminatoria que expresa el rezago de un imaginario cultural según el cual las mujeres no tienen capacidad de decisión sobre ellas mismas v en este sentido, es dable al Estado, a través de su legislación y de su sistema de justicia decidir por las mujeres sobre su cuerpo.

IV. Las normas impugnadas vulneran el carácter laico del Estado colombiano

El Estado colombiano bajo la Constitución de 1886 se declaró católico, es decir, un Estado confesional cuyos preceptos legales atendían los postulados de la iglesia católica y los mandatos del Concordato con la Santa Sede. A pesar de ello, la legislación penal que rigió en nuestro país durante los años comprendidos entre 1886 y 1980, atendiendo los postulados de una Constitución Católica, permitían el aborto en ciertas circunstancias, sin que se considerara que estas disposiciones afectaran en manera alguna las creencias religiosas imperantes.

Código Penal de 1890

"Artículo 640. No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial. No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita u eximir de pena al que con rectitud y, pureza de intenciones crea autorizado pura acudir a dichos medios".

Código Penal de 1936

"Artículo 389. Aborto para salvar el honor. Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes. o concederse perdón judicial."

Ahora. bajo el texto constitucional de 1991. el Estado colombiano es un Estado laico y pluralista ante el cual todas las creencias y confesiones religiosas tienen idéntico valor, y si para una de esas creencias el aborto resulta moralmente condenable. el Estado no puede acoger esa creencia, promulgarla en una ley y hacerla obligatoria para toda la sociedad.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado:

"De nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar u una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos. en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la, filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad".

"Quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a lodos: sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto y la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición. frente el valor de la vida para si".

Por las anteriores razones, solicitamos a la Corte Constitucional armonizar la legislación penal con los preceptos de la Carta Política, despenalizando el aborto en Colombia.

4.1. 4. Intervención del Defensor del Pueblo.

En escrito recibido el 10 de febrero del presente año, el Defensor del Pueblo presentó su intervención al proceso de la referencia .

Inicia su intervención analizando la inexistencia de cosa juzgada material, advirtiendo para ello que si bien la Corte Constitucional sólo uno de dichos fallos, el de 1994, se refiere al tipo principal del aborto consentido en la legislación penal entonces vigente.

En efecto, en sentencia C-133 de 1994, la Corte declaró exequible el artículo 348 del Decreto 100 de 1980, cuyo tipo penal del aborto es prácticamente idéntico al contenido en la Ley 599 de 2000, objeto de censura en el presente proceso. En dicho pronunciamiento se consideró la

Carta Política no sólo protege el fruto de la concepción, sino el proceso mismo de la vida humana, dado que éste es condición necesaria para la vida independiente fuera del vientre, y que la concepción genera un tercer ser existencialmente diferente de la madre, cuyo desarrollo y perfeccionamiento no puede quedar a su arbitrio.

Fundamenta, esta decisión en lo dispuesto pro el artículo 2 de la Carta, que al proteger la vida de todas las personas sin distinción, comprende el amparo de la vida en desarrollo, así como en la protección especial a la madre durante el embarazo y con posterioridad a él, según lo previsto en los artículos 42, 43 y 44 de la Carta, así como también se deriva de las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos.

De la misma forma se indicó que la penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a determinar el número de hijos, puesto que prima la protección de la vida del nasciturus. Agregó, además, que el artículo 42 de la Constitución, al establecer el derecho de la pareja a determinar el número de hijos, debía interpretarse en el sentido de que dicho derecho sólo se predica hasta antes del momento de la concepción.

Concluyó la Corte que cualquier eventual conflicto entre los derechos de la embarazada y los derechos del nasciturus, debían ser resueltos por el Legislador al diseñar la política criminal.

Posteriormente en sentencia C-013 de1997, analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del Decreto 100 de 1980, referidas a la muerte, el abandono, el abandono seguido de lesión o muerte de hijo fruto de acceso carnal no consentido o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidos, así como de la atenuación punitiva respecto del aborto practicado ante las mismas circunstancias descriptivas de los tipos anteriores, por establecer supuestamente penas menores a las que tales conductas censuradas ameritaban. En esta oportunidad la Corte declaró dichas normas exequibles.

En este nuevo fallo, se insiste en el carácter sagrado de la vida, y sostiene que la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación, ya que el artículo 11 de la Carta no hace distinciones en cuanto a las condiciones de vida que protege. También sostiene el fallo que, en virtud de la previsión del artículo 94 de la Carta, cuando admite la existencia de derechos no enunciados en el texto constitucional, se encuentra sustento para la protección del derecho a la vida del nasciturus.

La Corte sostuvo que no había vulneración de la dignidad de la mujer que es obligada a continuar con el embarazo forzado sobre su voluntad y

cuerpo, puesto que tal interpretación plantea una dicotomía inaceptable que confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad.

Más adelante en el tiempo, mediante Sentencia C-647 de 2001, se decretó la exequibilidad del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que faculta al juez a prescindir de la imposición de la pena en el caso del aborto en su versión atenuada, cuando obran "circunstancias anormales de motivación".

La Corte se limitó a reiterar su doctrina en relación con la potestad configurativa reconocida al Legislador en materia de política criminal, y se sostuvo en la tradición de la institución de la exclusión de punibilidad en el ordenamiento penal colombiano, exclusión que encontró válida al ser establecida por el Legislador, como causa personal en relación con el tipo de aborto atenuado.

Finalmente, en el año 2002, la Corte se volvió a pronunciar sobre la referida causal de atenuación punitiva, aunque esa vez tanto el cargo como el fallo se limitaron a supuestos vicios de forma, que la Corte declaró infundados.

Vista la evolución jurisprudencial, entró el Defensor del Pueblo a determinar si existe o no cosa juzgada en relación con el tipo penal contenido en el artículo 122 de la ley 599 de 2000, y concluyó que frente al caso concreto de los artículos 122, 123 (parcial), 124 y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 de la Ley 599 de 2000 demandado en el presente proceso, es claro que no puede predicarse el acaecimiento de la cosa juzgada absoluta, toda vez que es la primera demanda que se dirige contra esta disposición en la última codificación penal vigente, en sede de constitucionalidad.

Ahora bien, en relación con la existencia de cosa juzgada material, toda vez que los términos del artículo 122, y concluyó que vista las diferentes decisiones ha relacionadas anteriormente no puede predicarse respecto de las varias normas demandadas la existencia de cosa juzgada absoluta que inhiba a la Corte de volver a emitir un pronunciamiento de fondo.

Para concluir en este punto, considera el Defensor del Pueblo que es pertinente mencionar los fundamentos expuestos por la Corte en la Sentencia C-133/04 para declarar la exequibilidad del tipo penal principal del aborto:

En dicho fallo la Corte se refirió al alcance de la protección de la vida del nasciturus, y concluyó que la Constitución y el derecho internacional de

los derechos humanos la protegen en forma absoluta e inviolable. Así mismo la Corte desestimó los demás cargos, por vulneración de la libertad procreativa y por vulneración de las libertades de conciencia y cultos, con fundamento en esa protección constitucional absoluta al nasciturus desde la concepción.

En conclusión, la Corte se circunscribió al análisis de la disposición a la luz de la interpretación de los derechos a la vida, a la autonomía procreativa y a las libertades de conciencia y cultos.

En este orden de ideas, resulta admisible, que la actual demanda plantea cargos por violación de varias disposiciones constitucionales distintas a las analizadas en el fallo anterior, como lo son los relativos a la integridad, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, es forzoso concluir que en el presente caso no se está ante una cosa juzgada material.

Luego de dejar en claro el aspecto de la cosa juzgada, el Defensor deja en claro que su intervención se hace con el objeto de coadyuvar la demanda, no sólo en virtud de las consideraciones en ella expresadas, sino en desarrollos argumentativos adicionales, por lo cual se permite solicitar a la H. Corte Constitucional declarar inexequibles los artículos 122 y 124, así como la expresión demandada del artículo 123 de la Ley 599 de 2000. En cuanto hace referencia a la acusación dirigida contra el numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, solicita a la Corte se inhiba por no reunir la demanda los requisitos que permitan un pronunciamiento de fondo.

Sobre la constitucion**a**lidad de la penalización absoluta e indeterminada del aborto consentido, señaló que se trata de un aspecto que presenta un desarrollo normativo importante en el derecho comparado, que demuestra cómo las distintas sociedades del mundo entero evolucionan alrededor de conceptos considerados antes incontrovertibles y encuentran soluciones intermedias, y que el tema se debe evaluar desde una perspectiva más secular, más razonable y proporcionada en atención a las severas restricciones que una concepción absolutista impone sobre los derechos de las mujeres.

Para sentar su posición sobre el particular, advierte el Defensor del Pueblo que debe partirse de la evolución jurisprudencial respecto del concepto a la vida protregido en la Constitución Política

Considera que la misma Corte ha reinterpretado su posición al establecer una comprensión más equilibrada de y coherente de la coexistencia de derechos, y que propicia una lectura más favorable a los derechos de las

mujeres comprometidos con el tipo penal del aborto situación que no fue tan favorable en su fallo de 1994, en el cual hizo primar el derecho a la vida del nasciturus por sobre cualquier otra consideración.

En su sentencia C-237 de 1997, la Corte sostuvo la necesidad de definir los derechos y valores en conflicto -vida y autonomía- "desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior..."

Así, la jurisprudencia en el caso de la demanda relativa al homicidio por piedad, la Corte introdujo varios cambios en términos de interpretación de la Carta, que resultan de especial significado en el presente proceso:

(i) en primera instancia, los fallos sobre aborto y el fallo sobre homicidio por piedad, difieren en cuanto al concepto de vida que entienden protege la Constitución;
(ii) ambos fallos también difieren en cuanto al reconocimiento del derecho de los individuos a autodeterminarse por su concepto moral de vida digna, y
(iii) ambos fallos difieren, en consecuencia, en los términos de valoración y ponderación de los otros derechos que entran potencialmente en conflicto con el concepto de vida que preconizan.

(i) Ciertamente, la Sentencia C-133/94 centró su principal argumento en un criterio sagrado de la vida, en consecuencia absoluto, interpretación que se deriva de la fundamentación dogmática de la protección de la vida del nasciturus, posición que se sostuvo igualmente en el fallo C-013/97 , protegiendo el derecho a la vida del nasciturus, desde el mismo instante de la concepción. En dicho fallo se consideró que no se presentaba vulneración del derecho a la vida digna de la madre, ya que la maternidad, independientemente de las condiciones en que se produce, sólo puede enaltecer y dignificar a la madre.

Por el contrario, en la sentencia sobre el homicidio por piedad, el fallo comienza por advertir que el concepto de vida que protege la Carta no hace referencia a cualquier vida, ni a un derecho a la vida de carácter absoluto, sino a la vida en condiciones de dignidad y que la definición de este derecho debe hacerse desde una perspectiva secular y pluralista que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento constitucional.

(ii) En cuanto al reconocimiento a la autodeterminación moral de los individuos, los fallos también se distancian ostensiblemente. Cuando las decisiones sobre aborto optan por un concepto sagrado, protegen la vida

en forma indeterminada, independientemente de si existe o no certeza científica acerca del momento en que la vida humana inicia o de si esa vida va a ser o no viable fuera del útero.

Por el contrario, el fallo relativo al homicidio por piedad advierte que no puede afirmarse el deber absoluto de vivir, puesto quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos, sino que le permite vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Este fallo, en conclusión, respeta y protege un campo de decisión moral a los individuos en relación con el concepto de vida, que no puede ser socavado por el legislador ni el juez, y que les permite determinarse por sus propias convicciones morales, sin que el Estado pueda imponerles como deber la aceptación y adscripción a valores religiosos. Este espacio de decisión moral que el Juez Constitucional protegió fue el que entendió como plausible en un Estado neutral frente a las diferentes concepciones religiosas existentes en la sociedad.

(iii) En cuanto a la ponderación de los derechos en conflicto con el de la vida, se dio igualmente un cambio jurisprudencial, pues en relación con el mismo derecho, la Corte en un primer caso no reconoció a la mujer que se practica un aborto ninguna posibilidad de despenalización, ni siquiera frente a situaciones que contradicen su derecho a la vida digna, mientras que en la sentencia sobre el homicidio por piedad, la Corte se basó en un concepto de vida digna que da pie para no aplicar pena a quien asiste a otro. Claramente, en este último caso, el carácter absoluto de la vida argumentado en relación con el aborto, da paso a un concepto más relativo, gracias al cual no existen derechos absolutos, ni siquiera al hablar de la vida del nasciturus.

Considera entonces el Defensor, que frente a estos cambios jurisprudenciales la Corte debe asumir el estudio del aborto, y sus efectos sobre el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la autodeterminación y a la igualdad de las niñas, adolescentes y mujeres en Colombia.

Señaló el interviniente que en tanto la Corte ya estableció una protección del individuo frente a las concepciones totalizantes y absolutistas de la vida en relación con el homicidio por piedad, ahora debe hacerlo en relación con el delito de aborto, cuyas consecuencias jurídicas y fácticas afectan, en principio, los derechos de más de la mitad de la población colombiana.

A continuación procederá la Defensoría a exponer argumentos que, en su concepto, no fueron abordados por el Juez Constitucional en 1994, aunque en forma previa y para efectos demostrativos, estima necesario incorporar un recuento histórico de la penalización del aborto en Colombia.

2. **Evolución histórica del tratamiento punitivo al aborto en Colombia**

Inicia el Defensor del Pueblo haciendo un recuento de la evolución legal en materia del aborto e inicia señalando que la legislación penal de 1837 sancionaba el aborto consentido y no consentido, pero admitía el aborto terapéutico, previsiones que permanecieron iguales en el Código de 1873. En el Código Penal de 1890, el artículo 640 autorizaba el aborto terapéutico, al permitir su realización cuando fuera absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, excluyendo así de la imposición de la pena al que obrare con esa motivación. Dicho Código también incluía el llamado "aborto honoris causa", que disponía una pena reducida en el caso de la "mujer honrada y de buena fama" cuando el móvil de la actuación fuere el de "encubrir su fragilidad", atenuante que, el autor advierte, es producto de la jurisprudencia española, luego codificada en España, Italia y posteriormente en América Latina.

En el Código Penal de 1890, el artículo 641 establecía el aborto consentido en frente a ciertas situaciones.

La Ley 109 de 1922 pretendió reformar el Código Penal de 1890, sin embargo nunca entró a regir: eliminó el aborto terapéutico, pero conservó el aborto honoris causa -extraño y sugerente cambio valorativo-.

En el Código Penal de 1936, que rigió hasta 1980, el artículo 386 establecía el tipo principal de aborto consentido y se contemplaban otros tres tipos penales referidos al aborto: el del aborto sin consentimiento, un tipo penal con agravante punitivo para el médico, cirujano, farmaceuta o partera que interviniere en la realización del aborto y, finalmente, conservaba la atenuante para el aborto honoris causa.

Esta normatividad fue reemplazada luego por el Decreto 100 de 1980, cuyo artículo 343 penalizaba el aborto -en su tipo principal- en similares términos a los incluidos en la codificación que entró a regir por virtud de la Ley 599 de 2000.

Finalmente se llega a la codificación del año 2000 cuyas normas sobre aborto se encuentran censuradas en el presente proceso.

Vista brevemente la evolución de la penalización del aborto en Colombia, concluye el Defensor del Pueblo señalando que:

(i) El tipo principal del aborto consentido ha estado presente en el ordenamiento penal colombiano, prácticamente en forma inalterada, desde la época de la constitución de la República.

(ii) El fundamento jurídico de la protección a la vida y las nociones sobre el inicio de la vida humana han evolucionado sin que se haya presentado ningún cambio en la respuesta estatal a la penalización del aborto.

(iii) La fallida reforma de 1922 recrea en forma sugerente el diferente trasfondo valorativo en materia de penalización del aborto.

(iv) En 1980 desaparece la referencia implícita al hombre como sujeto activo en la legislación penal sobre aborto, al derogarse el atenuante motivado en la defensa del honor, así como toda referencia al sexo de autores o partícipes, salvo en el caso del tipo principal, cuya definición por género persiste.

(v) Entre 1837 y 1936 se admitió, la despenalización del aborto terapéutico.

(vi) El concepto y alcance de los derechos de los individuos han variado significativamente. La conciencia sobre la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres ha surgido con posterioridad a 1991, así como la protección de los derechos de la mujer en el derecho internacional. No obstante estos cambios tan profundos, frente a los cuales la legislación penal colombiana permanece absolutamente refractaria, se sigue estimando como responsable penal a la mujer, en una decisión legislativa que resuelve el conflicto entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer, por la vía de la negación absoluta de los derechos de la última.

2. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la prohibición del trato diferenciado por razones de género

Según el fallo proferido por la Corte en 1994, se concedió tal importancia a la vida, que la incorporó no sólo en calidad de derecho sino también de principio y valor constitucionales. La Defensoría resalta aquí también, que la Carta, fiel a los tiempos, a su estirpe humanista y al pluralismo, estableció el derecho a la igualdad, no como un simple propósito formal, sino que lo erigió también como un principio y un valor que irradian todo el ordenamiento, de tal manera que la consecución de la igualdad

material se convirtió en un propósito imperioso para el Estado colombiano.

En relación con la igualdad entre hombres y mujeres la Constitución Política fue enfática a lo largo de todo su texto, con tal alcance que expresamente previó que la mujer "no será sometida a ninguna clase de discriminación" (CP, art. 43).

En sentencia C-507 de 2004, la Corte en un cuidadoso análisis sobre la evolución de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en nuestro país en el Código Civil, demuestra que los estándares diferenciales respecto de los derechos reconocidos a los hombres y las mujeres, han ido desapareciendo, pero que aún subsisten previsiones en dicha legislación como la del matrimonio de los impúberes- en las cuales resulta evidente la diferencia de trato antes admitida y hoy no justificada.

Sobre el punto de la igualdad de los derechos de la mujer y el hombre, la Defensoría advierte que, además de los mandatos constitucionales, el Estado colombiano ha ratificado dos convenios, de carácter internacional, dirigidos a proteger los derechos de la mujer y a erradicar todas las formas de discriminación y violencia que se ejercen sobre ella: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 vigente en Colombia desde 1982 -Ley 51 de 1981-, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer de "Belém do Pará", que entró a regir en Colombia en 1996, en virtud de la Ley 248 del 995.
Ambos documentos son posteriores tanto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos como a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y expresamente advierten sobre la persistencia de la discriminación y de la violencia contra la mujer a pesar de la obligatoriedad de tales instrumentos jurídicos.

Advierte que la primera de las Convenciones mencionadas pretende, cambiar la visión que atribuye al papel de la mujer en la procreación fundamento para propiciar discriminaciones de trato y en sus derechos (Considerando N° 14), lo mismo que modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, condición sin la cual no será posible lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer (Considerando No. 15).

En desarrollo de esta Convención, que forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo ha dispuesto la misma Corte, los estados se comprometen, adoptar medidas, incluso de carácter legislativo, que eliminen todo uso, practica, o leyes que establezcan un trato

discriminatorio a la mujer, y supone igualmente previsiones que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres en sus derechos y responsabilidades.

Algo similar incorpora la Convención Interamericana en su normatividad, en especial buscando erradicar, prevenir y sancionar toda clase de violencia contra la mujer,

3. ***Discriminación desde el tipo penal y consecuencias discriminatorias adicionales de la penalización absoluta e indeterminada del aborto consentido***

Insiste el Defensor del Pueblo que en el tipo penal del aborto consentido, la conducta se imputa a un sujeto activo en particular, determinado por su género: el sujeto activo ha sido, desde el mismo inicio de la penalización del aborto en Colombia, la mujer.

Así, visto que en el Derecho Penal pueden existir tipos penales calificados por el sujeto activo, es del caso analizar la constitucionalidad de la calificación del sujeto activo por el género en el tipo penal principal del aborto consentido.

Es posible argumentar que tal calificación del sujeto activo es imprescindible, pues sólo la mujer está físicamente habilitada para estar embarazada, para proteger y desarrollar con ayuda de su organismo al producto de la concepción o por el contrario, para "disponer antijurídicamente" del producto de la concepción antes de la terminación de la gestación.

La Defensoría considera que lo que se debe controvertir es que la calificación del tipo por el género se base en una concepción meramente biológica y funcional de la mujer, lo cual resulta obsoleto en el contexto constitucional actual.

Este trato diferenciado criminaliza sólo en la mujer la disposición del nasciturus y no se evidencia tratamiento punitivo respecto de los otros actores necesariamente involucrados en los mismos hechos, como lo son los responsables de practicar los abortos, o los padres o parejas de las mujeres, adolescentes y niñas que comparten, en muchos casos la decisión de interrumpir el embarazo.

Por ello, la consideración meramente biológica de la mujer para efectos penales contradice su misma dignidad, pues no la valora como ser que es, sino como que la ubica como medio para proteger la vida del que esta por nacer.

Este sesgo explícito en el tipo penal lleva a la Defensoría a a considerar que esta posición jurídica contradice lo propuesto por el Constituyente, que consagró la paternidad responsable, de manera conjunta entre la mujer y el hombre, posición que se reafirma con la igualdad de derechos de la mujer, en concreto, señalados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

A pesar de las citadas previsiones el aborto es criticable y sancionable sólo en la mujer. En el único otro tipo penal referido al aborto consentido -en su versión atenuada- no se califica al sujeto activo, y el término utilizado es el mismo genérico presente en la mayor parte de las conductas previstas en el Código Penal.

Frente a este trato diferente se puede argumentar que, con fundamento en las previsiones de carácter general del Código Penal respecto de coautoría, determinación o complicidad, cualquier otra persona corresponsable de la decisión del aborto podría ser objeto de la misma sanción penal, independientemente de su sexo.

Así, el tipo penal acusado deja en claro que frente a la realización de un aborto, es la mujer la judicializable y sancionable.

Para demostrar aún más la diferencia injustificada de trato legal que comporta la penalización absoluta del aborto, cabe señalar que la legislación actual en Colombia sólo prevé el tipo penal de la inasistencia alimentaria para el padre renuente, tipo que, no sobra advertir, tampoco se califica según el género del eventual autor y que más bien recoge un lenguaje incluyente. De esta manera el ordenamiento jurídico colombiano no establece un trato igual al impartido a las mujeres en el ámbito penal, al hombre que no desea asumir sus responsabilidades en relación con la concepción de la que fue partícipe.

4. **Test de igualdad**

La Corte Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones que la diferencia de trato basada en alguna de las connotaciones expuestas en el inciso primero del artículo 13 de la Carta relativo a la igualdad -sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica- está prohibida en principio, y que sólo si reúne determinadas condiciones será admisible.

Para evaluar tales condiciones a este criterio prohibido lo califica de sospechoso, lo que impone al operador jurídico la aplicación de un test estricto de igualdad, a fin de determinar:

(i) si el acto que propicia un trato diferente tiene una finalidad admisible por la Constitución y ésta es imperiosa;
(ii) si el acto es útil e indispensable para alcanzar el fin propuesto; y,
(iii) si el acto guarda proporcionalidad entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que causa en otros bienes jurídicos, ejercicio que abordará a continuación este escrito.

(i) ¿El acto que propicia el trato diferente tiene una finalidad imperiosa según la Constitución?

Según lo dicho por la Corte la finalidad de la penalización absoluta e indeterminada del aborto consentido, radica en la necesidad de proteger la vida del no nacido, por encima de cualquier otro derecho de la mujer que se pueda oponer.

Señala el Defensor que la ley no le impone al otro responsable como es el hombre, el mismo trato cuando actúa como sujeto activo, como tampoco explica se sanciona cuando no se utilizan óvulos fecundados. Tampoco explica se no prevee el tipo penal de homicidio para quien, realiza materialmente el aborto, pues solo le impone como sanción el tipo penal de lesiones ocasionadas a la integridad física de la madre, no por la vulneración de una vida diferente a la de la madre.

Sin embargo, debe recordarse que la Corte señaló que no puede haber un concepto absolutista de la vida que desconozca que ésta debe ser digna, razón por la cual debe establecer cual será el nivel de protección que se debe dar al nasciturus.

Ciertamente, la Constitución Colombiana, protege cualquier tipo de vida
Ahora, en relación con la vida humana, y para sopesar la protección a la vida humana en gestación, incontables estudios e investigaciones médicas, biológicas y científicas han pretendido dar respuesta a este trascendental punto, y no han logrado aportar una respuesta concluyente y definitiva. No obstante, la ciencia médica sí establece diferencias entre el óvulo fecundado, el embrión y el feto, y entre el feto que aún no siente dolor y el que ya lo puede percibir, con el propósito de determinar las etapas y características de la vida que se desarrolla y al mismo tiempo tratar de ofrecer una guía para resolver un tema tan vital como el del que se ocupa este proceso'.

Frente a tal situación, corresponde al Legislador decidir en la forma más racional posible la fijación de un término a partir del cual se pueda imponer jurídicamente a los asociados el deber de protección de dicha vida humana,

Por ello, resulta claro que una penalización absoluta e indeterminada del aborto que no diferencia la vida humana en desarrollo y la vida humana persona, y que hace prevalecer la primera sobre la segunda en cabeza de la mujer y de cualquier derecho de ésta que entre en conflicto con esa vida, no es ni puede ser una finalidad constitucionalmente imperiosa. No podrá catalogarse como imperiosa, puesto que no puede ser imperioso proteger la vida a pesar de la vida misma y a pesar del fundamento axiológico mismo de la Constitución colombiana.

Absuelto negativamente este primer punto del test de igualdad, supondría, según la doctrina de la Corte, el innecesario estudio de los demás pasos del test. No obstante, en gracia de discusión, la Defensoría procederá a evaluar si se cumple con el segundo paso de la ponderación de un acto que establece una diferencia de trato basada en un criterio sospechoso.

> (ii) ¿Es el acto que propicia la diferencia de trato absolutamente indispensable para alcanzar el fin propuesto?

Este paso del test de igualdad debe responder al interrogante de si la sanción penal absoluta e indeterminada del aborto consentido resulta indispensable para proteger la vida humana que se desarrolla dentro del útero materno y es, por lo tanto, constitucional.

En un sistema jurídico que se define como un Estado social de derecho, el recurso del derecho penal se estima como la última opción a la que debe acudir, para proteger un bien jurídico como la vida del nasciturus, pues con ello se pretende desmotivar tanto a terceros como a las madres de acudir a tal conducta bajo el riesgo de ser sujeto de la correspondiente sanción penal.

Sin embargo, la penalización absoluta del aborto consentido, no es indispensable al fin propuesto, puesto que no constituye la única vía para lograr la protección deseada. Si la finalidad constitucional no resulta imperiosa, como se demostró en el primer paso, tal decisión de política criminal carece también de la connotación de indispensable.

En primer lugar, el tipo penal del aborto, sólo sanciona a la mujer como si se radicara sólo en ella la responsabilidad de la procreación e implícitamente avala la irresponsabilidad del hombre, con lo cual reduce a la mujer a su función de procreación y la cataloga como criminal si llega a abortar, mientras que el hombre que no asume la paternidad, es tan sólo un irresponsable.

De esta manera, debe concluirse, que la penalización absoluta del aborto, dirigida únicamente contra la mujer como posible sujeto activo, no es una medida indispensable a fin de lograr la finalidad pretendida, pues deben de tenerse en cuenta otras medidas alternativas, necesariamente de carácter incluyente, como las campañas informativas y formativas sobre derechos sexuales y reproductivos; anticoncepción; estímulos tributarios y beneficios económicos o en servicios públicos esenciales a favor de la persona que decide llevar el embarazo a buen término; campañas de sensibilización a los hombres sobres su responsabilidad paternal, así como ofertas de tratamiento médico no penalizadas diseñadas en forma respetuosa del marco constitucional

Debe concluirse entonces que la penalización absoluta e indeterminada del aborto consentido que se concentra en cabeza de la mujer no es constitucional, toda vez que no es una medida indispensable al logro de la finalidad pretendida.

(iii) ¿El acto guarda proporcionalidad entre el beneficio obtenido y la afectación que se causa sobre otros bienes jurídicos?

La Defensoría considera que, la realidad de las cifras en Colombia en relación con la judicialización de conductas constitutivas de aborto, y sobre la práctica de los abortos clandestinos, fuerzan a concluir que el beneficio pretendido de proteger al nasciturus no se logra, razón suficiente que hace imposible estructurar un argumento acerca de la proporcionalidad del beneficio obtenido y la afectación que este logro impone a otros bienes jurídicos.

Sin embargo, como se señaló en el punto anterior, este tratamiento penal diferenciado desde el tipo, genera consecuencias en los derechos de la mujer, adicionales a los punitivos. Es en este punto donde se constata una vulneración normativa y de hecho de carácter cotidiana, estructural y masiva, sobre los derechos de la mujer.

No obstante, considera la Defensoría que la penalización del aborto, tomando como único sujeto sancionable a la mujer, viola los derechos de la mujer, como lo demuestra sólida y suficientemente la demandante y lo reitera aquí la Defensoría:

1.- EL Plan Obligatorio de Salud no incluye el aborto terapéutico -que protege la vida y salud de la madre.

2.- Las IPS y EPS no brindan este servicio.

3. El personal de IPS y EPS denuncia a las mujeres que acuden a un tratamiento médico necesario para proteger su vida e integridad, por las consecuencias de un aborto clandestino.

4. Se considera que la morbilidad materna por causa de aborto provocado es la segunda causa de muerte de las mujeres en Colombia, existen estudios que sugieren "un subregistro de la mortalidad materna del 50%.

5. Se genera un desequilibrio total en las cargas públicas, en perjuicio de la mujer.

6.- La penalización absoluta constituye una violencia contra la mujer, en los términos de la Convención de Belém do Pará, pues la previsión legal acusada genera en la mujer que habiendo sido violada o inseminada en contra de su voluntad y aborta, una doble o triple victimización, pues a más de revivir el hecho atentatorio de su libertad sexual al pretender la sanción de su atacante, debe someterse a ser tratada como criminal.

7. La penalización absoluta impone a la mujer que ha sido informada de la malformación congénita incompatible con la vida extrauterina de la criatura que gesta en su cuerpo, la prohibición de actuar conforme a su concepción moral de la vida digna y de piedad en relación con dicha criatura, y la obliga a dar a luz a ese ser y a cuidarlo por el mínimo lapso de vida que tenga.

A la luz de las anteriores consideraciones, hay una desproporción total entre el beneficio pretendido con el tipo penal censurado y las restricciones impuestas a los derechos de la mujer, por lo cual resulta inconstitucional.

En conclusión, la penalización absoluta e indiscriminada del aborto consentido, vulnera los principios de la dignidad humana, vida e igualdad (Preámbulo y artículos 1 y 2 de la CP), de los derechos a la vida (CP, art. 11), a la integridad persona (CP, art. 12), a la igualdad (CP, art. 13), a la intimidad (CP, art. 15), a la libertad de conciencia (CP, art. 18) al libre desarrollo de su personalidad (CP, art. 16), a la libertad personal (CP, art. 28) a la igualdad en las relaciones familiares y en la autonomía procreativa (CP, art. 42), los derechos prevalentes de las niñas y adolescentes (CP, art. 44), y el derecho a la salud (CP, art. 49).

También desconoce los artículos 2, 6, 7, 9, 14, 17, 18, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 1, 4, 5, 7, 12, 17, 19 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los artículos 2, literales f y g, 5, literales a y b y 10, literal h, de la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las

Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 3, literales a, b, e, f, i, y los artículos 6 y 8, literal a, de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer, y se desconoce el principio 4 de los Principios fundamentales de la Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 40/3, de 29 de noviembre de 1985.

5. La no penalización de conductas constitutivas de aborto en tres eventos especiales

En el evento de que la H. Corte no encuentre atendibles los argumentos descritos, la Defensoría solicita a la Corte considerar la constitucionalidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 y la consecuente inconstitucionalidad del artículo 124, en el entendido de que quedan excluidas del mismo las conductas que se motiven en: (i) el peligro para la vida o la salud de la mujer, (ii) el embarazo resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, y (iii) la grave malformación del feto incompatible con la vida extrauterina.

¿En que consiste cada una de las circunstancias señaladas arriba que permitirían la despenalización del aborto?

(i) Por encontrarse en peligro la vida o la salud de la mujer, también denominado aborto terapéutico.

Se podría argumentar, para esta circunstancia concreta, que en el ordenamiento penal la institución denominada estado de necesidad conduce a la ausencia de responsabilidad cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente e inevitable de otra manera. Pero como lo ilustra la demandante, las exigencias para la procedencia de esta causal, tal como se ha entendido a lo largo de la historia de esta institución, resultan incongruentes con la situación de la madre en riesgo de su vida o salud y la vida de la criatura no nacida.

Por ello, el propósito de insistir en la inconstitucionalidad de la conducta tiene como fundamento la inconformidad de la propuesta normativa que privilegia la vida en gestación sobre el derecho a la vida de la madre con el orden constitucional.

Si el estado de necesidad en derecho penal se admite en casos no tan evidentes en materia probatoria, no se entiende cómo se somete a una madre, en circunstancias comprobadas y certificadas de riesgo a su vida o salud, a la amenaza de pena.

Según los requisitos del estado de necesidad expuestos por el tratadista Reyes Echandía, estos se cumplen a satisfacción con el caso bajo estudio, y ameritan, ya no su tratamiento punitivo, sino su despenalización.

(ii) En el caso de la sanción de la práctica del aborto cuando la mujer ha sido sometida a un acto de violación o de imposición de un embarazo contra su voluntad, la Defensoría considera que sancionara a la mujer, ocasiona una nueva ofensa a la ya sufrida, situación que se complica aún más con la imposición de un embarazo. Por ello, someter a un juicio a una mujer que a suspendido su embarazo fruto de una violación, le impone un menoscabo de su integridad de tal dimensión que desconoce los principios de vida digna e igualdad y se atenta de manera grave contra el derecho a no ser objeto de tratos crueles y degradantes y a no ser discriminado.

(iii) En el caso de la discusión sobre la despenalización del aborto, es aquel que hace relación con malformaciones genéticas del feto en gestación que lo hagan incompatible con la vida extrauterina, considera la Defensoría que, a diferencia del aborto provocado como consecuencia de un embarazo forzado ocasionado por un acceso carnal violento, el aborto de niños con severas malformaciones no se configura como una circunstancia de atenuación punitiva, lo que significa que tales casos se tipifican sencillamente como aborto.

Es importante dejar muy claro que no se está hablando, en este caso concreto, del llamado aborto eugenésico diseñado para consolidar proyectos raciales absolutistas.

El caso en discusión hace referencia al evento de que exista demostración científica indudable que se trata de un embrión afectado por alteraciones genéticas irreversibles, que conduzcan a la inviabilidad vital del recién nacido y su existencia incompatible con la vida. En este punto, recuerda la Defensoría la importancia del valor de dignidad implícito en cada uno de los seres humanos, por lo que todo ser humano tiene el derecho de acceder al mínimo de condiciones de existencia necesarias, de tal manera que pueda vivir en medio de un ambiente favorable para su posterior desarrollo.

Por las razones anteriores, la penalización absoluta e indiscriminada del aborto consentido, vulnera los principios de la dignidad humana, vida e igualdad (Preámbulo y artículos 1 y 2 de la CP), de los derechos a la vida (CP, art. 11), a la integridad persona (CP, art. 12), a la igualdad (CP, art. 13), a la intimidad (CP, art. 15), a la libertad de conciencia (CP, art. 18) al libre desarrollo de su personalidad (CP, art. 16), a la libertad personal (CP, art. 28) a la igualdad en las relaciones familiares y en la autonomía

procreativa (CP, art. 42), los derechos prevalentes de las niñas y adolescentes (CP, art. 44), y el derecho a la salud (CP, art. 49).

También desconoce los artículos 2, 6, 7, 9, 14, 17, 18, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 1, 4, 5, 7, 12, 17, 19 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los artículos 2, literales f y g, 5, literales a y b y 10, literal h, de la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 3, literales a, b, e, f, i, y los artículos 6 y 8, literal a, de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer y se desconoce el principio 4 de los Principios fundamentales de la Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 40/3, de 29 de noviembre de 1985.

En tal virtud, la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la inconstitucionalidad del artículo 124, y la inconstitucionalidad de la expresión acusada del artículo 123 del Código Penal, en los términos expuestos en este escrito, para poner término a estos actos de violencia contra la mujer.

5. **El Derecho Comparado**

Del análisis de la legislación internacional sobre el tema, la Defensoría resalta la posición asumida respecto del tema del aborto, por parte de Alemania, que luego de 1992, admite la práctica del aborto durante las primeras doce semanas de la gestación, en el caso de la mujer que se encontrara en una situación de aflicción y conflicto a consecuencia de su embarazo, una vez realizada una consejería impuesta por la ley, en principio secular pero también religiosa a solicitud de los interesados, y transcurrido un período de espera de tres días. También se admitió la práctica del aborto hasta las 22 semanas de la gestación, en el caso de serios defectos congénitos de la criatura o en caso de riesgo para la vida de la madre o de serio compromiso de su salud mental o física.

El Tribunal Constitucional alemán, en virtud de una demanda contra esta ley, determinó que la práctica del aborto en condiciones de aflicción y conflicto de la madre violaba el derecho a la vida expresamente protegido por la Constitución alemana. Sin embargo, en estos casos, dijo la Corte, si bien son inconstitucionales, los tratamientos podrían llevarse a cabo en territorio alemán, sin peligro de persecución penal en contra de los autores, siempre y cuando se aceptara la realización de la consejería y se respetara el período legal de espera. En punto del aborto por defectos

congénitos la respuesta fue negativa, principalmente fundados en los antecedentes del régimen nacionalsocialista.

Como se evidencia de este caso en particular, la solución legal y el juicio de constitucionalidad sobre el aborto en un régimen constitucional igual de protector de la vida y los derechos constitucionales, no conduce indefectible y necesariamente al expediente de su penalización absoluta, y permite encontrar pautas sobre la conciliación con la libertad religiosa de los individuos.

4.1.5 Intervención del Ministerio de Protección Social.

Mediante escrito recibido el 10 de febrero de 2006, la Doctora Fanny Suárez Higuera, actuando como apoderada del Ministerio de la Protección Social, anexa un documento firmado por el doctor Lenis Enrique Urquijo Velásquez, Director General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social.

El Director General de Salud Pública del Ministerio de Protección Social, expuso, al margen de la discusión de los argumentos jurídicos, morales y religiosos, los argumentos que desde el punto de vista de la salud pública implica el aborto.

Inicia señalando las diferentes clases de aborto, aclarando que el aborto espontáneo es aquel en el que no ha mediado una maniobra abortiva, cuyo origen por lo general tiene directa relación con problemas genéticos del feto o trastornos hormonales, médicos o psicológicos de la madre, por lo que además requiere tratamiento y hospitalización, aunque resulta menos fatal que un aborto inseguro.

En cuanto al aborto inducido, este corresponde al embarazo terminado deliberadamente con una intervención, la cual se puede adelantar tanto en centros médicos seguros, como por fuera del sistema médico. En el primero de los casos las técnicas y criterios higiénicos aseguran que este procedimiento sea seguro, con una baja tasa de mortalidad y morbilidad.

Por su parte el aborto inseguro, es aquel en el que el proveedor del servicio carece de capacitación, utiliza técnicas peligrosas, y se cumple en recintos carentes de criterios higiénicos. Un aborto inseguro puede ser inducido por la mujer misma, por una persona sin entrenamiento médico o por un profesional de la salud en condiciones antihigiénicas. En vista de las limitaciones médicas y de higiene entre el 10% y el 50% de los abortos inseguros requieren atención médica, aun cuando no todas las mujeres la soliciten.

El aborto inducido y el embarazo no planeado constituyen dos problemas de salud pública íntimamente relacionados, y señala que los abortos inducidos son producto de embarazos no planeados y que existe un conjunto de factores individuales, sociodemográficos y culturales correlacionados con ambos fenómenos.

Se advierte en el escrito que, a pesar de los avances que el país ha mostrado en reducción de la fecundidad, en razón a un mayor acceso a métodos modernos de planificación familiar, la proporción de embarazos no planeados aumentó.

En relación con la anterior circunstancia, asevera que la zona del país en que se vive, el nivel educativo y las condiciones socioeconómicas, son factores que influyen en gran medida en los niveles de las tasas de fecundidad. Así, es coincidente las altas tasas de fecundidad, en municipio con un marcado círculo pobreza, con un alto índice de necesidades básicas insatisfechas, una baja escolaridad (no mayor de 4 años) y un mayor deterioro de otros indicadores de salud como mortalidad materna e infantil, como reflejo de las desigualdades y los rezagos en el desarrollo social en que viven estas comunidades.

Además de las anteriores condiciones, la demanda insatisfecha de métodos de planificación familiar es muy marcada en regiones menos desarrolladas, y en los grupos poblacionales más pobres y con mayores barreras de acceso a servicios de salud; raspón por la cual cerca de la cuarta parte de los embarazos ocurridos en Colombia terminen en aborto y otro tanto corresponda a nacimientos no deseados (PROFAMILIA).

Si bien esta situación es grave, los niveles se torna dramáticos en el caso de los desplazados por el conflicto armado y los adolescentes. La ENDS 2005 reveló que el embarazo adolescente sigue en aumento al pasar de 19 al 21 por ciento entre el año 2000 y 2005, lo que significa que una de cada cinco adolescentes de 15 a 19 años esta o ha estado alguna vez embarazada, y que las mujeres embarazadas son jóvenes con dificultades para controlar su fecundidad, para ejercer sus derechos y recibir información oportuna sobre salud sexual y reproductiva, y que el nivel educativo, el índice de riqueza y el lugar de residencia inciden directamente sobre el embarazo adolescente.

Pero sumado a lo anterior, la situación se agrava aún más, visto el inicio temprano de la actividad sexual, lo que implica un mayor riesgo fisiológico para las complicaciones de la fecundidad, y un menor grado de madurez para el ejercicio asertivo de la sexualidad.

Ahora bien, en tanto la gran mayoría de mujeres que recurren al aborto, ya tiene otros hijos, se encuentran casadas o en unión libre, el índice de aborto frente a las adolescentes ha venido incrementándose dramáticamente, particularmente en los lugares donde el aborto es legal. Ello ocurre porque existen limitaciones al acceso a servicios de salud, a métodos de planificación, a la confidencialidad y a una información de calidad, razón por la cual las adolescentes se sitúan en la categoría la población de riesgo de un embarazo no deseado y, por consiguiente, de un aborto inseguro, situación que se presenta con mayor frecuencia en las adolescentes de bajos recursos económicos.

El aborto inseguro como problema de salud pública

La seguridad está estrechamente correlacionada con la legalidad del aborto: la mayoría de los abortos ilegales son inseguros y la mayoría de los abortos legales se realizan en condiciones seguras.

En los países con una legislación restrictiva frente al aborto y en los que el aborto ya es legal, pero cuyo sistema de salud no provee este tipo de servicio, el aborto inseguro constituye un problema de salud pública sumamente grave, no solo por la magnitud de su ocurrencia, sino por sus repercusiones en la salud de la mujer y en la mortalidad materna.

La Organización Mundial de la Salud calcula que cada año en el mundo aproximadamente 50 millones de mujeres se someten al aborto. Se considera que el 40% de estos eventos ocurren en deficientes condiciones sanitarias. Los 20 millones de abortos inseguros que suceden cada año dan por resultado cerca de 78,000 muertes maternas y cientos de miles de incapacidades en las mujeres, la mayoría de las cuales ocurren en las regiones en desarrollo.

No obstante los anteriores datos, considera el Ministerio que en la medida que la mayoría de los abortos se hace en la clandestinidad, resulta muy difícil estimar el número real de abortos inducidos y obtener datos confiables.

Según un estudio realizado en 1994 por el Instituto Alan Guttmacher de Nueva York el fenómeno del aborto inseguro en los países de América Latina que tienen leyes restrictivas alcanza dimensiones epidémicas. Para este estudio se tomo como base el año 1989 y los resultados de esta investigación concluyeron que se registran casi cuatro abortos por cada diez nacidos vivos en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, y cerca de seis abortos en Chile por cada diez nacimientos. De lo anterior se infiere que cada año aproximadamente 4 millones de mujeres latinoamericanas recurren a abortos inseguros, 30 al 45% de las cuales

sufren complicaciones que imponen un costo enorme a los sistemas de atención a la salud.

En Colombia, de acuerdo a Henswah, la tasa de aborto para 1989 fue de 36 por mil mujeres en edad fértil, valor que es similar a otros países donde su realización no es permitida por la ley.

Ahora bien en relación con las repercusiones del aborto inseguro en la salud de la mujer, estos son de orden físico y mental y estos se derivan de su práctica clandestina e insegura ya que, cuando este se realiza por un proveedor calificado, en condiciones seguras y con métodos modernos, este se constituye en uno de los procedimientos médicos de menor riesgo.

De esta manera, el riesgo de mortalidad ante un procedimiento de aborto seguro no es mayor a 1 cada 100.000. Sin embargo, si este mismo procedimiento se cumple en los países en desarrollo en donde el aborto inseguro es la regla general, este es varios cientos de veces mayor que aquel del aborto realizado profesionalmente bajo condiciones de seguridad.

Ahora bien, la decisión de obtener un aborto pone a la mujer en conflicto con los valores sociales, culturales y religiosos relacionados con la maternidad y es, por lo tanto, una decisión que ninguna mujer toma a la ligera. Así su incidencia negativa es menor en los países con legislaciones que no sancionan el aborto, a aquellos en los que el aborto se penaliza y donde las mujeres actúan en la zozobra de la clandestinidad.

En este punto se señala que el contexto de penalización crea un estigma desfavorable que generaliza las actitudes negativas con respecto al aborto, influyendo negativamente incluso en la prestación de servicios apropiados.

De lo anterior se puede inferir que no es correcto afirmar que las mujeres que opta por el aborto sufren una afectación física, psíquica y moral por este simple hecho, porque como lo sustenta ampliamente la evidencia científica, son las condiciones de clandestinidad e inseguridad en que se practica el aborto en los países con legislaciones restrictivas, las causas básicas de este efecto.

Ahora, en relación con el impacto del aborto en la mortalidad materna, esta es una situación de gran preocupación social, principalmente respecto de los sectores sociales que presentan desventajas, sociales educativas y económicas. El aborto inseguro sigue siendo un recurso utilizado por millones de mujeres para terminar con embarazos no

deseados, de tal forma que cada año fallecen en el mundo alrededor de 600.000 mujeres por causas relacionadas con el embarazo, parto o puerperio.

En 1996, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) indicó que el aborto es la segunda causa de muerte en Costa Rica y tercera causa en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México y Nicaragua.

Frente al caso de Colombia, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por las altas tasas de mortalidad materna ocasionadas por abortos clandestinos.

Pero el aborto inseguro no solo tiene un impacto respecto del riesgo mismo de muerte en las mujeres que acuden a esta opción para interrumpir sus embarazos no deseados, sino que el costo de oportunidad de atender un aborto inseguro es sumamente alto comparado con el aborto seguro y legal, pues con los mismos recursos que se atiende a una paciente a quien le ha sido practicado un aborto inseguro, podría atenderse a otra población respecto de otros servicios de salud.

Li y Ramos (1994) estimaron los costos hospitalarios y económicos del aborto en el Perú, para el caso del legrado uterino instrumental. Entre los principales hallazgos se encuentra que: (i) el costo de oportunidad por atender a una paciente de aborto incompleto (o inducido) es el dejar de atender aproximadamente a 10 pacientes que pudieran acceder a servicios seguros; (ü) la estancia hospitalaria es una variable muy importante pues influye en el gasto de hospitalización, el costo total del servicio a pacientes de abortos sin complicaciones y la posibilidad de reducir los costos de la atención; y, (üi) el costo privado de la hospitalización es el más alto del promedio, por lo que no podría ser pagado por todas las pacientes a pesar de ser subsidiado.

De esta manera, es claro que los efectos económicos en el sector salud son sumamente importantes pues las complicaciones se relacionan con una alta demanda de recursos, como camas hospitalarias, equipamiento médico, antibióticos, entre otros, originados por complicaciones prevenibles

Considera igualmente importante el Ministerio de Protección Social, establecer la diferencia entre los conceptos de despenalizar y legalizar el aborto.

A nivel mundial se ha comprobado que la legislación restrictiva no previene, ni evita el aborto y que muy por el contrario lo transforma en

un grave problema de salud para las mujeres. Sin embargo, la legalidad del aborto por sí misma no es suficiente para reducir las tasas de morbilidad y mortalidad materna asociadas con el aborto inseguro, pues este depende de la capacidad instalada de hospitales y de personal capacitado para prestar dichos servicios de manera segura.

Por ello, una política estatal de garantía de derechos sexuales y reproductivos, necesariamente debe incluir el acceso efectivo a información y servicios de regulación de la fecundidad. En efecto aquellos países que han legalizado el aborto inducido y creado programas accesibles de planificación familiar, combinados con un acceso efectivo a información, muestran un marcado descenso en el número de abortos realizados.

De esta manera, no solo la gravedad del aborto inseguro como problema de salud pública, sino también que la vigencia de una legislación restrictiva frente al aborto no reduce la ocurrencia de abortos, ni protege los derechos del no nato, sino que pone en riesgo la salud de las mujeres, especialmente las de los grupos de mayor vulnerabilidad, incluyendo las adolescentes, las desplazadas, las de menor educación y menores ingresos.

Por lo mismo, las estrictas leyes contra el aborto, particularmente las que incluyen la pena de prisión para las mujeres que se someten a abortos inducidos, no son eficientes en modo alguno para reducir la cantidad de intervenciones. Pero de otro lado, no hay pruebas contundentes de que las leyes muy liberales, que proporcionan un fácil acceso a la interrupción del embarazo, no determinan por sí solas una alta incidencia de aborto.

El problema es que las leyes restrictivas no afectan la condición fundamental que siempre precede el aborto, y esta corresponde a la existencia de un embarazo no deseado. Los principales determinantes de dichos embarazos son la incapacidad de las mujeres de controlar su actividad sexual, su falta de educación - incluyendo un conocimiento escaso e incorrecto de los métodos anticonceptivos-, la dificultad de acceso a una anticoncepción eficaz y la ausencia de protección social para las embarazadas y sus hijos.

Mientras estas condiciones persistan, seguirá habiendo gran cantidad de embarazos no deseados, la mayoría de los cuales terminarán en un aborto a despecho de prohibiciones y sanciones legales, morales o religiosas.

Finalmente, concluye el Ministerio, señalado que desde la perspectiva de la salud pública, y lejos de las discusiones morales, religiosas y jurídicas, el país debería avanzar en una discusión que, fundamentada en

argumentos científicos y en el interés común, trace los derroteros para garantizar efectivamente los derechos de las mujeres y los niños y el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

4.1.6 Intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana.

En escrito de fecha 8 de febrero del presente año, la Conferencia Episcopal Colombiana a través del señor Arzobispo de Tunja Luis Augusto Castro Quiroga, como su Presidente presentó su intervención al presente proceso.
Como petición frente al proceso objeto de estudio solicitó desestimar las pretensiones de inexequibilidad de las normas demandadas y declarar la constitucionalidad de los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, por cuanto las normas acusadas no sólo protegen la vida, la salud y la integridad del *nasciturus*, sino también de la mujer gestante.

Así, abordó de manera muy breve el Magisterio de la Iglesia Católica sobre el respeto de la vida humana naciente, y en una segunda parte explicó las razones constitucionales para que el aborto esté tipificado como delito incluso frente a las circunstancias especiales.

En relación con la tradición de la Iglesia del respeto de la vida humana naciente ha sostenido siempre que ésta se deberá proteger y favorecer desde su comienzo como en las diversas etapas de su desarrollo.

La gravedad moral del aborto procurado se manifiesta en toda su verdad si se reconoce que se trata de un homicidio y. en particular, si se consideran las circunstancias específicas que lo cualifican, además que advierte que la responsabilidad del aborto es compartida entre la madre y las otras personas que intervienen.

Ahora bien, cada vez que la libertad, se cierra a las evidencias primarias de una verdad objetiva y común, fundamento de la vida personal y social, la persona acaba por asumir como única e indiscutible referencia para sus propias decisiones no ya la verdad sobre el bien o el mal, sino sólo su opinión subjetiva y mudable o, incluso, su interés egoísta y su capricho. Con esta concepción de la libertad, se llega inevitablemente a 1a negación del otro, de quien habrá de defenderse en tanto se le considera como enemigo. Así, desaparece toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos, en donde todo es pactable, todo es negociable: incluso el primero de los derechos fundamentales, el de la vida.

Esto sucede igualmente en el ámbito político o estatal: el derecho originario e inalienable a la vida se pone en discusión o se niega sobre la base de un voto parlamentario o de la voluntad de una parte de la población. Es el resultado nefasto de un relativismo que predomina incontrovertible: el "derecho" deja de ser tal porque no está ya fundamentado sólidamente en la inviolable dignidad de la persona, sino que queda sometido a la voluntad del más fuerte.

Reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio. a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un *significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás.*

En relación con el derecho a la vida y a la dignidad humana en nuestro ordenamiento jurídico, se señala que la Constitución en su Preámbulo, así como en varias de sus normas y el mismo artículo 1° del Código Penal, reconocen el respeto a la dignidad humana.

De la misma manera, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, que por disposición del artículo 93 Superior conforman el llamado "bloque de constitucionalidad", también reconocen explícitamente el derecho a la vida del no nacido. Así lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, artículo 4°.

Por otra parte, se anota que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia al definir la constitucionalidad de los delitos de aborto, incluso el caso de embarazo producto de violación, consideró que dichas normas se ajustaban a la Carta, en tanto ésta protege la vida humana desde el momento mismo de la concepción, pues esta fue la *ratio decidendi* de tales pronunciamientos. Así, en la Sentencia C-133 de 1994 se indicó que en la Carta Política "la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecha a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento y a la existencia legal de las personas. En tal virtud, se dijo que el Estado tenía "la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, que necesariamente debe incluir la adopción de normas penales dispuestas por el legislador dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

A1 definir la constitucionalidad de la penalización del aborto de la mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, la Corte indicó que el derecho a la vida aparecía como el primero y más importante de los derechos fundamentales y su carácter de derecho inviolable no permitía excepciones alguna en su protección. Por tal razón, la intención de la madre violada, dirigida de manera cierta e indudable a interrumpir el proceso de gestación, era ilícita y manifiestamente inconstitucional, y si ella se castigaba con pena menor, ello obedecía al "factor atenuante aceptado por la ley (fecundación no buscada o aceptada), más no porque se entienda que la acción ejecutada contra el fruto de la concepción pueda quedar impune.

Dentro de la circunstancias especiales planteadas por los demandantes en las que se propende por la despenalización del aborto, se encuentran: a. La salud de la madre; b. Violación; c. malformaciones del feto; d, discriminación y clandestinidad; e. Autonomía de la mujer; f, aceptación de padres y sociedad ; g. Exigencia de la democracia y el pluralismo ideológico.

a. La salud de la madre

Cuando por causa del embarazo la salud de la madre se ve afectada a tal punto que pone en riesgo su vida. Ha de entenderse que bajo esta justificación y teniendo en cuenta criterios como los expuestos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el término "salud de la madre" comporta factores como los psicológicos, familiares, sociales, económicos, etc.

Nuestra Constitución establece en el articulo 42 el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Sin embargo, hay que resaltar que este derecho se refiere a la decisión de tener o no aquellos hijos que puedan venir en el futuro, y no a los que, estando concebidos, aún no han visto la luz. No obstante la mayoría de mujeres no cuentan con la educación o con la asistencia médica de calidad para ejercer el derecho consagrado en el artículo 42, como tampoco ejercen el derecho consagrado en el articulo 43 Superior relativo a la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto.

Así, el Estado y las autoridades sanitarias no pueden descartar el cumplimiento del deber con los ciudadanos facilitando una solución simplista con la legalización del aborto.

b. Violación

Cuando el embarazo es producto de una conducta no consentida, sea acceso carnal violento, acto sexual sin consentimiento, incesto, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, no se debe olvidar que el aborto seria otro acto de violencia perpetuado contra el cuerpo de la mujer y contra la vida del nasciturus.

Estudios han comprobado psicológicamente que al menos a un nivel inconsciente, la víctima de violación puede sentir que si ella puede superar el embarazo habrá superado el trauma de la violación, y que al dar a luz, ella recobrará algo de su autoestima perdida, contrario a lo que se ha penado que las mujeres que llevan un embarazo debido a asalto sexual querrían un aborto y que el aborto las ayudaría a recobrarse del asalto, de alguna manera.

En un asalto sexual, a una mujer le roban su pureza, en el caso del aborto que corresponde a una violación médica a ella le roban su maternidad.

Del mismo modo, los estudios muestran que las víctimas de incesto raramente acceden en forma voluntaria a un aborto. En vez de ver el embarazo como indeseado, es más común que la víctima de incesto vea el embarazo como una forma de detener la relación incestuosa, porque el nacimiento del hijo expondrá a la luz pública la actividad sexual.

Como se puede observar, el legislador al tipificar el aborto como una conducta delictiva, no sólo esta protegiendo la vida del nasciturus, sino la integridad física y mental de la mujer, su dignidad como mujer y madre, su libre desarrollo, y que no sea forzada a trato inhumano y degradante.

C. Malformaciones del Feto

Actualmente existe en el mundo y en nuestro País el diagnóstico prenatal que puede dar a conocer las condiciones del embrión o del feto cuando todavía está en el seno materno; y permite, o consiente prever, más precozmente y con mayor eficacia, algunas intervenciones terapéuticas, médicas o quirúrgicas. Sin embargo, incurrirá en una conducta ilícita si dependiendo de dicho diagnóstico tiene la firme intención de proceder al aborto

Se debe condenar, como violación del derecho a la vida de quien ha de nacer y como trasgresión de los prioritarios derechos y deberes de los cónyuges, una directriz o un programa de las autoridades civiles y sanitarias, o de organizaciones científicas, que favoreciese de cualquier modo la conexión entre diagnóstico prenatal y aborto, o que incluso indujese a las mujeres gestantes a someterse al diagnóstico prenatal

planificado, con objeto de eliminar los fetos afectados o portadores de malformaciones o enfermedades hereditarias.

Así, el aborto no puede surgir como un sistema de “prevención de la subnormalidad”, pues de ser así, se estaría entrando a un racismo intolerable donde se concede la existencia sólo a los bien dotados. Ello llevaría analógicamente a quitar la vida a los ancianos improductivos, a los enfermas incurables, etc.

D. Discriminación y Clandestinidad.

No se debe confundir la “desigualdad de oportunidades para abortar” con un problema más profundo. El argumento se reduce a decir que si los pudientes hacen la maldad impunemente, debe extenderse la impunidad a las personas menos favorecidas económicamente; pero lograr así que el delito deje de ser delito.

La verdad es que una vez aprobado y legalizado el aborto, no todas las mujeres podrán ampararse en la ley o tendrán los recursos económicos para realizárselo de forma segura, lo que seguirá produciendo abortos clandestinos.

La sociedad debe proporcionar a las madres que pasan por situaciones difíciles otras soluciones que no sean la del aborto, como una buena orientación de la paternidad responsable, con una justa información de los métodos naturales de regulación de la natalidad, así como medidas hábiles de protección a la maternidad en todas sus etapas, la ampliación del permiso por maternidad, aumento del subsidio por nacimiento, etc.

F. Aceptación de padres y sociedad.

"Sólo si los padres desean al hijo puede decirse que el producto biológico se hace humano; quien no pueda aceptar esta responsabilidad debe interrumpir el embarazo'". Esta frase indica que seriamos seres humanos en tanto otros seres humanos nos ayudan a serlo, y si en la sociedad se considera que un nuevo hijo es un estorbo, entonces la interrupción del embarazo es una dolorosa exigencia social.

El perjuicio de la frase estriba en creer que el hombre sólo es en tanto que es aceptado por los demás, llámese padres o sociedad en general. Frente a ello hay que afirmar que la persona posee anterioridad natural respecto de la sociedad, de tal manera que sus derechos no le vienen del medio social en que vive sino de su condición sustantiva de ser persona, de ser humano.

El primer derecho de un ser humano es su vida. El tiene otros bienes y algunos de ellos son preciosos; pero aquél es el fundamental, condición para todos los demás. Por esto debe ser protegido más que ningún otro. No pertenece a los progenitores, ni a la sociedad ni a la autoridad pública, sea cual fuere su forma, reconocer este derecho a uno y no reconocerlo a otros: toda discriminación es inicua, ya se funde sobre la raza, ya sobre el sexo, el color, la religión o si tiene alguna malformación. No es el reconocimiento por parte de otros lo que constituye este derecho; es algo anterior; exige ser reconocido y es absolutamente injusto rechazarlo.

G. Exigencia de la democracia y el pluralismo ideológico.

Ha habido épocas en la historia de leyes injustas y de gobiernos tiránicos, aunque fueran establecidos las unas y los otros democráticamente. No se puede invocar la libertad de opinión y la democracia para atentar contra los derechos de los demás, especialmente contra el derecho a la vida de un inocente. Aquí no se trata de una materia opinable, sino del hecho cierto, atestiguado por la ciencia actual, de una vida humana, que no espera para ser real el acuerdo en las opiniones de los mayores. Quien debe ser respetada es toda persona, no toda opinión, puesto que hay opiniones falsas como la que sostiene la licitad del aborto.

2.4. Conclusión

No desconocemos las grandes dificultades: como la cuestión grave de salud, muchas veces de vida o muerte para la madre; la responsabilidad que supone un hijo, sobre todo si existen algunas razones que hacen temer que será anormal o retrasado; la importancia que se da en distintos medios sociales a consideraciones como el honor y el deshonor, la pérdida de categoría, etc. Sin embargo, debemos proclamar absolutamente que ninguna de estas razones puede jamás dar derecho, ni objetiva ni subjetivamente, para disponer de la vida de los demás, ni siquiera en sus comienzos; ni siquiera el padre o la madre, pueden ponerse en su lugar, aunque se halle todavía en estado de embrión; ni él mismo, en su edad madura, tendrá derecho a escoger el suicidio. La vida es el más importante derecho fundamental que no debe ponerse en la balanza con otros inconvenientes, aparentemente más graves.

Del mismo modo, comprendemos los grandes y graves problemas que se plantean al Estado a causa del empobrecimiento, del desplazamiento forzoso y del crecimiento inequitativo de la población. Pero el aborto no es, ni de lejos, la solución a estos males. Con la despenalización del aborto no se va a poner término a las relaciones sexuales indeseadas ni a la violencia física, psicológica y sexual, ni al contagio de infecciones de transmisión sexual, ni al abuso y el acoso sexual. Tampoco a los altos

porcentajes de embarazo y maternidad en adolescentes, ni con los problemas de salud de la madre o con las malformaciones del no nacido.

El derecho a la vida es el primer derecho, el fundamental, que precede y condiciona a todos los demás y debe ser protegido sin ningún límite ni discriminación. Por tanto, ni la madre ni los poderes públicos tienen ningún derecho sobre la nueva vida. La ley civil y penal ha de proteger la vida humana allí donde comienza y para ello, ha de reformar las condiciones de vida y los ambientes menos favorecidos, ha de ayudar a las familias y a las madres solteras, ha de asegurar un estatuto digno para los hijos y un ordenamiento de la adopción beneficioso para e1 niño. La función más positiva de la ley, en estos casos, está en ofrecer una alternativa digna para las madres que sientan la tentación de abortar.

También la sociedad entera debe reaccionar promoviendo instituciones asistenciales destinadas no a eliminar la vida, sino a combatir las causas que no favorecen a su desarrollo. Sólo en una sociedad materialista se puede pensar que el mejor modo de ayudar a una embarazada con problemas es la facilitación del aborto en instituciones pagadas por la misma sociedad, pues es más cómodo eliminar la vida que protegerla.

En mérito de lo expuesto, la Conferencia Episcopal de Colombia solicita a la Honorable Corte Constitucional desestimar las pretensiones de inexequibilidad de las normas demandadas en el proceso de la referencia y declarar la constitucionalidad de los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, porque las normas acusadas no sólo protegen la vida, la salud y la integridad del nasciturus, sino también de la mujer gestante.

4.1.7 Intervención de la Universidad Santiago de Cali.

El día 14 de febrero de 2006, de manera extemporánea , la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, presenta escrito de intervención.

Estima el interviniente que los interrogantes que pretende resolver en su intervención habrán de ser resueltos desde la perspectiva del derecho penal, de sus funciones modernas, su misión constitucional, por lo que no se trata de proponer o no el aborto, sino de minimizar sus consecuencias en procura de una unidad moral de la sociedad.

Aclara sin embargo, que su opinión solo pretende coadyuvar el cargo contra el artículo 124 del Código penal, relativo a las circunstancias de atenuación punitiva por considerar que para dichas circunstancias

excepcionales la penalización del aborto no reúne las condiciones para recibir un tratamiento punitivo, entendiéndose por ello la judicializacion de la madre que lo practica y de quien, con su consentimiento, contribuye a su realización.

La discusión, se centra en en determinar qué tan valido resulta dar tratamiento penal a quien realiza o permite que otro realice una interrupción del embarazo, y más aún cuando este acto ha sido motivado por circunstancias excepcionales? Se trata de determinar, no la procedibilidad, la justeza o la constitucionalidad del aborto, como práctica o convicción, si no lo pertinente que resulta la penalización de un comportamiento sobre el cual se depositan expectativas morales y sociales a priori que, la realidad colombiana hoy, no acepta de manera tan categórica, sobre los mismos fundamentos que inspiran la constitución de 1991.

III. Aborto y derecho penal de última ratio

El Estado, en uso de su libertad de configuración legislativa, tiene la facultad de sancionar los comportamientos que atentan contra aquellos bienes jurídicos que deben ser protegidos para asegurar la convivencia pacifica, y crear así un escenario estable para la realización de los valores constitucionales. En este sentido, el derecho a la vida del que está por nacer y la protección a la concepción como una expectativa real de vida humana es un punto de elección de esa facultad de configuración legislativa del Estado frente a la cual la jurisprudencia ha sido constante en afirmar su valor absoluto, sobre todo en lo que respecta a la posibilidad del aborto.

Debe partirse del hecho de que la Corte Constitucional ha sido muy clara al advertir que los derechos fundamentales no son absolutos y que en situaciones limites, estos deben ser ponderados para elegir la prevalencía del derecho que más necesita ser protegido, atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la búsqueda de afirmación de los valores fundamentales de la Constitución.

Si bien el interviniente considera valido sancionar los casos normales de interrupción voluntaria del embarazo es importante estimar situaciones y causas excepcionales para cuando la interrupción del embarazo de manera voluntaria, resulta mayormente afirmativa de los valores constitucionales y aleja a las normas penales del absurdo.

No estaría bien y seria poco razonable, dar igual tratamiento a la madre que, teniendo circunstancias normales de gestación, decide interrumpir su embarazo, que aquellas que ni siquiera pudieron decidir en estarlo, que

no lo aceptan o que saben de antemano, por efecto de los avances científicos, que el que está por nacer sufre de malformaciones o de enfermedades que hacen extremadamente difícil e indignante la vida extrauterina. Si esta asimetría de condiciones reales fuera ignorada, constituiría esto una violación al artículo 13 de la Carta política y establecería un criterio arbitrario y no jurídico para estas personas.

Por ello, el legislador del año 2000 equivocadamente planeó una excepción punitiva en determinados casos, en lugar de hacer de ellas causales de exculpación de la responsabilidad penal.

Señala el interviniente que, tal y como lo planteara la Corte Constitucional en su jurisprudencia, que el derecho penal es un instrumento residual, excepcional, que tiene vigencia en ausencia de medidas de diverso orden que los Estados han adoptado para evitar y prevenir los comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos específicos, previamente determinados.

Por ello, en el marco Constitucional Colombiano, el derecho penal es de última ratio, es residual y no puede serlo de otra forma, puesto que estaría desconociendo nuestros fundamentos más importantes.

En el caso del Estado colombiano, el tema del aborto ha sido tratado preferentemente de manera punitiva, como una salida de "ultima razón" ante el fracaso de las iniciativas que ese mismo Estado laico ha desarrollado para conjurar los problemas que se desprenden de este aspecto.

La penalización del aborto en las circunstancias excepcionales del artículo 124 de la ley 599 de 2000, resulta contraria a la Constitución en la medida en que le asigna al derecho penal un papel preponderante cuando éste debe cumplir un papel residual y subsidiario, como lo ha señalado la Corte.

Es pertinente estimar, como elemento importante en esta discusión, la proporcionalidad de la sanción contenida en el artículo 124 de la ley 599 de 2000, con respecto al comportamiento previsto como punible, es decir, el aborto. Así, considera el interviniente que, el artículo 124 es la mejor muestra de reconocimiento que hace el legislador colombiano de las circunstancias excepcionales, que en un momento dado, pueden afectar el juicio de antijuricidad y de culpabilidad sobre el comportamiento de la madre que aborta y respecto de la conducta de quien coopera con ello.

Sin embargo, por efectos de facultad de configuración legislativa, en lugar de ser estas circunstancias excepcionales una forma de exculpación

de la conducta, se configuran como simples circunstancias de atenuación de la sanción.
Por ello, al no tener el legislador en cuenta el requisito de proporcionalidad, éste sometió a la mujer a soportar una pesada carga (la judicializacion penal y la posterior sanción) que se suma, a la carga sicológica de tipo negativo que se cierne sobre la mujer que optó por el aborto, al miedo al rechazo social, al rechazo familiar

Por ello judicializar a una mujer que ha tenido que afrontar todas las cargas ya mencionadas, evidencia una total desproporción, en relación con la mera atenuación punitiva que debe soportar la madre que aborta o su cooperante, aun en casos o circunstancias excepcionales como las descritas en el artículo 124 y que, se insiste de nuestra parte, debieran excluir la responsabilidad penal y tener un tratamiento jurídico alternativo.

Por las anteriores razones considera el Interviniente que el artículo 124 debe ser declarado contrario al mandato de ponderación y razonabilidad que debe preceder a la facultad de configuración legislativa.

V. El papel de la pena en el aborto

Señala el interviniente que el actual derecho penal transformó a la culpabilidad en un escenario común, en el cual el Estado legitima sus sanciones a partir de los consensos y los valores comunes (constitucionales) que el imaginario colectivo soporta y produce. De esta manera, el derecho penal, y en especial la pena, tienen un alto sentido de integración positiva del ciudadano.

Sin embargo, el derecho penal colombiano está lejos de ser un instrumento de integración, y la penalización del aborto, aun en casos excepcionales, está por fuera de las aspiraciones de un derecho penal de integración positiva.

Por ello, en tanto el derecho penal colombiano no cumpla con dicha misión integradora, debe abandonar tal misión de integración para cederla a estructuras del Estado que, en su lugar, orienten un conjunto de medidas de política pública a fin de conjurar un problema frente al cual la penalización fue inútil.

En relación con la utilidad de la pena en el caso del aborto, es claro que la misma es ajena a su propósito moderno de prevención general integradora .y positiva, y además, se hace ineficaz e inútil ante los ciudadanos tanto en el ámbito de la disuasión como de la responsabilidad individual. En esto último, la pena se ha convertido en una consecuencia

sin sentido, que la sociedad no comprende, tal como se desprende de la opinión pública en relación con este tema.

De esta manera considera la Universidad Santiago de Cali que la penalización del aborto, en casos excepcionales es contraria a los fines de la utilidad de la pena y, por ende, ajena a los valores constitucionales forjados por la Corte durante todo su desarrollo jurisprudencial.

VI. El ámbito restringido de "casos o circunstancias excepcionales", propuesto en el articulo 124 de la ley 599 de 2000

En criterio del interviniente son validos los cargos contra el artículo 124 de la ley 599 de 2000 pues dicha norma resulta restrictiva frente a la posibilidad de otras circunstancias excepcionales, igualmente válidas, por las cuales la interrupción voluntaria del embarazo puede ser despenalizada.

Por ello, el Comité de Derecho Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destacó su preocupación en el sentido de que nuestra legislación penal criminalice a las mujeres que recurren al aborto en aquellos casos en que ha sido víctima de violación o incesto.

Por esta razón es conveniente que la Corte Constitucional declare la inexequibilidad del artículo 124, en la medida en que la restricción que hace de circunstancias excepcionales no contempla otro tipo de circunstancias, igualmente válidas, que merecen su despenalización ante lo traumáticas que éstas resultan.

VII. El artículo 124 de la Ley 599 de 2000 desconoce la Constitución

Sobre este particular, advierte la Universidad Santiago de Cali, que la Corte Constitucional ha sido muy clara al señalar el carácter de ultima ratio del derecho penal, razón por la cual, solo se debe acudir a al derecho penal para sancionar conductas cuando otros instrumentos sociales o jurídicos menos graves hayan fracasado.

Por ello, junto con el principio de intervención mínima o ultima ratio se encuentra el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. POr ello, no es aceptable y mucho menos proporcional, el acudir de manera directa al derecho penal en desmedro de otros mecanismos sociales o jurídicos menos graves

Sobre el particular, considera la Universidad santiago de Cali, que tal y como lo señalara la Corte en sentencia C-070 de 1996, el principio de proporcionalidad o la prohibición de exceso justificada en la protección

de los derechos de toda persona dispuesta por el artículo 2 de la Constitución. dispuso los derechos fundamentales como límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio.

Por lo anterior, es que el punto de partida del análisis de los cargos de la demanda debe ser, entonces, el principio de intervención mínima o ultima ratio, así como los principios de proporcionalidad, dignidad (artículo 1), primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5) y protección de grupos vulnerables (artículo 13).

En consecuencia, cuando el legislador, al expedir el artículo 124 de la Ley 599 de 2000 ejerció su libertad de configuración legislativa, de manera errada pues apeló directamente al uso del derecho penal, disponiendo del derecho penal como un instrumento de prima ratio y no como un medio de intervención mínima en la esfera de los derechos fundamentales.

El sentido de la norma contenida en esa disposición es el de un uso absoluto del derecho penal como instrumento de tutela jurídica. Es una medida ciega a la realidad de las mujeres que han sido través del proceso de gestación y luego de nacimiento y crianza del fruto de la violación o agresión-, las imágenes de la tortura y asesinato de sus seres queridos o de los daños a sus bienes o los desplazamientos tan comunes en nuestro país por obra de los grupos armados ilegales o incluso la imagen del victimario presente en su hijo.

Tal norma parte de una realidad y es la de una mujer que ha realizado el aborto en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 124 tiene la condición de víctimas de delitos contra la libertad sexual o contra la autonomía personal. En estas condiciones, lo que se impone como una obligación constitucional del Estado es brindar medidas de asistencia, protección o rehabilitación social y no un tratamiento punitivo cuyo único efecto es victimizar por segunda ocasión a la mujer: por un lado, víctima de conductas sancionadas por el código penal y por las cuales quedó en embarazo y, por otra parte, víctima del derecho penal que la relega al olvido de una cárcel sin ninguna posibilidad de asistencia sico-social.

Así mismo, el legislador termina instrumentalizando a la mujer, desvirtuando el principio de la dignidad humana, y utilizándola como medio para la realización de los fines de la pena.

VIII. conclusiones

A manera de conclusión nos permitimos, respetuosamente, hacer un resumen de las consideraciones expuestas;

1. El Estado acude a la utilización del derecho penal, como instrumento de príma ratio, yendo en contravía de la jurisprudencia constitucionalsobre el tema.

2. El Estado colombiano laico, no ha tenido la oportunidad de fijar políticas frente a la materia. Para ello debe entenderse que la despenalización no conlleva un "sí al aborto", si no que excluye de la inhumanidad de una pena a la mujer gestante.

3. La pena y la judicialización impuesta a la mujer que aborta resulta totalmente inútil y desproporcionada, puesto que impone un sobrecosto a la mujer. La pena para la práctica abortiva resulta inútil, y por lo tanto inconstitucional.

4. Finalmente, por las consideraciones expuestas, el artículo 124 de ley 599 de 2000 desconoce los derechos fundamentales a la dignidad de la mujer, del feto y el derecho la proporcionalidad y la igualdad, así como el derecho penal de acto y los principios que rigen el derecho penal moderno constitucional, perfilados por la Corte constitucional en su importante jurisprudencia.

En razón de lo expuesto se solicita a la Corte Constitucional declare la inexequibilidad del artículo 124 de la ley 599 de 2000.

4.1.8 Intervención de la Academia Nacional de Medicina

Mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2006, y de manera extemporánea , el Médico Zoilo Cuellar Montoya, actuando como representante de la mencionada academia intervino en este proceso en los siguientes términos:

“En relación con el oficio de la referencia, me permito informarle que esta solicitud de la Corte Constitucional debía ser aprobada, de acuerdo con nuestro reglamento, en sesión administrativa, con el mínimo quórum reglamentario (12 miembros). Esta sesión se realizó el día de ayer, 16 de febrero, con un quórum de 29 académicos con derecho a voto, con igual número de votos a favor de la siguiente conclusión:

“Los miembros de la Academia Nacional de Medicina reunidos para estudiar y dar concepto especializado –según requerimiento de la Corte Constitucional, mediante Oficio No. 190 del 27 de enero de 2006- sobre las disposiciones del Código Penal relacionadas con el tema del Aborto y

que han venido siendo impugnadas ante dicha instancia jurídica, nos permitimos dar respuesta al mencionado encargo en los términos siguientes:

2) Siendo la Academia Nacional de Medicina un organismo consultor y asesor del Gobierno Nacional para asuntos atinentes a la salud pública y a la educación médica en Colombia, (Ley 02 de 1979), es obvio que la respuesta a la solicitud de la Corte Constitucional se haga teniendo en cuenta únicamente lo referente a la salud pública y al manejo ético de la mujer gestante, involucrados en el tema que motiva la consulta.
3) Para la Academia Nacional de Medicina no queda duda de que el aborto inducido es un grave problema de salud pública, toda vez que es una de las causas relevantes de la morbi-mortalidad materna en el país. Aunque incompletos, existente suficientes datos que así lo confirman. Dicha morbi-mortalidad mantiene estrecha relación con la modalidad de "aborto inseguro", es decir, el que es practicado pro personas no idóneas, en deficientes condiciones higiénicas. Además, las complicaciones derivadas del aborto inseguro conducen a que, para superarlas, sea necesario distraer buena parte de los recursos destinados a la salud, que bien podrían invertirse en campañas de educación sexual.
4) Desde el punto de vista médico, la Academia Nacional de Medicina es consciente de que existen circunstancias –por cierto, muy infecuentes- que hacen recomendable la interrupción del embarazo, siempre y cuando se lleve a cabo con el consentimiento de la mujer grávida.

   Las circunstancias a que se hace mención han sido tenidas en cuenta en las legislaciones de un número grande de países, con el respectivo aval de sus organizaciones sanitarias. Previo y riguroso análisis ético-médico, son tres las circunstancias que justifican dicho proceder: **a)** Cuando el embarazo, ***per se***, pone en riesgo evidente la vida de la madre, o cuando se asocia a patologías pre-existentes, cuyo agravamiento se constituye en amenaza mortal, **b)** Cuando se diagnostican con certeza malformaciones embrionarias o fetales que riñen con la supervivencia extrauterina, y **c)** Cuando el embarazo es producto de violación o procedimientos violentos, incluyendo prácticas de fertilización asistida no consentidas.
4) Además de las anteriores consideraciones, y como corolario de ellas, la Academia Nacional de Medicina llama la atención sobre la necesidad y conveniencia de adelantar acciones educativas y de servicios estatales, prontas y efectivas, encaminadas a prevenir los embarazos indeseados, como también la práctica del '*aborto inseguro'.*"

4.1.9-. Con anterioridad a que corrieran los términos para la fijación en lista de los procesos de la referencia, es decir antes del 30 de enero de 2006, se presentaron varias intervenciones ciudadanas. En consecuencia se hará referencia a dichos intervinientes indicado el sentido en que presentaron su intervención.

4.1.9.1. Miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo de la Fe.

Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2005 Varios miembros de la referida iglesia interviene centrando sus argumentos en contra de la despenalización del aborto en dos aspectos fundamentales: el derecho a la vida consagrado constitucionalmente y los riesgos que asume la mujer que se practica un aborto.

Señalan que la protección del derecho a la vida constitucionalmente consagrado en el artículo 11 Superior no puede ser aplicado exclusivamente a partir del momento en que el bebé a abandonado el vientre materno, pues dicha protección debe extenderse desde el momento mismo de su concepción, ya que es desde ese instante en que el óvulo es fecundado, por lo cual todos los derechos propios a todo ser humano le serán aplicables.

En cuanto a los riesgos que asume la mujer que ha tenido un aborto son del orden, físico, sicológico y familiar. Las afecciones de orden físico van desde complicaciones en futuros partos, como embarazos ectópicos, bebés bajos de peso, abortos espontáneos, posibles daños de cuello uterino, rupturas de membranas, distrés fetal, malformaciones entre otras. En relación con sus secuelas emocionales o sicológicas, mediante estudios realizados en diferentes países señalan que se ha demostrado un mayor índice en el riesgo de suicido, así como en la tendencia de iniciar o aumentar el consumo de alcohol, drogas, desordenes alimenticios como hiperfagia, bulimia y anorexia nerviosa, baja autoestima, mayor riesgo a contraer enfermedades como el SIDA, estrés postraumático al aborto o desarrollo de la promiscuidad. De la misma manera su comportamiento familiar cambia pues se ha demostrado incremento en los conflictos de pareja, separación, perdida de placer durante el acto, aumento de dolor, aversión al sexo o a los hombres en general. Finalmente, se ha determinado un fuerte nexo entre aborto y abuso infantil.

4. 1.9.2. Intervención de Rafael Nieto Navia

El interviniente parte del supuesto de que se aceptará su recurso de suplica y las excepciones interpuestas contra el auto admisorio de las

demandas, particularmente la de pleito pendiente por cuanto hasta el momento de presentación de esta intervención no se había expedido y notificado la sentencia correspondiente al expediente D-5764

En relación con las consideraciones más de fondo, señala que las recomendaciones u opiniones hechas por los comités de vigilancia de algunos tratados de derechos humanos, no pueden ser tenidos como "doctrina vinculante" dentro del ordenamiento colombiano cuando claramente esta establecido que el Estado colombiano se "vincula" internacionalmente al suscribir un tratado el cual ha sido sometido previamente al trámite constitucional pertinente. Además, si el Estado Colombiano quisiera voluntariamente atender dichas recomendaciones, comentarios o sugerencias, deberá verificar primero si estas están de acuerdo con el tratado. Por ello, el que otros países en su legislación y otras cortes en sus decisiones hayan aceptado no penalizar el aborto, no significa que ello se deba hacer también por parte del Estado colombiano. Así, siguiendo el procedimiento constitucional preestablecido para la aprobación de un tratado, solo cuando el mismos procedimiento ha sido agotado integralmente se puede considerar que el mismo tiene carácter vinculante para el Estado. Por ello, ni los comités de vigilancia, ni la legislación comparada son elementos que puedan hacer que la H. Corte declare inconstitucional una norma que previamente consideró ajustada a la Constitución y que por consiguiente goza de la garantía de la presunción de cosa juzgada constitucional.

En relación con el bloque de constitucional al que hace mención las demandas, el interviniente, luego de hacer numerosas precisiones en relación con el procedimiento constitucional que debe agotar un tratado o convenio para tenga un efecto vinculante del Estado colombiano con otros estados u organizaciones internacionales regidas por el derecho internacional y que puede constar en un instrumento único o dos o tres instrumentos conexos, y que hayan hecho el trámite tripartida (negociado por el Presente, aprobado por el Congreso, declarado exequible por la Corte Constitucional y finalmente recibida su manifestación de consentimiento de conformidad con la Convención de Viena). Así si se diere la circunstancia de tratados de derechos humanos que prohibieren la *"limitación de derechos humanos en estado de excepción, esos y sólo esos son los tratados que pueden 'integrar' el bloque de constitucionalidad."*

En relación con la interpretación de los derechos y deberes de conformidad con los tratados de derechos humanos, advierte que tal y como lo dispone el inciso 2 del artículo 93 estos se deben interpretar de conformidad con lo tratados internacionales de derecho humanos ratificados por Colombia. No obstante la Corte, solamente puede utilizar

la jurisprudencia de las instancias internacionales para interpretar los tratados a que esa jurisprudencia se refiere y no para interpretar la Constitución. En consecuencia, la jurisprudencia es solamente una fuente auxiliar para la interpretación de las reglas de derecho.

Dentro del análisis de los diferentes instrumentos internacionales relevantes para la demanda, como son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de los Niños, señalan en sus normas iniciales la protección especial que debe haber sobre el derecho a la vida, sin importar la condición de la persona humana, su edad, sexo, condición social, creencias religiosas o raza. Además, en ninguna de ellas se da vía libre para la práctica del aborto.

El interviniente se permite señalar que los tratados a que se refiere el artículo 93 de la C.P., son aquellos tratados de derechos humanos que están vigentes para la República de Colombia por haber sido ratificados por ella. En virtud de lo anterior, sólo podrán ser parte del "bloque de constitucionalidad" aquellas normas de los tratados a que hace referencia el artículo 93 de la C.P. que no admitan limitación en estados de excepción, pues serían las únicas normas que tendrían carácter constitucional y "prevalecerían" en el orden interno. Por consiguiente, serán las únicas que sumadas a las propias de la Constitución podrían ser utilizadas por la Corte Constitucional para declarar la inexequibilidad de una ley aprobada por el Congreso, en los precisos términos del art. 93, inc 1 de la C.P. Esas normas, como queda demostrado, prohíben, no prohijan el aborto.

Solo los tratados internacionales sobre derechos humanos y no otro tipo de informes, sugerencias, recomendaciones y similares emanados de entidades internacionales, pueden ser tenidos como pautas en la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta, a que se refiere el art. 93 inciso segundo.

De esta manera, dentro de todas aquellas normas, el derecho a la vida de todo ser humano, incluido el nasciturus goza de una especial protección constitucional, y dicha protección debe ser defenida por la H.Corte en los términos que se lo impone la misma Carta en su artículo 241.

En relación con los tratados e instrumentos internacionales, la vida es el primer derecho a proteger y de él depende la existencia misma de todos los demás derechos, por ser este anterior a todos ellos. En tanto tal

derecho existe por ser ser humano, y no por que el Estado así lo reconozca, tampoco puede el Estado indicar cuándo y en qué casos no se reconoce, pues ello implicaría un trato discriminatorio que ni la Constitución Política, ni los tratados de protección de derechos humanos autoriza.

Por todo lo anterior, solicita desestimar las pretensiones de declarar inconstitucional las normas demandadas en los expedientes D-6122, D-6123 y D-6124.

4. 1.9.3. Intervención del señor Aurelio Ignacio Cadavid López

Señala inicialmente que en tanto la Corte se pronunció mediante fallo inhibitorio de Sala Plena el pasado 7 de diciembre de 2005 respecto de las demandas contra el artículo 122 del Código Penal, no existe aún sentencia sobre tal decisión como tampoco la misma ha sido notificada formalmente, lo cual impide que se pueda admitir las demandas señaladas por no encontrarse terminado todo el proceso, pues no puede precipitarse el juicio de constitucionalidad sobre normas actualmente pendientes de sentencia y que corresponden a un proceso entre las mismas partes.

De la misma manera, advierte que como consta en sentencia C-133 de 1994 de esta Corporación, el contenido material del precepto contenido en el Código Penal Colombiano, hoy artículo 122 de la Ley 599 de 2000, ya fue sometido al examen de constitucionalidad, como quiera que el texto del artículo 343 del Decreto 100 de 1980 corresponde al tipo penal del delito contra la vida relativo al aborto, norma textualmente reproducido en el nuevo Código Penal. Así, vista la garantía del poder judicial que ha sido asignado por el Constituyente a la Corte Constitucional y que se encuentra consagrado en el artículo 243 Superior, ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución, habrá de entenderse entonces, que cualquier autoridad, como es el caso del H. Congreso de la República, mediante ley de Códigos, podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado exequible por razones de fondo, a menos que no subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. En consecuencia, habrá de entenderse que ninguno de los preceptos constitucionales que sustentan la sentencia C-133 de 1994, ha sido modificado, con lo cual no podrá entenderse que la Cosa Juzgada Constitucional ha sido alterada frente al tipo penal del delito de aborto.

Igual situación ocurre respecto de las demandas promovidas en esta ocasión contra el Parágrafo del artículo 124 del Código Penal Colombiano, pues esta Corporación se pronunció sobre el contenido material de dicha norma en las sentencias C-647 de 2001 y C-198 de 2002, decisiones que también hicieron transito a Cosa Juzgada Constitucional, razón por la cual no es legalmente admisible un nuevo juicio de constitucionalidad.

Considera así mismo que la Corte Constitucional no tiene competencia para conocer de las demandas objeto de este nuevo proceso de control constitucional, pues visto que para entrar a conocer de una demanda de constitucional se debe cumplir con uno de los presupuestos procesales que corresponde al de la competencia, al cual hace referencia el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, precepto que se somete igualmente a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Carta. Así, cuando la ley o su contenido material ya ha sido objeto del examen constitucional previo y se ha resuelto la exequibilidad del precepto, es aplicable el artículo 243 de la Carta que impone la Cosa Juzgada Constitucional, incluso sobre las decisiones del mismo órgano de cierre.

Agrega que las demandas de constitucionalidad nuevamente presentadas o la nuevas intervenciones ciudadanas para el ejercicio de control de constitucionalidad son extemporáneas, pues tales actuaciones o participaciones tuvieron ya su oportunidad procesal en los procesos de control constitucional del contenido material del tipo penal del delito de aborto, contenido anteriormente en el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, ahora reproducido en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, así como al momento de la demanda del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000. Esta participación se dio en su momento con el trámite de los procesos de control constitucional que concluyeron con las sentencias C-133 de 1994, C-647 de 2003 y C-198 de 2002.

4. 1.9.4. Intervención de la señora Ahiledis Cecilia Díaz Atencio

Señala la interviniente que no comparte la idea de despenalizar el aborto pues ello podría considerarse como un apoyo a las parejas irresponsables En efecto si una mujer no desea tener hijos debe buscar beneficiarse de los servicios de planificación familiar, en los que se ofrecen diferentes métodos de anticoncepción como medida preventiva para evitar embarazos no deseados.

Si bien acepta el aborto en los casos violaciones o en aquellos en que los niños presenten malformaciones, la interviniente no tolera que el aborto se practique como una medida para corregir conductas irresponsables, pues de aceptarse tal situación Colombia se convertiría en *“un país lleno*

de desechos humanos ya que no habrá ley que reprenda a quien arroje un feto a la basura, esto entonces, será como quien arroja un desecho y no importa nada por que no vale nada".

Advierte la interviniente que con anterioridad solicitó directamente el señor Presidente desarrollar un plan para el control de natalidad como medida para controlar la sobrepoblación que se puede presentar en el país. Actuar de manera contraria, es decir, permitiendo la despenalización del aborto, atentaría de manera directa contra un ser indefenso.

4. 1.9.5. Intervención de los señores Víctor Velásquez Reyes y Ricardo Cifuentes Salamanca.

Mediante escrito presentado en la Secretaría General de esta Corporación el día 19 de diciembre de 2005, señalan los intervinientes que visto que la Corte Constitucional en sentencias C-647 de 2001 que declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000; C-198 de 2002, que resolvió el expediente D-3464, así como con las sentencias C-551 de 2001, C-013 de 1997 y C-133 de 1994 entre otras, ya se pronunció sobre los mismos asuntos que ahora se discuten en las demandas acumuladas, no debería pronunciarse en esta oportunidad por motivos de economía y lealtad procesal.

4. 1.9.6. Intervención del señor Gabriel Jaime Velásquez Restrepo.

El interviniente en escrito de fecha 31 de enero de 2006, expone sus argumentos en contra de la despenalización del delito de aborto, estructurándolos en dos temas básicos: primero en relación con el presupuesto procesal y segundo,en lo concerniente con la presunción de constitucionalidad.

Señala que los únicos cambios que tienen relevancia para legitimar un nuevo examen de constitucionalidad que permita una dinámica en el cambio jurisprudencial son aquellos que alteran de manera sustancial los extremos del juicio de constitucionalidad, hipótesis que solo se presenta cuando han variado sustancialmente las normas examinadas que ya fueron objeto del juicio en particular, o cuando se trata de evaluar una hipótesis fáctica diferente. Así para enjuiciar nuevamente las mismas normas, es condición indispensable que se trate de verificar hipótesis, sub reglas o normas adscritas que no fueron examinadas en el juicio precedente de constitucionalidad. Además, las razones para que el juez respete el precedente jurisprudencial se fundamentan en el respeto del derecho a la igualdad, la integridad, la estabilidad jurídica, la libertad ciudadana, el respeto mínimo de la racionalidad y la proporcionalidad

judicial. Con todo, en tanto se ha presentado un cambio social y cultural, este no ha sido de tal magnitud desde que se profirió la sentencia C-133 de 1994, que lleve a pensar que el *nasciturus* sea un ser inerte que no merezca protección.

Ahora, en relación con la presunción de constitucionalidad, inicia el interviniente señalado que la Corte no está legitimada jurídica ni políticamente para condicionar una política reglamentaria punitiva específica para el aborto, pues dicha tarea compete exclusivamente al legislador. Si bien la Constitución Política resulta ambigua o indeterminada en algunos de sus textos, ello no es óbice para que la Corte Constitucional supla al constituyente primario o al poder legislativo.

En relación con la colisión de derechos fundamentales, considera que aún cuando la libre autodeterminación se contrapone con la penalización del aborto, habrá de entenderse que la autodeterminación no es un derecho absoluto, pues su ejercicio llega hasta donde comienzan los derechos ajenos, mucho más si aquellos son axiológicamente superiores como acontece con el derecho a la vida. Así, el derecho a la libre autodeterminación no puede ejercerse en detrimento del derecho ajeno, máxime si el principal damnificado con tal conducta es un sujeto de especial protección dentro del ordenamiento jurídico, como lo es el no nacido, vista su total y absoluta dependencia e indefensión.

Así mismo es evidente que el derecho a la vida y su protección son aspectos con un alto peso abstracto, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la libertad, que pese a su importancia tiene un contenido material inferior. Por ello siempre se deberá privilegiar el derecho a la vida frente a derechos jerárquicamente inferiores, no solo por tener tal condición, sino porque los efectos de la limitación del derecho a la libre autodeterminación son infinitamente menores. Además, el Estado puede disponer de otros mecanismos de regulación que prevengan el aborto o que se inste al Legislador a reglamentar la donación de estos seres con el fin de que las madres gestantes, con el apoyo y control estatal entreguen a los menores a instituciones estatales que los cuiden y puedan darlos en adopción.

4. 1.9.7. Intervención de Juliana Peralta Rivera.

La interviniente manifiesta que visto que en los procesos de constitucionalidad que se tramitaron ante la Corte Constitucional y que fueron radicados bajo los números de Expediente D-5764 (Demandante Mónica Roa) y D.5807, (Demandante Javier Osvaldo Sabogal), se recopiló gran cantidad de documentos, firmas, libros, informes a favor o

en contra de los argumentos de las demandas, por lo que solicita que en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación es válida en tanto no existe norma expresa sobre el particular en el Decreto 2067 de 1991, se haga traslado de las pruebas y documentos que fueron aportados en el trámite de los expedientes ya señalados, y que puedan llegar a enriquecer el actual debate constitucional. Solicita finalmente sea reconocida como interviniente.

4.1.9.8. Intervención de David Pérez Palacio, miembro de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos y de la red de abogados Advocates International.

En escrito recibido el 3 de febrero de 2003, el interviniente inicia señalado los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano en procura de la protección del derecho a la vida, tal como lo señala en su artículo 4° el Pacto de San José de Costa Rica.

Seguidamente expone argumentos de orden científico que permiten asegurara los efectos nocivos que tiene la práctica del aborto en el cuerpo y psique de la mujer.

Manifiesta igualmente que el aborto no promueve la igualdad entre hombres y mujeres, pues el hombre jamás será objeto de un aborto, y que en la eventualidad en que le mismo se despenalice, podrán generar una mayor coerción sobre las mujeres pro parte de los hombres quienes las presionarán a abortar bajo le argumento de que se trata de algo “legal”.

Además, en aras de la protección de los por nacer, científicamente esta probado que son seres humanos en esa etapa de concepción y que por tal motivo la protección de su derecho a la vida los cobija igualmente. Esta idea se completa con el hecho de que los casos extremos como violaciones, o cuando la vida de la madre se encuentre en peligro, obedece pro el contrario a una falta de presencia del Estado en la prestación y asistencia con políticas de protección a las mujeres a la niñez y a la adolescencia.

Bajo la anterior idea es que el Estado debe promover políticas de prevención contra el aborto, incluyendo una amplia y apropiada información sobre los distintos métodos anticonceptivos, con lo cual se permitirá fomentar la equidad entre hombres y mujeres.

Finalmente, el estado no puede abdicar su responsabilidad de velar por la vida y la integridad de sus niños y mujeres frente a una medida inmediatista como lo es el aborto.

4.1.9.9. Solicitud de nombramiento de conjuez o conjueces

El señor **Guillermo Otálora Lozano**, solicita sean nombrados los conjueces que sean necesarios en el trámite del proceso D-6122.

Advierte que si bien el día de la presentación de su solicitud –enero 26 de 2006- sería resuelto por la Sala Plena algunas de las recusacion formuladas, desconociendo si las mismas se refieren a uno o varios de los magistrados, insiste en que se proceda al nombramiento del o de los conjueces que fuer necesarios para que se conserve el numero de nueve jueces que deben haber para decir sobre las demandas objeto de estudio.

Señala finalmente que al igual que como lo hiciera en relación con las demandas D-5764 y D-5807 en los que solicitó igualmente el nombramiento de conjueces.

4.1.9.10. Escritos de intervenciones ciudadanas extemporáneas.

Vencido el término de fijación en lista, la Secretaría General de esta Corporación remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador otros escritos de intervención ciudadana allegados a dicha dependencia en relación con los procesos objeto de estudio. Las intervenciones extemporáneos corresponden a las siguientes personas:

4.2-. CUADERNO PRINCIPAL No.2.

Las intervenciones de los ciudadanos que se relacionan a continuación, fueron presentadas estando vencido el término de fijación en lista ordenado en el auto admisorio de diciembre dieciséis (16) de dos mil cinco (2005), es decir, con posterioridad al diez (10) de febrero de dos mil seis (2006), motivo por el cual su contenido no será considerado para efectos de la presente sentencia. Este es, entonces, el listado respectivo:

- El día 15 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por BODGAN PIOTROWSKI, mediante el cual procede a defender la constitucionalidad de las normas acusadas.
- El día 15 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por JOSÉ MARÍA MAYA MEJÍA, rector del Instituto de Ciencias de la Salud - CES de Medellín, mediante el cual procede a intervenir con pretensión de neutralidad en el presente proceso.
- El día 17 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por MARIA EUGENIA MORENO ROLDAN, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

- El día 17 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por MARILUZ ÁLVAREZ VÉLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.
- El día 24 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por ANTONIO R. DE ÁVILA A., mediante el cual procede a defender la constitucionalidad de las normas acusadas.
- El día 24 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por JACQUELINE PIÑEROS Y OTROS CIUDADANOS, mediante el cual solicitan se declaren exequibles las normas acusadas.
- El día 27 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por Monseñor LIBARDO RAMÍREZ GÓMEZ, mediante el cual procede a defender la constitucionalidad de las normas acusadas.
- El día 3 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por SUSANA CHIAROTTI, Coordinadora Regional del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer - CLADEM, y por MARIA ISABEL CEDANO GARCÍA, directora del Comité de Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS, mediante el cual coadyuvan la presente demanda en calidad de Amicus Curiae.
- El día 7 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por SHIRLEY IGUARÁN BOLIVAR, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas. No sobra advertir que la interviniente es menor de edad y, en consecuencia, carece de capacidad de ejercicio y de capacidad para obrar en el presente proceso.
- El día 7 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por PABLO FUENTES GÓMEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.
- El día 10 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ANDRÉS OLLERO TASSARA, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de España, mediante el cual allega tres artículos de su autoría, relacionados con el problema jurídico que plantea el tema del aborto, para que sean considerados al momento de evaluar y juzgar la constitucionalidad de las normas acusadas.
- El día 14 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CARLOS FRADIQUE MÉNDEZ, mediante el cual solicita que en la presente sentencia se resuelva una serie de interrogantes que plantea respecto a la problemática del aborto.
- El día 14 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NOHORA PARDO, mediante el cual procede a coadyuvar la demanda bajo análisis.

4.3. CUADERNO DEL OCHO (8) FEBRERO.

4.3.1. Intervinientes nacionales.

4.3.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. Solicitante: ANGELA MARÑIA GONZALEZ MACHADO C.C. 52.346.399 Bogotá. Acompaña la solicitud la firma de 690 ciudadanos colombianos más. Resumen: La interviniente apoya a **exequibilidad** de las normas demandadas fundamentada en la protección al derecho a la vida expresado en el art. 11 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, recuerda lo enunciado en la sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994 que aduce: "*es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo".* Con lo anterior, entiende la solicitante y quienes, igualmente suscriben la petición que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere la especial protección del Estado.

2-. Solicitante: EFRAIN ORTIZ INFANTE C.C. 11.348.584., CARLOS EDGAR BARRETO HILARION C.C. 80.377.828, YOHAN ALEXANDER LOPEZ AGUDELO C.C. 8.064.465, IVAN YAMID CARDENAS REYES C.C. 80.377.694, FRANCISCO JAVIER ZULUAGA SUAREZ C.C. 71.266.639, JAIME AUGUSTO HERNANDEZ ALVAREZ C.C. 79.156.431, FERNANDO GOMEZ MONCAYO C.C. 17.091.611, ANDRES FELIPE VELEZ JARAMILLO C.C. 8.031.052, MARTIN DE JESUS ESPINOSA ZAPATA C.C. 15.518.531, WILMAN FELIPE RODRIGUEZ CADENA C.C. 1.032.372.580, WINER ANTONIO PALOMO RODRIGUEZ C.C. 78.078.876, MAURICIO ANDRES URREA DUQUE CC. 16.781.119. Resumen: Los intervinientes apoyan a **exequibilidad** de las normas demandadas fundamentada en la protección al derecho a la vida expresado en el art. 11 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, recuerdan lo enunciado en la sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994 que aduce: "*es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo".* Con lo anterior, entiende la solicitante y quienes, igualmente suscriben la petición que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere la especial protección del Estado.

3-. Solicitante: HENRY FERNET MORENO TIBAVISCO C.C. 80.419.082 de Usaquen. Resumen: El interviniente apoya a **exequibilidad** de las normas demandadas fundamentada en la protección al derecho a la vida expresado en el art. 11 de la Constitución Política de Colombia y del preámbulo de la Convención sobre los derechos de los niños. Así mismo, recuerda lo enunciado en la sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994 que aduce: "*es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo".* Con lo anterior, entiende la solicitante y quienes, igualmente suscriben la petición que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere la especial protección del Estado.

4. Solicitante : Ana María Ramírez . Resumen : La interviniente solicita que se respete el derecho a la vida del que esta por nacer y requiere a la Corte para que se desglose su intervención presentada en otro proceso de constitucionalidad llevado por esta Corporación.

4.3.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

Solicitante: GUILLERMO CEPEDA TARAZONA C.C. 4.109.369. Resumen: El interviniente apoya la **inexequibilidad** de las normas demandadas pues considera que existen situaciones difíciles y especiales dentro del embarazo en que las mujeres deben tener la posibilidad legal de elegir el camino a seguir. Así mismo, exalta la importancia del aborto como herramienta para disminuir los altos índices de morbilidad, pues cuando éste es prohibido las situaciones estructurales a las que se ven sometidas las "pacientes" son peligrosas. Por último, aduce que la aprobación del aborto debe ir acompañado de campañas educativas que lleguen a toda la población femenina, sobre todo la mas necesitada, esto con el fin de procurar un bajo índice de abortos.

4.3.2. Intervinientes extranjeros.

4.3.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. Solicitante: JUAN PATRICIO AZCONA C.E. 333709. **Por la exequibilidad.**

2-. Solicitante: JOEL ALBERTO SANCHEZ VAZQUEZ. **Por la exequibilidad.**

3-. Intervención amicus curiae de JOHN KEOWN (Profesor de etica cristiana en Georgetown University). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

4-. Intervención amicus curiae de DAVID ALBERT JONES BA (Escuela de teología, filosofía e historia de St, Mary's College). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

5-. Intervención amicus curiae de JAVIER NUÑEZ GARCIA (profesor de la Universidad Bonaterra, México). Presentado por NUBIA LEONOR POSADA GONZALEZ. Por la **exequibilidad.**

6-. Intervención amicus curiae de GEORGETTE FORNEY (presidente de NOEL). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

7-. Intervención amicus curiae de JOSE PEREZ ADAN (catedrático de sociología en la universidad de Valencia). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

8-. Intervención amicus curiae de JOHN SMEATON. Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

9-. Intervención amicus curiae de JAY ALAN SEKUALOW (American Center for Law and Justice). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

4.3.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.3.3. Intervinientes menores de edad.

Solicitantes: CRISTIAN ADRIAN GOMES ARISITZABAL, HUGO ANDRES CARDONA RAMIREZ, MANUEL ALEJANDRO GUTIERREZ ARANGO. Los intervinientes apoyan a **exequibilidad** de las normas demandadas fundamentada en la protección al derecho a la vida expresado en el art. 11 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, recuerdan lo enunciado en la sentencia de la Corte Constitucional C-133 de 1994 que aduce: "*es deber de las autoridades*

públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo". Con lo anterior, entiende la solicitante y quienes, igualmente suscriben la petición que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere la especial protección del Estado.

4.4. CUADERNO DEL NUEVE (9) DE FEBRERO (Temporáneas)

4.4.1. Intervinientes nacionales.

4.4.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. El 9 de febrero de 2006, se recibió la intervención ciudadana del señor CARLOS ANDRÉS NOVOA PINZÓN. En ella, el citado ciudadano defiende la constitucionalidad de las normas demandadas dentro del presente proceso. Asegura el interviniente que la despenalización del aborto implicaría en un detonante de la proliferación de esta práctica, lo que podría, a su vez, crear un problema de salud pública en el país.

2-. El 9 de febrero de 2006 también intervinieron en el proceso de referencia los ciudadanos FELIX NATTES MARTÍNEZ y LUZ MYRIAM GUERRERO. En su escrito de intervención defienden la constitucionalidad de las normas demandadas y, para soportar dicha posición, presentan un artículo científico del Doctor Jérome Lejeune en el que se sostiene que la vida humana comienza con la concepción.

3-. El 9 de febrero de 2006 se recibió la intervención del ciudadano Monseñor LIBARDO RAMÍREZ GÓMEZ. En ella, Monseñor RAMÍREZ pide a la Corte que *"declaren y ratifiquen la constitucionalidad y exequibilidad total de los artículos 122, 123, 124 y 12 (7) de la Ley 599 de 2000.* Para aclarar su punto de vista respecto del tema, el ciudadano anexa a su solicitud diversos *"artículos de destacadas personalidades, publicados en el ámbito nacional"* Intitula dicha antología *"Por qué no al aborto"*.

4-. El 9 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por el señor FERNANDO MARTÍNEZ ROJAS, haciendo uso de sus facultades como ciudadano en ejercicio para intervenir en el presente proceso. El señor MARTÍNEZ indica que las demandas presentadas contra los artículos que tipifican el delito de aborto son falaces en cuanto omiten el estudio de los derechos de quien está por nacer, concertándose tan

sólo en los de la madre. También manifiesta que desconocen que permitir el aborto significaría autorizar el genocidio, y que los embarazos no deseados con producto del *"desorden personal"* y de *"la pérdida de la voluntad intencional como consecuencia del licor, la droga, la arrogante actitud de vivir como da la gana, la promiscuidad..."* Afirma que *"La "dignidad" se les descuaja frente a un pene en situación de producir placer"* No obstante lo anterior –señala el ciudadano- el aborto debe permitirse bajo ciertas circunstancias extremas, tales como cuando exista un grave riesgo para la madre, en la búsqueda de un mal menor, y cuando se demuestre científicamente que lo que está por nacer no es viable, por graves malformaciones.

5-. El día 9 de febrero de 2006, se recibió un escrito firmado por los señores PEDRO CARD RUBIANO SÁENZ, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia, ALBERTO GIRALDO JARAMILLO, Arzobispo de Medellín, IGNACIO GÓMEZ ARISTIZABAL, Arzobispo de Santa Fe de Antioquia, VICTOR MANUEL LÓPEZ FORERO, Arzobispo de Bucaramanga, IVAN ANTONIO MARÍN LÓPEZ, Arzobispo de Popayán, GUSTAVO NARTÍNEZ FRÍAS, Arzobispo de Nueva Pamplona, FLAVIO CALLE ZAPATA, Arzobispo de Ibagué, OCTAVIO RUIZ ARENAS, Arzobispo de Villavicencio, JUAN FRANCISCO SARASTI J, Arzobispo de Cali, FABIO BETANCUR TIRADO, Arzobispo de Manizales, LUIS AUGUSTO CASTRO QUIROGA, Arzobispo de Tunja, RUBÉN SALAZAR GÓMEZ, Arzobispo de Barranquilla, JORGE JIMÉNEZ CARVAJAL, Arzobispo de Cartagena, y otras dignidades eclesiásticas. En él, los firmantes piden a la Corte que declare exequible los artículos demandantes, ya que –consideran- el que está por nacer tiene vida y la vida se encuentra protegida constitucionalmente por el artículo 11 de la Carta y en diversos tratados internacionales de los derechos humanos.

6-. El 9 de febrero de 2006, se recibieron escritos firmados por los señores RODRIGO ALEXANDER BALBUENA GÓMEZ y WILLIAMS BERNAL CARREÑO, mediante los cuales solicitaron que se tuvieran en cuenta en el presente proceso las intervenciones y los documentos por ellos allegados a los expedientes D-5764 y D-5807.

7-. El 9 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por el señor JUAN CARLOS MALAGÓN BASTO, mediante el cual solicita que se declaren exequibles las normas acusadas, así como el desglose y traslado de la intervención ciudadana presentada por él en el proceso

D-5807 a la que, según indica, fueron anexadas 15400 firmas de ciudadanos.

8-. El 9 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por la señora CLAUDIA HERRERA ZÁRATE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas, así como el desglose y traslado de la intervención ciudadana presentada por ella en el proceso D-5807, la que, según indica, *"contiene el apoyo de cientos de ciudadanos colombianos, las* (sic.) *cuales están recogidas en 217 folios".*

9-. El 9 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por la señora MARÍA ANGÉLICA PÁEZ SÁNCHEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas, así como el desglose y traslado de la intervención ciudadana presentada por ella en el proceso D-5807, la que, según indica, contiene 372 folios con 20000 firmas de apoyo que *"representan la voz de miles de colombianos que defienden el derecho a la vida del que está por nacer y así mismo son una voz de solidaridad para con la mujer que ha quedado en embarazo en situaciones difíciles"*

10-. El 9 de febrero de 2006, se recibió escrito firmado por la señora LILIANA GONZÁLEZ MAZUERA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas, así como el desglose y traslado de la intervención ciudadana presentada por ella en el proceso D-5807, la que, según indica, contiene 428 folios con 17800 firmas de apoyo a su solicitud.

11-. El 9 de febrero de 2006, se recibió un escrito firmado por la señora HELENA SALAZAR SANTOS DE VON ARNIM, acompañado por 161 dibujos y cartas elaborados por menores de edad pertenecientes, en su mayoría, a la Infancia Misionera de la Parroquia Santa María de Jerusalén de Bogotá. En tal escrito, la mentada ciudadana alega actuar en nombre de los niños, asumiendo el encargo que ellos le hicieron de solicitarle a la Corte Constitucional declarar exequibles las normas demandadas.

12-. El 9 de febrero de 2006, fue allegada dentro del trámite procesal la intervención del señor CARLOS EDUARDO CORSSI OTÁLORA. Este ciudadano defiende la constitucionalidad de las normas demandadas, señalando que su desaparición del ordenamiento jurídico implicaría permitir el genocidio y aceptar el colonialismo demográfico de los países imperialistas. El señor CORSSI manifiesta que considera que las demandas que dieron origen al presente proceso son contrarias al ordenamiento jurídico y que la Corte Constitucional, en el caso de

declarar la inexequibilidad del delito del aborto, "*habría asumido un poder supraconstituyente que suplantaría la voluntad popular y subyugaría las tres ramas del poder público"* Este ciudadano solicita a la Corporación la realización de una audiencia pública durante el trámite del proceso. También pide a la Corte tener en cuenta las intervenciones presentadas en anteriores procesos de constitucionalidad en relación con el tema del aborto.

13-. El 9 de febrero de 2006, se recibieron escritos presentados en un mismo formato pero por separado, firmados por los ciudadanos y ciudadanas JAIME AUGUSTO HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, EDUARDO ORTIZ C, FREDY MAURICIO CASTELLANOS QUIROZ, JUAN CARLOS ESGUERRA NEIRA, JULIO ROBERTO LIEVANO SÁNCHEZ, RICARDO VILLEGAS IRIARTE, HAROLD EUGENIO MARTÍNEZ ALBÁN, JOSÉ GUSTAVO BAENA (y otros 51 firmantes), JUAN CAMILO GUTIÉRREZ CLOPATOFSKY, JORGE SOTO ARGÁEZ, EDUARDO BORDA VILLEGAS, GUSTAVO GARCÍA OSORIO, CAMILO GUTIÉRREZ VILLEGAS, JUAN CAMILO GUTIÉRREZ CLOPATFSKY, PEDRO NEL PULIDO, ANDRÉS VARGAS MARTÍNEZ, MAURICIO RUBIANO, ALEXANDER HENAO, JAIRO SANDOVAL MUÑOZ, HUGO JIMÉNEZ ESCAMILLA, ALVARO ACEVEDO, JAVIER PARRA, WITTON BECERRA MAYORGA, JOSÉ BENIGNO WILCHES, HUMBERTO VALERO CÁRDENAS, LUIS ALIRIO PÉREZ, CLOTARIO PINEDA, FERNANDO ALBERTO QUIÑONES, EDINSON ANCHICO, DARIO GUSTAVO CASAS, JUAN RAFAEL CASTRO MORALES, EMILIO RAMÍREZ, JAIRO RINCONO CASTAÑEDA, CARLOS RUIZ RODRÍGUEZ, EDGAR LAVAO PALOMINO, EMILIANO DÍAZ DEL CASTILLO, MAURICIO GÓMEZ TAPIAS, JAVIER PENAGOS, PEDRO ANTONIO NIÑO RODRÍGUEZ, AURORA MARTÍNEZ, MARÍA EULALIA GIL DUQUE, GLORIA VALDÉS, MARÍA LETICIA BOTERO, DEISY BIBIANA ZULETA, CARLOS ESCOBAR, ANA MERCEDES RESTREPO, AMALIA POSADA, CAROLINA GARCÍA GUZMÁN, MARINA CAMACHO DE SAMPER, LUCÍA GÓMEZ DE MARULANDA, ROSA LUCÍA DE MADERO, MARÍA DE JESÚS GARZA, MARÍA ISABEL CÁRDENAS, DOLLY DE BURGOS, JOSEFINA DE TRIANA, OLGA JUDITH ALVARADO VARGAS, ROSA OFELIA PÁEZ, CARMEN ELENA MUÑOZ DE PLATA, ROSA AVELLANEDA, MARTHA SÁNCHEZ, OLGA YANETH HURTADO, LUCY DE DUQUE, ETHEL CRISTINA GONZÁLEZ HURTADO, MARÍA MERCEDES GARCÍA, ROSA ELENA JAMAICA, ALBA STELLA HERNÁNDEZ, FARYDE SÁNCHEZ GÓMEZ, MARIBEL MORENO SÁNCHEZ, CONSTANZA TORRES, MARTHA

CECILIA ROMERO, GLORIA ANGÉLICA SÁNCHEZ, ADRIANA SÁNCHEZ PINEDA, MARTHA LUCÍA AMADOR, LUZ MARINA GARZÓN, ADRIANA JIMENA FLÓREZ, JIMENA CASADIEGOS PENAGOS, MARÍA MARCELA BUSTOS, ROSA ELENA PINEDA, ALEJANDRA MARÍA SÁNCHEZ, ANGÉLICA MARÍA SILVA, ALBA LUCÍA ROMERO, SILVIA BELTRÁN CORREDOR, LUZ ADRIANA LÓPEZ, ELIZABETH SÁNCHEZ, INÉS MORENO, ADOREYNDA RODRÍGUEZ, ANA MERCEDES ESCALLÓN, PATRICIA ACOSTA CAICEDO, MARÍA CRISTINA FERRO DE CRANE, JULIANA CRANE FERRO, KATHERINE VON ARNIM, ANA SACRAMENTO PULIDO, LUZ MARINA NARVÁEZ, OLGA MENDOZA CARRILLO, EUGENIA CLOPATOFSKY LONDOÑO, PIEDAD LACAYO DE ALVIRA, ESPERANZA VELÁSQUEZ PATIÑO, ANA MARÍA BORDA, ISABEL TERESA PALACIO DE AVELLA, CARMEN ARCINIEGAS, CATALINA NIETO VILLEGAS, MERCEDES DE IRISARRI RESTREPO, JUANITA GARCÍA, LAURA GUTIÉRREZ, MARIA ELISA NAVAS ANGEL, INES NAVAS ANGEL, TATIANA CLOPATOFSKY, MAGDALENA CLOPATOFSKY DE BORDA, GLORIA OSORIO DE GARCÍA, LIGIA LONDOÑO, TULIA ROSA GUTIÉRREZ, ROSA HELENA PORRAS, ILEANA DÍAZ BELTRÁN, MARÍA RAMOS SÁNCHEZ, NUBIA PÁEZ RAMÍREZ, FANNY GÓMEZ LAMPREA, MARÍA DEL PILAR CAMPUZANO URIBE, NAZLY ISABEL BARRAGÁN, LUZ MARINA RUIZ, DIANA AYALA RODRÍGUEZ, LUZ NEILA RUIZ PEDRAZA, ROCÍO DEL PILAR HERNÁNDEZ, ISABEL SOTO DE TRIANA, CLAUDIA HELENA OTERO FORERO, EUGENIA CLOPATOFSKY, BEATRIZ APARICIO, ANA LUCÍA SALAZAR DE GÓMEZ, XIMENA GÓMEZ, CATALINA CASTAÑEDA, LIZETT JORDAN GÓMEZ, AMPARO GÓMEZ JAIMES, MARTHA VALERO CÁRDENAS, ADRIANA MORALES, MARÍA CAROLINA VERGARA, LUZ MILENA ROMERO ROMERO, AMALIA JAIMES, MARINA PALOMINO, GLORIA STELA BARAHONA, VIVIANA CHACÓN MORALES, LAURA MILENA CÁCERES, NELLY PATRICIA RODRÍGUEZ, ALEIDYS BEJARANO, LUCILA CÁCERES RICO, YAMILE CEDIEL AGUDELO, MARÍA SELMAN CONTRERAS, ANGELA MARÍA ORTIZ Y MAURICIO PARDO KOPPEL, mediante los cuales solicitaron que se declararan exequibles las normas acusadas. La solicitud de los ciudadanos se fundamentó en el artículo 11 de la Constitución Política y en la Sentencia C-133 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, que, a juicio de los intervinientes, protegen la vida de lo que está por nacer.

4.4.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

El 9 de febrero de 2006, se recibió la intervención de la señora MARÍA CLAUDIA CABALLERO, quien alega representar al Centro de Estudios de Género Magdalena León de la Fundación Mujer y Futuro. Considera la citada ciudadana que los artículos demandados dentro del presente proceso son inconstitucionales, ya que violan los derechos fundamentales de las mujeres, en especial la prohibición de tratos crueles e inhumanos, prevista en el artículo 12 de la Carta. Esta interviniente rescata varios testimonios de mujeres que, como consecuencia de la penalización del aborto, han interrumpido de manera clandestina sus embarazos.

4.4.2. Intervinientes extranjeros.

4.4.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

El día 09 de febrero de 2006 se recibieron escritos presentados por los ciudadanos extranjeros RICHARD STITH, profesor de la Universidad de Valparaíso de los Estados Unidos, MARIBEL GERMAN, Coordinadora de Investigación y Núcleos de Pensamiento de la Red Familia de México, y GWENDOLYN LANDOLT LAWYER, de la organización Real Women Of Canadá

1-. En su escrito a señora MARIBEL GERMAN presenta la organización Red Familia de México e indica la existencia de algunos documentos que pueden servir a la Corte para tomar la decisión en relación con la constitucionalidad de las normas demandadas.

2-. El profesor RICHARD STITH de la Universidad de Valparaíso de los Estados Unidos y la señora GWENDOLYN LANDOLT LAWYER, de la organización Real Women of Canada, defienden la exequibilidad de las normas demandas.

4.4.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.5. CUADERNO PRIMERO (Temporáneas)

4.5.1. Intervinientes nacionales.

4.5.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. Intervención donde se solicita la constitucionalidad y exequibilidad total de los artículo 122, 123 y 124 del Código Penal . Este requerimiento se fundamenta en el art. 11 Constitucional y en la Sentencia C – 133 de 1994 . El mismo formato de intervención es presentado por: NATALIA MONCADA, GLORIA ÁLVAREZ, LÍA VÉLEZ, ESTHER JARAMILLO, MARÍA VÉLEZ, ELVIS VÉLEZ, IRMA AGUIRRE, INGRID BETTER, CARMEN GALVAN, PATRICIA ÁLVAREZ, LUCÍA DE MERCHENA, OLGA ABAD, LILIANA PINEDA, LINA LÓPEZ, BEATRIZ SANTANDER, BLANCA RESTREPO, MAREL FERNÁNDEZ, ZULLY LÓPEZ, ALEJANDRA ECHEVERRI, ALEJANDRA TABARES, NANCY PATIÑO, MARÍA LÓPEZ, OMAYRA GONZÁLEZ, LAURA CASTELLANOS, MARTA GAVIRIA, GLORIA ÁLVAREZ, BERA GAVIRIA, SOFÍA FERNÁNDEZ, MARCELA BERNAL, ANGELA ROLDÁN, MARÍA CASTRILLON, VICTORIA GAVIRIA, MARÍA RODRÍGUEZ , MERCEDES DUQUE, MARCELA SALGADO, ANA ROLDÁN, GLADYS VÁSQUEZ, MARÍA GIL, MARÍA OÑATE, FILOMENA BETANCOURT, CLARA AMAYA, MARÍA POSADA, MERCEDES BARRIENTOS, NUBIA SILVA, CECILIA MARTÍNEZ, MABEL NAJAR, GLORIA BÁEZ, CLAUDIA MALAGÓN, ALFREDO ORTEGA, PAOLA SEGOLENE, RAÚL NAVARRO , OLGA ÁLVAREZ, JUAN VELÁSQUEZ, JORGE VELÁSQUEZ, RENATO PANCIANESCHI, PEDRO BOTERO, JOSÉ TAMAYO, DIEGO ORTIZ, JORGE ACOSTA, HECTOR GUTIERREZ, MIGUEL HERNÁNDEZ, LUIS ESTRADA, GUSTAVO CASTAÑO, HERNÁN ESPINOSA, ANDRÉS RESTREPO, CARLOS RIVERA, OLGER CARRILLO, ÁLVARO ATENCIO, JUAN ARANGO, EMIRO RUÍZ, JUAN ESQUE, RODRIGO SALINAS, BERNARDO GARCÍA , ELKIN VÉLEZ, WOLMAN RESTREPO, GUSTAVO GARCÍA, ROBINSON LEÓN, OSCAR VARGAS, SANTIAGO GARCÍA, ÁLVARO MEJÍA, RAFAEL ROSADO, CARLOS VARGAS, ALBEIRO RIASCOS, ALVEIRO ZAPATA, RICARDO VALLEJO, MARIO RESTREPO, ANTONIO ARIAS, HERNANDO ARIAS, HUGO LEÓN, PEDRO BUITRAGO, ANIBAL GIL, RIGOBERTO PALACIO, JOSÉ RESTREPO, JUAN GÓMEZ, ROBERTO URREGO, RAFAEL STAND, FREDY LÓPEZ, VICTOR MALAGÓN, ÁNDRES MONTERO, DORY BELTRÁN, STELLA CORREA, FABIOLA MORALES, HELENA GORDILLO, LUZ MARTINEZ, TULIA CLAVIJO, LEONOR ACERO, MARÍA CHAVARRO, LEONOR GONZÁLEZ, ALCIRA MEDINA, SOCORRO SILVA, AURA

GUZMÁN, AMPARO CABALLERO, CARMEN GONZÁLEZ, ROCIO ZAPATA, RITA CORREA, ELVIA PARRA, MARÍA MONTOYA, CARMEN CASTRO, ANA SANABRIA, ROSA RAMÍREZ, ELENA DE RODRÍGUEZ, ROSINA PUELLO, GLORIA ROJAS, AURA GÓMEZ, BLANCA AMAYA, ROSA ORTEGA, ISABEL PORRAS, ELIZABETH VEGA, MARIA TORO, OLGA CARDOZO, ELIANA LONDOÑO, ANA BARÓN, MARGARITA ZAPATA, JULIA ACUÑA, ERIKA ANGEL, ROSA RODRÍGUEZ, MARÍA GARAY, BLANCA GARCÍA, MARINA CHAPARRO, SULEIMA BARBOSA, LUCÍA RODRÍGUEZ, LUZ NIETO, FLOR VARGAS, ELISA SUAREZ, AURA CABUYO, MARÍA GARCÍA, MERCEDES MAHECHA, JENNIFER PINZÓN, NELLY ARIZA, ARCELY ACOSTA, ALEXANDRA LUNA, ROSALBA SANÍN, CLAUDIA CARRILLO, GLORIA BRICEÑO, MARTHA CUPA, YASMIN SILVA, MADERIS MARTÍNEZ, MARGARITA CASTAÑEDA, CONSTANZA JIMÉNEZ, XIMENA CÁRDENAS, ERICINDA VARGAS, BLANCA GALVIN, RUTH CRUZ, GRACIELA ROA, SANDRA VELÁSQUEZ, LORENZA DE CRUZ, RUBY VEGA, FLOR ROMERO, CLARA RODRÍGUEZ, LUZ RODRÍGUEZ, CONSTANZA LÓPEZ, EMPERATRIZ WILCHES, ANA RUIZ, MARÍA TORRES, MARÍA DE REYES, MARÍA AHUMADA, EDILMA JARAMILLO, ANA GONZÁLEZ, GLADYS PARDO, MARTA ROMERO, MARIELA MARÍN , CECILIA MORALES, ELVIA SEPÚLVEDA, ROSALBA RODRÍGUEZ, DIANA GONZÁLEZ, MARÍA ROMERO, CLARA AMAYA, JANETH PIÑEROS, FLOR VERA, SARA GUAQUETA, MERCEDES PARRA, NOEMÍ MEDINA, ROSA ACERO, NOHORA RODRÍGUEZ, SARA GONZÁLEZ, AMPARO ROLDÁN, ADRIANA LENIS, PAOLA UBAQUE, LIDA ARIZA, ELIZABETH ALBA, LUZ DE VILLALBA, DORIS GONZÁLEZ, ELVIRA DE VERA, LUISA DE ROMERO, MARÍA MEDINA,NANCY PINTO, ALBA PORTELLA, MARTHA MURCIA , CECILIA MARQUEZ, LUZ SAENZ, LUZ PABÓN, CARMEN FORERO, ZULMA MARTÍNEZ, ALIRIA SALAZAR, NIDIA BOBADILLA, DELFINA JIMÉNEZ, SOCORRO NIÑO, EUGENIA CUARTAS, MIREYA CAMARGO, FLOR MARTÍNEZ, ROSALÍA AYA, MERCEDES GAITÁN, ASCENETH PEREZ, MARTHA CHAPARRO, SONIA CUESTA, ISABEL VILLEGAS, ADRIANA RIVERO, JANETH DELGADO, CLAUDIA PAEZ, LUCIA RODRÍGUEZ, AURA CABUYO, ELISA SUAREZ, MYRIAM ACOSTA, DIANA PRIETO, EMMA GIL, JENNIFER VILLANUEVA, LILA RONCANCIO, ROSITA RONCANCIO, ANA CASTRO, MARIELA TIRADO, CONSTANZA BELLO, MYRIAM PERILLA, SILVIA MEDINA, MATILDE MORENO, ROSA HURTADO, ESPERANZA LOZANO, MARTHA MORENO, LIBIA BOLAÑOS, MARTHA OSORIO,

ISABEL CARRANZA, SARA COLÓN, PATRICIA MARÍN, ROSALBA DAZA, CONSUELO DE MARTÍNEZ, ANA RUBIANO, ELOISA MADARRIAGA, NURY SIERRA, MARÍA MARULANDA, INÉS CORTÉS, GLORIA GÓMEZ, LISETH BONILLA, LEONOR CASTILLO, ROSALINA GONZÁLEZ, CLARA LÓPEZ, MARÍA DE DUQUE, AMPARO RAMÍREZ, NORA RESTREPO, LEONOR SANTANA, DORIS GARCÍA, MINCA BARCO, DIANA RESTREPO, ISABEL APRAEZ, NOEMÍ GUERRERO, INÉS GUERRERO, STELLA PEREZ, ELVIA AVELLA, GLORIA PÁRAMO, SANDRA ZORRILLA, CARMENZA TRIANA, FLOR CAMARGO, ADRIANA MUETE, GLORIA SUAREZ, MARÍA AMAYA, MÓNICA FERRER, AZUCENA GARCÍA, ANDREA SALGADO, FLORENTINA MARTINEZ, JANNETH GALLO, CONCEPCIÓN DE HINCAPIÉ, JULIAN GUERRERO, GRACIELA DIAZ, ROSALBA PRIETO, MARIELA GIRALDO, NELLY DE REBOLLEDO, BRIGETTE DUARTE, LUZ HERNÁNDEZ, MERCEDES DURÁN, ELISA MONROY , YOLANDA BELTRÁN, GISSETH ORTIZ, STELLA ALMONACID, ELVY HERNÁNDEZ, AURA ZULUAGA, TERESA DE ZÁRATE, LUCENA SANCHEZ, BEATRIZ BARRIOS, CLAUDIA ROA, NATALIA RODRÍGUEZ, BLANCA DE RIOS, ISABEL NIÑO, MARINA ROMERO, ANA VILLAMIL, LUZ PINZÓN, MARÍA LÓPEZ, LIDIA BARRETO, RUTH RODRÍGUEZ, NUBIA ORTIZ, CLAUDIA CASAS, AMPARO GONZÁLEZ, BEATRIZ RESTREPO, PILAR POSADA, LINA GARCÍA, ANA GARCÍA, CLAUDIA IBAGÓN, LUISA RAMÍREZ, CLARA CASTILLO, CLARA RAMOS, PATRICIA COLLAZOS, LUZ MARULANDA, BLANCA MESA, MARÍA DE GARZÓN, CECILIA FIGUEREDO, ANA BARRERO, MARIELA TORRES, LUZ CLAVIJO, ROSALBA GAMBOA, ZOILA DE PEREZ, PATRICIA PEREZ, ANA SILVA, ANA SANTANA, MARUJA CASAS, ALBA TRIANA, DAVEIBA GUTIERREZ, LUZ LOZADA, MARÍA SIERRA, MARTA BALLESTEROS, LUZ LIZCANO, LETICIA DE PINZÓN, ROSA DE MUÑOZ, CONCEPCIÓN DE HINCAPIÉ , TERESA DE SUAREZ, ELIZABETH FONTECHA, ANA LETRADO, EMPERATRIZ BARÓN, ELVIA SEPÚLVEDA, MILENA VELÁSQUEZ, NELLY MUÑOZ, GABRIELA ESCOBAR, ROSA MACHUCA, JOSEFA BOADA, MYRIAM MACHUCA, OLGA MONTENEGRO, MARY CHAPARRO, ADRIANA MEDINA, LAURA CABARCAS, JACQUELINE TOVAR, ROSA GARZÓN, MÓNICA ARROYO, PILAR FORERO, LUCILA MORA, EDILMA RUÍZ, NIDIA ESPINOSA, DORIS PALACIOS, ALICIA GÓMEZ, YANINE MARTINEZ, ROSALBA SUAREZ, RUBILA LOZANO, PAOLA FORERO, CAROLINA MOSQUERA, MARÍA MANRIQUE, TERESA DE MANCESA, MARLÉN BONILLA,

FLORINA SEGURA, LUZ ECHEVERRY, MERY SEGURA, DARY POSADA, MARCELA MORENO, MIRZA GÓMEZ, LEONOR ROJAS, ADRIANA BONILLA, NANCY MAHECHA, MARY CASALLAS, ELSA BUITRAGO, ESPERANZA DE ÁVILA, BLANCA ANZOLA, BLANCA CÉSPEDES, DORA DE ROMERO, LEONOR SANTANA, DORIS GARCÍA, TERESA DE CUELLAR, ALBA BOBADILLA, AMPARO RAMÍREZ, ISABEL ESCOBAR, NORA RESTREPO, CLAUDIA BELLO, ELIZABETH DE DÍAZ, ADRIANA PARRADO, FLOR CAMACHO, YOLANDA DE RUÍZ, NIDIA DAZA, BLANCA ROJAS, OLGA VILLANUEVA, CLAUDIA LEÓN , OMARA TETE, ALEJANDRA SANABRIA, MARTA BELLO, ASUNCIÓN LEMUS, MARÍA ACEVEDO, YOLANDA BERNAL, MARÍA TOVAR, JENNY VALENCIA, INÉS MARTINEZ, VICTORIA BARCO, ADELA CASTILLO, CLEMENTINA ZABALETA, ROCIO MERCHAN, CLARA MAYORGA, BLANCA SANDOVAL, CONCEPCIÓN DE MUNEVAR, CLAUDIA NAVAS, BLANCA DE DÍAZ, LUZ A. SUESCA, GLORIA RODRÍGUEZ, CARMEN DE PEÑA, TERESA VERA, MARÍA SABOGAL, ROSALBA MARTÍNEZ, MARÍA PRIETO, YANETH PARGA, MARÍA BOLIVAR, AMELIA FLOREZ, INÉS DE NIÑO y PILAR SUAREZ.

2-. Intervención de BEATRIZ DUQUE.

3-. Intervención de MARÍA SERRANO.

4-. Intervención de ALEXANDRA ACOSTA.

5-. Intervención de MYRIAM RIOMALO.

6-. Intervención de MARÍA RODRÍGUEZ.

7-. Intervención de CELSA LANCHEROS.

8-. Intervención de ANGELA SALDARRIAGA.

9-. Intervención donde se solicita el respecto a la vida por ser un bien primario, dicha participación viene firmada por JUAN ESTEBAN CANO y 97 personas más.

10-. Intervención de LUIS VIVANCO.

11-. Intervención de LUIS ALFONSO RESTREPO.

12-. Intervención de RICARDO ACOSTA.

13-. Intervención de JUAN ARBELAEZ.

14-. Intervención de MARIA ELISA URIBE.

15-. Intervención de MARGARITA GNECCO .

16-. Intervención donde se afirma que el derecho a la vida es inviolable, viene firmada por ALMA PUENTES y 179 personas más.

17-. Intervención donde se afirma que la dignidad de la madre y del niño son iguales , viene firmada por PIEDAD ALARCÓN y 52 personas más.

18-. Intervención de MARCELA ARIZA.

19-. Intervención de JUANA JARAMILLO.

20-. Intervención de SANDRA SICARD.

21-. ANGELES MAZZANTI.

22-. MARÍA CRISTINA POSADA

23-. NATALIA SALCEDO.

24-. CAROLINA JARAMILLO.

25-. MARTA INÉS POSADA.

26-. Intervención donde se afirma que no existen diferentes etapas de vida, sino que esta es una sola, aseverando que la vida es inviolable. Bajo el mismo formato participan: CLAUDIA GÓMEZ, MARÍA V. GAVIRIA, INÉS ENCIMA, MARINA ECHEVERRI, CLAUDIA SILVA, MARTA BARRERA, GABRIELA RABÉ, BIBIANA JIMÉNEZ, MARÍA SOTO, NATALIA GÓMEZ, MARÍA VARGAS, ESTHER GUTIÉRREZ, GLORIA LUNA, CELIMA DE SIMÓN, MARÍA RONDEROS, MARÍA VILLADA, INÉS ENCISO Y ADRIANA WAHANIK.

27-. MARTA URQUIJO.

28-. ALEJANDRA NOGUERA.

29-. NORA CASTRO RIAÑO.

30-. MARÍA EULALIA MONTÓN.

31-. MARÍA CLARA GARCÍA.

32-. BRENDA ROCHA.

33-. ALBA TORRES.

34-. SANDRA ROCHA.

35-. DIANA CIFUENTES.

36-. ANGÉLICA CRUZ.

37-. ALEJANDRO PÉREZ.

38-. SHEILA OSPINA.

39-. LUZ M. MEJÍA.

40-. LUZ A. JIMÉNEZ.

41-. VICTORIA E. CASAS.

42-. CONCEPCIÓN JIMÉNEZ.

43-. MATILDE MARTÍNEZ.

44-. ADRIANA CARDENAS.

45-. JANETH JIMÉNEZ.

46-. GLORIA BERNAL.

47-. NANCY MUÑOZ.

48-. MYRIAM RESTREPO.

49-. JOHANA PINEDA.

50-. MARÍA I. CARO.

51-. ROSAURA JIMÉNEZ.

52-. CARMELINA LONDOÑO.

53-. LUISA PRIETO.

54-. NUBIA POSADA.

55-. MARÍA CLAUDIA CIFUENTES.

56-. ADRIANA CARO.

57-. ARCELIA CORREA

58-. MYRIAM HERNÁNDEZ.

59-. BEATRIZ MAZ.

60-. GLORIA RUIZ.

61-. ILVA ALFONSO

62-. CAROLINA ORTEGÓN.

4.5.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

1-. Intervención de EMILIA FRANCO .

2-. Intervención de PRISCILA DE BARAHONA.

3-. Intervención de MARÍA MEJÍA.

4-. Intervención de LUCRECIA MESA.

5-. Intervención de ANDREA PARRA.

6-. Intervención de EDUARDO ARCILA.

7-. Intervención de JORGE CIFUENTES.

4.5.2. Intervinientes extranjeros.

4.5.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. LINDA FLOWERS

2-. JUAN R.VÉLEZ.

3-. Intervención de MICHAEL SCARPERLANDA.

4-. Intervención de GIANFRANCO MAZZANTI.

5-. Intervención de STHEPHAN PRESSER.

6-. Intervención de JUAN L. ORTIZ.

4.5.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

1-. Intervención de ANN MOORE.

2-. Intervención MARÍA ESPERANZA PUENTE.

3-. Intervención SUSANA CHIAROTTI.

4-. Intervención J.C. WILLKE.

5-. Intervención de CRISTIAN COURTIS.

6-. Intervención JOSÉ QUARRACINO.

7-. Intervención de CARMEN GÓMEZ LAVIN.

4.6. CUADERNO SEGUNDO (Temporáneas)

4.6.1. Intervinientes nacionales.

4.6.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. Solicitante: ELISA RUGGEIRO DE MAZZANTI. Resumen: la interviniente apoya a **exequibilidad** de las normas demandadas fundamentada en la protección al derecho a la vida, pues de el goza el embrión. Sobre este derecho no deben preponderar elementos fácticos como el acceso carnal violento. Considera que es obligación de los Estados proveer de mecanismos sociales, económicos, jurídicos, etc., para la protección de la vida del nasciturus y, que incluso en casos como el de violación, se preste atención especial a la madre hasta el momento de la gestación, para que así, posterior a este momento, se puedan considerar opciones que no vulneren la vida del menor, es el

caso de la adopción. Así mismo, la señora Ruggeiro considera que de despenalizar el aborto se iría en contra de los arts. 1,11,12,13,16 y 43 constitucionales.

2-. Solicitante: SARAY MORALES DE FRANCO C.C. 41.325.109 Btá. Resumen: apoya la **exequibilidad** de las normas demandadas pues considera que el embrión es sujeto de vida, por lo que ocasionar intencionalmente un aborto, significaría un homicidio.

3-. Solicitantes: ANA ISABEL LÓPEZ, RUBY RAMOS DE DAZA, MARTHA IRENE GONZALEZ, MARIA ELENA ESTRADA, MARIA CHIQUINQUIRA CASTAÑEDA, TERESA ORTIZ, FANNY ALVARADO, MYRIAM REYES, LUZ ANGELA LOZANO, MARIA DALILA CASTRO, CARMEN IVONNE LOSADA, GLADIS A. DE MORENO, J. BERMES CHAMORRO, MARLENE MALDONADO, SANDRA MILENA SUAREZ, MARIA CRISTINA RUBIO, WILLIAM DIAZGRANADOS, GLORIA LILI BELTRAN, ANA GLADYS RODRIGUEZ, CLARA CECILIA TIBAQUIRA, MARITZA CRUZ LOPEZ, LUZ MARINA MANCEVA, CONSUELO SANCHEZ, NATALIA DEL PILAR RUIZ, MARIA GLADYS VASQUEZ, MARIA DORIS MUÑOZ, LOLA MURCIA CASTILLO, LUCIA FLOREZ, MARIA EUGENIA CONTRERAS, MARIA DEL CARMEN PEREZ, ALICIA ROBERTO R., ANA DEL CARMEN CIRCA, MELISSA PATRICIA SANCHEZ, CLARA INES SANCHEZ, ADRIANA MERCHAN, MARIA STELLA ZOQUE, ROSABEL TUETO MAMEQUE, CAROLINA RODRIGUEZ, WERY ESTEBAN DE RUIZ, , ADIELA MONTAÑO, CLEMENCIA DE CIFUENTES, SABINA CLAVIJO, MARIA CAMARGO, ROSALBA MORA, NANCY AVENDAÑO, GLADYS DE ARRIAGA, SOFIA CRISTINA JARAMILLO, MARIA N. BELTRAN, ALCIBIADES MARTINEZ, MARINA NEIRA, LUZ YENY DEL RIO, MARY NIDYA FLOREZ, MONICA SOFIA HURTADO, GRACIELA DE AGUIRRE, MARIA DEL CARMEN VANEGAS, MARIA CONCEPCION VILLAMIL, DIANA DURAN, ALBA PAULINA TRIANA, DIANA MARCELA CABRERA, DASY ANDREA TOBITO, LILIA ROSTRO, FANNY ESTHER ROMERO, CECILIA PINZON DIAZ, ROCIO RAMOS VARGAS, GRACIELA GUTIERREZ, AMPARO FLOREZ SANABRIA, ALBA NOHORA ROJAS, ALICIA CASTRO PAEZ, ELIZABETH VASQUEZ, HELENA GONZALEZ ABELLA, RAQUEL LEAL, MYRIAM RODRIGUEZ, TERESA B. DE MARTINEZ, LILIA NIAMPIRA GONZALEZ, NANCY ORTEGA CASTRO, OLGA CASTAÑO BARRETO, BLANCA DE CASTAÑO, EMPERATRIZ DE TRIANA, ROCIO FERNANDEZ DE DIAZ, BETINA VON AMIM, ELVIRA NOVA DE TIERRADENTRO, NEVIS BEATRIZ FONSECA,

MARIA CRISTINA MUÑOZ, LUZ MARINA DUQUE, ELVA BEATRIZ GONZALEZ, CECILIA PLAZA DE MATIZ, MARIA DE MACIAS, LUCRECIA CASTELLANO, MARIANA MARTINEZ, MARIA LUCIA RUEDA, PATRICIA PARRA, LIGIA QUIÑONES, HILDA OSPINA, CECILIA COSTA, MARINO RODRIGUEZ, ISABEL MERCEDES ALEGRIA, MARIA ISABEL LOPEZ, OLGA ERAZO DE PEÑA, MARIA DEL CARMEN, CARMEN GONZALEZ, FLOR VARGAS, BLANCA INES GARCIA, LUZ ESPERANZA NIETO, MARTHA LUCIA RINCON, IRMA SIERRA B., AMPARO ARANDA CAMACHO, MARTHA ELENA ORJUELA, ROSA LILIA AGUDELO, EDAN RAQUEL AGUIRRE, MARIA HERMENCIA MARTIN, MARIA ELENA TORRES, MARIA LIA VELASQUEZ, DORA SILVIA PERALTA, YENY CONSTANZA CARDOZO, STELLA BUSTOS, ROSALBA ROJAS MORA, GLORIA INES CRUZ, SANDRA PATRICIA NEIRA, AZUCENA CAMARGO, DAYSI TOVAR AVILA, FLOR ALBA CONTRERAS, ANGELITA SASTOQUE, NANCY YOLANDA PEREZ, MARIA FERNANDA ALVARADO, PATRICIA RINCON, GRACIELA MOYA, MARGARITA RUEDA, JUANA NAVARRETE, OLGA BERRANTES MORENO, ESMERALDA COLMENARES, LUCILA GAITAN DE R., MARIA DEL CARMEN RAMIREZ, ELVIA MORENO DE COSTA, ALEJANDRA RAMIREZ, LUISA FERNANDA CASTIBLANCO, BLANCA MACHADO DE LONDOÑO, LILIANA CASTIBLANCO, EUGENIA MARCIALES, MARIA ALEJANDRA ORTIZ, ANA ELY TAMAYO, PAULA MARCELA ECUA, BERTA A. DE VELEZ, VILMA JOHANA CANO, NELLY NIÑO, MARTA RODRIGUEZ, ROSALBA DE CASTIBLANCO, DORA ISABEL BAUTISTA, MARIA MARLENE SUAREZ, ELIZABETH SALGADO, MERY DE ROJAS, CECILIA GOMEZ POSADA, LAURA MANTILLA, ANDREA MORALES, ENNA MARTINEZ DE B., TITO H. BERNAL, ANA SOFIA ORTEGA, MARGARITA DE RUEDA, DORA DE RODRIGUEZ, LIDYA MOLLER DE ALFONSO, LIGA DIAZ, OLGA RAMIREZ, MARIA OLGA BUITRAGO, LIGIA PINZON, CARMEN VARGAS, SANDRA PATRICIA ENCISO, MILENA PATRICIA CORTES, MILENY ALEXANDRA ACERO, IVETH DAYEIRA ORTIZ, YURANNY ANDREA DIAZ, SANDRA INES SIERRA, CAROLINA GONZALEZ RODRIGUEZ, LUZ MARINA HEREDIA, AURORA MARIA ALVARADO, MIRYAM PRADA, GLORIA CAICEDO, YENY ROCIO LEE, PAOLA HIDALGO LINARES, MIREYA ESCAMILLA, SARA JEANNETH HERNANDEZ, DIANA MARCELA BARRETO, JOSEFINA GUTIERREZ, MYRIAM ESCOBAR CIFUENTES, VIVIANA PIRA, ZULMA VANEGAS, AMANDA HERNANDEZ NUÑEZ, MARIA JULIANA LOZANO, GLADIS DE JESUS COSIO. Mayores de edad

y ciudadanos Colombianos. Resumen: Apoyan la **exequibilidad** fundados en el art. 11 de la C.P. pues consideran que en el deber del Estado de proteger la vida, deben comprenderse de manera lógica todos los estados vitales del ser humano, entre ellos el de formación y desarrollo.

4-. Solicitantes: LUZ BERZABE DUQUE, LUCIA LOPEZ AREVALO, LUZ STELLA ROSAS, EDELISA MARMOL ARAUJO, NOHORA CONSTANZA CASTRO, MARIA ANTONIA CARREÑO DAZA Y KATHERINE HERNANDEZ ARENAS. Mayores de edad y ciudadanas colombianas. Resumen: Apoyan la **exequibilidad** fundados en el art. 11 de la C.P. pues consideran que en el deber del Estado de proteger la vida, deben comprenderse de manera lógica todos los estados vitales del ser humano, entre ellos el de formación y desarrollo.

5-. Solicitantes: MATILDE BELLO, ANAJAEL BARRERA, NANCY MUÑOZ. Mayores de edad y Ciudadanas Colombianas. Resumen: Apoyan la **exequibilidad** fundados en el art. 11 de la C.P. pues consideran que en el deber del Estado de proteger la vida, deben comprenderse de manera lógica todos los estados vitales del ser humano, entre ellos el de formación y desarrollo.

6-. Solicitantes: NUBIA PATRICIA BARBOSA, MARIA DEL CARMEN BRICEÑO, LUZ MARCELA BRICEÑO, EVELIA SANDOVAL DE BARBOSA. Mayores de edad y ciudadanas colombianas. Resumen: Apoyan la **exequibilidad.**

4.6.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.6.2. Intervinientes extranjeros.

4.6.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad (Presentado por ciudadana colombiana).

1-. Intervención amicus curiae de JOSEPH L. DECOOK (vicepresidente de la Asociación Americana de Obstetricia y Ginecología Por-vida). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

2-. Intervención amicus curiae de DAVID REARDON (Elliot Institute). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

3-. Intervención amicus curiae de MARIBEL GERMAN (Red Familia). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

4-. Intervención amicus curiae de RICHARD STITH (Consistent Life). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

5-. Intervención amicus curiae de KATRINA GEORGE (Women's Forum Australia). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

6-. Intervención amicus curiae de PABLO NUEVO LÓPEZ (Profesor Universitat Abat Oliba CEU). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

7-. Intervención amicus curiae de TERESA STANTO COLLETT (profesor de Derecho, Universidad de St. Thomas). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

8-. Intervención amicus curiae de MAITA GARCIA TROVATTO (médico psiquiatra que ha trabajado con las consecuencias del aborto en perú). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

9-. Intervención amicus curiae de JOSÉ PÉREZ ADÁN (profesor de la Facultad del economía y el Dpto. de sociología y antropología, Universidad de Valencia España). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

10-. Intervención amicus curiae de WILLIAM L. SAUNDERS. JR. (Abogado de la Universidad de Harvard y consejero en derecho humanos para el Family Research Conuncil). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

11-. Intervención amicus curiae de IAN HENRIQUEZ HERRERA (Director Centro de Estudios Bio jurídicos de Santiago de Chile). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

12-. Intervención amicus curiae de ANGELA APARISI (Observadora de la UNESCO para diversas conferencias y sesiones del International

Biosthics Comité IBC). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

13-. Intervención amicus curiae de VICENTE PAUL RAMOS BARRIENTOS (Miembro de la Sociedad Peruana de Gineco Obstetricia Filial Callao). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

14-. Intervención amicus curiae de MARIBEL GERMAN (Red Familia). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

15-. Intervención amicus curiae de CARLOS ALVAREZ COZZI (Profesor de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho, Universidad de la República de Uruguay). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

16-. Intervención amicus curiae de DAVID ALBERT JONES (Director de la Escuela de Teología, Filosofía e Historia de St. Mary´s College, Reino Unido). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

17-. Intervención amicus curiae de SERRIN M. FOSTER y MARIE S. SMITH (en representación de la ONG. Feminists for life). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

18-. Intervención amicus curiae de HERNÁN CORRAL TALCIANI (Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Chile). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

19-. Intervención amicus curiae de RICHAR S. MYERS (profesor de leyes en Ave Maria School of Law EEUU.). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

20-. Intervención amicus curiae de PEDRO J. MONTANO G. (Doctor en Derecho con conocimiento en el tema relacionado con la vida humana y la relación entre medicina y derecho). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

21-. Intervención amicus curiae de AUGUSTO ARTURO SALAZAR LARRAIN (Licenciado en periodismo de la Universidad Nacional de San Marcos). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

22-. Intervención amicus curiae de AURELIO GARCIA ELORRIO (Master en Derecho Internacional Público). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

23-. Intervención amicus curiae de GEORGETTE FORNEY (Presidente de NOEL y cofundadora de la asociacion Silent No More Awareness Campaing). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

24-. Intervención amicus curiae de MICHAEL SCAPERLANDA (profesor de derecho de la Universidad de Oklahoma). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

25-. Intervención amicus curiae de STEPHEN B. PRESSER y CLARKE D. FROSYTHE (Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Northwestern y Director de proyectos en Derecho y Bioética de American United for Life, respectivamente). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

26-. Intervención amicus curiae de JOSÉ A. ROZAS VALDES (Profesor de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Barcelona y Centro Universitario Abat Oliba CUE). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

27-. Intervención amicus curiae de STEVEN M. MOSHER (Director de Population Research Institute) . Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

28-. Intervención amicus curiae de GONZALO HERRANZ RODRÍGUEZ (Profesor de ética médica y Presidente de la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Médicos de España). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

29-. Intervención amicus curiae de RICHARD G. WIKINS (Profesor de derecho en Brigham Young University, EEUU y Director del World Familya Policy Center). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

30-. Intervención amicus curiae de JOSÉ JUSTO MEGIAS QUIROS (Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho, Moral y Política, Universidad de Cádiz, España). Presentado por ILVA MYRIAM HOYOS. Por la **exequibilidad.**

31-. Solicitante: MARÍA ESTER TELLEZ CÁMARA Cédula de extranjería nro.279407 (Española). Por la **exequibilidad.**

4.6.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.6.3. Intervinientes menores de edad.

1-. YULIANA PATRICIA CARDONA LOPEZ T.I. 91031450395. Por la **exequibilidad.**

2-. LILIANA MARÍA HINCAPIE HENAO T.I. 89112254839. Por la **exequibilidad.**

4.7. CUADERNO TERCERO (Temporáneas)

4.7.1. Intervinientes nacionales.

4.7.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. Intervención de ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA. En febrero 10 de 2006, la ciudadana Ilva Myriam Hoyos Castañeda, identificada con cédula de ciudadanía N° 35´463.221 de Bogotá, presentó diecisiete (17) escritos de intervención, dirigidos a esta Corporación por personas especialistas en el tema de diferentes lugares del mundo, quienes actuando en condición de *amicus curiae*, solicitaron la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas. Sus nombres y calidades profesionales se relacionan a continuación:

i) JORGE RAFAÉL SCALA, abogado en ejercicio de la profesión e integrante del equipo interdisciplinario que ganó en la Corte Suprema de la República Argentina el leading case "Portal de Belén", por el cual se reconoció la tutela jurídica del inviolable derecho a la vida, desde el momento mismo de la concepción. Es también profesor de bioética en la Universidad Libre de las Américas, director de la colección "Derecho" de la editorial Promesa de San José de Costa Rica, ganador del premio "Tomás Moro" del año 2004, en la categoría "Justicia", entregado por el Instituto Tomás Moro de la República del Paraguay, autor de varios relacionados directamente con la problemática del aborto así como conferencista internacional, especializado al respecto.

ii) JOHN KEOWN, profesor del “Rose F. Kennedy” de “Christian Ethics” en el Instituto Kennedy de Ética en la Universidad Georgetown. Anteriormente, se desempeñaba como conferencista senior del “law and Ethics of Medicine” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge.

iii) CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, coordinador del programa de doctorado de Derecho de Familia y de la Persona que ofrece dicha institución educativa e investigador responsable del Jus Familiae, grupo de investigación en Derecho de Familia y de la Persona que agrupa profesores universitarios de varias universidades españolas.

iv) RACHEL M. MACNAIR, sicóloga, directora e investigadora del “Institute for Integrated Social Analysis”.

v) JAVIER HERVADA, profesor español de Filosofía del Derecho y autor de diversos textos jurídicos, muchos de ellos enfocados en temas de Derechos Humanos.

vi) LINDA W. FLOWERS, sicóloga familiar en el “Texas Physicians Resource Council”

vii) ALAN SEKULOW y WALTER M. WEBER, miembros del “American Center of Law and Justice”, organización jurídica y pedagógica sin ánimo de lucro dedicada a la promoción y protección de los Derechos Humanos.

viii) FERNANDO G. VALLE RENDÓN, profesor de historia de la Universidad católica de Petrópolis de Brasil.

ix) BERNARD N. NATHANSON, médico especializado en Obstetricia y Ginecología, experto en fetología. Antiguamente fue director de la clínica de abortos más grande del mundo occidental y también co-fundador de “NARAL Pro Choice America”.

x) MARY ANNE GLENDOM, profesora de derecho constitucional comparado de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard y autora de algunos libros dedicados al análisis jurídico del aborto.

xi) ANA ZÁBORSKÁ, presidenta del Comité de Derechos de las Mujeres y Equidad de Género del Parlamento Europeo.

xii) J. BUDZISZEWSKI, profesor de gobierno y filosofía de la Universidad de Texan en Austin.

xiii) DANILO BADARO MENDOZA, profesor de Derecho y miembro del Centro de Estudios Culturales de la Universidad Católica Petrópolis de Brasil.

xiv) GWENDOLYN LANDOLT, vicepresidente de "REAL Women of Canada", Organización No Gubernamental con estatus de consultora especial del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

xv) MIEMBROS ELECTOS DEL PARLAMENTO EUROPEO

xvi) JOHN SMEATON, director de "The Society for the Protection of Unborn Children", Organización No Gubernamental con estatus de consultora especial de Naciones Unidas.

xvii) BRADLEY MATTES, miembro Senior de "Men and Abortion Network", investigador en el tema de los efectos del aborto sobre los hombres desde el año 1995, y consejero de hombres enfrentados a tal evento en diferentes lugares de Estados Unidos y del mundo entero, vía e-mail. Sus trabajos y materiales al respecto han sido publicados en varios países.

2-. Intervención de CLAUDIA HELENA FORERO FORERO. En febrero 10 de 2006, la ciudadana CLAUDIA HELENA FORERO FORERO, identificada con cédula de ciudadanía N° 52´252.704 de Bogotá, en su condición de abogada de la Universidad de la Sabana de Bogotá, presentó escrito de intervención en el que, luego de un meticulosos ejercicio de hermenéutica jurídica, solicita que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas, con base en las conclusiones a las que llegó a partir del mismo, a saber:

i) Mediante la aplicación del método de jerarquización, concluye que prevalece el derecho a la vida sobre cualquier otro derecho que, para el caso concreto, sería la prevalencia vital del niño no nacido sobre la libertad de su madre biológica. Adicionalmente, en el evento de presentarse un conflicto entre el derecho a la vida de la madre y el de su hijo no nacido, lo cual es evitable en la actualidad gracias a los avances médico – científicos sobre la materia, el carácter social del Estado colombiano conlleva a que

al producirse la muerte del niño en aras de salvaguardar la vida de su progenitora, previo cuidado objetivo de los deberes para con ambos, no se configuraría responsabilidad penal alguna por ausencia del elemento culposo del tipo punitivo.

ii) Mediante la aplicación del método de la ponderación, concluye que bajo ninguna circunstancia tiene mayor valor la libertad de decisión de la mujer respecto al derecho a la vida del niño no nacido sino que, por el contrario, éste último reviste siempre mayor valía, principalmente en atención al hecho de la negación directa, certera y eficaz que se presenta de éste derecho siempre que se otorga prelación al de la madre.

iii) Mediante la aplicación del test de proporcionalidad, concluye que la intervención en los derechos fundamentales de la mujer a favor de la vida del niño no nacido supera favorablemente los juicios de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en estricto sentido, de modo tal que resulta legítimo adscribir como norma iusfundamental que el niño no nacido es también titular del derecho a la vida y, por ende, se debe rechazar la tesis que considera el aborto como un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad procreativa de la mujer.

iv) Mediante la aplicación de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, fundada en sus principios rectores como el carácter social del Estado, la prevalencia del derecho a la vida y su derivado *in dubio pro vita* y el valor de la jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho, concluye que el derecho a la vida es un bien jurídico protegido por las Normas Superiores colombianas de cuyo goce pleno no puede excluirse válidamente al niño no nacido, en ninguna hipótesis.

3-. Intervención de JUAN CARLOS TOVAR COCK y Otros. En febrero 10 de 2006, el ciudadano JUAN CARLOS TOVAR COCK, identificado con cédula de ciudadanía N° 79´233.388 de Bogotá y otros ciudadanos más presentaron escritos de intervención en los que solicitan declarar la exequibilidad de las normas acusadas por considerar que está demostrado científicamente que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, al conformarse el cigoto o huevo fecundado, el cual contiene todos los elementos necesarios para el desarrollo de un nuevo Ser Humano, de forma tal que, a partir de ese preciso momento debe concederse su tutela jurídica.

4-. Intervención de JUAN CASTRO CASTELLANOS y Otros. En febrero 10 de 2006, el ciudadano JUAN CASTRO CASTELLANOS, identificado con cédula de ciudadanía N° 17´081.937 de Bogotá y otros ciudadanos más presentaron escritos de intervención en el sentido de declarar la exequibilidad de las normas demandadas, con fundamento en el artículo 11 Superior que consagra la inviolabilidad del derecho a la vida y en la sentencia C-133 de 1994, dictada por esta misma Corporación, en la que se declara ajustada a la Constitución Nacional la penalización de aborto por considerar que la vida del nasciturus encarna un valor fundamental representado en la esperanza de su existencia como persona y por su estado de indefensión manifiesta que requiere la especial protección del Estado.

5-. Intervención de OSCAR DE JESÚS HENAO y Otros. En febrero 10 de 2006, el ciudadano OSCAR DE JESÚS HENAO, identificado con cédula de ciudadanía N° 17´095.975, coadyuvado por otros ciudadanos más, presentó escrito de intervención en el que solicita declarar la constitucionalidad de las normas demandadas, argumentando que no puede otorgársele más dignidad a la madre que a su hijo que está por nacer, pues ésta no tiene prevalencia sobre aquel en cuanto a la protección y garantía sus derechos fundamentales. También alega que existen falacias sobre el tema en cuestión cuyo uso demagógico debe ser evidenciado tal como sucede con el argumento según el cual el aborto clandestino es la primera y principal causa de morbilidad materna en nuestro país.

Finalmente, concluye el interviniente con una tesis referida a que en los países europeos donde ha sido legalizada su práctica, se ha reducido sensiblemente la porcentaje de personas jóvenes en relación con la población total de adultos mayores, circunstancia que ha generado una descompensación en la fuerza productiva de sus sociedades que se traduce en una reducción significativa de la mano de obra nacional.

6-. Intervención de LUIS RUEDA GÓMEZ y Otros. En febrero 10 de 2006, el ciudadano LUIS RUEDA GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 162.053 de Bogotá, presentó tres (3) escritos de intervención para apoyar la penalización del aborto vigente en el país, trayendo a discusión argumentos médicos, reiterados por otros intervinientes en sus escritos respectivos, que advierten sobre los riesgos que conlleva esta práctica para la salud de quienes se someten a ella, en particular, en relación con posteriores partos prematuro, cáncer de seno y, en el caso concreto de los hijos de mujeres que se han sometido en ocasiones anteriores a uno o más abortos, posibles problemas pulmonares, gastrointestinales y de parálisis cerebral, entre

otros. Asimismo, enfatiza el interviniente sobre la crueldad que encierra dicho acto, al que valora como un asesinato y al que acusa de promover el uso banal del sexo entre los jóvenes. Todo lo anterior, lo sustenta en las experiencias de España y Texas, luego de su legalización.

En su tercer y último escrito, coadyuvado por otros dos ciudadanos, el Señor Rueda argumenta que: i) Existe un bloque de constitucionalidad, de obligatoria observancia para esta Corte, que ampara la penalización actual del aborto con base la inviolabilidad del derecho a la vida, consagrada en diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por el estado colombiano; ii) Existe cosa juzgada constitucional sobre la materia por cuanto los mismos contenidos normativos ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad por esta misma Corporación en la sentencia C-133 de 1994, apoyada en criterios jurisprudenciales adoptados en decisiones anteriores y reiterados hasta la fecha; iii) Existen investigaciones médico-científicas ciertas y precisas que demuestran que el aborto, aún el practicado en óptimas condiciones de higiene, implica para la madre un riesgo mucho mayor que el embarazo mismo.

7-. Intervención de JORGE ARTURO ENCISO ARBELÁEZ. En febrero 10 de 2006, el ciudadano JORGE ARTURO ENCISO ARBELÁEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 2´246.780 presentó escrito de intervención solicitando declarar la exequibilidad de las normas acusadas con base en dos argumentos principales: i) La vida humana, en cualesquier circunstancias, le pertenece únicamente a Dios quien, por ende, es el único que tiene la facultad de disponer libremente de ella; ii) Los actos contra la vida humana revierten en contra de las personas y las comunidades que las practican a través de diferente tipo de manifestaciones, inclusive la propia muerte, como reacción de la naturaleza en su propia defensa.

Por último, agrega que es necesario establecer campañas educativas que afiancen los valores del respeto irrestricto hacia la vida y la dignidad de la persona humana con fundamento en los criterios objetivos de la Ley Divina.

8-. Intervención de GILBERTO ALFONSO GAMBOA BERNAL. En febrero 10 de 2006, el ciudadano GILBERTO ALFONSO GAMBOA BERNAL, identificado con cédula de ciudadanía N° 19´460.141 de Bogotá presentó escrito de intervención en el que solicita que se declare la constitucionalidad de las normas demandadas por considerar que: i) Es incontrovertible la existencia de absolutos morales y el valor intrínseco de la vida humana es uno de ellos; ii) la maternidad es un

bien moral que debe ser recobrado; iii) el aborto no es solución para ninguna patología, más aún en su variante eugenésica representa la tiranía de la normalidad sobre la dignidad; iv) es necesario, no sólo defender la dignidad del Ser Humano que se encuentra en la mayor indefensión, sino también la dignidad de la profesión médica que está concebida para servir y sanar al hombre, no para matarlo; y v) el aborto procurado ocasiona un desajuste en el plano emocional y adaptativo, generalmente tipificado como trastornos depresivos que pueden desembocar en un trastorno distímico que consiste en estados de ánimo crónicamente depresivos la mayor parte del día, la mayoría de días, durante al menos dos años.

9-. Intervención de CARLOS EDUARDO CORSSI OTÁLORA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano CARLOS EDUARDO CORSSI OTÁLORA, identificado con cédula de ciudadanía N° 4´036.869 de Tunja presentó escrito de intervención solicitando declarar la exequibilidad de las normas acusadas en atención a los argumentos expuestos en la "Carta abierta al pueblo colombiano, publicada en el diario "El Tiempo", en su edición de fecha noviembre 20 de 2005, suscrita por destacadas personalidades del mundo científico, cultural, político y cívico del país.

10-. Intervención de IVÁN DARÍO GARZÓN VALLEJO. En febrero 10 de 2006, el ciudadano IVÁN DARÍO GARZÓN VALLEJO, identificado con cédula de ciudadanía N° 71´779.304 de Medellín, presentó escrito de intervención solicitando declarar la constitucionalidad de las normas demandadas con base en los siguientes argumentos principales: i) No se puede predicar autonomía frente a algo que no es propio; en este sentido, teniendo en cuenta que el Ser vivo que la madre lleva en su vientre no es una extensión de su cuerpo sino que posee una existencia propia, se deduce inequívocamente que ella no puede disponer libremente de aquel; ii) Es un hecho cierto que, tras la fertilización, un nuevo Ser Humano comienza a existir con la titularidad de todos los derechos inherentes a su dignidad como tal; iii) La protección del derecho a la vida en cualesquier circunstancias es actualmente una norma perteneciente al jus cogens internacional y, por consiguiente, su observancia es obligatoria por parte de todos los Estados del mundo; iv) Excepcionar o condicionar jurídicamente el respeto y la garantía de la vida humana, significa cosificar e instrumentalizar al Ser Humano, conllevando el desmoronamiento de todo el constitucionalismo moderno, construido y desarrollado en torno a la noción de dignidad humana.

11-. Intervención de LUIS GUILLERMO APONTE. En febrero 10 de 2006, el ciudadano LUIS GUILLERMO APONTE, identificado con

cédula de ciudadanía N° 79´798.658 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando declarar la exequibilidad de las normas acusadas, por cuanto es deber Superior de las autoridades públicas asegurar el derecho a la vida de todas las personas, incluyendo al nasciturus quien durante su proceso de formación y desarrollo requiere del amparo especial del Estado a sus derechos fundamentales, particularmente por su manifiesto estado de indefensión.

12-. Intervención de GUIOMAR A. RICAURTE MOLINA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano GUIOMAR A. RICAURTE MOLINA, identificado con cédula de ciudadanía N° 52´558.087 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando declarar exequibles las disposiciones jurídicas demandadas, argumentando que el aborto es una forma de homicidio despiadada por tener lugar en el vientre materno que es, por esencia, un espacio donde se encuentran la paz, armonía, traquilidad y seguridad necesarias para el desarrollo de una nueva vida humana, la cual surge como tal desde el momento mismo de la fecundación.

13-. Intervención de FRANCISCO JOSÉ VERGARA CARULLA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano FRANCISCO JOSÉ VERGARA CARULLA, identificado con cédula de ciudadanía N° 3´281.284 de Medellín presentó escrito de intervención solicitando declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, luego de considerar que prima la inviolabilidad del derecho a la vida del Ser humano que está por nacer sobre los derechos de libertad de su madre, por cuanto se trata de una persona que tiene una existencia propia tutelada por el ordenamiento jurídico Superior.

14-. Intervención de GONZALO JIMÉNEZ ZULUAGA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano Gonzalo Jiménez Zuluaga, identificado con cédula de ciudadanía N° 8´239.537 de Medellín, presentó escrito de intervención solicitando declarar ajustadas a la Constitución las normas acusadas, con base en recientes estudios científicos del doctor Joel Brind, profesor de endocrinología en el “Baruch Collage” de New York, según los cuales existe una estrecha relación de causalidad entre la práctica de un aborto inducido y la formación de cáncer de seno en las mujeres que se someten a dicho procedimiento médico.

15-. Intervención de CARLOS MANUEL CASTILLO GONZÁLEZ. En febrero 10 de 2006, el ciudadano CARLOS MANUEL CASTILLO GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 19´252.895 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando declarar la exequibilidad de las normas demandadas, por considerar que no es posible legalizar el asesinato de Seres Humanos bajo ninguna

circunstancia, por excepcional que resulte, menos aún tratándose de pernas inocentes que no están en condiciones de ejercer actos de defensa efectivos para su supervivencia. En este sentido, agrega además que la maternidad es una institución natural que corresponde asumir decorosamente a todas las mujeres cuando así lo disponga el curso de su existencia.

16-. Intervención de VICENTE MAURICIO RODRÍGUEZ MONTOYA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano VICENTE MAURICIO RODRÍGUEZ MONTOYA, identificado con cédula de ciudadanía N° 3´229.264 de Usaquén, presentó escrito de intervención solicitando declarar exequibles las normas acusadas, luego de enunciar varios argumentos, que pueden concretarse así: i) Desde el momento de la concepción, el embrión tiene todos y cada uno de los elemento necesarios para su posterior desarrollo, de manera tal que no se trata solo de un Ser Humano en potencia, sino de un ser Humano en acto con todo su código genético completo; ii) El aborto es, en realidad, un asesinato intrauterino con premeditación y alevosía, donde la víctima es una persona en estado de total indefensión; iii) según estadísticas publicadas por "Vida Humana Internacional" actualmente es mayor el índice de mortalidad materna por abortos, practicados en sitios médicamente aptos, que llevan a sepsis, shock y muerte, que por embarazos y partos complicados; iv) cualquier circunstancia excepcional que sea admitida como justificación jurídica para inducir un aborto equivale, en realidad, a su despenalización absoluta estimulando la aparición, perfeccionamiento y afianzamiento de prácticas médicas clandestinas, contrarias a la ética profesional, orientadas a certificar deshonestamente las respectivas causales de interrupción voluntaria del embarazo admitidas por la ley; y iv) es mejor diseñar herramientas efectivas para la prevención de embarazos indeseados, forsozos o riesgosos, por ejemplo, ampliando e intensificando los programas de educación sexual de niños y jóvenes, que despenalizar el aborto en todos los casos.

17-. Intervención de ANDRÉS MARTÍNEZ BARRETO. En febrero 10 de 2006, el ciudadano ANDRÉS MARTPINEZ BARRETO, identificado con cédula de ciudadanía N° 80´728.006 de Bogotá, presentó escrito de intervención en defensa de la constitucionalidad de las normas demandadas, atendiendo a que: i) el aborto no es un problema de conciencia individual ni de la madre ni del padre correspondientes, sino un problema de respeto por la vida de alguien distinto de aquellos: el niño ya concebido pero todavía no nacido; ii) el aborto es un asunto que, trascendiendo la órbita individual de quienes intervienen en su práctica, afecta y compromete negativamente el sentido solidario de las relaciones humanas, siendo un agente

generador de desintegración social; y iii) El Estado, como consecuencia de las dos tesis anteriores, tiene el deber Superior de proteger y garantizar la vida y la integridad del nasciturus, por encima de la libertad de conciencia de sus progenitores.

18-. Intervención de JUAN DAVID ENCISO CONGOTE. En febrero 10 de 2006, el ciudadano JUAN DAVID ENCISO CONGOTE, identificado con cédula de ciudadanía N° 79´683.041 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando la declaración de exequibilidad de las normas acusadas a partir de las siguientes consideraciones principales:

i) La salvaguarda de determinados derechos y libertades propios de la mujer, orientada a lograr la equidad de género, no autoriza en absoluto el desconocimiento ni la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de que gozamos todos los Seres Humanos sin distinción, menos aún, el más básico y esencial de ellos: La vida.

ii) Es innegable que existe como tal desde el momento de la concepción porque desde entonces el nuevo Ser Humano presenta un desarrollo continuo, promovido por su configuración genética que le confiere la particularidad e identidad que irá desarrollando durante su vida intra y extra uterina.

iii) En el Estado Social de Derecho debe primar la fuerza de la razón que defiende a la pluralidad de personas y no la razón de la fuerza de quienes ostentan el poder político.

iv) Al despenalizar el aborto, el número de mujeres que opten por él aumentará considerablemente sin que resulte necesariamente significativa la reducción de su práctica clandestina ni bajo condiciones de salubridad precarias por las consecuencias sociales que tal decisión acarrea. En consecuencia, se incrementará igualmente el porcentaje de mortalidad femenina por concepto de abortos inseguros.

v) Ante la deficiencia de recursos para atender las necesidades de salud de la población nacional, mal haría el Estado en destinar los ya existentes para destruir vidas inocentes y no para salvarlas. Asimismo existen costos conexos a la legalización del aborto que tendrían que ser asumidos con dineros públicos no previstos para tal fin, como es el caso del valor de los programas educativos dirigidos a la ciudadanía, capacitación al personal de

atención, asesorías a las usuarias y terapias para el tratamiento de posibles traumas post-aborto, ente otros.

vi) A mediano y largo plazo, será casi inevitable que se produzca un desequilibrio financiero que comprometa la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social, en particular, en su vertiente pensional por la desproporción entre el número creciente de jubilados y el número descendente de trabajadores activos que paguen los aportes correspondientes.

19-. Intervención de LEOPOLDO VARELA ACOSTA. En febrero 10 de 2006, el ciudadano LEOPOLDO VARELA ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía N° 2´932.787 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando declarar ajustadas a la Constitución Nacional las normas acusadas, con base en una interpretación sistemática de los artículos Superiores que protegen la vida y la dignidad humana, la maternidad y los derechos fundamentales, tanto de los niños, como de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Además, agregar que no puede perderse de vista que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra su límite natural en donde nacen los derechos de los demás.

Finalmente, concluye el interviniente que legalizar el aborto implica una sustitución de la Carta Política, por lo cual un pronunciamiento de esta Corporación en tal sentido estaría necesariamente viciado por falta de competencia.

20-. Intervención de JOSÉ IVÁN VELOZA VALERO. En febrero 10 de 2006, el ciudadano JOSÉ IVÁN VELOZA VALERO, identificado con cédula de ciudadanía N° 79´046.997 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando la declaración de constitucionalidad de las normas demandadas con fundamento principal en la doctrina católica sobre el tema, que exalta la maternidad y condena cualquier atentado contra la vida humana, por corresponder al credo más profesado en todo el país.

También argumenta que el derecho a la vida del niño que está por nacer deb primar sobre los derechos de las demás personas en atención a que éste representa y encarna toda esperanza de regeneración de la especie y de progreso hacia el futuro. Por último, recuerda el Señor Veloza que dentro de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Colombiano, en virtud de tratados y convenciones, se incluyen los compromisos asumidos ante la Santa Sede en relación con el tema de la presente acción pública, los cuales hacen no han perdido

vigencia, a pesar de las reformas laicas introducidas por Constitución Política de 1991 frente a su antecesora.

21-. Intervención de HEDOR ALEJANDRO BARRAGÁN CRUZ. En febrero 10 de 2006, el ciudadano HEDOR ALEJANDRO BARRAGÁN CRUZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 79´792.474 de Bogotá, presentó escrito de intervención solicitando declarar la exequibilidad de las disposiciones acusadas, luego de considerar que: i) el aborto configura una agresión contra la vida de un Ser Humano en estado de indefensión, el nasciturus, cuyo código genético es completo y diferenciado del que identifica a sus progenitores desde el preciso momento ñeque los gametos interactúan respectivos; ii) los derechos fundamentales de la mujer, en particular los referidos a su autonomía reproductiva, no son absolutos ni puede anular el ejercicio de los derechos y libertades esenciales de los demás Seres Humanos, menos aún los de la persona que esta por nacer cuy protección estatal es preferente dentro del Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la Carta Política Nacional; y iii) La necesidad y el fin de la pena frente al delito del aborto ya fue un tema suficientemente analizado y ponderado por el legislador en ejercicio legítimo de su potestad constitucional de regular estos temas de carácter punitivo luego de valorar las complejas circunstancias generadas por la dinámica social como, por ejemplo, el repudio y reproche general existente hacia cierto tipo de conductas lesivas de valores y bienes jurídicos Superiores tales como la vida, la dignidad humana y la protección especial de quienes, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta, enfrentan un estado insuperable de indefensión.

4.7.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.7.2. Intervinientes extranjeros.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.8. CUADERNO CUARTO (Temporáneas)

4.8.1. Intervinientes nacionales.

4.8.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. LUIS RUEDA GÓMEZ interviene en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto, presentando diez escritos de diversas organizaciones para apoyar su intervención (fls.8 a 199 Cuaderno No.4)

2-. PEDRO ALFONSO SANDOVAL GAITÁN, actuando en nombre propio y en representación del Consejo Nacional de Laicos de Colombia, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto presentando argumentos de orden procedimiental y sustancial contra la demanda de constitucionalidad.

En lo que se refiere a los argumentos de orden procedimental, el interviniente insinúa que el presente trámite está viciado de nulidad *"por prejudicialidad y pleito pendiente"* pues las demandas que ahora estudia la Corte Constitucional se admitieron el 16 de diciembre de 2005 antes de que se hubiesen notificado por edicto las sentencias C-1299 y C-1300 de 2005 de esta Corporación. Además, el interviniente también sostiene que las demandas en cuestión debieron ser rechazadas y no ameritan un estudio de fondo porque, de un lado, sobre el tema en cuestión existe cosa juzgada constitucional absoluta en la medida en que la Corte hizo un examen integral de la constitucionalidad del contenido del precepto normativo que ahora se demanda mediante las sentencias C-133 de 1994 y C-647 de 2001, y de otro, porque los actores dirigieron la acción contra una proposición jurídica incompleta, toda vez que no demandaron todas las normas jurídicas que tutelan la vida del ser humano en gestación, tales como los artículos 125 y 126 del Código Penal. En todo caso, agrega el interviniente, la demanda de acción pública sería extemporánea puesto que, ya precluida su oportunidad, los actores presentan unos argumentos para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de las normas que tipifican el aborto cuando bien pudieron hacerlo en el término de diez días que se otorgó en el proceso de constitucionalidad que dio origen a la sentencia C-133 de 1994.

Ya en el aspecto sustancial, el interviniente parte del supuesto de que la vida humana comienza desde la fecundación del óvulo femenino y, con apoyo en la tradición cristiana del pueblo colombiano, sostiene que el querer del constituyente de 1991 y el valor imperativo imperativo de normas internacionales imponen al legislador la obligación de establecer figuras delictivas para la protección humana desde el momentos mismo de la concepción. Respecto de este último

punto, el señor Pedro Alfonso Sandoval Gaitán alega que el legislador goza de una amplia discrecionalidad, la cual, a juicio del interviniente, sólo encuentra su límite en transgresión de las normas constitucionales y no en los concepto que, sin fuerza vinculante, emiten los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales.

El interviniente solicitó la realización de una audiencia pública para debatir los argumentos presentados en contra de la demanda de constitucionalidad (fls.263 a 597 Cuaderno No.4)

3-. LUIS MIGUEL BENÍTEZ GÓMEZ, actuando en nombre propio, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto, bajo el argumento de que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, por lo que desde ese instante la vida se torna inviolable y surge la obligación constitucional de protegerla (fls.598 a 605 Cuaderno No.4).

4-. MARTA SÁIZ DE RUEDA, actuando en nombre propio, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto. Básicamente, con apoyo en un informe de Human Life International, esta interviniente asegura que el aborto viola el mandato constitucional de protección a la vida humana y, además, no produce una mejora en la salud de la mujer que realiza esta práctica sino que por el contrario le genera daños físicos y psicológicos (fls.606 a 629 Cuaderno No.4).

5-. ADRIANA LOZANO CALDERÓN, actuando en nombre propio, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto, arguyendo que el artículo 11 de la Constitución Política y la sentencia C-133 de 1994 de esta Corporación ordenan la protección de la vida humana durante su proceso de formación y desarrollo.

En su escrito, la interviniente solicita el desglose y traslado de la intervención que realizó en el proceso D-5764 de 2005 al presente proceso (fls.630 a 631 Cuaderno No.4).

6-. CATALINA RUEDA SÁIZ, actuando en nombre propio, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto. Básicamente, la interviniente descalifica las cifras que se han presentado en torno a la práctica del aborto, y alega que por muy altas que éstas sean no puede desconocerse la protección que la Constitución Política otorga a la vida humana (fls.632 a 638 Cuaderno No.4).

7-. ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA, actuando en nombre propio, intervino para que la Corte Constitucional se declare inhibida para decidir de fondo las demandas de constitucionalidad o se esté a lo resuelto en las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002 o declare la exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto.

Básicamente, la interviniente sostiene que la Corte debe declararse inhibida para decidir de fondo sobre las demandas acumuladas porque, a su juicio, ninguna presenta un cargo claro, certero, específico, pertinente y suficiente, en la medida en que se cuestiona la constitucionalidad de unas normas pero se solicita que esta Corte expida una sentencia condicionada.

Así mismo, la interviniente también alega que la Corte no puede emitir un pronunciamiento de fondo por la existencia de la figura de la cosa juzgada constitucional absoluta, toda vez que existen fallos previos de esta Corporación (C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002) en los cuales materialmente se han estudiado las normas que ahora son objeto de cuestionamiento por parte de las actoras; es decir, la interviniente considera que los cargos presentados no son novedosos de cara a las situaciones que la Corte haya analizado de algún modo con anterioridad. En este orden de ideas, la actora considera que las normas que tipifican el aborto han sido objeto de estudio de constitucionalidad y que, además, no ha variado la jurisprudencia sentada sobre la materia, ni el sustento jurídico de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. En lo que se refiere a este último punto, es importante señalar que la interviniente niega cualquier carácter vinculante de las recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos (refiriéndose especialmente a los de la CCEDAW citados por la actoras), así como también que las normas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer hagan parte del bloque de constitucionalidad.

Ya en lo que se refiere al fondo del asunto, la interviniente sostiene que el establecimiento de las normas que tipifican el aborto no vulneran los derechos a la vida, a la salud y a la autonomía reproductiva de la mujer, pues, con relación a los dos primeros, el embarazo no es la situación que causa el riesgo para la mujer que alegan las actoras y, en todo caso, la práctica del aborto implica un peligro mayor para la paciente, y de otro, porque, a juicio de la interviniente, la autonomía de la mujer para decidir acerca de su maternidad puede ejercerse hasta antes del momento de la concepción y no después de dicho evento. Así mismo, en lo que se refiere a este

último punto, la interviniente reconoce la grave afectación que sufre el derecho a la autonomía reproductiva y a la dignidad como consecuencia de un acto de violencia sexual o inseminación no consentida, pero considera que esa situación debe ser ponderada con el derecho a la vida del *nasciturus* para no hacerlo nugatorio, en la medida en que este último no es responsable de dicha ofensa ni el aborto evita o repara lo efectos de la misma.

De otra parte, respecto del derecho a la igualdad, aludiendo a las situaciones fácticas puestas de presente en la demanda con relación a este derecho, la interviniente alega que la diferencia de trato entre el hombre y la mujer con relación al aborto parte de una diferencia de carácter biológico, que el derecho no puede desconocer y que, por tanto, la diferencia en el trato no implica discriminación.

Como conclusión, la interviniente señala que no existe norma constitucional o de tratado internacional ratificado por Colombia que prescriba el derecho a abortar, y que la tipificación de esta práctica como delito persigue la protección de la vida humana, aunque limite – sin desconocerlos – los derechos de la mujer embarazada.

Por último, la señora Hoyos Castañeda propone que los magistrados que suscribieron la aclaración de voto de la sentencia C-647 de 2001, Drs. Manuel José Cepeda Espinosa, Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra, evalúen si deben declararse impedidos por haber conceptuado sobre la constitucionalidad de las disposiciones acusadas y por tener interés en la decisión. Además, solicita que se convoque a una audiencia pública para que se le brinde la oportunidad de exponer las ideas centrales de su intervención y defender la constitucionalidad de las normas demandadas (fls.639 a 790 Cuaderno No.4).

8-. ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA y MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA, actuando en nombre propio, intervinieron en defensa de la constitucionalidad de las normas demandadas.

En su intervención, después de resaltar la necesidad de una protección jurídica fuerte a la vida humana en virtud de los mandatos constitucionales e internacionales, las señoras Hoyos Castañeda y Martínez Acuña, invocando la sentencia C-133 de 1994 de esta Corporación, sostienen que la titularidad del derecho a la vida el ser humano la obtiene desde el momento mismo de la concepción y que, por tanto, desde ese momento debe ser considerado como un ser digno; dignidad, agregan haciendo extensas consideraciones sobre este concepto y sobre el concepto de libertad, que impone un límite

constitucionalmente admisible al libre desarrollo de la personalidad de la mujer en cuanto a la interrupción del desarrollo del embarazo.

4.8.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.8.2. Intervinientes extranjeros.

4.8.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. MARÍA EVA SERRANO AYALA. Comité Nacional Próvida A.C.. Delegación Sonora, México. Solicita la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto. Fls.1 a 7 Cuaderno No.4.

2-. JOEL ALBERTO SÁNCHEZ VÁZQUEZ. Unión Lumen Dei de Colombia. Solicita la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto. Fls.199 a 262 Cuaderno No.4.

4.8.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.9. CUADERNO CINCO (Temporáneas)

4.9.1-. Intervinientes nacionales.

4.9.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. CENTRO DE AYUDA PARA LA MUJER. FUNDACION AMOR Y VIDA. Reclaman la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas, para lo cual aducen que en un Estado Social de Derecho, la garantía a la vida prima sobre todas las demás, inclusive, respecto a los derechos que invoca la demandante.

2-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por MARIANA BOCANEGRA, identificada con C.C No 36.300.679 y 3.872 personas. Solicitan la declaratoria de constitucionalidad de las normas que se

acusaron, señalando que la vida, como derecho supremo que es, merece respeto irrestricto pues no existe ningún otro derecho que afecte más la existencia misma de la persona.

3-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por ANGELA MARIA ARANGO CARO, identificada con C.C No 21.560.524 y 3.929 personas.

4-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por ALVARO RUIZ BARRIOS, identificado con C.C No 78.077.476 y 443 personas.

5-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por GUILLERMO REY, identificado con C.C No 79.601.445. y 1.125 personas.

6-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por YOHAN ALEXANDER LOPEZ, identificado con C.C No 8.064.465. y 5.087 personas. Solicitan todas, estas últimas cuatro intervenciones que se declare la constitucionalidad total de los artículos 122,123,124 y 33 de la ley 599 de 2.000, para lo cual invocan el artículo 11 de la Constitución Política, así como lo dispuesto en la sentencia C-133 de 1.994 proferida por la Corte Constitucional.

7-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por MARIA EULALIA MONTON BLANCO, identificado con C.C No 34.553.352. Aduce la interviniente que debe declararse la nulidad de la actuación, con base en dos razones: primero, por cuanto se allegó un documento al juicio, denominado *"Bief of Amici Curiae The Irish Family Planing Association in Support Legal Code of Colombia",* donde se deduce la participación y el contenido propuesto de persona extranjera en un proceso privativo para ciudadanos colombianos.

En segundo lugar esgrime que, la nueva demanda presentada sobre una norma declarada previamente exequible, constituye una nulidad ante el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional como que la Corte se pronunció sobre el punto materia de debate en sentencia C-133 de 1.994.

8-. INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por AEJANDRA CATALINA FIERRO VALBUENA, identificada con C.C No 35.461.043. En su condición de antropóloga, hace algunas sugerencias que propone sean atendidas. Así, plantea que la legalización del aborto tendría efectos y repercusiones inconmensurables en el País, por cuanto, siempre que en una sociedad determinada ha de implantarse un proyecto, deben revisarse los particulares efectos que en ésta puede tener, es decir, el estudio no puede hacerse como si fuera una

radiografía universal, por cuanto los rasgos económicos y sociales cambian según el espacio y el tiempo en que se aplique.

9-. INTERVENCION DE LA CORPORACION HUMANAS (CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GENEROS). Como quiera que la demanda se fundamenta en cuatro pretensiones, adhiere la intervención a las tres primeras luego de hacer una descripción de las normas constitucionales que resultan quebrantadas con las normas acusadas y en particular en relación a los derechos de la mujer; sin embargo, en cuanto a que la Corte debe apartarse de los argumentos en que se funda la solicitud a favor de la inexequibilidad del artículo 32 numeral 7º de la ley 599 de 2.000, que consagra una de las causales de ausencia de responsabilidad, señala que se trata de una norma básica de toda la estructura penal que garantiza el derecho constitucional al debido proceso.

10-. INTERVENCION DE LA FUNDACION DERECHO A NACER, coadyuvada por 385 firmas. Reclaman en el escrito acompañado al expediente, que se declare la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, por cuanto la demanda, esgrime únicamente presuntos derechos de la mujer, ignorando los derechos del niño que no son menos importantes, además que por su condición de tales, tienen una protección reforzada en la Constitución que los hacen prevalecer sobre los demás derechos.

11-. INTERVENCION CIUDADANA del señor ALEJANDRO RADA CASSAB, coadyuvada por 22 firmas. Invocan en su memorial que la vida es un derecho inviolable, y que, además, de acuerdo con el artículo 2º inciso 2º de la Constitución Política las Autoridades de la República se encuentran en el deber de proteger la vida, honra y bienes de las personas, concepto de vida que comprende, lógicamente el del nasciturus.

12-. INTERVENCION CIUDADANA de ADRIANA L. CARENAS y CIELO M. ALEMAN. Sostienen las intervinientes que el derecho a la vida es inviolable de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, además que así lo ha defendido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, sobreponiendo este derecho a cualquier otro.

13-. INTERVENCION CIUDADANA de SONIA GARCIA BERNAL y ANDREA MARIA BECERRA MARULANDA. Con iguales consideraciones a las que arriba se anotaron abogan por la constitucionalidad de las normas acusadas.

14-. INTERVENCION CIUDADANA de MARIA ELENA MACHUCA REINA. Afirma en su escrito, que la ley que pretende despenalizar el aborto, en nada favorece a las mujeres, por el contrario es una ley hecha por hombres, para los hombres y que los invita a seguir viviendo irresponsablemente. Por tanto, solicita que se declare la exequibilidad total de las normas demandadas.

4.9.1.2-. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

INTERVENCION CIUDADANA, suscrita por MARIA XIMENA CASTILLA JIMENEZ, identificada con C.C No 35.461.043. Invoca la ciudadana que participó en este trámite, la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos demandados.

Argumenta que es un problema de mujeres y por tanto de su autodeterminación sexual; que es un asunto de derechos, como que garantías a la igualdad y la intimidad de la mujer merecen el mayor respeto, máxime cuando ni el Estado ni el orden jurídico pueden exigirle a la mujer acciones heroicas para atentar, inclusive, contra su propia vida, o también contra la salud de su futuro hijo cuando quiera que aquel venga con problemas sin solución, o que sea el resultado de un delito, una maternidad indeseada o inoportuna.

Finalmente, sostiene, que también es un tema de sociedad civil, por cuanto, ninguna religión y ninguna ideología pueden imponerle una moral a un pueblo.

4.9.2. Intervinientes extrajeros.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.10. CUADERNO SEIS (Temporáneas)

4.10.1-. Intervinientes nacionales.

4.10.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.10.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

1-. La señora Claudia Gómez López intervino el 10 de febrero de 2005 en el presente proceso de la siguiente manera:

- Anexa quinientas seis (506) intervenciones de ciudadanos que coadyuvan las demandas de la referencia y reclaman la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

- Anexa intervención de las ciudadanas Magdalena León de Leal, Profesora de la Universidad Nacional de Colombia, María Mercedes Gómez, profesora de la Universidad de Los Andes y Lya Yaneth Fuentes, profesora de la Universidad Central, que coadyuvan la demandada de inconstitucionalidad relativas al aborto, reclamando de esta manera, la necesidad de abrir el debate acerca del aborto, con el fin de afrontar la problemática de las muertes maternas por esta causa y que las mujeres puedan controlar sus cuerpos, sus vidas y ello permita que estas puedan ejercer plenamente su condición de ciudadanas. Junto con su intervención anexan una lista de 50 colegas de 11 universidades y 7 institutos de investigación del exterior que apoyan la posición pro ellas aquí plasmada.

2-. La Directora del Centro de Investigaciones Sobre Dinámica Social de la Universidad Externado de Colombia intervino apoyando la inconstitucionalidad de las normas que penalizan el aborto. Señaló como argumentos los siguientes: **i)** Porque la penalización configura la clande4stinidad e imposibilidad el control de calidad en al atención y responsabilidad en los servicios de salud; **ii)** Porque los efectos de la clandestinidad, como la segregación social y la segmentación en la atención en salud recaen en las mujeres más pobres, más jóvenes y más ignorantes.

3-. La Directora de Católicas por el Derecho a Decidir A.C, organización no gubernamental representada por su Directora Mtra, María Consuelo Mejía, coadyuva la demanda de inconstitucional del presente proceso.

4-. El señor Miguel Ronderos Dumit, ciudadano colombiano, mediante intervención presentada en termino, coadyuva la demanda de inconstitucionalidad de las normas que castigan el aborto. Luego de exponer las innumerables malformaciones y afecciones a la salud que hacen inviable la vida de muchos niños y luego de exponer igualmente los altos riesgos que asumen las mujeres que acuden a servicios clandestinos de aborto, considera que despenalizar el aborto adecuando las normas a las realidades científicas y sociales, disminuyendo los

abortos en condiciones inseguras, lo cual tiene implicaciones en la salud pública.

5-. El ciudadano Daniel García-Peña Jaramillo, mediante intervención hecha el 10 de febrero de 2006, apoya la despenalización del aborto. Expone como argumentos que el aborto no puede ser promovido como un mecanismo de planificación familia y que a el acuden las mujeres como última opción. Conservar el aborto como una conducta sancionable penalmente impone una situación de discriminación e inequidad socialy un grave problema de salud pública, poniendo en riesgo la responsabilidad del Estado frente a los múltiples compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos. La despenalización deberá estar acompañada de políticas de prevención del embarazo mediante la promoción de métodos de planificación y de la paternidad y maternidad responsable.

6-. La ciudadana Sandra Patricia Mazo Cardona, mediante intervención hecha en término, coadyuva la demanda de inconstitucionalidad de las normas que sancionan penalmente el aborto. Señala que como representante legal en Colombia de la Corporación Católicas por el Derecho a Decidir, considera que en Colombia se debe superar esa condición de anacronismo jurídico en materia del aborto. Considera que sancionar penalmente el aborto implica la vulneración de derechos fundamentales y constituye un problema de salud pública, que debe ser atacado mediante la implementación de políticas públicas que beneficien a la población en general.

7-. La ciudadana Janneth Lozano Bustos, mediante intervención hecha en término, coadyuva la demanda de inconstitucionalidad de las normas que sancionan penalmente el aborto. Señala que como instancia de la Coordinación de la Red Latinoamericana de Católicas por el Derecho a Decidir, considera que en Colombia se debe superar esa condición de anacronismo jurídico en materia del aborto. Considera que sancionar penalmente el aborto implica la vulneración de derechos fundamentales y constituye un problema de salud pública, que debe ser atacado mediante la implementación de políticas públicas que beneficien a la población en general.

8-. La Ciudadana Alba Rosa Manco, Representante Legal de la Corporación Mujeres Unidas de la Zona Noroccidente de Medellín, mediante intervención hecha en término, coadyuva la demanda de la referencia. Señala que muchas de las mujeres, en especial jóvenes de ese sector de la ciudad que son embarazadas como consecuencia de actos violentos contra ellas o sus familias, por lo general acuden a tratamientos no médicos, para interrumpir sus embarazos, o terminan teniendo hijos

no deseados que agravan su ya difícil situación económica. Aún cuando la Constitución Política permite que las mujeres tengas hijos o hijas deseados, la penalización del aborto les niega la posibilidad de no tener los no deseados.

9-. La ciudadana Gloria Stella Penagos Velásquez, mediante intervención hecha en término, coadyuva la demanda de inconstitucionalidad de las normas penales del aborto, exponiendo para ello numerosos argumentos orden científicos y éticos. Señala adicionalmente, que el aborto inducido en su problema de salud pública, y que mantener la penalización del mismo, impone unos altos costos económicos para el Estado. Advierte que dentro de los argumentos jurídicos que respaldan la despenalización del aborto, está el respeto por los derechos fundamentales de la mujer, como el respeto por su dignidad humana y por la libertad de autodeterminación. Además, el artículo 42 de la C.P. permite a las parejas tomar una decisión libre y responsable sobre el número de hijos, y bajo esta circunstancia el Estado debe garantizar el libre ejercicio de este derecho.

10-. La ciudadana Yolima M. Ramírez Acevedo y otra ciudadana cuyo nombre es ilegible, como miembros de la Red Colombiana de Mujeres por los Derechos Sexuales y Reproductivos, Regional Medellín, estando en término para intervenir, coadyuvan la demanda de inconstitucionalidad de las normas penales sobre el aborto. Advierte que como organización del Movimiento Social de Mujeres de Colombia, conocen de las múltiples denuncias que por agresiones sexuales y violencia intrafamiliar se hacen a diario y que implican un embarazo no deseado de por medio, empuja a las mujeres afectadas a tomar la decisión de interrumpir su embarazo acudiendo para ello a medios no médicos, exponiendo así su salud y su vida. Considera que ya es hora que el Estado asuma con conciencia y responsabilidad la decisión de los ciudadanos y ciudadanas que suplican la atención estatal para la solución de los embarazos no deseados.

11-. La ciudadana María Ladi Londoño Echeverri, estando en término para intervenir, aportó un escrito en el cual coadyuva la demanda por inconstitucionalidad contra las normas que penalizan el aborto. Advierte que el problema del aborto en Colombia se constituye actualmente en un problema y una necesidad de salud pública dada la alta morbimortalidad de mujeres que clandestinamente y sin la asistencia en salud debida, exponen sus vidas interrumpiendo embarazos no deseados. Señala igualmente que corresponde a un problema de derechos humanos y de clara discriminación de género, pues se impide a las mujeres tomar sus propias decisiones reproductivas, pero a cambio se les impone el deber de crianza, o la impronta de la adopción, o al abandono del hijo o hija

que fue impuesto por el Estado. Además, es un problema de justicia social por cuanto la prohibición del aborto, golpea más alas mujeres de clases socioeconómicas menos favorecidas.. Concluye afirmando que un fallo negando la despenalización del aborto no afecta el orden constitucional sino las vidas de muchas personas.

12-. La ciudadana Sonia Gómez Gómez, mediante intervención hecha en término coadyuvo la demanda que por inconstitucionalidad de las normas que penalizan el aborto.

4.10.2. Intervinientes extranjeros.

4.10.2.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

No se presentaron intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.10.2.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

1-. IPAS, organización internacional representada por Directora en Jefe Elizabeth Maguire, interviene en término en el presente proceso, coadyuvando la demanda de inconstitucionalidad de las normas que penalizan el aborto en Colombia, por considerar que las mismas son discriminatorias de las mujeres.

2-. Nattaya Boonpakee Corrdinadora de The Women´s Health Advocacy Foundation, intervine en término apoyando la inconstitucionalidad de las normas que penalizan el aborto.

4.11. CUADERNO SIETE (Temporáneas)

4.11.1. Intervinientes nacionales.

4.11.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. El Ministerio del Interior y de Justicia intervino mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2006, solicitando que se declare la constitucionalidad de las normas demandas.

Luego de la exposición de los cargos presentados en las demandas de constitucionalidad, básicamente el representante del ministerio resalta que en la sentencia C-133 de 1994 se reconoció el derecho a la vida

del *nasciturus* y agrega que el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre se encuentra legítimamente limitado por este último. Además, asegura que la consagración de las normas que tipifican el aborto representan una limitación proporcional a los derechos de la mujer (fls.414 a 455 C-7).

2-. El Decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Dr. LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO, interviene en el presente trámite mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2006 defendiendo la constitucionalidad de las normas que tipifican el aborto.

A juicio de este interviniente, la penalización del aborto consulta las disposiciones constitucionales e internacionales sobre la protección del derecho a la vida y, además, dicha circunstancia no desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en la medida en que éste es susceptible de limitación (fls.482 a 492 C-7).

4.11.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

Los señores HELENA ALVIAR GARCÍA, MARÍA PAULA SAFFÓN SANÍN y RODRIGO UPRIMNY YEPES, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, en escrito presentado el 10 de febrero de 2006, intervienen en el trámite de constitucionalidad coadyuvando las demandas en lo que se refiere a los artículos 122 y 124 del Código Penal.

Estos intervinientes consideran que la posición que tome esta Corte debería estar enmarcada dentro de las decisiones que sobre el aborto adoptaron en su momento la Corte Suprema de Estados Unidos (1973) y el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (1975), en el sentido de ponderar y dar primacía al derecho a la vida del *nasciturus* o a los derechos a la libertad y autonomía de la mujer. En este orden de ideas, sostienen los intervinientes, la Constitución Política de 1991 impone la declaratoria de inexequibilidad de las normas que penalizan el aborto al menos en forma parcial, pues, cualquiera sea la fórmula que se acoja en cuento a la ponderación de los derechos del *nasciturus* y la mujer, no debe por un lado desconocerse el derecho que ésta tiene de abortar cuanto se encuentra en especiales circunstancias, ni negar absolutamente el derecho de aquel a nacer (fls.455 a 471 C-7).

4.11.2. Intervinientes extranjeros.

DALIA SANTA CRUZ VERA, ciudadana peruana, como docente de la Universidad Católica de Colombia, interviene mediante escrito presentado el 10 de febrero de 2006 defendiendo la constitucionalidad de las normas que tipifican el aborto.

4.12. CUADERNO DEL TRECE (13) DE FEBRERO. (Extemporáneas).

4.12.1. Intervinientes nacionales.

4.12.1.1-. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1.- PILAR MENESES RODRIGUEZ, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

2.- ALBERTO QUIENTERO MERIÑO, se reclama la declaratoria de constitucionalidad de las normas acusadas.

3.- La señora DAMARIS GARZÓN MORA, presentó escrito solicitando la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

4.- FRANCISCO LAMUS LEMUS, defiende la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

5.- FERNANDO ALFREDO ISAACS GUTIERREZ, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

6.- ELENA NORIEGA DE ISAACS, solicita se declaren exequibles las disposiciones demandadas.

7.- MARIA JOSE ISAACS NORIEGA, pide la declaratoria de exequibilidad de las normas demandadas.

8.- MARIA ANGELICA ISAACS NORIEGA, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

9.- JAIME BERNAL VILLEGAS, intervino presentando escrito en la presente actuación.

10.- RICARDO ERNESTO RODRIGUEZ ARENAS, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

11.- WILSON ALEXANDER ROJAS CRUZ, aboga por la constitucionalidad de las normas demandadas.

12.-CARLOS JULIO ZEQUERA ROMERO, solicita la constitucionalidad de las normas acusadas.

13.- LEONARDO ARIEL BURGOS CUERVO, defiende la constitucionalidad de las normas demandadas.

14.- GABRIEL STERLING BENITEZ, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

15.- JUAN CARLOS ZEQUERA DÍAZ, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

16.- CRISTINA AMPARO CARDENAS DE BOHORQUEZ, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas.

17.- MIGUEL ANOTONIO OLMOS MARTINEZ, en escrito vía fax, reclama la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones que se acusan.

4.12.1.2. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad.

OLGA LUCIA RIVERO MEJÍA, aboga por la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

4.12.2. Intervinientes extranjeros.

1-. Escrito vía fax, enviado por ALEJANDRO LEAL ESQUIVEL de la Universidad de Costa Rica, quien lanzó sus juicios frente a la situación aquí debatida.

2-. Se recibió escrito signado por JORGE NICOLAS LAFERREIRE, remitido por ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA.

3-. DAVID REARDON Director del Elliot Institute, remitido por la señora ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA.

4-. JUAN VELEZ GIRALDO, firmó memorial y que fue enviado por ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA.

5-. Se recibió escrito firmado por JOSEPH DE COOK, remitido por ILVA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA, en el cual anexa (240) folios de documentos varios y un folleto titulado “Breast Cancer-Risk and Prevention”.

4.13. CUADERNO DEL CATORCE (14) DE FEBRERO. (Extermporáneas).

4.13.1. Intervinientes nacionales.

1.- Escrito signado por ALVARO DE JESUS URIBE PINZON, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

2.- Escrito firmado por ESTHER URIBE DE GUTIERREZ, mediante el cual solicita se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

3.- Escrito firmado por FRANCISCO EDUARDO GUTIERREZ GIRALDO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

4.- Memorial allegado por GLADYS YEPES GRANDA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

5.- LAURA DEL SOCORRO VILLADA, quien solicita se declare la constitucionalidad de las normas enjuiciadas.

6.- OMAIRA ELENA MORENO SANCHEZ, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

7.-ELIANA ACOSTA ARREDONDO, quien solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

8.- ANA MARÍA VELEZ SANCHEZ, solicita se declaren exequibles las normas enjuiciadas.

9.- NINNY JONHANA SALAZAR, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

10.- MARISELA RESTREPO MURILLO, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

11.- HENRY POSADA GOMEZ, solicita se declaren exequibles las normas enjuiciadas.

12.- LOREA POSADA MACIAS, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

13.- LOLA MACIAS, pide la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones demandadas.

14.- MARIA EUFIR, solicita se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

15.- KELLY JOHANA AGUDELO VELASQUEZ, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

16.- CLAUDIA MILENA BALLESTEROS, implora la declaratoria de constitucionalidad de las normas demandadas.

17.- YULIANA MARIA GUTIERERZ, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

18.- EDGAR ANDRES PEREZ, mediante el cual solicita se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

19.- SANDRA PATRICIA USME, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

20.- MARTHA NELLY ARANGO, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

21.- JESUS ROBERTO VALDERRAMA, pide se declaren exequibles las normas demandadas.

22.- EUGENIO ALEJANDRO REYES, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

23.- ROSA GARCIA MACIAS, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

24.- NUBIA MARIA CASTAÑO TORO, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

25.- LUZ MARLY MACIAS GARCIA, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

26.- GLORIA MARIA MACIAS QUINCHIA, solicita se declaren constitucionales las normas demandadas.

27.- SORANJUELA JIMENEZ PIEDRHITA, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

28.- MARISOL RENGIFO DURANGO, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

29.- EUCARIS MONTOYA, pide se declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

30.- NINFA NORY RENGIFO, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

31.- DORA PATRICIA QUINTERO CANO, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

32.- LUISA FERNANDA ALVAREZ YEPES, solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

33.- MARIA SOLANY TORRES, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

34.- BERTA LINA ARANGO, solicita se declara la exquibilidad de las disposiciones acusadas.

35.- JAIRO HERNANDEZ, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

36.- JENNY ECHEVERRY, reclama la declaratoria de constitucionalidad de las normas demandadas.

37.- BLANCA NORELIA GIRALDO, solicita se declaren exequibles las normas demandadas.

38.- JOSE RAUL JARAMILLO ZULUAGA, procedió a intervenir en la actuación.

39.- JOSE DANIEL MUÑOZ CASTAÑO, procedió a intervenir en el proceso.

40.- Se allegaron 31 folios de firmas de EULALIA VALENCIA Y OTROS.

41.- Se recibió escrito del señor CAARLOS ANDRES PLAZAS SANTOS.

4.13.2. Intervinientes extranjeros.

No hay intervenciones que puedan clasificarse en este acápite.

4.14. CUADERNO DEL VEINTIOCHO (28) DE FEBRERO. (Extemporáneas).

1-. En febrero 28 de 2006, la Señora Franciny Raigosa Murillo remitió a la Secretaría General de esta Corporación cuatrocientos sesenta y siete (467) folios, correspondientes a distintas expresiones de menores de edad en contra del aborto, los cuales no serán tenidos en cuenta dentro de este proceso por falta de capacidad de ejercicio y de capacidad para obrar en esta clase de actuaciones de sus autores.

2-. Asimismo, en la mencionada fecha, la ciudadana Nancy Freundt presentó escrito de intervención solicitando, de manera extemporánea, declarar la inconstitucionalidad de las normas acusadas

4.15. CUADERNO DEL SEIS (6) DE MARZO. (Extermporáneas).

4.15.1. Intervinientes nacionales.

4.15.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad.

1-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARLENE Y RAFAEL RODRÍGUEZ, Presidentes Nacionales del Movimiento Familiar Cristiano en Colombia.

2-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por DORIS YANETH MONTOYA mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

3-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ ALBA MONTOYA mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

4-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARTHA LIGIA CEBALLOS mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

5-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA ELENA MONTOYA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

6-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MIGUEL ARTURO MONTOYA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

7-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ANDRÉS BUSTAMANTE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

8-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ALFREDO MONTOYA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

9-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MIGUEL MONTOYA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

10-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por WALTER GARCÍA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

11-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NOMAL MANUEL SANTANDER, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

12-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CLARA ISABEL PÉREZ DE SANTANDER, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

13-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA DEL PILAR SANTANDER, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

14-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARTA CECILIA SYRO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

15-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por RODRIGO SANTANDER RESTREPO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

16-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ANA MARÍA SANTANDER, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

17-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por EMILDA ASPRILLA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

18-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por RODRIGO TOLEDO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

19-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ MARINA MONTOYA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

20-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por JIMENA CORREA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

21-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por PAULA CASTAÑO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

22-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CESAR AUGUSTO FRANCO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

23-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CLAUDIA BRENA E., mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

24-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUIS JAVIER MOLINA FERNÁNDEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

25-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por FABIOLA DE PÉREZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

26-. 4El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por EMILIA ALZATE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

27-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por AURA ARAÚJO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

28-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ANGELA ROCÍO VARGAS, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

29-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARGARITA BOTERO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

30-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA DEL CARMEN LONDOÑO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

31-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CLARA INÉS PÉREZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

32-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ALVARO DÁVILA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

33-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUCÍA DE ZULUAGA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

34-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito (NO ES LEGIBLE EL NOMBRE) mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

35-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por DAVID SUAZA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

36-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por FANNY ZAPATA DE GALLEGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

37-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ANA MARÍA GALLEGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

38-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ MARINA GUTIÉRREZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

39-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARTHA INÉS GONZÁLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

40-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por BEATRIZ ELENA GALLEGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

41-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por JOSÉ LUIS ZAPATA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

42-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por JULIA INÉS GALLEGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

43-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ AMPARO HERRERA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

44-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NOBENY GALLEGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

45-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por HÉCTOR ALFONSO MENESES, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

46-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por JORGE ARBOLEDA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

47-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MASULA QUIROZ DE GARCÍA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

48-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por STELLA AGUDELO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

49-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por GABRIEL JAIME RIOS, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

50-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ALEXANDRA DE PALACIO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

51-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ ELENA CORREA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

52-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por OLGA CECILIA JARAMILLO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

53-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ÁLVARO JOSÉ JARAMILLO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

54-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA CECILIA VELÁSQUEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

55-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LAURA APLE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

56-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por AMPARO GONZÁLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

57-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ALIRIA INÉS VÉLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

58-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARTA DOLLY ARIAS, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

59-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por TERESA GUTIÉRREZ URIBE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

60-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARTHA ELENA LÓPEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

61-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUCÍA CANO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

62-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA EMERTINA PÉREZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

63-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por BEATRIZ GONZÁLEZ OSPINA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

64-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MAGNOLIA SÁNCHEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

65-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NOEMÍ OBANDO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

66-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por BERTA ORREGO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

67-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA ALZATE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

68-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ROSA MARÍA MURCIA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

69-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por DORA SALDARRIAGA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

70-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por ADONAI PÉREZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

71-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por VILMA ROCÍO OVIEDO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

72-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA LILIANA MORENO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

73-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA DE LOS ANGELES GUZMÁN, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

74-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por el señor MONTOYA GÓMEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

75-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUIS FERNANDO URIBE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

76-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUIS ANGEL SALGAR, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

77-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por DIEGO IREGUI, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

78-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito (EL NOMBRE NO ES LEGIBLE), mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

79-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por GUSTAVO DUQUE, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

80-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NANCY HINESTROSA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

81-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LILYAM MALDONADO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

82-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por XIMENA GONTNER, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

83-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por SANDRA VÉLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

84-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por HELENA GONZÁLEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

85-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NELSON VASQUEZ, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

86-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ MARINA APO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

87-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por CECILIA ARISTIZABAL, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

88-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por LUZ ESTELA CORREA, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

89-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por MARÍA EUGENIA NAVARRO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

90-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NELSON CAMACHO PIZARRO, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

91-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por NATALIA VASCO CADAVID, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

92-. El día 06 de marzo de 2006, se recibió escrito firmado por BEATRIZ CADAVID, mediante el cual solicita se declaren exequibles las normas acusadas.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante el Concepto No. 4024 presentado el primero (1°) de febrero de 2006, el Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón , solicita a la Corte que declare exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, bajo la condición de que no sea incluida como conducta objeto de penalización la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de: i) concepción no consentida por la mujer, ii) en

embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer iii) establecimiento médico de la existencia de enfermedades o disfuncionalidades del feto que le hagan inviable.

Como consecuencia de lo anterior, solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Subsidiariamente, agrega el jefe del Ministerio Público, que si la Corte asume que no le corresponde condicionar la norma en el sentido señalado anteriormente , se solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

Además , el Señor Procurador General de la Nación , solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000

Dichas solicitudes se fundamentan en los siguientes argumentos, los cuales son transcritos literalmente:

1. Problema jurídico

El Procurador General de la Nación ha de evaluar si la regulación penal del delito de aborto, por no considerar circunstancias especiales que deberían estar despenalizadas y establecer una discriminación con relación al aborto realizado en menor de catorce años, desconoce el derecho de las mujeres a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad reproductiva, a la salud, a la seguridad social y la obligación del Estado de respetar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Al respecto, el Procurador General de la Nación ha de conceptuar lo siguiente.

2. Aclaración previa

2.1 Teniendo en cuenta que el Procurador General de la Nación, en cumplimiento de su función constitucional, articulo 278, numeral 5 de la Constitución, ya había emitido un pronunciamiento que responde en esencia los cargos de las demandas de la referencia, al rendir el concepto dentro del expediente que dio origen a la sentencia inhibitoria C- 1299 de 2005, se considera que lo expuesto en esa oportunidad es suficiente para que se entienda que el Procurador General ha cumplido con su competencia constitucional y, por ende, respetuosamente, se permite transcribir in extenso el concepto que se rindió en esa oportunidad para que sea tenido en cuenta al momento de resolver los problemas jurídicos

que plantean los ciudadanos ROA LÓPEZ, JARAMILLO VALENCIA, ABADIA CUBILLOS, SÁENZ y PORRAS. Lo único que se agregará al concepto antes rendido, hace referencia al cargo presentado contra la circunstancia de agravación de la pena contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 que asimila el aborto no consentido al aborto con consentimiento en menor de catorce años

2.2. Teniendo en cuenta que el concepto que se rinde es similar al que en su momento se expuso dentro de la demanda que dio origen a la sentencia C- 1299 de 2005, el Procurador General de la Nación, en cumplimiento de los principios de economía, celeridad, eficacia y eficiencia, entre otros regulados en el articulo 209 de la Constitución, hace llegar su escrito antes del vencimiento del término que tiene para conceptuar, para que el proceso de constitucionalidad de la referencia siga su curso en el despacho del Magistrado sustanciador.

3. Inexistencia de cosa juzgada constitucional.

3.1. El artículo 243 de la Constitución señala que *"los fallos que dicte la Corte hacen tránsito a cosa juzgada*". Por su parte, el Decreto 2067 de 1991, en su artículo 6° ordena rechazar "*las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada"* y su artículo 21 hace referencia al carácter obligatorio de tales decisiones tanto para las autoridades como para los particulares. Así mismo, la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, en su artículo 48, señala que la parte resolutiva de las sentencias es de carácter obligatorio y de efecto "*erga omnes".*

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la regla general, es la observancia del principio *"stare decisis"*, que obliga a la Corte a seguir sus decisiones previas, como un elemento de seguridad jurídica para el ciudadano (sentencia SU-047 de 1999).

3.2. Sin embargo, si aceptáramos como inamovible la jurisprudencia de la Corte, estaríamos negando la posibilidad de que ésta cumpla su papel dinamizador de la Constitución, hecho que igualmente sometería al ordenamiento jurídico al estancamiento, impidiendo adecuar el derecho ante nuevos contextos normativos, jurisprudenciales o fácticos que puedan justificar una revisión de sus sentencias, pero específicamente de las normas sometidas a control.

Lo anterior está acorde con la visión evolutiva y garantista del derecho constitucional, pues lo contrario, sería atar la protección de los derechos a la sacralización del precedente judicial, el cual, si bien protege valores constitucionales de la mayor importancia como la seguridad jurídica, la

estabilidad, la confianza legítima, no poseen un valor absoluto en el ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden ser ponderados.

3.3. Téngase en cuenta que la revisión de una decisión de la Corte es algo excepcional y como tal, para que proceda la revisión de un texto sobre el cual se verifica la cosa juzgada formal o material, el demandante tiene la carga probatoria. En el caso del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, ahora acusado el Ministerio Público evidencia lo siguiente:

3.3.1. No hay cosa juzgada formal pues es la primera vez que se demanda la norma como tal.

3.3.2. Podría pensarse en que hay cosa juzgada material, pues la Corte Constitucional ya estudió el tema en la sentencia C-133 de 1994, con ocasión de la demanda instaurada contra el artículo 343 del Código Penal, derogado por la Ley 599 de 2000, norma que contenía un precepto idéntico al que hoy se acusa. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que ha operado el fenómeno de cosa juzgada material, ya que en la mencionada sentencia, la Corte declaró la constitucionalidad de ese precepto, teniendo como fundamento argumentos relativos al derecho a la vida, a la salud y a la protección del feto como límite a la libertad reproductiva de la mujer

Es decir, no se analizó el texto acusado en esa oportunidad con la integralidad de la Constitución, es decir, con los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad ni con otros normas expresamente consagradas en el texto fundamental.

3.3.3. Este examen parcial de la evaluación fue advertido por la propia Corte en el fallo C-133 de 1994, al señalar en la parte resolutiva que la declaración de constitucionalidad se hacía sólo ***"por las razones expuestas en esta providencia";*** echo que dejó abierta la posibilidad de de que la norma se volviera a analizar si se presentaban argumentos distintos a los analizados en esa oportunidad. Este requisito se cumple en relación con las actuales demandas.

De lo anterior se colige que con relación al tema ha operado sólo la cosa juzgada relativa.

3.3.4 En el presente caso, entonces, la Corte puede volver a analizar la constitucionalidad de la norma acusada por existir un nuevo contexto de valoración normativa (sentencia SU-047 de 1999), posibilidad que ha sido aceptada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-311 de 2002, en donde la Corte acepta la revisión de una norma que ha hecho tránsito a cosa juzgada teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial

sobre en tema, en ese caso, los derechos de las víctimas. Obviamente que, en estos casos, en observancia del principio del *stare decisis*, la Corte es mucho más exigente en el cumplimiento de los requisitos de la demanda y en la motivación de su fallo, pues deben existir **razones poderosas** que justifiquen no sólo que se vuelva a analizar una norma que ya fue objeto de control de constitucionalidad, sino que se cambie el criterio sobre la misma, a efectos de *... evitar la petrificación del derecho o la continuidad de eventuales errores".*

3.4. En cuanto al artículo 124 de la Ley 599 de 2000, se observa que no existe cosa juzgada constitucional sino solamente con respecto al parágrafo, el cual señala que en las circunstancias de atenuación, es decir, *cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida*, si el aborto es realizado en condiciones anormales de motivación "*el funcionario judicial podrá prescindir de la pena".* En la sentencia C-647 de 2001, al declarar la exequibilidad de este parágrafo, la Corte advirtió que el aparte "*cuestión preliminar",* que el pronunciamiento **se contrae al análisis de constitucionalidad del texto acusado**. El actual cuestionamiento, hace necesario revisar la norma integralmente con el artículo 122 y la totalidad del artículo 124, por cuanto esta vez se cuestiona si el jus punendi del Estado puede ser ejercido. No se trata ya de establecer si el es posible que el funcionario judicial prescinda de la pena, sino de analizar si es constitucional que se active y ejerza el poder punitivo del Estado.

3.5. Por último, cabe llamar la atención sobre la importante jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado en torno al derecho a la vida, en la cual, el fenómeno puramente biológico ha dado paso al concepto **de vida digna.** La Corte ha replanteado la concepción de la vida como un derecho o valor absoluto, para ponderarla ahora con otros valores y derechos como por ejemplo el de la autonomía personal, tal como se hizo en el caso de la eutanasia, indicando que este derecho debe ser analizado *"desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior"* (sentencia C- 239 de 1997).

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio Público considera que las demandas presentadas ameritan el estudio por parte de la Corte Constitucional, a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha producido entre la sentencia C-133 de 1994 en la que se analizó una norma de igual contenido normativo al que ahora se acusa, dado que entre el año 1994 y el año 2005, es decir, casi una década después, hay una amplia jurisprudencia en lo que hace al bloque de constitucionalidad y a la interpretación de la Corte frente a derechos tales como la vida, la salud, la

libertad, la seguridad social, en el contexto del Estado Social y Democrático de derecho, que pueden hacer que se modifiquen las conclusiones a las que en 1994 arribó la Corte, al analizar el tipo del aborto.

Así mismo, el contexto cognoscitivo del problema, ha cambiado pues los estudios realizados y que obran como prueba en el expediente, muestran cómo muchas mujeres colombianas que han sido víctimas de la vulneración de su libertad sexual y reproductiva o que se encuentren por razones naturales ante un embarazo que pone en riesgo su salud física y mental o su vida misma, deben además soportar la carga de actuar ilegalmente, arriesgar su vida, su salud, su libertad personal y soportar el reproche jurídico y social, al margen de cualquier protección del Estado, a causa de una legislación que desconoce sus derechos fundamentales.

En suma, considera el Ministerio Público que en el presente caso, se presentan cambios significativos en el: i) contexto normativo, pues ha cambiado el alcance de las normas internacionales y constitucionales de protección de los derechos fundamentales; ii) contexto jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de los organismos internacionales encargados de dar interpretación y alcance a los tratados internacionales y de vigilar su observancia y, iii) contexto cognoscitivo, que aporta nuevos elementos de análisis para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado y de la realidad sociológica, psicológica, y de los riesgos en materia de salud reproductiva, frente a la tipificación de una conducta como el aborto.

4. La determinación de la constitucionalidad de una norma, resulta de la confrontación de ésta con el ordenamiento superior y los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y no de la confrontación con determinadas creencias religiosas

4.1. En casos como el presente, en el que se toca una materia que afecta las más profundas concepciones éticas de los individuos, es normal que se aduzcan razones que atacan o defienden la norma desde catálogos morales o religiosos, que el ordenamiento constitucional respeta y protege, pero que no son pertinentes frente al control constitucional. Si bien la Corte y el Ministerio Público deben y pueden indagar sobre la postura que frente a un determinado tema tienen los distintos actores de la sociedad y éstos a su vez pueden hacerla conocer a través de la intervención ciudadana que existe en todos los procesos de constitucionalidad, con el fin de enriquecer el pronunciamiento que ambas entidades deben hacer en defensa del orden jurídico, entendido éste como una textura viva y cambiante. Sin embargo,

las distintas posturas no pueden condicionar el ejercicio de la función asignada a estas dos entidades.

4.2. En este orden, ha de tenerse en cuenta por la sociedad colombiana que las encuestas o las manifestaciones masivas frente a un tema como éste u otros, no pueden tenerse como un criterio definitorio en estos procesos pues si ello fuera, el debate se reduciría a la consideración de posturas coyunturales y las minorías quedarían siempre vencidas, lo cual es contrario al espíritu del Estado democrático que es Colombia.

La función del control constitucional es definir si una determinada norma es compatible o no con los principios y preceptos adoptados en la Constitución, que define al Estado como un Estado laico, cuyo fundamento está en la libertad religiosa y de conciencia de los habitantes del territorio. Un Estado pluralista en el que las actuaciones de las autoridades deben ser inclusivas, comprensivas de esa diversidad, libertad y pluralidad y orientadas a la realización de los fines señalados en la Carta, de conformidad con el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 5°, 7°, 16, 18, 19, 20, 93.

El sopesamiento de los valores, principios y derechos fundamentales que en un momento dado puedan resultar en tensión por el contenido normativo de un precepto legal, debe realizarse únicamente dentro del marco jurídico y político establecido por la Carta y no en valores exógenos a ella que si bien son válidos no hacen parte del ordenamiento jurídico constitucional.

5. La dignidad humana como parámetro para resolver la tensión que se presenta en la norma acusada

5.1. La primera de las tensiones que plantea el precepto acusado, se da entre la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo; expresión de valores jurídicos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra, en algunos de los cuales se hallan implícitos otros derechos de orden jerárquico inferior como el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, de una parte, y de otra, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad; potencialidad que no se realiza cuando ocurre la interrupción, voluntaria o no, del embarazo.

5.2. La tensión entre el valor jurídico de la protección al embrión o eventualmente al feto, según el momento en que se realice la interrupción y el derecho a la autonomía de la mujer para decidir sobre una situación que compromete su cuerpo y su integridad síquica y que, por tanto, concierne al libre desarrollo de su personalidad y a su libertad de conciencia, debe ser resuelto, a nuestro juicio, a la luz de un principio que justifica en sí mismo,

incluso el derecho fundamental a la vida: **el principio de la dignidad humana.**

Este será el eje conceptual de la posición del Ministerio Público en el examen de constitucionalidad de la norma acusada y de aquellas que junto a ella forman una proposición jurídica completa, criterio que como tal, sigue los lineamientos trazados por el Constituyente y por la propia jurisprudencia constitucional, en el sentido de que el derecho a la vida, sin la observancia del principio de la dignidad humana, perdería toda su potencialidad como valor jurídico esencial y, por ende, insoslayable, dentro de un orden normativo que considera al hombre como fin en sí mismo y no como un medio para que otros realicen mediante él objetivos que le son ajenos.

Cuando la vida del ser humano no está garantizada y regulada bajo la égida del principio de la dignidad humana, el hombre y la mujer quedan expuestos a la instrumentalización de sus existencias y, como consecuencia de ello, a ser reducidos a la degradante condición de una cosa, de la cual se sirven o sobre la cual deciden los demás.

La reivindicación a toda costa de la existencia sin dignidad, hecha con fundamento en nociones de orden ético o religioso que no consultan los paradigmas normativos alcanzados mediante la autonomía de un orden jurídico y libre de toda tutela teocrática, en el que el hombre y la mujer son exaltados a la condición de fin primordial, contradice el principio fundamental de la Constitución Política colombiana según el cual, **el respeto a la dignidad humana es el fundamento principal del Estado Social de Derecho.**

Como se ha expuesto, el derecho a la vida no tiene relevancia jurídico-constitucional si no lleva aparejados los elementos conceptuales que conforman este principio, en el que la noción de **libertad** es inescindible. Desde los orígenes mismos de la construcción conceptual del principio de la dignidad humana, en los albores de la modernidad, la noción de libertad aparece como un presupuesto de ese principio. La facultad de elegir entre distintas opciones de vida, define al hombre en el mundo moderno, en la medida en que los fundadores teóricos de la modernidad, consideran a esa facultad como inherente a la condición humana.

Sin libertad, esto es, sin la posibilidad de optar por la clase de vida que más y mejor se avenga con la concepción de mundo profesada, no hay dignidad humana, puesto que sin el ejercicio autónomo de la voluntad para pensar y actuar en la vida, el hombre piensa y actúa bajo el imperativo de condicionamientos ajenos, que lo convierte en medio para que los demás realicen sus designios y sea el instrumento de fuerzas extrañas a él. En este

punto, se produce la concurrencia inseparable entre la dignidad humana y la libertad, toda vez que sin la existencia de ésta, el ser humano será inexorablemente instrumentalizado.

Es, precisamente, a partir de la crítica radical a la relación social distintiva del medioevo, la dependencia personal, como se construye el ideal libertario del hombre moderno, de acuerdo con el cual la criatura humana es un ser dotado de voluntad para decidir sobre su propio destino, sin que condicionamientos extraños a la autonomía de esa voluntad tales como el nacimiento, el *status*, la voluntad divina, entre otros, predeterminen su existencia.

5.3. En atención a estas consideraciones, en el presente concepto, la proyección del principio de la dignidad humana frente a la norma acusada, será efectuado inescindiblemente con la noción de la libertad, instituida igualmente en nuestro ordenamiento como principio y derecho fundamental del mismo, mediante normas cuyos contenidos guardan una estrecha e íntima relación con aquel principio, en tanto constituyen su más cabal expresión. Se trata aquí, como es de suponer, de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, de culto y de pensamiento, entre otros, tan caros a la dignidad del ser humano y tan comprometidos en la norma cuestionada. Por tanto, no es casual que el legislador, en el artículo 1o. del nuevo Código Penal, Ley 599 del año 2000, prescriba que la ***" El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana".***

La evaluación de la constitucionalidad o no de la penalización de aborto en los casos que se estudian, es decir, la relación existente entre el principio de dignidad humana y el cumplimiento del fin preventivo del poder de sanción del Estado, debe proyectarse en el asunto en estudio, en una doble perspectiva. Esto es, tanto desde el punto de vista de la vida futura del embrión como el de la vida de la mujer que lo ha concebido como resultado de un hecho criminal o que debe elegir entre seguir con su embarazo a riesgo de su vida o su salud o en circunstancias que no garantizan la vida extrauterina del feto.

La protección de unos determinados bienes jurídicos con fundamento en nociones ajenas a ese ordenamiento, no puede realizarse por parte de la ley penal en detrimento de otros que constituyen la razón misma de ser de la Constitución Política, entendida como un ordenamiento cuyo fin es hacer que la vida de los asociados sea una práctica de la dignidad humana.

6. El bloque de constitucionalidad: La obligatoriedad de los tratados internacionales y las recomendaciones de los organismos

internacionales con relación a los derechos humanos y en particular, con respecto a la penalización general del aborto

6.1. El artículo 93 de la Carta consagra la **prevalencia** en el orden interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y señala que *"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."*

Si bien al Ministerio Público no le corresponde hacer un análisis pormenorizado en este concepto sobre la evolución que a lo largo de la jurisprudencia constitucional colombiana ha tenido la noción del bloque de constitucionalidad, la que por cierto se encuentra ampliamente descrita en artículos del profesor Rodrigo Uprimny Yepes y que reciente está recogida en uno que aparece publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal, es necesario determinar si aquellos expresiones de los órganos internacionales como la ONU y que no tiene la naturaleza de tratados internacionales, pueden a partir de los artículos 93 y 94 de la Constitución, formar parte de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "Bloque de constitucionalidad", entendido como todas aquellas manifestaciones que sin estar formalmente en el articulado de la Carta, hacen parte de ella por la remisión que el mismo Constituyente hizo a ellas para que tuviesen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos.

6.2. Señala el artículo 93, inciso 2 de la Constitución, que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. A partir de este mandato, la Corte Constitucional ha admitido no sólo que los tratados de derechos humanos sino que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es relevante y ha de tenerse en cuenta al momento de interpretar derechos consagrados en la Constitución, pues esas interpretaciones deben ser tenidas en cuenta cuando ellas contienen un estándar de protección mayor al que consagra la Constitución o la jurisprudencia constitucional (sentencias C-010 de 2000; C-04 de 2003 y T-453 de 2005, entre otras). Es por ello, que también ha de admitirse la doctrina de instancias tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, etc, en la medida que allí se hagan interpretaciones de mayor protección a los derechos que se consagran en la Constitución.

Lo anterior es coherente si se tiene en cuenta que la Constitución de 1991 es garantista, desde el preámbulo; en la definición del Estado, cuyo fundamento es el respeto de la dignidad humana, en los elementos que justificación la existencia del mismo; en el reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de las personas, respecto de los cuales, el texto

constitucional no sólo consagra una amplia carta de derechos y mecanismos efectivos para su protección, sino que señala la apertura al reconocimiento de derechos nuevos o innominados y, finalmente, hace no sólo obligatoria sino prevalente la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

De este panorama de garantía, resulta lógico y así lo ha aceptado la Corte Constitucional, que se consideren como referentes interpretativos de los derechos, la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, pues estos organismos son los encargados de dar alcance al contenido de tales derechos y de vigilar la observancia de los mismos por parte de los Estados Partes.

La interpretación de los derechos fundamentales es cambiante y está orientada por el principio de maximización, es decir, toda interpretación de los derechos humanos, que resulte más protectora y que represente un menor sacrificio de otros derechos debe ser preferida a las interpretaciones restrictivas o que generen mayor lesión de otros derechos. Así mismo, es importante recordar el principio de progresión de los derechos, de tal manera, que éstos deben estar en continua ampliación y los Estados parte están obligados a adoptar los mecanismos que garanticen tal desarrollo y les es prohibido adoptar medidas regresivas frente a ellos.

En este mismo sentido, ha de tenerse en cuenta que dentro del concepto de bloque de constitucionalidad también pueden tener cabida las declaraciones y principios emanados de organismos internacionales con reconocimiento y aceptación por el Estado colombiano, pues él hace parte de ellas, como sería el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o la Organización de Estados Americanos, OEA, dado que estos organismo recogen la expresión de la voluntad de sus miembros y generan manifestaciones que tienen fuerza vinculante, así expresamente no se les haya reconocido tal.

6.3. El que la Corte Constitucional profundice y se pronuncie específicamente sobre el carácter vinculante que pueden tener algunas declaraciones, recomendaciones y principios de organismos como la ONU, cobra importancia en el caso en análisis.

Es así como el Comité de Derechos Humanos en varias ocasiones ha señalado su preocupación frente a países como Perú o Colombia, que tienen legislaciones totalmente restrictivas en donde "*el aborto de lugar a castigos penales incluso si una mujer queda embarazada por violación y que los abortos clandestinos son la principal causa de muerte materna",* regulación que como tal, en concepto del Comité, somete a las mujeres a tratos crueles, degradantes e inhumanos.

6.4. La ponderación que contienen estas recomendaciones, entre el derecho a la vida del embrión y los derechos fundamentales de la mujer, han sido ampliamente discutidos por la doctrina, por la jurisprudencia y por los legisladores y por lo menos en el mundo occidental, se observa una tendencia general a aceptar que la protección del embrión o del feto, según el caso, no es un derecho absoluto que justifique el sacrificio total de los derechos de una persona, en este caso de la mujer, especialmente en los casos que se analizarán en este concepto.

Por tanto, el Ministerio Público sí considera que las recomendaciones de los organismos internacionales de monitoreo de los tratados internacionales, obligan a las autoridades nacionales a partir del concepto de bloque de constitucionalidad, en la medida en que con ellas se concreta la interpretación que de los derechos hacen las autoridades internacionales en la materia, recomendaciones que son un llamado de atención para que sean revisadas las políticas o actuaciones estatales que ponen en riesgo o vulneran derechos fundamentales. Asunto éste que como tal, debe definir la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Carta.

6.5. Recomendaciones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos sobre el aborto[1]

Como criterio de análisis de la tensión bajo estudio deberán tenerse en cuenta las recomendaciones realizadas por las autoridades internacionales encargadas de la vigilancia del cumplimiento por los Estados Partes y en particular las recomendaciones que se han hecho al Estado Colombiano con relación al tema de la penalización total del aborto.

8.5.1. Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el Pacto de derechos civiles y políticos:

---

[1] Información tomada de Women's Link Wordwide. Quien a su vez cita las siguientes fuentes:
Centro para Derechos Reproductivos y Universidad de Toronto, Bringing Rights to Bear. An análisis of the work of un Treaty Monitoring Bodies on Reproductive and Sexual Rights, New York, 2002, Www.reproductiverights.Org.
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, Washington, 1999, Www. cid.org.
Asociación Sueca para la Educación Sexual, Abriendo Espacios. Guía Política de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos. Estocolmo, 2005, Www.Rfsu.Se/Rfsu_Int/.
Centro legal para Derechos Reproductivos y Políticas (CRLP) y DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Mujeres del Mundo: Leyes y Políticas que afectan sus vidas reproductivas – América Latina y el Caribe, noviembre de 1997, página 79.
PROFAMILIA. La penalización del aborto en Colombia: Una forma de violencia estatal (informe entregado a la CIDH durante su visita in loco a Colombia), diciembre de 1997.
Lucero Zamudio, el aborto en Colombia, dinámica sociodemográfica y tensiones socioculturales, en la justicia en nuestro tiempo, Universidad Externado de Colombia, páginas 13 y 14

“ El comité observa que la violencia contra las mujeres sigue siendo una amenaza grave contra su derecho a la vida y que es preciso ocuparse seriamente de esta cuestión. Así mismo expresa su preocupación por la alta tasa de moralidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos” Mayo 5 de 1997.

“El comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa que las mujeres que hayan sido victimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido a tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal”. Mayo 26 de 2004.

6.5.2. Recomendaciones del Comité de vigilancia del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC). Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969

El Comité ha pedido a los Estados que incluyan la educación en salud sexual y reproductiva en los programas de estudios de las escuelas para que los adolescentes puedan contribuir a protegerse del VIH/SIDA y otras infecciones transmisibles sexualmente (ITS), reducir las tasas de embarazo adolescente y de aborto, y tener libre acceso a servicios de atención a la salud reproductiva.

6.5.3. La Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud, de la Comisión encargada de la vigilancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), **ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982**

El Comité que monitorea la CEDAW, estableció que la criminación de prácticas médicas que sólo requieren las mujeres, como el aborto, constituye una violación del derecho a la igualdad. Al momento de rendir este concepto, se encontraba para sanción del Presidente de la República, el protocolo facultativo al CEDAW, que recoge en algo esta recomendación.

6.5.4. Recomendaciones a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW:

"El Comité nota con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado como un acto ilegal. No existen excepciones a esta prohibición, ni siquiera cuando la vida de la madre está en peligro, es necesario para salvaguardar la salud física o mental de la madre, o en casos en que la madre ha sido violada. Al Comité también le preocupa que las mujeres que buscan tratamientos de aborto inducido, las mujeres que buscan un aborto ilegal y los doctores que las practican sean procesadas penalmente. El comité cree que la normatividad sobre aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres y al artículo 12 de la Convención. El Comité hace un llamado al gobierno para que tome las acciones inmediatas que deroguen esta legislación. Además, le pide al gobierno proveer estadísticas de manera regular sobre los índices de mortalidad materna por regiones". Febrero 3 de 1999.

6.5.5. Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño /a:

"… Preocupan también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de éstas a los servicios de asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, es inquietante que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna (véase la preocupación expresada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en el párrafo 393 de A/54/38)" Octubre 16 de 2000.

6.5.6. Recomendaciones del Comité de monitoreo de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (CCDR). Ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981

El Comité ha señalado que son consecuencia de la múltiple discriminación contra la mujer, el embarazo resultante de violación motivada por prejuicio racial, la esterilización forzada y la incapacidad de las mujeres para tener acceso a servicios de atención a la salud reproductiva por razón de la raza, etnia u origen nacional de las mujeres, situaciones que constituyen violaciones del tratado cuando se ocasionan por acción u omisión de los Estados Partes.

6.5.7. Recomendaciones del Comité de monitoreo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) (CCT). Ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987

El Comité contra la Tortura considera que la violencia contra las mujeres, especialmente la violación y otras formas de violencia sexual, son actos de tortura basados en el género. La CCT codifica el compromiso actual de erradicar y garantizar la protección de todas las personas contra las formas de tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la violencia de género.

6.5.8 Recomendaciones a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos

" El Código Penal vigente en Colombia, en su capitulo III tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal – "circunstancias específicas"). Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año (1) la criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia (2). Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de aborto mal practicados (3)". Febrero 26 de 1999.

7. Los derechos fundamentales asociados a la interrupción voluntaria del embarazo en la constitución colombiana y en las normas internacionales

La evaluación de la penalización del aborto en las condiciones de que trata la demanda, hace necesaria la ponderación de derechos fundamentales y de otros preceptos constitucionales relacionados con la obligación del Estado Colombiano de protegerlos.

7.1. Distinción entre la protección especial del embrión o el feto y la protección general del derecho a la vida

En este punto, debe señalarse que el ordenamiento protege en principio el derecho a la vida de la persona humana, artículo 11 y de una manera diferente, protege al embrión humano, pues el uno representa al ser como tal y el otro la potencialidad del ser.

Este derecho está protegido por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y se le reconoce un plus de protección por ser el derecho que hace posible el ejercicio de todos los demás derechos. En este orden, es necesario analizar cuidadosamente las normas para determinar quién es el sujeto de protección frente a este derecho.

7.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) 1948

*"Artículo 3°.- todo **individuo** tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su **persona**."*

7.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

*"Artículo 6°.- 1. El derecho a la vida es inherente **a la persona humana**. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."*

7.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

*"Artículo 1°.- Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad **de la persona**".*

7.1.4 Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

*"Artículo 4°.- 1. Toda **persona** tiene derecho a la vida. Este derecho estará **protegido** por la ley y, **en general**, **a partir del momento de la concepción**. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*

Complementariamente otros instrumentos hacen referencia a este derecho así:

7.1.5 Convención sobre los Derechos del Niño.

"Preámbulo… el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

*"Artículo 6.- 1. Los Estados Partes reconocen que **todo niño** tiene el derecho intrínseco de la vida".*

2. Los Estados Partes garantizan en la máxima medida posible la ***supervivencia del niño.****"(negrilla fuera de texto).*

7.1.6 Convenio de Ginebra de 1949

"Artículo 3.- "…A este respecto, [actores ajenos al conflicto armado] se prohíben…a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el ***homicidio*** *en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios…"*

7.2. Estas normas en sus textos protegen el derecho a la vida de la persona humana, el cual tiene un plus de protección, por ser el requisito para el ejercicio de los demás derechos y se funda en la dignidad humana.

En general los tratados no se han detenido a explicitar el momento en que comienza la vida de la persona humana y el único que hace referencia expresa a la protección *"en general desde la concepción"* es la Convención Americana.

Por su parte, la manifestación contenida en el preámbulo de la Declaración de los derechos del niño, fue resultado del rechazo de la propuesta de delimitar la niñez desde la concepción hasta los 18 años, pero dejando un principio de protección para el niño por nacer[2].

Recordemos que es el legislador quien determina el momento de iniciación de la existencia de la persona como sujeto de derechos y obligaciones, es decir de la persona en sentido jurídico. De conformidad con nuestro ordenamiento, se concibe como persona, aquel ser humano que se ha separado del vientre de su madre y ha subsistido por un segundo siquiera *(Código Civil colombiano, artículo 90).*

En todas las legislaciones que permiten la interrupción voluntaria del embarazo está implícita o explicita la idea de una protección que aumenta progresivamente del momento de la concepción al momento del nacimiento es decir, al momento del inicio de la vida jurídica de una persona humana.

La protección de la vida del embrión o del feto, que también es una obligación del Estado, en tanto que principio de la vida humana y en tanto que protección a la mujer embarazada, no implica que la protección de éste deba ser la misma para el **embrión humano,** para el **feto humano y** para **la persona humana**. La protección del embrión y del feto en sus primeras etapas es la protección de la concepción como

[2] Documentos de la Comisión de derechos Humanos E/ CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48. Citada en Naciones Unidas. "Derecho Internacional de los derechos Humanos". Bogotá, abril 2004. página 99.

fenómeno que da inicio a la vida, la protección a la potencialidad que el óvulo fecundado representa, lo cual es a todas luces conforme con el principio de la dignidad del ser humano desde el momento en que éste lo es en potencia si bien aún no lo es en términos físicos, fisiológicos, sociales o jurídicos. La protección del feto que puede vivir extrauterinamente, es la protección del nacido y la protección de la persona, entendida en términos jurídicos, es la protección plena, es decir, la protección al sujeto de derechos y obligaciones.

Todos los instrumentos internacionales prohíben el homicidio, es decir, el hecho de dar muerte a una persona humana y toman medidas con relación a la aplicación de la pena de muerte.

El concepto de la vida humana ha evolucionado en la jurisprudencia, la doctrina y la legislación nacional e internacional, pasando de ser protegido como fenómeno puramente biológico a convertirse en la exigencia de un abanico de condiciones que garanticen la dignidad de la vida humana. Esta dignidad está asociada a su vez a la realización de otros derechos fundamentales que le dan sentido a la vida biológica. Temas como la eutanasia, el aborto, el homicidio compasivo, el transplante de órganos o la manipulación genética, nos enfrentan al problema de la bioética, a la eterna pregunta por el sentido de la vida, por el contenido de ese derecho, por la libertad del hombre para modificar o interrumpir los procesos biológico asociados con ella y sus implicaciones filosóficas, psicológicas y sociales y científicas.

Todo ello, ha relativizado el antiguo concepto de la vida biológica como un valor absoluto, intocable por el hombre. Actualmente, el concepto de dignidad humana prevalece en la ponderación porque involucra la complejidad de la persona, en la que lo biológico constituye sólo un aspecto. En este proceso, la protección jurídica de la vida humana se ha humanizado en el sentido de que en ella prima la valoración de fenómenos sociales, psicológicos y políticos asociados con los fines de la organización social sobre las valoración metafísica, las cuales se respetan y protegen como parte del ámbito intimo de las personas, pero que no pueden definir las políticas públicas por representar sólo visiones particulares de la existencia.

7.3. Los derechos de las mujeres

A pesar de que la concepción es el producto de la unión de dos personas, el tema del aborto inevitablemente se centra en los derechos de la mujer, quien por razones físicas, sociales y culturales es la que se ve involucrada en mayor medida en el embarazo y desafortunadamente, frecuentemente en la crianza de los hijos.

Haremos referencia a los instrumentos internacionales que tienen que ver con sus derechos.

7.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) 1948

"Artículo 5°.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."

7.3.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Bogotá, 1948)

"Artículo 1°.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad ***de la persona****".*

Artículo 7°. Toda mujer en estado de gravidez…tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales."

Artículo 11.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a…la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"

7.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"Artículo 7°.-*Nadie será sometido a torturas ni a penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."*

7.3.4 Convención americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

"Artículo 5°.-Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y mora. 2. Nadie será sometido a torturas ni a penas crueles, inhumanos o degradantes…"

7.3.5 Convención sobre los derechos del niño. Pertinente aquí cuando se trata de embarazos de menores (Ley 21 de 1981).

"Preámbulo… el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal,".

"Artículo 6.- 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco de la vida".

2. Los Estados Partes garantizan en la máxima medida posible la supervivencia del niño."

7.3.6 Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres (convención de las mujeres). Organismo encargado de supervisión, Comisión sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) (Ley 51 de 1981).

"Artículo 1. A los efectos de la presente convención al expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión y restricción basada en el sexo basada en el sexo que tenga como 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 de la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Artículo 2°.-Los Estados parte 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 y, con tal objeto se compromete a: ...c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombres y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación. d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esa obligación... f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer."

7.3.7 Convención interamericana para la prevención y el castigo de todas las formas de Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará (Ley 248 de 1995)

"Artículo 1°.-... debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."

"Artículo 2° Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: ...c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra"

"Artículo 3.- toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado."

"Artículo 4° Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos…Estos derechos comprenden, entre otros: a) El derecho a que se respete su vida; b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; el derecho a no ser sometida a torturas e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia f) El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;…"

"Artículo 7°.- Los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer…c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativa así como de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas, que sean del caso e) tomar las todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respaldan la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer".

7.3. 8. La Declaración de Beijing o Plataforma de Beijín, según la cual, es un derecho humano de la mujer el control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y a decidir libremente sin verse sujeta a coerción, discriminación o violencia. Este mismo documento proscribe el embarazo forzado, el cual incluye la concepción forzada y la continuación del embarazo.

7.3.9 El Tratado de Roma reconoce que el embarazo forzado es un crimen contra la humanidad

7.3.10 La convención Europea de Derechos Humanos. La Comisión Europea ha señalado que es contrario a la convención el dar prevalencia a los derechos de quien no ha nacido sobre aquellos del ya nacido.

7.3.11 El convenio internacional sobre derechos Políticos y Civiles.

7.3.12 La Convención Americana sobre los derechos y Deberes el Hombre.

7.3.13 Convención americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

7.3.14 Organización de las Naciones Unidas Programa de El Cairo de 1994 en el cual se reconocen los derechos a la salud reproductiva.

7.3.15 Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura de 1975.

7.3.16 Convención contra la tortura de Naciones Unidas 1984

7.3.17 Convención Interamericana contra la tortura de la Organización para los Estados Americanos (OEA) 1987

8. La política en torno al aborto, sólo incluye los derechos fundamentales de la mujer como elemento a considerar en las últimas décadas.

8.1. La discusión sobre este tema ha estado presente en toda la historia de la humanidad, generando siempre concepciones y decisiones legislativas diversas, en las que la tensión de valores ha estado presente, pero no siempre los mismos valores ni de la misma manera. Para ilustrar el carácter político del tema, veamos algunos datos que nos presenta Guillermo Cabanellas en su libro *"El aborto, problema social, médico y jurídico"*[3] publicado en 1945, el cual comienza diciendo que "*El problema del aborto es uno de los que en el presente más apasionan."*

La discusión a nivel histórico ha estado atravesada por cuestiones metafísicas, propias del misterio de la vida humana, como por ejemplo cuándo entra el alma al cuerpo; fisiológicas, como cuando se pretende establecer cuándo se adquiere figura humana o a partir de qué momento es viable el feto con independencia de la madre o desde cuándo se comprueba actividad cerebral; jurídicas como cuando establecemos como decisión política cuál es el momento en que jurídicamente se da inicio a la personalidad y en consecuencia el pleno disfrute de los derechos o desde cuándo se protege jurídicamente la vida o cómo ponderamos los derechos en tensión, que es la cuestión que nos ocupa.

8.2. En la sociedad egipcia, se permitía el aborto a la vez que se castigaba de manera estricta el infanticidio, los hebreos castigaban solamente cierto tipo de abortos (Éxodo, capítulo XX, versículo 22 y 23), el mismo Hipócrates que condenaba el aborto acepta en su obra *Natura Pueri* que en

[3] Cabanellas Guillermo. "El aborto, su problema social, médico y jurídico" Editorial Atalaya, Buenos Aires 1945.

alguna ocasión aconsejo a la mujer ciertas acciones que conducirían a la expulsión del embrión de pocos días de concepción, Platón y Aristóteles en principio lo condenaban pero llegaban a aceptarlo como una manera de controlar el crecimiento de la población, en otros pueblos como Lacedemonia se prohibía en consideración a la necesidad de guerreros.

En roma se pensaba que el feto no constituía un ser viviente, o se permitía como parte de la disposición personal y patrimonial del padre sobre los hijos, también se condenó o no según si la mujer había actuado o no con el consentimiento de su marido, de no darse lo cual, se condenaba por considerarlo una afrenta a la dignidad del marido o al derecho de los hombres a su descendencia (Digesto Libro 47, título XI, fragmento cuarto).

La misma posición de la iglesia cristiana[4] no ha sido permanente, si bien siempre ha condenado el aborto, se planteó que éste ocurría desde el momento de la animación del feto (Doctrina de San Basilio y Sixto V, Bula *ad Efrraenatam 1588*), lo que generaba sanciones diversas según el momento en que se realizara (Decreto de Graciano y las Decretales) y en algunos momentos, se condenó totalmente el aborto (concilio de Elvira), llegando incluso a condenarse como homicidio cualquier maniobra encaminada a evitar la concepción (Concilio de Works). Condena general que se extendió en todos los pueblos cristianos y que ha venido siendo replanteada en el proceso de laicización del Estado moderno.

En Colombia, el tratamiento también ha variado en torno a la penalización del aborto. Algunas regulaciones han exceptuado el aborto terapéutico (1837), otras han establecido penas menores o han excluido de la pena el aborto terapéutico o el aborto "honoris causa" (1873 y 1890).

8.3. Este breve y parcial recorrido tiene como único objeto mostrar de una parte el carácter político e histórico de las decisiones legislativas al respecto y de otra, resaltar que en toda la historia, la decisión, tomada por los hombres, de permitir o condenar el aborto, se han hecho por valoraciones filosóficas, religiosas, sociales, demográficas o científicas, relativas a los bienes metafísicos, económicos o de protección a la honra del hombre o de la institución familiar, pero sólo hasta ahora, sólo hasta la llegada del Estado social y democrático de derecho, se toman en cuenta como criterio de valoración, los derechos fundamentales de la verdadera protagonista de esta circunstancia: **la mujer.**

8.4. Estado actual de la regulación del aborto en el derecho comparado

[4] Ídem Pág. 23 y SS.

Partiendo del hecho de que todos los ordenamientos jurídicos protegen el derecho a la vida, se observa que la política actual sobre el aborto en el derecho comparado, principalmente occidental, muestra que a pesar de la diversidad de regulaciones, progresivamente la mayoría de países, que hoy se cuentan en 193, han optado por permitirlo de manera amplia o restringida. Decisión a la que han llegado los legisladores y/o los tribunales después de ponderar los derechos en tensión.

8.4.1 Los antecedentes de la ley francesa de 1975 que despenaliza el aborto (Interruption volontaire de la grosesse, IVG) muestra que se parte de la protección del derecho a la vida del feto, pero que en caso de conflicto, se acepta que este derecho de un ser potencial no puede protegerse en detrimento de la persona en ejercicio pleno de sus derechos, en tanto que ser autónomo, libre, dueña de su cuerpo y de su proyecto de vida (Conseil Constitutionnel 15 de enero de 1975).

8.4.2 Igualmente, a partir de razonamientos similares en los que se desacraliza como valor absoluto la supervivencia del feto y se pondera este derecho frente a otros derechos, se han pronunciado los tribunales de Alemania, Italia, España, Estados Unidos, Gran Bretaña y otros, como puede verse en el recorrido jurisprudencial juiciosamente presentado en el escrito de coadyuvancia presentado por el ciudadano Esteban Restrepo Saldarriaga, en representación de algunas organizaciones no gubernamentales, nacionales y extranjeras.

Nos permitimos transcribir parcialmente el siguiente cuadro que resume la situación actual de la regulación del aborto en el derecho comparado.

Circunstancias bajo las cuales se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo	**48 países más desarrollados**	**145 países menos desarrollados**	**Suma de los países**
Salvar la vida de la mujer	46	143	189
Preservar la salud física	42	80	122
Preservar la salud mental	41	79	120
Violación o incesto	39	44	83
Malformación fetal	39	37	76
Razones socioeconómicas	36	27	63
A pedido	31	21	52

Fuente Faúndes y Barzelatto "El drama del aborto. En busca de un consenso" página 156.

9. Los criterios que determinan la constitucionalidad de la política criminal

9.1. El principio general que rige la política criminal es el de la libertad de configuración del legislador. Así, constituye una decisión política con la cual se determinan tanto los bienes que requieren mayor protección como las conductas que deben ser objeto del instrumento más fuerte, de la última ratio del Estado para proteger dichos bienes jurídicos, fundamentales para una determinada sociedad en una época determinada, cuya vulneración pasa de generar un daño de los derechos individuales, constituyendo una ofensa social, por afectar las estructuras de la convivencia.

Así mismo, el reproche penal sanciona la conducta subjetiva del actor, que atenta contra estos bienes de manera dolosa y en casos excepcionales y expresamente establecidos por el legislador, de manera culposa. Es decir, la vulneración objetiva de esos bienes jurídicos no genera necesariamente un reproche penal, sino cuando se presenta dentro de determinadas circunstancias objetivas.

Estos elementos explican porque el Estado debe preferir en tanto que sea posible, la utilización de todos sus elementos de gestión, de prevención, de disuasión, atención y solución de conflictos, antes de recurrir al ius puniendi. Adicionalmente, cuando tenga que recurrir a él, debe preferir los mecanismos de sanción de las conductas, diferentes a aquellas propias del derecho penal, acudiendo a éste solamente cuando se encuentre realmente justificado a la luz de los fines del Estado. Y ello es así, porque la sanción penal es el más fuerte reproche social y jurídico y conlleva la mayor invasión del Estado y las mayores restricciones de los derechos y libertades personales. Todo lo anterior explica su carácter de *última ratio.*

9.2. La libertad del legislador es amplia, pues es de su exclusivo resorte la valoración tanto de los bienes de especial protección como de las conductas que los afectan y de la sanción de las mismas, en tanto que representante directo de la sociedad. Sin embargo, como es lógico, dentro de un Estado constitucional de derecho, estas decisiones no pueden contradecir los valores, principios y demás normas del ordenamiento superior, el cual actúa como fundamento de legitimidad y límite a dicha libertad configurativa.

En consecuencia, la política criminal, como todo acto de autoridad, debe responder a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que son criterios de valoración constitucionales, no obstante que el test que determine el cumplimiento de estos criterios, es y debe ser débil, acorde con la amplitud de la competencia de que está investido el legislador. Así, las decisiones que adopte en esta materia, sólo podrán ser excluidas del ordenamiento o condicionadas por la autoridad constitucional, si ellas afectan de manera directa y protuberante los fundamentos del Estado

social y democrático de derecho y en particular, los derechos de las personas.

Son estos criterios los que permiten la permanente adaptación del derecho penal a la realidad social. La valoración de los bienes a proteger por este medio y las conductas sancionadas no se registra en códigos atemporales de una vez y para siempre, porque en el derecho no hay absolutos y el carácter político de las decisiones legislativas implica la valoración conforme al desarrollo social, así, hemos visto como muchos tipos penales como el homosexualismo o el adulterio, que dejaron de representar una afrenta social, fueron excluidos del ámbito del derecho penal y pasaron a ser parte de la vida privada de las personas, a partir de una nueva valoración, orientada por criterios sociales y políticos diferentes, que protegen la dignidad de la persona e impiden al Estado intervenir en las decisiones que constituyen parte del ejercicio libre de su personalidad y de su vida relacional, afectiva e íntima, cuyas motivaciones, propias de la complejidad de la mente y de los sentimientos humanos, escapan al poder y a la posibilidad de sanción social.

9.3. A partir de estas consideraciones, el Despacho pasará a revisar a la constitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria de la gestación tal como está consagrada en la ley penal, no sin antes aclarar algunos aspectos que pese a ser evidentes, conviene puntualizar para mejor comprensión del presente concepto por parte de la comunidad y de los intervinientes:

9.3.1. En primer lugar, no se trata como algunos pretenden, de discutir la penalización o despenalización del aborto, pues ello no corresponde a la Corte Constitucional sino al legislador. Se trata de la evaluación constitucional de una tipificación general que no considera circunstancias específicas en las que, según la demanda, la sanción penal bajo el supuesto de proteger bienes constitucionales resulta lesiva de los mismos bienes o de otros con protección especial por el ordenamiento y demás normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

9.3.2. Todos los derechos merecen protección del Estado pero cuando se presenta un conflicto entre ellos, debe entenderse que ningún derecho es absoluto y por tanto puede ser ponderado frente a otros. En el caso de las circunstancias en que se atenúa la pena de aborto, no se trata del desconocimiento del derecho a la vida sino de revisar en qué consiste tal protección y si ella resulta adecuada constitucionalmente, en la ponderación con otros derechos. Así, en la mayoría de los países llamados occidentales, se protege el derecho a la vida pero se han adoptado mecanismos de protección que no desconozcan o afecten en la menor medida posible otros derechos igualmente dignos de protección.

9.3.3. El análisis que aquí se hace no implica el desconocimiento de ninguna concepción religiosa, no desconoce el ámbito de libertad e intimidad de las personas respecto de sus concepciones y no obliga a nadie a actuar en contra de ellas. Solamente, implica el replanteamiento de la actuación del Estado para determinar si éste resulta excesivo en términos de el grado en que el Estado cumple sus obligaciones de educación, prevención y asistencia, frente a las cargas que impone y las conductas que puede exigir dentro del marco constitucional del respeto a la dignidad humana, a la libertad, a la intimidad y a la protección de los derechos de las personas. Todo ello a la luz de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

9.4. La necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos que plantea el artículo 124 del Código Penal

9.4.1. En la sentencia C-647 de 2001, la Corte declaró la constitucionalidad del parágrafo del artículo 124 del Código Penal, considerando que corresponde al juez determinar en cada caso concreto si se cumplen los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, al evaluar la responsabilidad de la sindicada y si es del caso, imponerle la pena correspondiente.

En el presente caso, no se trata de evaluar si es constitucional que en los casos de que trata el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, se tengan en cuenta estas circunstancias como atenuantes e incluso como excluyentes de la pena, sino, como lo dice la misma sentencia, estamos en el paso anterior del orden lógico-jurídico, es decir, en el cuestionamiento de la naturaleza misma de delito de esta conducta en esas situaciones. Es decir estamos en el punto *"nullum crimen sine lege" (vale precisar, sin ley justa)*, antes que ver *"nullum poena sine lege"*.

La legislación penal, en la misma norma en que dispone que la imposición de las penas debe inspirarse en el principio de la necesidad de las mismas, establece que ese principio *"se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan"*. (Inciso final del artículo 3o. de la Ley 599 de 2000).

9.4.2. Así como no sería coherente con la naturaleza garantista del Estado de Derecho, imponer penas que no estén previamente definidas en la ley, tampoco lo es con la filosofía del Estado Social, castigar conductas que no atentan contra la convivencia social y que además por desgracia son el resultado de situaciones imposibles de prevenir por quien se pretende

castigar con el argumento la supuesta finalidad de proteger el orden jurídico.

Tampoco parece razonable penalizar una conducta que no se produce con el fin de vulnerar bienes jurídicos, sino que responde a condiciones particulares que obligan a una persona a actuar incluso contra lo que ella hubiese querido y a veces a sacrificar sus creencias y principios por proteger otros derechos que en la evaluación de su situación concreta le resultan vitales. Ha de aceptarse que en todos los casos en que se produce la conducta de que nos ocupamos, las personas no orientaron su actuar de tal manera que ahora se vean forzadas a aceptar unas consecuencias que sobrepasan sus propias previsiones, su propia voluntad y que por el contrario, constituye una circunstancia personal lamentable y traumática.

Una de las principales finalidades de un derecho penal no retaliatorio, es la prevención del delito. Por tanto, en caso de la interrupción voluntaria del embarazo y en particular la que se realiza bajo las circunstancias que se estudian, no puede hablarse de prevención, pues en el caso de los embarazos no consentidos, quien es tomado como autora del delito, ha sido la victima de la vulneración de derechos fundamentales y se ve obligada a afrontar una situación no querida, no buscada, sino abocada a ella por el hecho de un tercero. En el caso del riesgo en la salud física o mental o de embarazos en los cuales el feto padece de enfermedades que le hacen inviable o que llevarían a la madre y al mismo hijo a padecer grandes sufrimientos, la mujer no es la que la lleva a esta situación.

Entonces, se pregunta este Despacho, si la penalización cumple en estos casos alguna función preventiva que pueda justificarla, cuando no solo nadie quiere tal situación sino que en cualquiera de los casos, ésta constituye en sí misma un padecimiento para la persona objeto de la sanción penal.

En estos casos, la exigencia del Estado de una conducta que agrava la situación de quien por causas humanas o naturales ajenas a ella, debe tomar una decisión física y psicológicamente traumática, resulta tan inhumana e irracional como las ordalías.

Que puede ser más contrario a un orden jurídico en donde opera el principio de la responsabilidad subjetiva?, puede juzgarse objetivamente la actuación de la mujer sin comprender las causas que la han llevado a verse ante la situación que debe decidir?. Qué es lo que se previene con la penalización de estos casos, si nadie se conduce voluntariamente hacia una tan difícil situación? Se previenen así los embarazos resultados de violaciones o naturalmente complicados o riesgosos para la madre?

En cuanto a la proporcionalidad, debe evaluarse la relación de adecuación entre la inclusión de una conducta como delito y el daño social causado con dicha conducta. En el presente caso, la penalización en las circunstancias que se analizan no encuentra asidero constitucional, porque como se manifestó, en ningún caso, la conducta se realiza con la intención de causar daño a la convivencia pacifica o al orden social, al contrario, la afectación al bien jurídico vida, presente ya en el embrión y objeto de protección jurídica, no se desea ni la conducta se realiza con ese fin, sino que como se advirtió, la mujer se ve impelida a tomar esa decisión física y psicológicamente traumática y en todos los casos hubiese preferido no tomarla. Entonces, ¿cuál es el daño social que causa quien así se ve obligada a actuar?

Podría proponerse como en efecto se hace, que la mujer continué su embarazo hasta el alumbramiento, pero no constituye un trato cruel, degradante e inhumano, tomar la mujer no como un ser humano, autónomo y libre de disponer de su propio cuerpo y asumirla como un ente reproductivo, que debe además de su ya difícil situación someterse psicológica y físicamente a pasar nueve meses, convirtiendo lo que debía ser la maravillosa experiencia de la maternidad en una imposición social y estatal y en lugar de poder poner fin a tal situación de una manera que resguarde su intimidad, hacer evidente y pública su violación o la invasión de su cuerpo o sufrir la angustia de arriesgar su salud o su vida misma u obligarla a llevar a término la gestación de una criatura no viable? Es ese el trato legítimo de un Estado fundado en la dignidad humana y en la concepción de la persona como un fin y no como un medio. Cuál es el beneficio social que justifica tal trato? ¿cuál la proporcionalidad de la pena que se le impone a quien no merece reproche sino comprensión y apoyo por parte del Estado y de la sociedad?

En este punto debe recordarse el principio de rehabilitación de la víctima, el cual consiste en la obligación de los Estados para realizar los esfuerzos necesarios para devolver a las víctimas de delitos o violaciones a los derechos humanos a la situación en la que estarían de no haber sufrido tal vulneración.

En el caso que nos ocupa, resulta contrario a la protección de los derechos de la mujer, el que el Estado la obligue bajo la amenaza de la privación de su libertad a continuar con el embarazo fruto de una concepción no consentida, lo cual es contrario al principio de rehabilitación. La mujer es la que debe decir, si pese a esas circunstancias continúa o no con su embarazo, el Estado no pueden entrar a sustituir la decisión de la mujer, indicándole que cuando su embarazo es producto de las circunstancias descritas debe continuarlo, so pena de ser sancionada. Será la mujer bajo su libre determinación y no por la coerción de una norma, determinar si

continúa o no con su estado de gravidez. Así como algunas mujeres deciden continuar con éste pese a las circunstancias descritas y otras no, el Estado debe respetar esta decisión sin imponer sanciones tales como las que están prescritas en el artículo 124 del Código Penal. El que se despenalice el aborto no significa que estos aumenten o disminuyan, pues está demostrado que las mujeres con la prescripción penal o sin ella, tomarán la decisión que más se avenga con su proyecto de vida.

9.4.3. Estamos evaluando, entonces, si es justo que el Estado recurra en estos casos a la última ratio, es decir, que le imponga a la mujer en esas condiciones la carga de soportar el proceso de investigación y juzgamiento y la posterior sanción que la priva de su libertad de 1 a 3 años y a depender de la buena voluntad del juez para que no le imponga finalmente la pena, o si la conducta en cuestión por sus características, no represente realmente un peligro para la convivencia pacífica y el orden jurídico, de tal manera que su penalización excede los límites de la libertad de configuración del legislador en cuanto a la protección de la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos de las mujeres y particularmente de las mujeres de grupos etarios, económicos y sociales más vulnerables.

Porque el principio de legalidad señala que no hay pena sin ley, pero no en el sentido positivista puro, sino en términos del neopositivismo constitucional que exige como condición de legitimidad de la ley que ésta sea justa, es decir, que sea necesaria, proporcional y útil.

En términos del daño social que produce el aborto, ha de decirse que el impacto social es tan mínimo, si lo hay, que la situación generalmente no trasciende del ámbito íntimo de la mujer que debe recurrir a él, en general no trasciende ni siquiera a su familia. Es por ello, que la posibilidad real de que el aparato penal tenga noticia del hecho, es mínima y así lo muestra la ausencia casi total de denuncias por este delito. Por lo demás, la reproducción es algo tan íntimo que las demás personas, aun cuando condenen moralmente el acto no lo denuncian, porque no sienten, aparte de ese reproche moral, que ello les afecte, por el contrario en los casos que se estudian es más posible que el hecho genere solidaridad.

En este sentido, la encuesta realizada por El Espectador (semana del 17 al 23 de julio Página 4ª), a un grupo de personas pertenecientes a la religión católica se ve como, aún las personas pertenecientes a estos grupos que en general rechazan la interrupción voluntaria del embarazo, aceptan que resulta justificado eximir esta conducta de la ley penal y permitir que la mujer tome la decisión, en los casos de que trata este concepto. Esta encuesta señaló que el grupo encuestado de católicos acepta el aborto en las siguientes porcentajes:

Cuando la vida de la mujer esta en peligro 73%
Cuando la mujer tiene sida 65%
Cuando la salud de la mujer está en riesgo 66%
Cuando el feto tiene graves defectos físicos o mentales 61%
Cuando el embarazo es resultado de una violación 52%

En cambio, los costos humanos, sociales y económicos de la morbi-mortalidad femenina causada por los procedimientos abortivos antitécnicos, son altísimos y afectan los derechos fundamentales de la mujer, los intereses de la familia y de la sociedad y los recursos del sistema de salud.

9.4.4. De otra parte, nos preguntamos si la función disuasiva de la sanción penal justifica la existencia de la norma, tal como está consagrada. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que a nivel mundial se realizan aproximadamente 20 millones de **abortos inseguros** cada año, los cuales ocasionan 78.000 muertes, casi la totalidad de ellas en países en desarrollo y evidentemente en países con legislaciones restrictivas que obligan a la mujer a recurrir a estos procedimientos, que ya fueron considerados en la Plataforma de Beijing como un problema de salud pública.

En su libro "El drama del aborto" Faúndes y Barzelatto, señalan que las sanciones penales son el último elemento a considerar en el momento en que la mujer evalúa la posibilidad de abortar, esto es así de una parte porque en muchos casos la mujer no conoce de la antijuridicidad de la conducta o está demasiado angustiada con los efectos personales, de pareja, familiares, económicos, sociales y religiosos que involucra esta decisión para reparar en éste. De otra parte, la función disuasiva no puede funcionar cuando las autoridades no tienen conocimiento del delito y no procesan ni sancionan a nadie por el mismo, es decir, cuando la norma carece de efectividad.

En igual sentido, la función rehabilitadora del derecho penal no se cumple, simplemente, porque la autora de lo que la ley considera delito, no comete éste con la intención de atentar contra el orden jurídico, no hubiera querido tener que llegar a ella y de hecho quien ha tenido una experiencia traumática como ésta, si cuenta con los medios, la orientación y la asistencia, no querrá nunca volver a tenerla, así que no hay una personalidad delincuencial que corregir ni una conducta futura que disuadir y prevenir a través de la norma penal sino a través de otros mecanismos.

Entonces, la pregunta por la utilidad, necesidad y proporcionalidad de la penalización de esta conducta, en estas circunstancias particulares, no sólo no se cumplen sino que sirven de velo para ocultar una realidad social que genera una vulneración a los derechos fundamentales de la mujer y altos costos económicos y sociales, convirtiéndose en un injusto, inútil y costoso reproche moral.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C- 647 de 2001, señaló:

> *"La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.*
>
> *"La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas."*

Por estas razones, no es suficiente con que el Estado someta a la mujer a un juicio que aumenta u agrave su ya difícil situación, la condene como delincuente y luego, de manera benevolente ejerza la "indulgencia penal" al permitir que en esas circunstancias se tomen como atenuante al momento de imponer la pena, rebajándola a las tres cuartas partes o, que el juez facultativamente le conceda el *"perdón judicial"* según sus criterios personales cuando se cumplan los requisitos que contempla el parágrafo del artículo 124 a saber:

9.4.4.1 Que el aborto se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación de la pena;

9.4.4.2 Que se efectúe en extraordinarias condiciones anormales de motivación; y,

9.4.4.3 Que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto.

Entonces, el juez queda autorizado para eximir de la pena a la mujer o de la medida correspondiente si se trata de una menor, que realiza un aborto en las circunstancias descritas.

Por tanto, en los casos previstos en el artículo 124 son mucho más que excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también llamadas causales personales de exclusión de la punibilidad y constituyen excepciones constitucionalmente obligatorias para el legislador pues si bien el fin que se busca con la penalización del aborto es proteger el principio de la vida humana, no justifica el sacrificio de la vida, la salud física y mental, la libertad de la mujer, por lo menos en las circunstancias que se estudian, es decir, la afectación de estos derechos no resulta necesaria, útil y proporcionada y por tanto no se cumple con el requisito de que el beneficio constitucional obtenido sea superior al sacrificio que impone la restricción.

Ante el incumplimiento de las funciones que justifican el reproche penal, ha de solicitarse que el aborto cuando se realiza en las circunstancias de que trata el artículo 124 del Código Penal no se penalice, pues esta penalización es contraria a la Constitución.

9.5 La falta de legitimidad de la sanción penal, cuando se usa como primera y única y no como última ratio

9.5.1. Es necesario romper los mitos sobre el tema, para poder abordarlo de manera responsable y clara. En primero lugar, debe dejarse en claro que como dicen Anibal Faúndes y José Barzelatto en su libro *"El drama del aborto*[5]*"*, no es cierta la pretendida confrontación entre quienes están a favor y quienes están en contra del aborto. Por el contrario, hay una coincidencia generalizada en el sentido de que debe evitarse el aborto, nadie lo propone como una alternativa deseable o como un método más de planificación.

---

[5] Faúndes Anibal y Barzelatto José "El drama del aborto. En busca de un consenso" Tercer Mundo Editores. Bogotá 2005.

La diferencia entre unas y otras posiciones estaría en que si bien para nadie es deseable, algunos niegan totalmente tal posibilidad y con base en valores absolutos, de carácter religioso o filosófico argumentan a favor de la penalización dejando toda la responsabilidad de la decisión sobre su embarazo no deseado, no consentido, no viable o riesgoso a la mujer, quien se encuentra ante lo que se ha llamado en derecho una *"decisión trágica"* o asume una maternidad que le resulta afrentosa o lesiva para su salud física o mental o aún para su vida o se expone a ser castigada por el Estado y a someterse a tratamientos abortivos antitécnicos al margen de la protección estatal, a riesgo igualmente de su salud o de su vida.

9.5.2. La otra posición, es la de aquellos para quienes el aborto es una infortunada decisión en la que se enfrentan valores que deben ser ponderados y a la cual la mujer es llevada generalmente por circunstancias ajenas a su voluntad o propiciadas por la naturaleza, la negligencia del Estado y las desigualdades de género, económicas o sociales. Para estos últimos, las medidas más eficaces para prevenir el aborto no son las represivas, por el contrario, estas últimas se convierten en un reproche de carácter moral que en nada contribuye a la solución del problema.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad no puede ser exigida sólo a la mujer mientras que el Estado ha incumplido sus obligaciones de promoción de los derechos de la mujer, de educación, de protección, de prevención, de orientación y de asistencia previos a la gestación, que no le garantizan el acceso a los servicios de salud y que no le ofrece apoyo durante el embarazo ni posterior al parto.

Es desde esta última perspectiva que se cuestiona la legitimidad del Estado para penalizar la interrupción voluntaria del embarazo. Al evaluar la legitimidad del Estado para penalizar el aborto en los términos que está consagrado, es inevitable evaluar la responsabilidad del Estado, su diligencia para prevenir con mecanismos diferentes a la represión, el hecho de que la mujer tenga que estar en tal difícil situación.

Desde esta misma perspectiva, resulta más incomprensible aún la penalización de la conducta en las circunstancias que se estudian, teniendo en cuenta que como lo ha aceptado la jurisprudencia, estas circunstancias pueden ser enmarcadas en una concepción amplia del *estado de necesidad*.

9.5.3. Sopesar el incumplimiento de las obligaciones del Estado en términos de políticas, estrategias y mecanismos efectivos de protección de los derechos de la mujer, equilibrio en la relación de los géneros, la educación para la sexualidad y la asistencia médica, psicológica y económica para la mujer y la familia, frente a la intransigencia con la que se le exige un comportamiento que resulta excesivo en cuanto a las cargas

que impone y a los comportamientos que pueden exigirse de un ser humano.

Como ejemplo ilustrativo de la actuación del Estado frente al tema, basta mostrar que en el estudio realizado por la UNICEF y la Procuraduría General de la Nación[6], se determinó que con relación a la prevención del embarazo adolescente, los planes de desarrollo municipal y departamental en su gran mayoría no lo contemplan, así.

No contemplan acciones preventivas: A nivel de diagnóstico: 626 planes de desarrollo municipal, correspondiente al 65% de los municipios y 17 planes de desarrollo departamental, correspondiente al 53% de los departamentos.

A nivel del componente estratégico no lo contemplan 656 planes de desarrollo municipal, correspondiente al 68% de los municipios y 16 planes de desarrollo departamental, correspondiente al 50% de los departamentos.

Por supuesto, voluntariamente la mujer puede decidir en cualquier caso y no podría ser de otra manera, continuar con su embarazo frente a circunstancias como las que se estudian, en ese caso, su comportamiento coincidiría con una determinada concepción que coincide con la exigida por el Estado, pero quienes tienen una concepción o toman una decisión en contravía de éste son penalizados. Ante circunstancias como éstas, resulta justo permitirle a la mujer, ejercer su libertad y no forzarla a actuar de una manera que le resulta gravosa y lesiva de sus derechos. Así como no se exige la confesión o el comportamiento diferente a quien actúa en legitima defensa o en Estado de necesidad, aún cuando sea legitima la confesión o los comportamientos heroicos, porque se entiende que no corresponde a un régimen democrático y garantista obligar a las personas a actuar contra si mismas.

Las políticas puramente represivas y peor aun aquellas que además de la prohibición del aborto atacan los métodos anticonceptivos y la educación para la sexualidad, no solo no contribuyen a la solución del problema sino que terminan generando un mayor número de abortos y dejan totalmente desprotegidas a las mujeres.

9.5.4. El aborto es un problema social, ya que quienes deben asumir los riesgos físicos, psicológicos y jurídicos de esta conducta son las mujeres de escasos recursos y especialmente las niñas y adolescentes. Porque las que se encuentran en mejor condición económica pueden encontrar la asistencia médica, psicológica y jurídica y el apoyo familiar que requieren.

---

[6] UNICEF y Procuraduría General de la Nación "La infancia, la adolescencia y el ambiente sano en los planes de desarrollo departamentales y municipales. Una mirada a la planeación local a favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes colombianos" Bogotá, marzo de 2005.

Faúndes y Barzelatto proponen como medida para disminuir el número de abortos las siguientes:

9.5.4.1. Una legislación menos restrictiva y más protectora de los derechos de la mujer.

9.5.4.2. Una política efectiva de prevención de embarazos no deseados.

9.5.4.3. Servicios anticonceptivos al alcance de toda la población para reducir los embarazos no deseados.

9.5.4.4 Políticas tendientes a aumentar la autonomía de las mujeres en sus decisiones sexuales y reproductivas.

9.5.4.5. Apoyo social a la maternidad, durante el embarazo y posterior al parto.

9.5.4.6 Para disminuir los costos humanos sociales y económicos del aborto, generar las condiciones para el acceso a los servicios de salud seguros.

Sobre estos aspectos de la prevención y tratamiento de los abortos, ya se habían pronunciado algunos magistrados en los salvamentos y en aclaraciones de voto a las sentencias C-133 de 1994 y C-647 de 2001, así:

> *"Por ejemplo, en Chile donde la política de protección de la vida del feto se basa en una penalización absoluta las tasas de aborto clandestino son muy elevadas con la consecuente desprotección de la vida del feto y, por la clandestinidad, de la mujer que aborta en condiciones antitécnicas y antihigiénicas. En contraste, en Holanda donde la política pública de protección de la vida es la de la consejería explícita y oportuna sin la amenaza de la sanción penal pero con apoyo estatal en caso de que la mujer decida continuar su embarazo, la tasa de aborto es de las más bajas del mundo: 0,53 por cada 100 mujeres (Center for Reproductive Law and Policy, Página Web, Situación Legal del Aborto en el Mundo). En Colombia esta tasa es de 3.37 por cada 100 mujeres de 15 a 44 años (Alan Guttmacher Institute. Aborto clandestino: una realidad latinoamericana. N.Y., 1994. p.24); se practicaban más de 350.000 abortos por año en 1985 (Paxman, J., Rizo A., Brown, L. y Benson, J. <u>The Clandestine Epidemic: The Practice of Unsafe Abortion in Latin America</u> en Studies in*

family planning. Volumen 24, No 4 de julio y agosto de 1993. p.206).

La organización Mundial de la Salud, considerando que se trata de un problema grave de salud pública, elaboró el documento "Aborto sin riesgo. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud**"**, en el que se señala en el acápite de antecedentes lo siguiente:

"Particularmente en el tema del aborto, los gobiernos del mundo reconocieron en la conferencia del Cairo que el aborto inseguro es una de las mayores preocupaciones de la salud pública y garantizaron su compromiso para disminuir la necesidad de un aborto a través de la expansión y el mejoramiento de los servicios de planificación familiar, mientras que al mismo tiempo reconocieron que, en casos que no estén contra la ley, el aborto debe ser sin riesgos (Naciones Unidas 1995, párrafo 8.25). Un año más tarde la conferencia de Beijin convalidó estos acuerdos y también instó a que los gobiernos consideren la revisión de las leyes que contienen medidas punitivas contra las mujeres que se han sometido a abortos ilegales (Naciones Unidas 1996, párrafo 106).

"La Asamblea General de las Naciones Unidas revisó y evaluó la implementación del ICPD en 1999 (ICPD+5) y acordó que, en circunstancias donde el aborto no esté en contra de la ley, los sistemas de salud deben capacitar y equipar a los proveedores de servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que dichos abortos sean sin riesgos y accesibles.

"Deberían tomarse medidas adicionales para salvaguardar la salud de las mujeres" (Naciones Unidas 1999 párrafo 63.iii).

"Por muchos años la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otras organizaciones han elaborado guías para la prevención del aborto inseguro y el manejo de sus complicaciones (ver anexo 1)…

…

"De los 210 millones de embarazos que ocurren por año, alrededor de 46 millones (veintidós por ciento) finalizan en abortos inducidos y, globalmente es probable que una basta

mayoría de mujeres hayan tenido al menos un aborto para cuando cumplen 45 años (Allan Guttmacher Institut 1999). En lugares donde se dispone de métodos anticonceptivos efectivos y estos son ampliamente usados, la tasa total de abortos disminuye drásticamente (Bongaarts y Westoff 2000), aunque nunca han bajado a cero, por múltiples razones. Primero, millones de mujeres y hombres no tienen acceso a métodos anticonceptivos apropiados o bien no tienen información ni apoyo para usarlos efectivamente. Segundo ningún método anticonceptivo es cien por ciento efectivo…Tercero. Altas tasas de violencia contra la mujer, incluyendo la violencia doméstica y la guerra, llevan a embarazos no deseados…."

Todo lo anterior, lleva a este Despacho a concluir que es de competencia exclusiva del legislador determinar la política criminal, amparado en el principio de representación democrática y de legalidad de la pena. En desarrollo de esta competencia, a la luz del ordenamiento colombiano resultan constitucionales diversas fórmulas de penalización o despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo o por su despenalización en los términos que considere más convenientes para la protección de los derechos fundamentales.

En este sentido, la conservación o modificación de la actual política deberá ser el resultado del debate democrático en el seno del Congreso. Sin embargo, por todas las razones expuestas, resulta inconstitucional la penalización de tal conducta de manera general sin atender a ningún criterio de despenalización de la misma en los casos aquí analizados, los cuales son considerados por el legislador únicamente como atenuantes, lo cual no se compadece con las circunstancias que rodean el hecho y vulnera de manera innecesaria y desproporcionada los derechos fundamentales de las mujeres que opten por la interrupción voluntaria de su embarazo en estas circunstancias.

Es obligación del Estado proteger el derecho a la vida y a la salud de la mujer y no puede negarle tal protección bajo ninguna circunstancia.

10. La inconstitucionalidad de la circunstancia de agravación de la pena contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 que asimila el aborto no consentido al aborto con consentimiento en menor de catorce años

10.1. En general, la plena autonomía del ciudadano se asume a partir de la mayoría de edad, en nuestro caso los diez y ocho años. Sin embargo, no puede confundirse la capacidad jurídica plena con el desconocimiento

de la dignidad humana que se encuentra en cada persona y que la hace poseedora de razón y voluntad desde las primeras etapas de la vida, si bien, el cultivo de esa razón y voluntad es una obligación de los padres así como también, la protección del menor y de los intereses del mismo, durante su proceso de maduración.

Es por ello que la Constitución dentro de un esquema garantista consagra como obligación del Estado el facilitar y garantizar el derecho de todas las personas a participar en las decisiones que los afectan (artículo 2° de la Constitución), lo cual debe entenderse en la medida de las capacidades y el tipo de decisiones. Así, atendiendo circunstancias específicas de orden físico, psicológico o social, el legislador establece tratamientos diferenciados con relación a la autonomía de los menores de edad, para lo cual en cada caso evalúa la madurez psicológica del menor.

10.2. En lo que atañe a la autonomía con relación a la capacidad reproductiva de los menores, se ha tomado en cuenta la madurez física que los habilita para procrear y que tiene incidencias en su madurez psicológica, sin que exista necesariamente una relación directamente proporcional entre el grado de desarrollo físico y el mental para asumir la paternidad o maternidad. Es por ello que aún existiendo madurez física reproductiva, se sigue protegiendo especialmente al menor en los tipos de delitos sexuales.

En cuanto a la autonomía relacionada con su sexualidad, su estado civil y su reproducción, tenemos, las normas especiales sobre matrimonio, trabajo, emancipación, que constituyen la aceptación de una voluntad autónoma total o parcial aun antes de los diez y ocho años.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha reiterado, que debe tenerse en cuenta la opinión de los menores en los asuntos que los afectan (SU-337 de 1999).

En cuanto a la maternidad, la ponderación no es fácil, en tanto que el menor puede ser presionado para adoptar una decisión a favor o en contra de la continuación de su embarazo y una u otra pueden afectar su desarrollo físico y psicológico futuros. Este debate acaba de surtirse en Inglaterra, cuya Corte aceptó la autonomía de una menor para decidir sobre la interrupción de su embarazo, aun contra la voluntad de la madre. Lo mismo en Estado Unidos, en donde la Corte Suprema admitió en 1983, el derecho de los menores a decidir sobre tratamientos médicos, incluido el aborto.

10.3. En concepto de este Despacho, la legislación que establece tratamientos especiales para los menores sólo se justifica cuando estos

tienen como fin proteger el interés superior del menor. Es este el único criterio que debe guiar al legislador y por tanto, en el caso bajo estudio debemos preguntarnos si el establecer una pena o agravarla, cuando un profesional de la salud con consentimiento de la menor interrumpe su embarazo, tiene como fin proteger los intereses de la menor.

Desafortunadamente en Colombia, como en otros países, los menores son las principales víctimas de la violencia sexual, la cual en muchas ocasiones provoca embarazos. De otra parte, estadísticamente se puede comprobar que los embarazos tempranos presentan un alto grado de riesgo para la salud o la vida de la madre, de otra parte, psicológicamente, una menor de catorce años, que puede implicar niñas menores diez años, no tienen la madurez psicológica para asumir la maternidad y evidentemente, el tener un hijo a tan temprana edad, tendrá un efecto definitivo durante toda la vida psicológica y relacional de la madre y muy probablemente sobre su salud o su vida misma.

Es por ello que el agravar la pena, pretendiendo evitar que cualquier profesional realice un aborto en una menor de edad, con su consentimiento, no es una medida que esté encaminada a proteger el interés superior de la menor, que es el único criterio válido para analizar las medidas tendientes a proteger a los menores, en los términos de la Convención del Niño. Por lo anterior, considera el Despacho que la distinción que hace la norma no tiene justificación constitucional, pues debe respetarse la voluntad manifestada por la menor, tanto para proseguir con el embarazo como para interrumpirlo, pues no se le puede obligar a soportar el doble vejamen de la invasión de su sexualidad y además de una maternidad no deseada que afectará definitivamente su proyecto de vida y por tanto, el libre desarrollo de su personalidad y su autonomía. Lo anterior, asumiendo obviamente, que dichos tratamientos deben ser acompañados con asistencia psicológica previa y posterior y con la voluntad informada de la paciente sobre los riesgos y demás consecuencias de las diferentes alternativas.

En consecuencia, en concepto de este Despacho, la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* resulta inconstitucional y así solicitará a la Corte declararlo.

10.4. Reiterando que la política sobre aborto debe ser regulada por el legislador, pero que la protección de los derechos fundamentales, exige retirar del ordenamiento o condicionar la aplicación de normas que los vulneren, este Despacho, concluye que:

10.4.1 No existe una política integral en el tema de los derechos reproductivos y en particular del aborto.

10.4.2 Resulta injustificada la tipificación general de una conducta sin considerar circunstancias en que la misma no puede ser reprochada como delito. En donde por el contrario, el Estado debe proteger a quienes se ven obligados a realizar por lo menos en esas circunstancias una determinada conducta.

10.4.3 Es desproporcionado considerar como circunstancias de atenuación punitiva lo que debe ser considerado como conducta despenalizada.

10.4.4 Se establece una discrimina injustificada al agravar la pena en el caso de realización del aborto en menor de catorce años, con el consentimiento de la paciente, pues la norma no busca proteger el interés superior del menor."

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. **Competencia**

Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

2. Asuntos previos

2.1. Recusaciones contra el Magistrado Jaime Araújo Rentería.

2.1.1. La ciudadana Brenda Rocha, mediante escrito presentado el 23 de Enero de 2006, ampliado el 30 de Enero del mismo año, la ciudadana Cristina Amparo Cárdenas de Bohórquez, mediante escrito presentado el 24 de Febrero de 2006, y el ciudadano Sigifredo Corredor Rodríguez, mediante escrito presentado el 7 de Marzo de 2006, formularon recusación contra el magistrado ponente, Jaime Araújo Rentería, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 25 del Decreto 2067 de 1991, aduciendo que aquel había conceptuado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas y tenía interés particular en la decisión que adopte la Corte Constitucional, y pidieron la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Art. 28 del Decreto 2067 de 1991, que establece que en los procesos de constitucionalidad las recusaciones sólo pueden ser formuladas por el demandante o por el Procurador General de la Nación.

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dichas recusaciones, mediante los Autos Nos. 026 de 2006, 090 de 2006 y 091 de 2006. La corporación encontró que los citados ciudadanos, quienes no demandaron las normas que penalizan el aborto, carecían de legitimación para formular recusación contra el Magistrado ponente en este proceso, de conformidad con lo previsto en el Art. 28 del Decreto 2067 de 1991, norma vigente que goza de la presunción de constitucionalidad y que ha venido aplicando de manera reiterada la Corte.

En cuanto se refiere a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del citado artículo 28 solicitada por los recusantes, la Corporación constató que dicha solicitud no cumple con los presupuestos mínimos de argumentación para poder entrar a considerar si tal disposición viola de manera manifiesta la Constitución. Agregó que dicho artículo fue demandado, lo cual permitirá que la Corte decida en abstracto sobre su constitucionalidad.

La Corte no se pronunció sobre la pertinencia de los hechos y razones invocados por los recusantes, respecto de las causales alegadas.

2.1.2. Ahora bien, el 27 de abril del presente año, el ciudadano Luis Rueda Gómez presenta recusación contra el Magistrado Sustanciador fundamentando que el había conceptuado sobre las normas demandadas. La Sala Plena de la Corte Constitucional , el día 3 de mayo, determinó por unanimidad que la solicitud del ciudadano no era pertinente y se encargó al Magistrado Alfredo Beltrán Sierra de la sustanciación del Auto. (Auto de Sala Plena A- 143 de 2006)

2.1.3. El 2 de Mayo de 2006, la ciudadana Ana María Ramírez presenta recusación contra el Magistrado Sustanciador argumentando que éste conceptuó sobre la norma sujeta a estudio constitucional, agregó que el Magistrado Sustanciador tiene interés directo y actual en la decisión.

La Sala Plena de la Corte Constitucional , en sesión extraordinaria del 5 de Mayo del presente año, determinó que no era pertinente y se encargó al Magistrado Alfredo Beltrán Sierra para sustanciar el Auto pertinente (Auto de Sala Plena A- 144 de 2006)

2.2. Recusaciones contra el Procurador General de La Nación.

2.2.1. Mediante escrito presentado el treinta (30) de enero de 2006, el ciudadano Luis Rueda Gómez formula recusación contra el señor Procurador General de la Nación para presentar concepto dentro del presente proceso. Los motivos centrales de dicha recusación se basan en que el Jefe del Ministerio Público emitió conceptos anteriores sobre la

constitucionalidad de las normas acusadas, consignados en diferentes medios de comunicación y fundamentados en un concepto que su Despacho remitió a la Corte Constitucional.

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dicha recusación mediante el Auto A-027 de 2006. La corporación estimó que teniendo en cuenta que al Procurador General de la Nación, cuando ejerce la función de emitir concepto en los procesos de constitucionalidad, le son aplicables las normas que regulan los impedimentos y recusaciones de los Magistrados de esta Corporación, la Corte determinó que en este caso, en virtud del artículo 28 del Decreto 2067 de 1991, el ciudadano Luis Rueda Gómez no tiene legitimación para formular la mencionada recusación, por no ostentar la calidad de demandante que exige la citada disposición.

Adicionalmente, la Corte encontró que tampoco se cumplían los presupuestos mínimos de argumentación para poder aplicar en este caso la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 28 del Decreto 2067 de 1991, invocada por el recusante.

2.2.2. El ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora presenta recusación contra el señor Procurador General de la Nación . Escrito que fue remitido al Despacho del Magistrado Sustanciador por la Secretaria General de esta Corporación el día tres (3) de mayo de 2006 .

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dicha recusación mediante el Auto A- 136 de 2006. La Corporación constató que el Señor Procurador General de la Nación , Edgardo Maya Villazón, presentó Concepto dentro del proceso de la referencia, el día 1° de febrero del presente año . Concepto este de radicación interna de la Procuraduría General de la Nación número 4024.

Por consiguiente , se afirmó , que el Concepto rendido por el Señor Procurador General de la Nación fue entregado dentro del término señalado en el Decreto 2067 artículo 7° , se puede afirmar que se agotó la Competencia que las normas constitucionales y legales le otorgan al Jefe del Ministerio Público al interior de este tipo de procesos de constitucionalidad.

En consecuencia, el término para que se conceptúe, de parte del Señor Procurador General de la Nación, culminó. En este orden de ideas, la recusación presentada por el ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora no es procedente por cuanto la competencia del Procurador General de la Nación ya se agotó con la presentación de su concepto dentro del presente proceso , el día 1° del febrero del año en curso.

Por las anteriores argumentaciones, la Sala Plena rechazó por improcedente la recusación planteada.

2. 3. Alegaciones de nulidad del proceso.

En el desarrollo del proceso se alegaron algunas causales de nulidad del mismo, que se examinarán a continuación:

2. 3.1. Existencia de pleito pendiente

Mediante escrito radicado el 16 de Enero de 2006, el ciudadano Aurelio Ignacio Cadavid López afirma que las demandas no debieron admitirse, por existir pleito pendiente, porque al proferirse el auto admisorio el 16 de Diciembre de 2005 no se conocía la sentencia inhibitoria dictada el 7 de Diciembre de 2005 en el proceso de constitucionalidad adelantado contra el mismo Art. 122 del Código Penal por la misma ciudadana Mónica del Pilar Roa López y que, por no existir ni haberse notificado una sentencia, dicho proceso no había terminado. Señala que en dicha fecha sólo se conocía un comunicado de prensa sobre la adopción de la decisión, que no puede sustituir a la sentencia.

Por su parte, el ciudadano Pedro Alfonso Sandoval Gaitán, mediante escrito presentado el 10 de Febrero de 2006, plantea que el proceso está viciado de nulidad, por la misma razón indicada en el numeral anterior.

Acerca de estas alegaciones la Corte considera lo siguiente:

En materia procesal civil existe la excepción previa de pleito pendiente (Art. 97 C. P. C.), que el demandado puede proponer cuando cursa otro proceso con el mismo objeto o pretensiones, por causa de unos mismos hechos y entre las mismas partes, de suerte que si el juez la encuentra probada debe disponer la terminación del nuevo proceso, en su etapa inicial. No obstante, dicha situación no origina la nulidad del nuevo proceso cuando no se propone oportunamente la excepción previa, conforme a lo previsto en el Art. 140 del C. P. C.

Cabe señalar que los elementos constitutivos de dicha excepción son los mismos de la excepción de cosa juzgada, con la diferencia de que ésta sólo puede proponerse cuando en un proceso anterior se ha adoptado decisión definitiva sobre el mismo asunto.

En materia de control abstracto de constitucionalidad el Art. 243 superior consagra expresamente la institución de la cosa juzgada, sobre la cual esta corporación ha hecho múltiples pronunciamientos.

Por su parte, el Art. 6º del Decreto 2067 de 1991 establece que se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada y que, no obstante, la decisión también podrá adoptarse en la sentencia.

En cambio, dicho decreto no contiene disposición alguna sobre la institución de pleito pendiente, lo cual podría explicarse por la naturaleza concentrada del control abstracto de constitucionalidad, por parte de la Corte Constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 241 superior, y por la relativa cortedad del tiempo fijado en el mismo decreto para dictar sentencia, de suerte que en caso de identidad de asuntos sometidos a control de constitucionalidad resulta suficiente y adecuado que aquella se pronuncie en la sentencia respectiva sobre la existencia de cosa juzgada constitucional.

Por esta razón, no es procedente la consideración de la supuesta existencia de pleito pendiente como motivo de nulidad de este proceso.

Adicionalmente, si ello fuera procedente, no existiría fundamento para declarar la nulidad planteada, ya que es ostensible que al dictarse el auto admisorio de las demandas acumuladas, el 16 de Diciembre de 2005, esta corporación ya había proferido las sentencias inhibitorias C-1299 de 2005 y C- 1300 de 2005, el 7 de Diciembre de ese año, en los procesos de constitucionalidad a que se refieren los citados intervinientes, lo que significa que su afirmación no corresponde a la realidad.

En el mismo sentido, esta corporación ha expuesto en forma reiterada que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria.[7]

2. 3. 2. Aportación de un documento al proceso

La ciudadana María Eulalia Montón Blanco, mediante escrito presentado el 10 de Febrero de 2006, alega que debe declararse la nulidad del proceso por haberse allegado a éste un documento denominado *Bief of Amici Curiae the Irish FAmily Planing Association in Support Legal Code of Colombia* proveniente de un país extranjero, pues aquel está reservado a los ciudadanos colombianos.

---

[7] Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias C-973 de 2004, T-832 de 2003, C-327 de 2003 y C-551 de 2003, entre otras.

A este respecto se considera que de conformidad con lo previsto en los Arts. 40, Num. 6, y 242 de la Constitución, cualquier ciudadano colombiano, en ejercicio de los derechos políticos, puede instaurar las acciones públicas de inconstitucionalidad previstas en el Art. 241 ibídem e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

Sobre la base de estas disposiciones, la circunstancia de haberse incorporado al expediente el citado documento no puede determinar la nulidad del proceso, por tratarse de un escrito de intervención que debe ser valorado por el magistrado ponente al preparar el proyecto de decisión y por la Sala Plena de la Corte al adoptar ésta, de modo que si no reúne los requisitos constitucionales y legales la consecuencia jurídica será que no podrá ser tenido en cuenta para esos efectos.

2. 3. 3. Falta de integración de la unidad normativa.

Mediante escritos presentados el 4 y el 6 de Abril de 2006, respectivamente, los ciudadanos Edgar William Castillo y otros firmantes y Aurelio Ignacio Cadavid López y otros firmantes, alegan la nulidad del proceso por falta de integración de la unidad normativa de las disposiciones demandadas con las contenidas en los Arts. 125 y 126 del Código Penal, estas últimas relativas a las lesiones al feto.

Respecto de esta alegación se considera lo siguiente:

Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 6º del Decreto 2067 de 1991, esta corporación ha señalado en múltiples ocasiones las causales de procedencia de la integración de unidad normativa, de una norma demandada con otra u otras no demandadas, en los siguientes términos:

> *"(...) excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos.*

"En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio.

"En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo.

"Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que "es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad".[8]" [9]

Se observa que en el presente caso no se configura ninguno de los eventos indicados en los cuales procede la integración de la unidad normativa y que, así mismo, aquella es aplicable en ejercicio de una facultad discrecional de la Corte Constitucional, encaminado al cumplimiento de su función general de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, consagrada en el Art. 241 de la misma, el cual se concreta en la sentencia correspondiente. Por tanto, la falta de dicho ejercicio no puede lógicamente generar la nulidad de ésta ni, menos aún, la del proceso.

---

[8] Sentencia C-320/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[9] Sentencia C-539 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Salvamento Parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

2. 3. 4. Falta de personería de la demandante Mónica del Pilar Roa López

Los firmantes del escrito indicado en el numeral anterior manifiestan que la demandante Mónica del Pilar Roa López carece de personería para promover el proceso por ser laboralmente dependiente de la organización internacional Womens Link WorldWide y ser ésta la verdadera autora de la demanda, sin tener legitimación para instaurarla por su carácter extranjero. Sostienen que este hecho determina la nulidad del proceso.

Sobre el particular, basta señalar que la Constitución Política exige para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la condición de ciudadano en ejercicio (Arts. 40, Num. 6, y 242), la cual fue acreditada por la citada demandante al presentar la demanda, por lo cual la aseveración de los firmantes no tiene fundamento.

2. 3. 5. Violación del derecho a la igualdad en el acceso a la administración de justicia y del derecho al debido proceso al admitir la demanda

Los firmantes señalados expresan que en el auto admisorio de las demandas acumuladas dictado el 16 de Diciembre de 2005 el Magistrado Sustanciador invitó en forma desproporcionada a intervenir en el proceso a entidades que son públicamente reconocidas como opositoras a la penalización del aborto y defensoras de la libertad sexual y reproductiva y, en cambio, excluyó de la invitación a la Fundación Cultura de la Vida Humana y a otras entidades que defienden la vida del ser humano no nacido, discriminando en forma injustificada a estas últimas, lo cual constituye a su juicio causal de nulidad del proceso.

El Decreto 2067 de 1991 establece en su artículo 13:

> "*El Magistrado Sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito, que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior.*
>
> *"(...)".*

En ejercicio de la facultad consignada en esta disposición, el Magistrado Sustanciador dispuso en el auto admisorio de las demandas acumuladas proferido el 16 de Diciembre de 2005:

> ***"Cuarto.- INVITAR*** *a participar en este proceso al Ministro de la Protección Social, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Director de Profamilia, el Presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, la Directora de la Corporación Sisma – Mujer, el Director de la Comisión Colombiana de Juristas, la Señora Florence Thomas en su calidad de Coordinadora del Grupo Mujer y Sociedad de la Universidad Nacional de Colombia, la Señora Lina María Moreno de Uribe en su calidad de Primera Dama de Nación, la Directora de la Corporación Casa de la Mujer, el Presidente de la Academia Nacional de Medicina, el Rector de la Universidad Nacional de Colombia, el Rector de la Universidad de Antioquia, el Rector de la Universidad del Valle, el Rector de la Universidad Popular del Cesar, el Rector de la Universidad Santiago de Cali, el Rector de la Universidad Externado de Colombia y el Rector de la Universidad Libre para que, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la comunicación respectiva, emitan su opinión especializada sobre las disposiciones que son materia de la impugnación."*

Se observa que en esta forma el Magistrado Sustanciador aplicó estrictamente la disposición contenida en el Art. 13 del Decreto 2067 de 1991, en cuanto invitó a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en la materia que debe estudiarse en el proceso. De las primeras no es predicable el cargo, ya que representan el interés público o general. En lo que concierne a los restantes, se establece que son diversas sus actividades y posibles orientaciones ideológicas o políticas y que, además, entre ellos se encuentran instituciones de carácter científico, como son la Academia Nacional de Medicina y varias universidades. En consecuencia, no existe la discriminación alegada por los peticionarios.

De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 242 de la Constitución, en el Art. 7º del Decreto 2067 de 1991 y en el mismo auto admisorio de la demanda, cualquier ciudadano tenía la facultad de intervenir en el proceso para defender o impugnar la constitucionalidad de las normas demandadas, dentro del término de fijación en lista, lo que significa que la ausencia de la mencionada invitación no impedía la intervención de las instituciones a que se refieren los escritos citados.

Para otorgar mayor claridad a los términos procesales de la intervención ciudadana corresponde efectuar la siguientes menciones:

No existió *confusión* alguna en relación con el término de citación y fijación en lista dentro del proceso ya anotado.

Acorde con lo vertido en el folio 80 del libro radicador llevado por la Secretaría General de esta Corporación , el término de fijación en lista comenzó a correr el día treinta (30) de enero (lunes) y la desfijación ocurriría el diez (10) de febrero (viernes) , ambas fechas del presente año.

Así entonces, los 10 días hábiles de intervención ciudadana , señalados en el Decreto 2067 de 1991 , fueron respetados . Del día 30 de enero (lunes) al 3 de febrero (viernes) corrieron los primeros 5 días; posteriormente vinieron los días 4 y 5 de febrero (sábado y domingo) días no hábiles; para a continuación del día 6 de febrero (lunes) al día 10 de febrero (viernes) correr los restantes 5 días de intervención; para un total de 10 .

Durante estos días mencionados se permitió la intervención de todos aquellos ciudadanos que desearon presentar sus escritos defendiendo la exequibilidad o inexequibilidad de la norma demandada. Por consiguiente no es cierto que dicho término se haya irrespetado(Se anexan los folios respectivos del libro radicador) .

La mejor prueba de la *certeza* en cuanto a los datos relatados, es que la participación ciudadana efectuada dentro del término en el proceso D-6122 , se acerca a las mil quinientas (1.500) intervenciones .

Ahora bien, el auto de admisión dentro del proceso D- 6122 , se dicto el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cinco (2005) .

El artículo 7° del Decreto 2067 *("Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional"*) determina :

"ART. 7º—Admitida la demanda, o vencido el término probatorio cuando éste fuere procedente, se ordenara correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto. Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador.

En el auto admisorio de la demanda se ordenara fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier

ciudadano las impugne o defienda. Dicho término correrá simultáneamente con el del Procurador.

A solicitud de cualquier persona, el defensor del pueblo podrá demandar, impugnar o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales."

Así las cosas, y con base en el transcrito artículo 7°, lo que se hizo por parte de esta Corporación fue darle cumplimiento al auto dictado en año pasado de fecha dieciséis (16) de diciembre. Es decir, el traslado efectuado al Procurador General de la Nación , el día 27 de enero del presente año, fue el cumplimiento inmediato de la orden dada en el auto de 16 de diciembre de 2005.

Así las cosas, si bien es cierto el traslado al Procurador se produjo el día 27 de enero (viernes) el término para que éste emitiera su concepto comenzó a correr el día 30 de enero (lunes) acorde con lo señalado en el artículo 7° ya referido. "*Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador."* En el presente caso, el día siguiente hábil posterior al día 27 de enero ´(viernes) , fue el día 30 de enero (lunes) .

Situación esta que permitió , acorde con lo estipulado en el mismo artículo, que el término de fijación en lista para las intervenciones ciudadanas (30 de enero , lunes, de 2006) y el término para que el Procurador rinda concepto (30 de enero, lunes, de 2006) corrieron de manera simultánea.

El Decreto 2067 de 1991, el cual señala el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, estipula un procedimiento autónomo y especial que no puede confundirse con ningún otro tipo de procedimiento, sea penal, civil o administrativo; como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto ha señalado esta Corporación:

"

No es admisible que en todas las situaciones para las cuales no existe norma expresa en la regulación de la jurisdicción constitucional (Decretos 2067 de 1991 y 2591 de 1991) se apliquen por analogía aquellas disposiciones, concretamente las del Código de Procedimiento Civil. Ello significa, entonces, que no resulta admisible extender por analogía todas las normas del Código de Procedimiento Civil al trámite de la acción de tutela, pues de esa manera podría darse a la misma un

tratamiento similar al de cualquier proceso civil, pese a que la Constitución exige para ella un procedimiento "sumario", esto es simplificado, breve, donde no es posible ni la admisión de todos los incidentes que si lo serían en un proceso civil o en un proceso contencioso administrativo, como tampoco son de recibo los recursos no expresamente previstos en el Decreto 2591 de 1991, ni en el Decreto 2067 del mismo año."[10]

Debe tenerse presente, que el mismo Decreto mencionado en el numeral anterior, no establece términos secretariales.

Por tales razones esta alegación de nulidad del proceso carece de fundamento.

2. 3. 6. Todas las nulidades alegadas dentro del presente proceso fueron consideradas por la sala plena y negadas.

2. 4. Impedimento del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

El Magistrado Jaime Córdoba Triviño manifestó su impedimento para participar en las decisiones relacionadas con el presente proceso en razón de haber intervenido como Vicefiscal General de la Nación en el proceso de elaboración y adopción del proyecto que se convirtió en la ley 599 de 2000 , a la que pertenecen los artículos demandados.

La Sala Plena de esta Corporación , en sesión llevada a cabo el día veintiséis de Enero del presente año[11], acepto el impedimento expresado por el Magistrado Córdoba Triviño.

3. El asunto objeto de estudio.

Los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana solicitan, en distintas demandas, la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal".

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la

---

[10] Auto Sala Plena No 228 de 2003 Corte Constitucional.
[11] Acta 01 de Sala Plena de la Corte Constitucional . 2006

igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).

En primer lugar, los actores sostienen que sus demandas son procedentes pues no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada formal ni material respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. Luego esgrimen sus argumentos en contra de las disposiciones acusadas, los cuales fueron consignados de manera extensa en los acápites precedentes de la presente decisión, sin embargo, con el objeto de fijar los términos del debate constitucional planteado se hará una breve referencia a ellos, al igual que las posturas de los intervinientes y al concepto del Procurador.

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexequibles porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino "*y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad"*.

Numerosas intervenciones fueron presentadas tanto como para apoyar como para rechazar los cargos planteados por los demandantes. Los intervinientes contrarios a la exequibilidad de las disposiciones demandadas aducen razones muy similares a las de los demandantes, mientras que aquellos que apoyan la exequibilidad de los preceptos acusados afirman, por regla general, que las disposiciones penales acusadas tienen como finalidad la protección del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. Muchos de los que apoyan la exequibilidad de las disposiciones acusadas sostienen

también que corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración en materia penal, establecer tipos penales para la protección de los derechos fundamentales, papel que en el ordenamiento jurídico colombiano cumplen los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal. Adicionalmente, la mayoría de los intervinientes partidarios de la constitucionalidad de los artículos acusados coincide en afirmar que los derechos constitucionales de la mujer gestante no son absolutos y encuentran un límite legítimo en el derecho a la vida del feto. Finalmente, algunos de los intervinientes sostienen que se produjo el fenómeno de cosa juzgada material y formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y que la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002.

Por otra parte los representantes de algunas entidades estatales[12] y de asociaciones científicas[13], intervienen para poner de manifiesto la relevancia del aborto inducido como un grave problema de salud pública en Colombia, el cual afecta en mayor medida a las adolescentes, a las mujeres desplazadas por el conflicto armado y a aquellas con menor nivel de educación y con menores ingresos, pues debido a la sanción penal, el aborto debe practicarse en condiciones sanitarias inseguras que ponen en grave riesgo la salud, la vida y la integridad personal de quienes se someten a esta práctica.

El Ministerio Público, comparte la apreciación de los demandantes que no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada material ni formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y la declaratoria de inexequibilidad del artículo 124 y de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000. A juicio del Procurador la interrupción voluntaria del embarazo no debe ser penalizada en las siguientes circunstancias: i) cuando la concepción no haya sido consentida por la mujer, ii) si se trata de embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, iii) cuando un dictamen médico certifique la existencia de enfermedades o disfuncionalidades que hagan el feto inviable. Luego de hacer un extenso recuento del alcance de la dignidad humana en la Carta Política de 1991 y del alcance del derecho a la vida y del derecho a la libertad a la luz de este principio, valor y derecho fundamental, concluye el Ministerio Público que la penalización del aborto en las circunstancias antes mencionadas constituye una sanción irracional y desproporcionada a la mujer que decide interrumpir la

[12] En este sentido las intervenciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y del Ministerio de la Protección Social.
[13] Ver la intervención de la Academia Nacional de Medicina.

gestación, la cual constituye una injerencia en sus derechos fundamentales y un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia penal. En esa medida concluye que es necesario despenalizar el aborto en las hipótesis antes mencionadas. Afirma que las causales de atenuación e incluso de exclusión de la sanción penal previstas en el artículo 124 acusado son inexequibles porque en los supuestos previstos por esta disposición no es útil ni proporcionado ni necesario sancionar a la mujer que aborta. Finalmente sostiene el Procurador que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 123 del Código Penal no es una medida que esté encaminada a proteger el interés superior de la menor y que además limita de manera desproporcionada la autonomía de las menores de catorce años, razones que deben conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contendida en esta disposición.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional, corresponde a esta Corporación examinar previamente la procedibilidad de la demandas presentadas, pues tanto los actores, como algunos intervinientes y el Ministerio Público plantean la posibilidad de la configuración del fenómeno de cosa juzgada material y formal frente a decisiones previas de esta Corporación, específicamente respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002.

4. Inexistencia de cosa juzgada material o formal respecto de decisiones previas adoptadas por esta Corporación.

Para verificar la posible existencia de cosa juzgada material o formal respecto de los preceptos acusados es preciso examinar de manera separada cada una de las disposiciones demandadas en esta ocasión.

Respecto del artículo 122 del Código Penal la Corte Constitucional se declaró inhibida para fallar en las sentencias C-1299 y C-1300 de 2005, decisiones que no constituyen un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de esta disposición y por lo tanto no hicieron tránsito a cosa juzgada. No obstante, previamente esta Corporación, por medio de la sentencia C-133 de 1994, había declarado exequible un enunciado normativo similar contenido en el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, razón por la cual algunos de los intervinientes afirman que se produjo el fenómeno de cosa juzgada material y que la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en la decisión previa.

Cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre distintas categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa

juzgada constitucional, en aras de satisfacer tanto el objetivo de seguridad jurídica que persigue esta figura como las garantías ciudadanas propias del proceso de constitucionalidad, y las necesidades de cambio y evolución del ordenamiento jurídico[14].

Una de sus modalidades es la cosa juzgada material, cuyo alcance ha intentado precisar la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas oportunidades. Así, por ejemplo, se ha sostenido que esta figura tiene lugar cuando la norma acusada tiene un contenido normativo idéntico al de otra disposición sobre la cual esta Corporación previamente emitió una decisión, por lo que *"los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a aquélla y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior."*[15]

No obstante, en otras oportunidades la Corte Constitucional ha vinculado los efectos de la cosa juzgada material, en sentido estricto, a la declaración de inexequibilidad (C. Po. art. 243). Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 sostuvo:

> *"[P]ara determinar si se esta en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos:*
>
> *1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible.*
>
> *2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.*[16]
>
> *3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado*

---

[14] Ver las sentencias C-774 de 2001 y C-228 de 2002.
[15] Auto 027 A de 1998, reiterado en las sentencia C-774 de 2001 y C-783 de 2004.
[16] Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.

Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad.

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental" [17].

En todo caso, la jurisprudencia constitucional siempre ha sido constante en vincular la cosa juzgada material al concepto de precedente, específicamente con la obligación en cabeza del juez constitucional de *ser consistente con sus decisiones previas*, deber que no deriva *no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. (…) Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones*[18]. Empero, la cosa juzgada material no puede ser entendida como una *petrificación de la jurisprudencia* sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría *provocar inaceptables injusticias*[19]. Por lo tanto, cuando existan razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial –tales como un nuevo contexto fáctico o normativo[20]- la Corte Constitucional puede

[17] Sentencia C-228 de 2002.
[18] Sentencia C-447 de 1997.
[19] Ibídem.
[20] Se trata del concepto de "Constitución viviente" que ha sido empleado en la jurisprudencia constitucional. Así, en al sentencia C-774 de 2001 sostuvo este Tribunal:
"No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos

apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas[21], e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas[22].

Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. Así pues, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudirse de manera automática los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal sino también del contexto jurídico en el cual se inserta. Por lo tanto, será siempre necesario hacer un examen de constitucionalidad de la disposición acusada para determinar si subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de exequibilidad en la decisión previamente adoptada.

En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura –entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de los elementos que ha enunciado la jurisprudencia a partir del artículo 243 de la Constitución.

---

normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica".

[21] Un ejemplo lo constituye la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte Constitucional decidió apartarse del precedente sentado en la sentencia C-293 de 1995 al estudiar la constitucionalidad de unas disposiciones del código de Procedimiento Penal que limitaban el papel de la parte civil en el proceso penal.

[22] En el mismo sentido en la sentencia C-311 de 2002 sostuvo esta Corporación:

"El fallo anterior constituye un precedente respecto del cual la Corte tiene diversas opciones, ya que no queda absolutamente autovinculada por sus sentencias de exequibilidad. La primera, es seguir el precedente, en virtud del valor de la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. En esta primera opción la Corte decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada. Otra alternativa es apartarse del precedente, esgrimiendo razones poderosas para ello que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas. En conclusión, los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y no se asimilan a los del derecho procesal general. Se inscriben dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales en un sistema de tradición romano germánica, son los propios del proceso constitucional y responden a la interpretación de una Constitución viviente.

Ahora bien, en este caso concreto si bien los artículos 343 del Decreto 200 de 1980 y 122 de la Ley 599 de 2000 tienen un contenido similar[23] difieren en cuanto a la pena establecida para el delito de aborto. Cabe recordar, que mediante la Ley 890 de 2004, artículo 14, a partir del primero de enero de 2005 se aumentó la pena para el delito de aborto, por lo tanto no son enunciados normativos idénticos.

Adicionalmente, se trata de dos disposiciones contenidas en contextos normativos diferentes pues se trata de dos códigos penales expedidos con casi veinte años de diferencia y que obedecen a una orientación penal diferente.

En lo que hace referencia al artículo 123 del Código Penal y a la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en él, basta aclarar que este enunciado normativo no había sido objeto de previo examen de constitucionalidad por esta Corporación.

Finalmente, la tercera disposición acusada, el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, hasta la fecha no ha sido objeto de un pronunciamiento constitucional. Cabe recordar, que en la sentencia C-013 de 1997 se examinó la constitucionalidad de una disposición similar, el artículo 345 del Decreto 100 de 1980, que establecía circunstancias específicas de atenuación punitiva respecto del delito del aborto. Este enunciado normativo, si bien guarda similitud respecto de los supuestos contemplados por el artículo 124 del Código Penal[24], difiere de manera

[23] La similitud del contenido normativo de las dos disposiciones se ilustra en la siguiente tabla:

Decreto 200 de 1980	Ley 599 de 2000
ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. *A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior*	*ART. 122. Aborto. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a partir del primero de enero de 205. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.* *A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.*

[24] Un cuadro comparativo permite apreciar mejor las diferencias:

Decreto 100 de 1980	Ley 599 de 2000

sustancial en cuanto a la modalidad de la pena y de la posibilidad de exclusión de la sanción establecida para los casos contemplados en el Parágrafo de esta disposición.

Además, respecto del artículo 124 del Código Penal, es preciso distinguir entre el único inciso y el parágrafo de la misma disposición, pues son enunciados independientes con contenidos normativos claramente diferenciables[25]. Establecida tal diferenciación es posible constatar que el parágrafo del artículo 124 ha sido objeto de dos pronunciamientos previos de constitucionalidad. Inicialmente fue declarado exequible en la sentencia C-647 de 2001 por razones de fondo o materiales y, posteriormente, fue examinado por supuestos vicios en el procedimiento de su formación, y fue encontrado ajustado al texto constitucional en la sentencia C-198 de 2002. Se tiene entonces, que el parágrafo del artículo 124 del Código Penal ha sido objeto de dos pronunciamientos por parte de esta Corporación, sin embargo, hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la exequibilidad del artículo 124, razón por la cual frente a este último enunciado normativo no se ha producido el fenómeno de cosa juzgada en ninguna de sus modalidades.

Una vez dilucidada la procedencia de las demandas presentadas porque no se ha producido el fenómeno de cosa juzgada, en ninguna de sus modalidades, y respecto de ninguna de las disposiciones acusada, la Corte abordará el estudio de fondo sobre los artículos 32-7, 122 y 124 del

---

ARTICULO 345. *Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.* *En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.*	*ARTÍCULO 124. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.* *PARAGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.*

[25] En efecto, el artículo 24 del Código Penal tiene la siguiente redacción:
ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.
PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.
Entonces, mientras que el primer enunciado normativo establece circunstancias de atenuación punitiva del delito del aborto el parágrafo establece la posibilidad de exclusión de la sanción penal cuando se presenten *"extraordinarias condiciones anormales de motivación."*

Código Penal, así como de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 del mismo estatuto, para lo cual inicialmente hará referencia a la vida como un bien constitucionalmente relevante y su diferencia con el derecho fundamental a la vida; a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; y, a los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución de 1991 y en el derecho internacional, los cuales en este caso necesariamente deben ser considerados para establecer si entran en colisión con el derecho a la vida y el deber de protección a la vida. Posteriormente, se abordará el tema relacionado con los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y de manera especial los relacionados con los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Finalmente se hará el control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas, para lo cual se hará la ponderación correspondiente de los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida.

5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida.

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constituciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida[26]; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial[27] y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos[28].

El constitucionalismo colombiano no es ajeno a la anterior evolución, y salvo algunas excepciones, como la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que consagra de manera expresa la "inviolabilidad de la vida humana", los ordenamientos constitucionales nacionales por regla general no hacían mención expresa de la vida ni como derecho ni como valor constitucional. La Constitución Política de

---

[26] El derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, sin embargo no aparece en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos, ni tampoco en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789.

[27] No sobra advertir que este fenómeno obedece en gran medida a los excesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, prueba de ello es que La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo segundo, es uno de los primeros ordenamientos en elevar a rango constitucional este derecho.

[28] En el año de 1948 se consagra de manera solemne el derecho a la vida tanto en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de la ONU –artículo tercero-, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo primero-.

1886, a partir de la reforma introducida en el Acto Legislativo 3 de 1910, se limitaba a prohibir la pena de muerte y a consagrar que las autoridades públicas estaban instituidas para proteger la vida de los ciudadanos. La Carta de 1991, constituye en esta materia –como en tantas otras- un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo.

Así, el Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo segundo señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo once consigna que *"el derecho a la vida es inviolable*", amén de otras referencias constitucionales[29]. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional:

> *La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida". Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores*

[29] Así, por ejemplo, el artículo 44 establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercerea edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riego la vida de las personas;

muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida[30].

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico[31]. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación[32].

---

[30] Sentencia C-239 de 1997.

[31] La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II.

[32] En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado el especial deber de protección a cargo de las autoridades estatales de la vida de sujetos especialmente vulnerables por su situación de riesgo por causa del conflicto armado. Ha sostenido reiteradamente la Corte que las personas cuya vida se encuentra seriamente amenazada y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, deben recibir protección estatal, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de responsabilidad administrativa. Esta regla se ha aplicado, entre otros, a los miembros de partidos políticos que por su programa son objeto de actos violentos (Sentencia T-439 de 1992); igualmente en el caso de los docentes amenazados por el ejercicio de su profesión (Sentencia T-028 de 2000), defensores de derechos humanos (T-590 de 1998) y los trabajadores de la salud que han sido amenazados en razón de las actividades que desempeñan (T-120 de 1997). Estos casos dieron lugar a la creación jurisprudencial del derecho a la seguridad personal, el cual es definido grosso modo *como el derecho que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal* (T-719 de 2004). Una constante en todos los anteriores casos ha sido la orden impartidas a distintas autoridades para que adopten las medidas necesarias para proteger la vida de las personas cuya vida y integridad se encuentran amenazadas.. La Corte también ha verificado la existencia, en cabeza de las autoridades de un deber de especial protección de la vida y de la seguridad personal de quienes se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado colombiano como las personas recluidas en establecimientos carcelarios; pero también ha establecido esta Corte que se encuentran en la misma situación los soldados que están prestando el servicio militar obligatorio, quienes se encuentran recluidos en hospitales públicos, y los menores de edad que están estudiando en escuelas públicas. También la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber estatal de protección de la vida de personas afectadas por desastres naturales y ha interpretado las disposiciones legales que regulan la materia en el sentido que corresponde a las autoridades municipales desalojar a las personas afectadas y en riesgo, lo que implica proveerlas de un alojamiento temporal, e igualmente tomar medidas oportunas para eliminar definitivamente el riesgo. Sobre este extremo ha sostenido la Corte Constitucional que: *"La administración pública no puede omitir la adopción de medidas inmediatas para evitar el riesgo sobre vidas humanas ni dejar indefinidos los derechos de las personas desalojadas, sin comprometer con*

En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. Se trata por lo tanto de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida; otro carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le esta vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado colombiano[33].

Por otra parte, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de

---

ello su responsabilidad", por lo tanto *"[l]a mera recomendación de desalojo, en caso de riesgo comprobado a la vida y a la integridad con ocasión de la amenaza de derrumbe o del deslizamiento de tierra, es insuficiente para el cumplimiento del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia" (T-1094 de 20002).*

[33] Así, la Corte Constitucional ha sostenido que al Legislador le está vedado adoptar mandatos legales que impidan a los particulares proteger su propia vida o la de terceros, en aras del interés general, mediante la sanción penal de ciertas conductas. Por ejemplo, en la sentencia C-542 se examinaron diversas disposiciones de la Ley 40 de 1993 que penalizaban el pago de secuestros las cuales fueron declaradas inexequibles por vulnerar el deber de protección de la vida. Adujo en aquella ocasión el intérprete constitucional:

En principio, y por definición, la protección de la persona es un deber de las autoridades, la justificación de su existencia. El individuo tiene el derecho a exigir que ese deber se cumpla.

Pero cuando la violencia generalizada, el uso de la fuerza contra el derecho, rebasa la capacidad de las autoridades, el individuo, puesto por los criminales en el riesgo inminente de perder la vida, y habiendo perdido ya, así sea temporalmente, su libertad, tiene el derecho a defenderse: hace uso de los medios a su alcance para proteger su vida y recobrar su libertad, ante la omisión de las autoridades, cualquiera que sea la causa de esa omisión.

Nuestra legislación penal, siguiendo principios universalmente acatados, reconoce entre las causales de justificación del hecho punible, el legítimo ejercicio de un derecho, y el estado de necesidad, a más de otras.

Pues bien: ¿cómo negar que obra en legítimo ejercicio de un derecho, quien emplea sus bienes en la defensa de la vida o de la libertad, propias o ajenas? ¿Habrá, acaso, un destino más noble para el dinero que la salvación de la vida o de la libertad propias, o de un semejante unido por los lazos de la sangre o del afecto? Y más altruista aún la acción de quien sacrifica sus bienes para salvar la vida y la libertad del extraño.

Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación.

Pero, antes de hacerlo, forzoso es decir que esta última causal de justificación no existe por un capricho del legislador, sino por el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y en la de sus semejantes (negrillas originales).

su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

Sobre el punto por ejemplo, para el delito de genocidio, el legislador consideró una pena mayor que para el de homicidio[34], en razón a los bienes jurídicos que cada uno de estos en particular protege. Además, respecto de este tipo penal, cabe recordar, que el legislador había considerado para el actor *"…que actúe dentro del marco de la ley…",* expresión que la Corte declaró inexequible en sentencia C-177 de 2001[35], entre otros, con los siguientes fundamentos:

> *"A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.*
>
> *Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º. de la Carta Política, conforme al cual "los derechos inalienables de las personas," en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen "sin discriminación alguna."*
>
> *Por ello, en concepto de esta Corte, la condición de actuar dentro del margen de la Ley, a la que la frase acusada del artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, pretende supeditar la protección conferida a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos, resulta abiertamente contraria a principios y valores constitucionalmente protegidos pues, por más loable que pudiese ser la finalidad de respaldar la acción de la Fuerza Pública cuando combate los grupos políticos alzados en armas, en que, al parecer pretendió inspirarse, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho ese objetivo no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y*

[34] Código Penal, art. 101. Genocidio….incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años…. Art.103. Homicidio….incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años….
[35] M.P. Fabio Morón Díaz.

valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho incondicional a exigir de parte de las autoridades, del Estado y de todos los coasociados el respeto por la vida e integridad de todos los grupos humanos en condiciones de irrestricta igualdad y su derecho a existir.

Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.".

De otro lado, el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad[36], como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad[37]. También ha tipificado delitos como la muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio.

Al respecto de los tipos penales mencionados, la Corte en sentencia C-013 de 1997, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra tales disposiciones, por cuanto en criterio del demandante esas conductas se sancionan con penas *"irrisorias",* las encontró ajustadas a la Constitución. En este caso, sin desconocer el deber de protección a la vida, también se valoraron las circunstancias especiales en que se encuentra la madre en tales casos. Al respecto dijo la Corte:

"También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.

El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11

---

[36] Ley 599 de 2000, art. 32.
[37] " " " " , art. 55.

y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos."

Ahora bien. dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión:

"Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento."

A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Posteriormente, al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante sentencia C-013 de 1997, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del nasciturus, pero si utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión[38].

En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación[39], sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del nasciturus.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar

---

[38] Este extremo no es posible dilucidarlo ni siquiera acudiendo a argumentos originalistas o la interpretación de la voluntad del Constituyente porque precisamente de la lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que expresamente no se quiso dilucidar este problema y por lo tanto no fue concluyente.

[39] Así por ejemplo el artículo 43 constitucional establece:
ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.
El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (negrillas fuera del original).

como *ultima ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico[40]; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales *"...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución"*[41].
Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Algunos intervinientes sostienen que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad, el nasciturus es titular del derecho a la vida y que por lo tanto, a la luz de estos instrumentos internacionales existe la obligación estatal de adoptar medidas de carácter legislativo que penalicen el aborto bajo cualquier circunstancia. Es decir, consideran que se desprende de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto.

Específicamente hacen alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos,

---

[40] Ver la sentencia C-897 de 2005.
[41] Sentencia C-205 de 2003.

tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación[42]. También mencionan el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que haría parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio[43].

Al respecto, cabe señalar que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado por el primer numeral del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

> *"1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."*

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *"tanto antes como después del nacimiento",* no obstante el artículo 1º de dicha Convención no establece claramente que el nasciturus sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1º señala que:

> *"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo*

---

[42] La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte en la sentencia C-191 de 1998 sostuvo que:
" (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias."
También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra.

[43] Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados. Ver sentencia C-067 de 2003.

> *que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*."

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentes de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención[44].

Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia[45] y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

> *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.*

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite

---

[44] De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de "niño" y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

[45] Ley 12 de 1992.

distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el nasciturus, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse "en general" medidas de carecer legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan "en general" la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estado Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión "*en general*" utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

En efecto, de acuerdo con el primer parágrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es *"consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"*. El segundo parágrafo adiciona que *"los derechos esenciales del hombre"* merecen protección internacional precisamente porque *"no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"*.

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.

Adicionalmente, esta Corporación también ha reiterado la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que

hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución. En la sentencia C-028 de 2006 sostuvo esta Corporación:

> *"La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.*
>
> *En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.*
>
> *Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador."*

En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

Por otra parte, como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. Como se afirma en la misma sentencia C-028 de 2006:

> *"En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado*

internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarca diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos[46]*. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.*

En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto se San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, "que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[47]*" y que "Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*[48]*." De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos."*

---

[46] La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, "Régles, méthodes et principes d'inteprétation dans la jurisprudencia de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, París, 2004.

[47] Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31.

[48] Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado.

Al respecto, es importante recordar lo expresado por la Corte en la sentencia C- 371 de 2000:

> **“ *La situación histórica de la mujer en Colombia. Una breve reseña de los cambios normativos.***
>
> *22- No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.*
>
> *Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.*

Poco a poco la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de una igualdad jurídica, se fue concretando en diversas normas que ayudaron a transformar ese estado de cosas. Así, por ejemplo, en materia política, en 1954 se les reconoció el derecho al sufragio, que pudo ser ejercido por primera vez en 1957. En materia de educación, mediante el Decreto 1972 de 1933 se permitió a la población femenina acceder a la Universidad. En el ámbito civil, la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. El decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, y la de vivir con él y seguirle a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo, y las leyes 1ª. de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley. En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

A este propósito de reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer se sumo también el constituyente de 1991. Por primera vez, en nuestro ordenamiento superior se reconoció expresamente que "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades" y que "la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".

Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza."

En efecto, a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las

mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación[49]. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltado la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros[50].

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

---

[49] Constitución Política, artículo 43

[50] Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003

En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres "*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos".*

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que "*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*", así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a "decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo".* Este programa establece además, que *"la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia".* También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes

tienen el derecho de *"obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables"* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *"derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo"*.

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el

diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas la barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente[51].

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género.

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual.

Es así como la CEDAW ha declarado, que *"la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre"*. La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995-, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra.

---

[51] Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.

8. Los limites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas[52]. En la sentencia C-420 de 2002 la Corte consideró:

> *"(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático[53]. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas*

---

[52] Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, C-916 de 2002, C-239 de 2002, C-205 de 2003, C-857 de 2005 entre otras.

[53] Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: "*Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica*". Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.".

También, en la sentencia C-939 de 2002 la Corte sostuvo sobre este punto:

"Restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado.

"5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y

fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de "control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos".

"En esta perspectiva, la Corte ha señalado que "ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas". Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

"5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

"5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas

ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

"5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad[54] del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional...

"(...)

"6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva."

En la misma sentencia C-939 de 2002, también la Corte precisó el poder punitivo del Estado durante los estados de excepción. Advirtió, que si bien el legislador ordinario, dentro de su amplio margen de discrecionalidad puede utilizar la técnica que más convenga a la política criminal del estado, obviamente dentro de los límites que la Constitución le impone, en materia de conmoción interior -surgen como se dijo anteriormente- unas *limitaciones especiales, relacionadas con el bien jurídico que protege la legislación excepcional y la naturaleza del peligro para los mismos.* Al respecto expresó:

---

[54] En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

"8. Los estados de excepción son situaciones previstas y consentidas por la Constitución. En lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley. Como quiera que se trata de una situación anómala, y una afectación grave del principio democrático, la Carta impone una serie de condicionamientos y restricciones[55]. De ellas, se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con la democracia[56].

Tales restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.".

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, *como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas[57]*.

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que

---

[55] Sentencia C-556 de 1992.
[56] El artículo 9 de la Ley estatutaria de estados de excepción contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones, como se verá, no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias, es restrictiva.
[57] Sentencia C-205 de 2003.

atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano[58] contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omita auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional[59]. Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo "dignidad humana", desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución[60]. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta[61], de la cual se derivan derechos

---

[58] Ley 599 de 2000

[59] Ver la sentencia T-881 de 2002 en la cual se hace un exhaustivo recuento de los alcances funcionales y normativos del concepto dignidad humana.

[60] *"La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia..."* sentencia T-401 de 1992.

[61] *"En la base axiológica de la Carta se encuentra en última instancia la dignidad de la persona en el marco de un Estado social de derecho"* sentencia T-301 de 1993. En el mismo sentido, en la sentencia T-123 de 1994, afirmó la Corte *"La Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se*

fundamentales de las personas naturales[62], fundamento[63] y pilar ético del ordenamiento jurídico[64]. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que "*la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas"*[65].

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia *"a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico"*[66].

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)[67].

Por ser particularmente relevantes para el estudio del caso concreto, es menester detenerse en dos de los contendidos antes enunciados de la

---

basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros.".

[62] Sentencia T-472 de 1996.

[63] *"Se ordenó entonces retirar del ordenamiento esa expresión por considerar que ella es incompatible con el concepto de* ***dignidad humana,*** *cuyo respeto constituye el fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1° de la Constitución)"* sentencia C-045 de 1998.

[64] *"En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento."* Sentencia T-1430 de 2000.

[65] Sentencia T-881 de 2002.

[66] Idem.

[67] Cfr. sentencia T-881 de 2002.

dignidad humana: como autonomía personal y como intangibilidad de bienes no patrimoniales. Al respecto ha señalado esta Corporación, al conocer de una tutela en la que, la empresa Electrocosta S.A. E.S.P., amparada en el artículo 140 de la ley 142 de 1994, y en virtud del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes celebrado con el INPEC, inició desde el mes de agosto de 2001, una serie de racionamientos diarios en el suministro de energía prestado a la Cárcel de Distrito Judicial de Cartagena, por espacio de 5 a 6 horas diarias:

> *"De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.*
>
> *Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.*
>
> *El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y*

espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos"[68].

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de genero estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Ahora bien, sobre todo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida- la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Igualmente, la dignidad humana fue uno de los argumentos para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, disposición que tipificaba el homicidio por piedad. Sobre la dignidad humana como límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal sostuvo en esta ocasión la Corte Constitucional:

"El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte

[68] Idem.

adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo 326 del Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico."

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991[69]. Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al Estado "como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado"[70]. Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo- cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone "arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen"[71].

Como ha afirmado la Corte Constitucional este derecho condensa la libertad *in nuce*, "porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella". Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos[72].

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no "*opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda*

---

[69] Ver entre otras las sentencias C-221/94, C-309/97 y T-516/98. En esta última se afirma lo siguiente: "La constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1° y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas, decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal". Aún más explícito en cuanto al referente axiológico del derecho, resulta el siguiente extracto de la sentencia T-67/97: "El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho 'un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la constitución' por cuanto el artículo 16 de la Carta 'condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado".

[70] Sentencia C-221/94.

[71] *Ibídem.*

[72] En ese orden de ideas, se afirma en la sentencia C-616/97: "de cierto modo, puede decirse que la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a ser como el colofón o la decisión complementaria que el constituyente adoptó como garantía de las libertades religiosa, de pensamiento y opinión y de conciencia".

conducta"[73], y de "*una cláusula general de libertad, similar a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13*",[74] o también un "*principio general de libertad*".[75]

No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación.

La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería[76].

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una "opción de vida" que corresponde al fuero interno de cada mujer[77]. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,[78] así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

---

[73] Sentencia C-309/97.
[74] Ibídem.
[75] Sentencia T-401/94.
[76] Definida también como "la decisión de optar entre el estado civil de casado, divorciado o separado y la escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente" Sentencia T-543-95. Se trata sin duda de la primera línea jurisprudencial en materia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sentada en la sentencia C-588 de 1992, y reiterada en numerosa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la contenida en las sentencias C-309/96, C-653/97, C-182/97, C-082/99, C-870/99, C-660/00, C-1440/00, C-029/06.
[77] Cfr. Sentencias T-420/92, T-79/94, T-292/94, T-211/95, T-442/95, T-145/96, T-290/96, T-590/96, T-393/97, T-667/97 T-656/98.
[78] Así en la Sentencia T-656/98 *v. gr.*, la Corte consideró abiertamente inconstitucional, y vulnerador del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, que el reglamento educativo de una institución de educación estableciera sanciones, aún leves, frente al ejercicio de la libertad de una mujer por la maternidad, aun cuando el hecho del embarazo fuese contrario a la filosofía de la institución educativa. En el mismo sentido las sentencias T- 1531/00, T-683/03, T-1011/01, T-688/05 y T-918/05.

El derecho a la identidad personal,[79] del que se desprenden entre otros: (i) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad. La Corte entiende "jurídicamente" este derecho como "la facultad del individuo de proclamar su singularidad"[80]; (ii) El derecho a la libre opción sexual. La Corte ha afirmado en diversas sentencias que "la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...)"[81]; (iii) el derecho a decidir sobre la apariencia personal, la Corte ha determinado que patrones estéticos no pueden ser impuestos por las instituciones educativas[82], ni tampoco por el Estado ni por otros particulares[83]. A manera de ejemplo, las decisiones sobre el atuendo o vestido, la longitud del cabello o el uso de cosméticos no pueden ser decididas por el establecimiento educativo[84]. Tampoco las entidades estatales pueden establecer normas reglamentarias discriminatorias del acceso a cargos y funciones públicas con base en patrones estéticos[85], ni los establecimientos de reclusión imponer reglamentos de visitas que coarten las decisiones sobre la apariencia personal[86].

---

[79] La Corte, con explícito apoyo doctrinal, ha entendido este derecho del siguiente modo: "El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad. Son todos estos 'derechos naturales o propios de la persona humana, que revistan carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana' (Bidart Campos, Germán, Teoría general de los derechos humanos) (Sentencia T-477/95).

[80] En la sentencia T-594/93 a propósito de la solicitud de una persona que deseaba cambiar su nombre masculino por uno femenino, afirmó: "(...) La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (...) el nombre es una derivación integral (sic) del derecho a la expresión de la individualidad -a la que se ha hecho referencia-, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto". La sentencia T-168/05 hace un completo recuento jurisprudencial en la materia.

[81] Sentencia C-481/98. Ver también Sentencias C-98/96, T-97/94, T-539/94. La doctrina de la Corte sobre el tema puede apreciarse, en forma sintética, en el siguiente extracto de la sentencia C-481/98: "la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida".

[82] Sentencia T-179/99.

[83] Sentencia SU-641/98.

[84] Sentencias T-65/93 y T-248/96.

[85] Ver sentencias T-030/04, T-717/05.

[86] Sentencia T-624/05.

Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo[87], y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca, según criterios de otros, incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud.[88]

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido en la sentencia C-309/97 se hicieron interesantes precisiones y se diferenció entre las medidas perfeccionistas y las medidas de protección, éstas últimas constitucionalmente legítimas cuya finalidad era preservar bienes constitucionalmente relevantes, como el derecho a la vida y a la salud. Sobre este extremo se consignó:

> *"En Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas. Por el contrario, las*

[87] Sentencia T-493/93.

[88] Sentencia T-401/94. El siguiente extracto permite apreciar el criterio jurisprudencial: "¿En caso de disputa entre el médico y su paciente, debida al tipo de tratamiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada? Si se demuestra que la respuesta es negativa estaríamos en presencia de una violación, por parte del médico, de los derechos del paciente a la libertad y autonomía".

medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado".

En todo caso, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

"Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista".

La jurisprudencia reciente ha seguido fielmente los anteriores precedentes y ha declarado inexequibles disposiciones legales en materia disciplinaria y policiva que restringían desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad[89]. De lo que se deduce el

[89] Así, la sentencia C-373/02 declaró inexequibles enunciados normativos de la Ley 588 de 2000 que establecían inhabilidades para concursar para el cargo de notario, lesivas al libre desarrollo de la personalidad. Igualmente en la sentencia C-098/03 se decidió retirar del ordenamiento por inconstitucionalidad distintas expresiones del artículo 48 del Decreto 196 de 1970 por contrariar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por esa misma razón fueron declarados inexequibles distintos enunciados de la Ley 35 de 1989. Finalmente, en la sentencia C-040 de 2006 se declaró la inexequibilidad de distintas disposiciones del Decreto-Ley 1136 de 1970 las cuales establecían que quien ejerza en lugar público o abierto al público la mendicidad, la drogadicción, el alcoholismo o se encuentre en estado de enfermedad mental perturbando la tranquilidad pública, será sometido a tratamiento médico en un asilo, clínica, hospital u otro establecimiento público adecuado para el efecto hasta obtener su curación o rehabilitación definitiva, siempre que carezca de medios propios de subsistencia y no tenga una persona obligada y capaz de prestárselos, en caso contrario, dicho tratamiento clínico se podrá adelantar en su propio domicilio o en un establecimiento privado a su costa. A juicio de la Corte dichas disposiciones al habilitar al Estado para imponer sanciones cuando no se sigue el modelo de virtud y excelencia establecido por el legislador resultan contrarias al Texto Fundamental, pues manifiestan políticas perfeccionistas del ser humano, que desconocen los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y los principios constitucionales de autonomía personal y pluralismo democrático. El carácter coercitivo de tales medidas se expresa -en criterio de la Corte- en la posibilidad de privar la libertad personal al mendigo, drogadicto o alcohólico a través de su reclusión en un asilo, clínica u otro establecimiento hospitalario, por el sólo hecho de alterar la tranquilidad pública en uno de los citados estados de alteración física y psíquica.

carácter de este derecho como un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general y especialmente en materia penal.

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad[90].

También ha considerado la Corte, que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluir todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

En efecto, el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental, pues como lo ha considerado la Corte, "*La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio sicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad."*[91].

---

[90] Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-300 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-484 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-576 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[91] Ver sentencias T-248 de 1998, T-1019 y T-1090 de 2004

Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.

El derecho a la salud reproductiva ha sido considerado por esta Corporación. Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 1993, se concedió la tutela a una mujer embarazada detenida y a la cual no se le concede la detención hospitalaria aún cuando el parto era inminente. Consideró la Corte, además de los derechos del niño, que el trato especial que da la Constitución a la mujer embarazada (asistencia y protección durante el embarazo y después del parto) se sustenta en el derecho a la vida, la integridad personal, el respecto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la familia como institución básica de la sociedad.

Igualmente, al respecto de la recuperación de la función reproductiva como parte del derecho a salud de la mujer, entre otro caso, la Corte protegió a una mujer "*copiloto",* que por razón a su oficio tuvo un parto prematuro y la muerte posterior del neonato; a los pocos días también le sobrevino una infertilidad secundaria. Ella requería un tratamiento para recuperar su fertilidad, el cual no fue costeado por la empresa así como tampoco se le quiso reconocer la incapacidad cuando ella inicio el tratamiento por su cuenta aduciendo que era un estado provocado. Finalmente le fue cancelado su contrato de trabajo. La Corte consideró que en este caso hubo una violación del derecho fundamental a formar una familia, que incluye el derecho a decidir libremente el número e intervalo de hijos; además, que hubo una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación[92].

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles y puede poner en peligro la dignidad personal[93].

Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Esta

---

[92] Sentencia T-341 de 1994

[93] Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T 099 de 1999 y T-722 de 2001.

faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Adicionalmente, como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la Corte Constitucional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales[94].

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva. A continuación se hará una breve exposición del contenido de cada uno de estos derechos.

El derecho a planear la propia familia ha sido definido como *"la posibilidad de todas las parejas de individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta prerrogativa"*[95]. Implica la obligación estatal de adoptar medidas para ayudar a las parejas

---

[94] Entre las excepciones al consentimiento del paciente la Corte Constitucional ha contemplado los siguientes eventos: (i) cuando el estado mental del paciente o es normal, (ii) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, (iii) cuando el pacientes menor de edad. Sin embargo, aún en estos supuestos debe intentarse conciliar el derecho del paciente a la autodeterminación con la protección a la salud. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-401 de 1994 y T-850 de 2002, entre muchas otras.

[95] *El derecho a la salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo, Serie DESC, Bogotá, D. C. 2003, p. 286.

y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar información en materia planificación familiar y salud reproductiva[96].

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *"protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física"*[97].

Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales como el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual.

En conclusión, las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

---

[96] Ibidem p. 288.
[97] Idem. p. 289.

8.4. El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

El bloque de constitucionalidad constituye también un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, así lo reconoció expresamente esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

> *"Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia."*

Ahora bien, este límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal cobra especial relevancia en el caso en estudio, porque gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas giran en torno a la vulneración por parte de las disposiciones demandadas de diferentes tratados y disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes[98] consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así mismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos[99], el Comité para la Eliminación para la

---

[98] Comité de Derechos Humanos, caso Llontoy vs Perú, Comunicación No.1153/2003.

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

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[100], y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirman los demandantes que las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en esa medida las disposiciones legales que penalizan el aborto serían inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad.

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que "*En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales"*[101]. Postura reiterada en numerosas ocasiones[102], que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

---

[100] Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.
[101] Sentencia C-010 de 2000.
[102] Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991[103], y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminar de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Sobre este extremo resulta pertinente transcribir *in extenso* la sentencia C-070 de 1996[104]:

> "*El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento*

[103] En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.
[104] La sentencia versó sobre el artículo 372 del decreto 100 de 1980 – el Código Penal anterior -, que contemplaba las circunstancias genéricas de agravación de las sanciones para algunos delitos.

penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

"El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

"En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

"(...)

"En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la

necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad - medidas civiles, administrativas, laborales -, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.

"Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa (C-591 de 1993).".

En el mismo sentido, sostuvo esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

Además, es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifiestamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a Ferrajoli "la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos", y en consecuencia, "el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo", es decir, nullum crimen sine necessitate[105].

[105] Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladalid, 1997, p. 465.

En algunas situaciones, por el contrario, es manifiesto el deber que tiene el legislador de expedir leyes penales, de ejercer un deber de protección de los derechos humanos, como fue la tipificación del delito de genocidio o de la desaparición forzada de personas, que por lo demás responde al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, o incluso para hacer efectiva una norma constitucional, como es el caso del enriquecimiento ilícito, tal y como lo ha sostenido la Corte[106].

Pues bien, siendo la norma penal, al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales, dado que un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites a la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del ius puniendi está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal[107]*".*

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátese de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de

---

[106] Sentencia C- 316 de 1996.

[107] Ver al respecto los siguientes fallos: C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001 y C-317 de 2002, entre otras.

satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

9. La cuestión del aborto en el derecho comparado

Sin pretender hacer una descripción de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, los jueces constitucionales también se han pronunciado sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales sometidas a control de constitucionalidad.

La regulación actual del aborto en los sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva. Al margen de las razones que ocasionaron un cambio tal magnitud, a finales de los años 90 la mayoría de los países de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia. En América Latina la legislación sobre el aborto también es bastante dispar, así mientras algunos países como Argentina[108], México[109], Bolivia[110],

[108] El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

Cuba[111] establecen en su legislación penal eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños[112], otros países establecen una prohibición total del aborto

---

Art. 86.- incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.
El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.
nota: texto originario conforme a la ley n 23077.

[109]El Código Penal Federal mexicano establece:
Articulo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.
Articulo 334. No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del medico que la asista, oyendo este el dictamen de otro medico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.
[110] El Código Penal de Bolivia prevé:
Articulo 266.- (aborto impune).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.
tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.
En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.
[111]El Código Penal cubano dispone:
Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.
2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:
a) se comete por lucro;
b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
c) se realiza por persona que no es médico.
[112] Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.
(i) Bahía
Artículo 279 de la Constitución:
“La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”
Artículo 282 de la Constitución
“El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”
(ii) Goiás
Artículo 153 de la Constitución
“Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquélla cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y sicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y sicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”
(iii) Minas Gerais

entre los que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras donde la prohibición es absoluta.

Ahora bien, la intervención del legislador en esta materia no ha sido óbice para que el aborto haya sido una cuestión abordada por los tribunales constitucionales. A título meramente ilustrativo, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973, del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y del Tribunal Constitucional español de 1985, sin que con ello trate de hacer una descripción del derecho constitucional vigente en estos tres países ni de respectiva evolución jurisprudencial.

Aunque no ha sido la única oportunidad en la cual se ha pronunciado sobre el aborto, *Roe vs. Wade* constituye sin duda el caso más sonado abordado por la Corte Suprema de Justicia norteamericana sobre la materia. La controversia tuvo lugar a partir de la demanda interpuesta por una ciudadana que reclamaba su derecho a abortar y que por tanto alegaba la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el aborto en el estado de Texas. En esta ocasión la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció explícitamente el derecho de las mujeres embarazadas a abortar, derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado y de terceros en la esfera privada individual (Enmienda Catorce de la Constitución estadounidense).[113]

Artículo 190 de la Constitución
"Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).
(iv) Pará
Artículo 270 de la Constitución
"(...) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).
(v) Río de Janeiro
Artículo 291 de la Constitución
"El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...)"
(vi) Sao Paulo
Artículo 224 de la Constitución
"Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal."
(vii) Tocantins
Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3º)
"Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo."
Artículo 152 de la Constitución
"El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y sicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).

[113] Al respecto véase, por ejemplo, Cass R. Sunstein. 1993. "Pornography, Abortion, Surrogacy", *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, capítulo 9, pp. 257-290.

Sin embargo, la Corte reconoció a su vez que el Estado tiene un interés legítimo en la protección tanto de los derechos de la mujer, como de la potencialidad de la vida del que está por nacer. Como consecuencia de ello, afirmó que ninguno de dichos intereses puede ser desconocido, pero que, en cada etapa del embarazo de una mujer, los mismos adquieren una importancia y un peso distintos.

La Corte Suprema estadounidense distinguió los criterios relevantes para determinar la constitucionalidad de la reglamentación del aborto según el periodo de embarazo en el que se encuentre la mujer. Así, la Corte excluyó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer. Por último, pasado el periodo de viabilidad del embarazo, el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, por lo cual el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.

Por su parte, cabe resaltar dos sentencias sobre el aborto proferidas por el Tribunal Constitucional alemán. En la primera sentencia sobre el aborto (Sentencia 39, 1 de 1975) el Tribunal Constitucional alemán decidió que la sección 218A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses de embarazo sin que fuese necesario que la madre esgrimiera justificación alguna era inconstitucional. Sostuvo el juez constitucional en esa ocasión que la Constitución alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humanas como valores supremos e inviolables consagrados por la Ley Fundamental de Bonn. A la luz de éstos principios axiológicos existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal de implementar mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto. En esa medida, es posible e incluso deseable que el legislador imponga sanciones penales u otras igual de eficaces a éstas, tendientes a desincentivar una conducta reprochable como el aborto.

Ahora bien, a la vez que el Tribunal Constitucional alemán declaró enfáticamente la primacía del interés jurídico de protección del que está

por nacer sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, admitió que su deber de continuar y llevar a buen término el embarazo existe salvo en aquellos casos en los que el mismo se torne en una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible. Ello sucede, según el Tribunal, en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica.

La segunda sentencia sobre el aborto de 1985, entre otros aspectos importantes, ahondó sobre los supuestos de inexigibilidad del deber de llevar a término el embarazo y sostuvo:

> *Esto no significa que las circunstancias excepcionales, admitidas con base en la Constitución y que derogan el deber de dar a luz al hijo, sólo se consideren en caso de un serio peligro para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud. Las circunstancias excepcionales son también pensables en otros casos. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el tribunal Constitucional es la inexigibilidad. Este criterio se encuentra por lo tanto legitimado, porque la prohibición de la interrupción del embarazo, en vista del especial vínculo entre madre e hijo, no se agota en el deber legal de la mujer de no violar el perímetro legal del otro, sino que le asigna al mismo tiempo, un profundo deber existencial, de llevar a término el embarazo y dar a luz al hijo, así como el deber de cuidarlo y de educarlo, luego del nacimiento durante varios años. Desde la prospectiva de las*

> *obligaciones que se desprenden de esto, en las especiales circunstancias espirituales en la que se encuentra la que va a ser madre durante la fase temprana del embarazo, en casos especialmente difíciles, donde se pueden dar circunstancias en que se vea amenazada su vida, en las cuales la protección de la dignidad de la mujer embarazada, se puede hacer valer con tal perentoriedad, que en todo caso el ordenamiento legal estatal –haciendo caso omiso, por ejemplo, de concepciones fundadas moral o religiosamente- no pueda exigirle a la mujer que deba darle prevalencia, bajo cualquier circunstancia, al derecho a la vida del que está por nacer*[114].

Una postura similar adoptó el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53-1985, con ocasión del examen del texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Art. 417 bis del Código Penal. Se trataba nuevamente de una disposición legal que regulaba de una manera relativamente permisiva el aborto, la cual fue declarada parcialmente inexequible porque no satisfacía el deber estatal de proteger la vida en gestación. Se trataba a juicio del Tribunal de un caso difícil en el cual diversas consideraciones de carácter ético, religioso y moral se contraponían. Sin embargo, consideró que a la luz de la Constitución española debían ser ponderados la protección de la vida en gestación con los derechos de la mujer embarazada, de manera tal que ninguno de los dos resultara anulado. En esa medida el Legislador estaba obligado a garantizar la vida del nasciturus pero también a establecer bajo cuales circunstancias la obligación de llevar a término el embarazo se convertía en una carga inexigible para la madre y en esa medida era inconstitucional.

Sostuvo el Tribunal Constitucional español:

> *12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del nasciturus, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de*

[114] Sentencia 88, 203.

forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del nasciturus, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

Se tiene, entonces, que cuando los tribunales constitucionales han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cual de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

10. Examen del caso concreto.

10.1. La inexequibilidad de la prohibición total del aborto.

Corresponde a esta Corporación examinar la exequibilidad de las disposiciones que penalizan el aborto. Para tales efectos, se examinará en primer término la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, disposición que penaliza el aborto en todas las circunstancias, interpretado en sus alcances a la luz de los demás artículos acusados, es decir, los artículos 123 y 124, así como del artículo 32-7, en lo pertinente.

El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del nasciturus es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de

la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

Ahora bien, se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serian más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápites anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de

la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

En efecto, una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

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

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada,

como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.

En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal[115].

Sobre la grave afectación de la dignidad humana y la autonomía de la mujer embarazada en estos casos cabe citar algunos apartes de la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001:

> *"Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A*

[115] Código Penal, artículos138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación[116]*."*

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación[117]. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Ahora bien, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no

---

[116] Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.
[117] Ver sentencia C-404 de 1998

consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue victima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.

No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, 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 sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos[118] y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.

En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. Así, en la sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

> *"La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en*

[118] Ver C-563 de 1995.

que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas "perfeccionistas", esto es, "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico".

Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP[119], el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer[120], y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[121], en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del

---

[119] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.
[120] Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.
[121] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Algunos intervinientes sostienen que cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32-7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal. Al respecto, sin perjuicio de las consideraciones generales que posteriormente se harán sobre el punto, advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que

excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana[122].

Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con

---

[122] Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a termino el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexequibilidad del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequiblidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embazada.

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

10.2. La inexequibilidad de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 del Código Penal.

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere claramente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico establezca medidas de especial protección para ciertos sujetos y específicamente para los menores de edad[123]. Como se hizo alusión en

[123] Baste citar aquí la sentencia C-534 de 005 en la cual se sostuvo:

acápites anteriores de esta decisión, tales medidas de protección se han encontrado justificadas especialmente cuando se trata de menores de edad porque éstos *"se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos"*[124].

Medidas de protección que si bien están justificadas a la luz de la Constitución de 1991, en todo caso deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego. En el caso concreto se acusa a la disposición demandada de establecer una presunción que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de catorce años, pues a juicio de los demandantes la menor podría prestar su consentimiento válido para que un tercero le practique un aborto.

Para resolver este cargo resulta relevante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la titularidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento informado de los menores para la práctica de intervenciones médicas.

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona "en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla"[125], o, en otros términos, que "el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida"[126]. En consecuencia, la Corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho[127],

---

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. Así, resultan estrechamente relacionados los criterios con base en los cuales se define la medida de la protección jurídica de ciertos intereses de ciertas personas, con los criterios que subyacen a la asignación de cargas y beneficios en la sociedad (entendida pues, – se insiste- la mencionada protección como un beneficio o prerrogativa, en el caso de los y las menores de edad). Esto es, con los criterios que informan el análisis del principio y el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Carta.

[124] Sentencia C-309 de 1997.

[125] Sentencia T-542/96.

[126] Sentencia C-344/93.

[127] Así por ejemplo en la C-344/93 la Corte avaló la constitucionalidad de las normas de Código Civil que exigen el permiso de los padres para que los menores de edad contraigan matrimonio. Sostuvo la Corte en esa oportunidad: "En cuanto al argumento relativo al libre desarrollo de la personalidad, debe decirse que carece de fundamento. Pues la exigencia del permiso de los padres para contraer matrimonio, en nada contraría el libre desarrollo de la personalidad. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo 16 de la Constitución advierte que este derecho está limitado por los derechos de

al igual que los incapaces y en general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente.

Estos criterios han sido objeto de precisiones en algunos fallos de tutela. Así, en primer lugar, respecto de los menores de edad, la Corte ha admitido que la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes), se basa en "el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente"[128]. Esta clasificación no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad,[129] pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular.

En el mismo sentido en la Sentencia SU-642 de 1998, la Corte evaluó si en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, una niña de cuatro años de edad tenía autonomía suficiente para determinar la longitud de su cabello y, en consecuencia, si vulneraba tal derecho la disposición reglamentaria del jardín infantil al que asistía, en virtud del cual debía llevar el pelo corto. El fallo reiteró que, si bien la titularidad del derecho en cuestión se predica de todas las personas, puede ser objeto de mayores restricciones en razón del grado de desarrollo psicológico e intelectual de las personas. Así las cosas, la Corte acudió a dictámenes periciales que le permitieron determinar que un menor de cuatro años tiene ya suficiente capacidad para elegir libremente su vestuario, y, por ende, también para decidir sobre su apariencia personal, resolviendo este interrogante de manera positiva.

También resultan relevantes los criterios jurisprudenciales sentados por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del

---

los demás y por el orden jurídico. En este caso, ejercen los padres un derecho derivado de la autoridad que les es propia y que está expresamente consignado en la ley, es decir, en el orden jurídico". En el mismo sentido en la C-309/97 sostuvo: "Esto explica por qué estas medidas coactivas de protección encuentran un mayor campo de aplicación en relación con los menores de edad, por cuanto éstos todavía no tienen la capacidad suficiente de discernir sus propios intereses en el largo plazo, por lo cual las otras medidas alternativas menos coactivas no son en general procedentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño cuando el padre lo obliga a vacunarse, y a pesar de que este se oponga de momento, por cuanto que es lícito pensar que en el futuro, cuando llegue a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención de los padres. Se respeta entonces la autonomía con base "en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito". En el mismo sentido en la C-1045/00 se estimaron constitucionales la normas de derecho civil que permiten al ascendiente revocar las donaciones hechas antes del matrimonio cuando el donatario contrae matrimonio sin el permiso requerido: "… para la Corte resulta razonable la interferencia que la ley autoriza a los padres o ascendientes de los adolescentes en la trascendental decisión de contraer matrimonio, con el fin de obligarlos a reflexionar respecto de su decisión, puesto que el contrato matrimonial es una opción de vida que afecta íntima y profundamente la existencia no sólo de quienes lo celebran, sino de sus hijos y demás integrantes del núcleo familiar".

[128] Sentencia T-474/96.

[129] Sentencias T-474/96 y 477/95.

consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual. Sostuvo la Corte a este respecto:

> *"De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar "al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres*[130]*."*

Lo que lleva a la Corte a afirmar que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aún cuando éstos sean particularmente invasivos, no es un criterio que tenga un carácter absoluto:

> *"Por último, ni siquiera la edad configura un criterio puramente objetivo ya que, debido a la distinción anteriormente señalada entre capacidad legal y autonomía para tomar decisiones sanitarias, se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es entonces gradual ya que ésta "es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento*

[130] Incluso la jurisprudencia comparada ha admitido el derecho de las menores embarazadas en consentir la práctica del aborto aun en contra de la opinión de sus padres. Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health 462 V.S. 416 (1983).

de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente". Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esta Corte tiene bien establecido que la protección brindada por este derecho fundamental "es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales - se supone - son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad". Existe pues "una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas."

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión "o en mujer menor de catorce años" contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexequible.

10.3. De la inexequibilidad de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.

Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.

En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respetivo parágrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia.

10.4. La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

Se demanda también el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, enunciado normativo que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a al integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *"y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad"*.

En relación con esta disposición, la Corte encuentra que la causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no solo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado que se trata de una causal genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos.

En efecto, respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquélla de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones "*humillantes y potencialmente peligrosas para la salud",* no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política.

Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado.

11. Consideraciones finales.

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto

en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. **Negar** las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Cuarto. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*…o en mujer menor de catorce años … "* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Presidente
IMPEDIMENTO ACEPTADO

RODRIGO ESCOBAR GIL
Vicepresidente
CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GÁLVIS
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C – 355 DE 2006 DEL MAGISTRADO PONENTE JAIME ARAÚJO RENTERÍA

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-No configuración (Aclaración de voto)

PERSONALIDAD JURIDICA-Constitucionalización (Aclaración de voto)

NASCITURUS-No tiene personalidad jurídica (Aclaración de voto)

El derecho solamente reconoce personalidad jurídica a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o más exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le este reconociendo personalidad jurídica. Los seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, tienen una serie de deberes con el Estado como pagar impuestos o prestar el servicio militar. Situación jurídica no presente en aquellos intereses sin personalidad jurídica, que si bien pueden ser protegidos por el derecho no implica ello de suyo el reconocimiento de la personalidad jurídica. Por consiguiente, el nasciturus es ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc.

DERECHO A LA VIDA-Actas de Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (Aclaración de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Concepto (Aclaración de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Integración/**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD STRICTO SENSU**-Integración (Aclaración de voto)

DERECHO A LA VIDA-Consagración en instrumentos internacionales (Aclaración de voto)

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Marco normativo básico sobre el derecho a la vida (Aclaración de voto)

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Forma parte del bloque de constitucionalidad (Aclaración de voto)

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Alcance de la protección del derecho a la vida (Aclaración de voto)

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-No establecen que el aborto esté prohibido (Aclaración de voto)

La vida es protegida ampliamente por la Constitución Colombiana; aun que no hubo una definición en la asamblea constituyente, al estudiar el derecho a la vida, sobre el asunto que ocupó a la Corte. De los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende que el aborto esté prohibido. En consecuencia, son los Estados los que determinan según su orden Constitucional los parámetros o grados de protección a la vida y las excepciones a dicha protección.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER EN LA CONSTITUCION DE 1991-Importancia (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LA MUJER-Protección constitucional especial (Aclaración de voto)

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Alcance (Aclaración de voto)

LIBERTAD-Evolución histórica del concepto (Aclaración de voto)

DEMOCRACIA-Elementos (Aclaración de voto)

DEMOCRACIA-Finalidad (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites (Aclaración de voto)

LIBERTAD Y DIGNIDAD HUMANA-Alcance (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Carácter integral (Aclaración de voto)

El derecho a la salud debe ser entendido desde su perspectiva integral de carácter constitucional. Es decir , en este derecho deben tomarse no solamente los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos sino también los de orden espiritual, mental y psíquico.

LIBERTAD SOCIAL-Concepto (Aclaración de voto)

ABORTO-Penalización viola derecho a la igualdad (Aclaración de voto)

Imponerle a la mujer el rol, de ser, exclusivamente reproductivo constituye una discriminación y en consecuencia su derecho a la igualdad. Penalizar el aborto consentido por la mujer es considerarla solo como maquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas. Discrimina a unas mujeres frente a otras mujeres: 1) A las mas pobres frente a las may ricas. Pues estas últimas pueden viajar a donde el aborto no esta prohibido y si abortan lo hacen en condiciones de atención médica optimas. En cambio las pobres no pueden hacer ninguna de las dos cosas y 2) Por que discrimina a las mujeres más jóvenes frente a las de mayor edad, ya que las estadísticas demuestran que el problema es mayor y más frecuente para las jóvenes.

ABORTO-Penalización viola la dignidad de las mujeres (Aclaración de voto)

Tratar a las mujeres conforme al derecho fundamental a la dignidad humana consagrado en el articulo 1 de la Constitución, es siguiendo a Kant tratarla como algo mas que una máquina reproductora. Su dignidad es vulnerada cuando es violada; cuando se le insemina artificialmente o se le trasfiere un óvulo fecundado sin su consentimiento. En estos tres casos la mujer es cosificada. Se le convierte en un instrumento, ya sea para satisfacer los deseos del violador o los planes de quien le trasfiere el óvulo o la insemina. También se le cosifica cuando se le obliga a procrear contra su voluntad, esto es contra su libertad. En todos los casos en que no se le da a la mujer su libertad de no procrear, cuando se le obliga contra su voluntada tener un hijo se le instrumentaliza y cosifica, se le trata de manera indigna como vientre sin conciencia del cual se sirven o sobre el cual deciden los demás. La penalización del aborto viola el artículo 1 de la constitución que consagra no solo el derecho fundamental sino algo más valioso como es el principio fundamental de la dignidad de las mujeres.

LIBERTAD DE CONCIENCIA-Alcance (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE PRENSA-Concepto (Aclaración de voto)

LIBERTAD RELIGIOSA-Concepto (Aclaración de voto)

ABORTO-Decisión hace parte de la esfera de la libertad de conciencia (Aclaración de voto)

En un Estado de derecho, que presupone un Estado laico, existe una esfera de libertad donde el Estado no penetra y que se reserva al individuo para que adopte decisiones cruciales de su vida: si se casa o no y con quien lo hace; si creé o no en un ser superior y si creé en cual creé (Jesucristo, Buda; etc.). Esos valores o creencias intrínsecas se dejan a la elección individual y nunca son objeto de decisión colectiva. La decisión de abortar o no hace parte de esa esfera de la libertad de conciencia y debemos advertir que no se trata de una decisión fácil (como no es fácil la decisión de creer o no o de adoptar una religión, que también se deja a la conciencia de los individuos) sino difícil, donde se sopesan múltiples intereses y aspiraciones, deseos y proyectos de vida o inclusive la vida misma de la madre; elementos económicos, sociales y culturales, etc. Donde existen elementos "morales" y decisiones moralmente difíciles, que incluso en ese terreno pueden ser desaprobadas, pero que jurídicamente están reservadas a la conciencia de la mujer y que solo ella puede decidirlas; que no pueden ser decididas por los gobiernos.

ABORTO-No constituye delito cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer (Aclaración de voto)

El caso del peligro para la vida de la mujer, presenta el problema de ponderar el valor de la vida del que está por nacer y el derecho a la vida de la mujer madre como se ha señalado en esta providencia. Los grados de protección de la vida en uno y otro caso son diferentes, otorgándole el ordenamiento jurídico mayor sanción a la vulneración de la vida de la persona humana mujer que a la vida del que está por nacer. Correspondiendo entonces afirmar que, en aras de su no vulneración , existe mayor protección a la vida de la mujer que a la vida del que está por nacer. Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales la vida del que está por nacer constituya peligro para la vida de la mujer, la protección del primero cede a favor de la protección de los derechos de la segunda . Por consiguiente, la interrupción de la vida del que está por nacer no puede constituir un delito o hecho reprochable por el ordenamiento

jurídico legal por cuanto se busca proteger una necesidad constitucional de orden mayor como es el derecho a la vida de la mujer.

ABORTO-Procedencia cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida (Aclaración de voto)

ABORTO-No puede ser reprochado penalmente cuando se trata de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Aclaración de voto)

En aquellos eventos donde la interrupción del embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento , abusivo , o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto, no puede ser reprochado penalmente por cuanto se atentó de manera grave e inmensa contra la libertad de la mujer , derecho esencial en un Estado Democrático , y específicamente contra la voluntad de la mujer de reproducirse, derecho este inherente y básico en la mujer por cuanto es el único ser capaz de traer al mundo a otro ser.

ABORTO-Causado a mujer menor de catorce años (Aclaración de voto)

INCESTO-Prohibición (Aclaración de voto)

ABORTO-Certificación médica (Aclaración de voto)

ABORTO-Barreras que imposibilitan aborto legal y seguro (Aclaración de voto)

ABORTO-Confidencialidad (Aclaración de voto)

OBJECION DE CONCIENCIA-No son titulares las personas jurídicas/**OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN ABORTO-**Improcedencia (Aclaración de voto)

ABORTO-Obligaciones del Estado para proteger derechos de la mujer (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124.

Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 20000 Código Penal.

Demandantes: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Magistrados Ponentes:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Con el acostumbrado respeto, manifestando mi acuerdo con la parte resolutiva de la decisión adoptada, con el propósito de hacer claridad sobre el transcurrir del presente proceso de constitucionalidad y sobre algunos argumentos; debo manifestar lo siguiente:

1. En mi calidad de Magistrado Ponente de los expedientes de la referencia, la inicial propuesta presentada a la Sala Plena de esta Corporación - registrada el 24 de marzo del presente año – se fundamentaba en la ***despenalización total*** del aborto .

Las bases jurídicas de tales razonamientos se sustentaban en: *El concepto de libertad como base de la democracia en un Estado Social de Derecho; la libertad y la dignidad humana; el libre desarrollo de la personalidad; la libertad de la mujer y la prohibición del aborto; el status juridico de la mujer en la Constitución Política, en el derecho internacional y su libre desarrollo de la personalidad; la personalidad juridica de la mujer y sus derechos ciertos frente a la vida sin personalidad juridica del que esta por nacer y sus expectativas; la violación de la libertad de la mujer al sancionarse penalmente el aborot; etc.*

Los anteriores parámetros llevaron al Magistrado Sustanciador a concluir que : "*Dicha sanción de carácter penal, está vulnerando de manera inmensa la libertad de la mujer madre, por cuanto no tiene alternativa alguna para decidir , y le esta vulnerando de manera enorme su libre desarrollo de la personalidad al no poder determinar su proyecto de vida, al no poder actuar respecto a sus propios valores, al no poder ser digna consigo misma. Y más aún, cuando se restringe de manera*

absoluta para proteger al concebido que está íntimamente ligado a ella que es quien lo porta. Así entonces, el concebido cuenta con una expectativa no cierta de convertirse en ser humano por tal razón se realzan los derechos ciertos a la libertad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer , establecidos en la Constitución . Así entonces, la autonomía personal se está afectando por las limitaciones a la libre elección y materialización de planes de vida implícitos en las restricciones que para la madre presupone el embarazo, la crianza del hijo una vez nacido, su educación y formación , etc. Así las cosas, la prohibición de origen exclusivamente legal , de abortar es inconstitucional por ser violatorio de la Cláusula General de libertad, señalada en la Constitución, que arropa a la mujer y por ser violatoria del libre desarrollo de su personalidad , igualmente de origen Constitucional. Ambos derechos cuya protección reforzada radica en la mujer "

2. Como resultado del debate Constitucional propio del tema del aborto, fueron valoradas por el Magistrado Sustanciador otras posibilidades de despenalización que no fueron contempladas por los demandantes en sus demandas. Así entonces, se evaluó la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado no consentidas, el incesto; igualmente fue sujeto de examen las incidencias del embarazo en la salud síquica y mental de la mujer, situación esta que a llevado – en la práctica – a la despenalización total del aborto en varios países.

En consecuencia, ante la evidencia del nuevo estudio planteado y fundamentado en que la afectación de la salud síquica y mental de la mujer durante el embarazo puede conllevar la despenalización total del aborto; el Magistrado Sustanciador aceptó la posición señalada en la Sentencia.

3. Ahora bien, debe resaltarse que uno de los principios fundamentales sobre cualquier orden jurídico, es de la coherencia del orden jurídico (además de la unidad y la plenitud del orden jurídico); con este principio se busca que el orden jurídico no sea contradictorio o antinómico.

Este postulado de la coherencia es igualmente válido para las sentencias de los jueces que no pueden ser contradictorias. La contradicción se puede presentar cuando en la parte motiva no se sientan las premisas de aquello que se deduce lógica y jurídicamente de la inexequibilidad o de la exequibilidad condicionada.

Es importante recordar las normas que rigen esta hipótesis:

El artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatuto de la Administración de Justicia dice: *"**Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional**. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tiene el siguiente efecto: 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, serán de obligatorio cumplimiento y con efecto **erga omnes** en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio genera…"*

El artículo 14 del Decreto 2067 de 1991 dice: *"…En todo caso de contradicción entre la parte resolutiva y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutiva…".*

Por consiguiente, el suscrito Magistrado está de acuerdo con la parte *Resolutiva* de la presente Sentencia, sin embargo el entendimiento y algunos de los argumentos de la parte *motiva* debieron ser sustentados de otra manera.

4. Parte de los argumentos que en consideración del suscrito Magistrado, debieron ser esbozados en la parte motiva de la Sentencia y que presento (con fundamento en las actas, antes de que fueran presentados otros- aquí consignados- por el resto de la mayoria, y que no comparte), fueron los siguientes :

5. El Problema Jurídico Planteado

En opinión del suscrito Magistrado , el problema jurídico de carácter constitucional que se planteaba en las demandas D- 6122, D – 6123 y D-6124 , consiste en cuestionar la interrupción del embarazo como conducta punible , por cuanto dichas tipificaciones atentan gravemente contra *La vida , la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre* e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.

Por tal razón, el suscrito Magistrado consideraba que antes de efectuar análisis de fondo, debería procederse *en primer lugar* ,(I) a establecer el contenido Constitucional del *derecho a la vida (1)* ; el *Status jurídico de la mujer en la constitución de 1991 (2)*; así como el contenido jurídico de la *Cláusula General de Libertad(3)* y sus especificaciones en el libre desarrollo y la dignidad; *el derecho a la*

salud; (4) para *en un segundo lugar* (II) confrontar a la luz de dichos contenidos las normas acusadas.

I . LA VIDA, LA MUJER, LA LIBERTAD Y LA SALUD.

1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA Y LA MUJER.

1. El Derecho a la Vida

La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 11 el Derecho Fundamental a la Vida de las personas.

El derecho a la vida de las personas es la base sobre la cual descansan sus otros derechos; fundamentales o no: la libertad de expresión se acaba al desaparecer la vida y el derecho político a elegir termina con la muerte y lo mismo sucede con el derecho al deporte.

Lo usual es que las normas jurídicas protejan el derecho a la vida de quienes tienen personalidad; sin embargo pueden proteger la vida aun que esta carezca de personalidad jurídica. Este es el caso del que no ha nacido.

El suscrito Magistrado considera que respecto del status del nasciturus debió efectuarse la siguiente precisión:

La Personalidad Jurídica.

Aceptando que en el tema del aborto se cruzan posiciones biológicas, filosóficas, religiosas y éticas diversas; el tribunal constitucional no puede soslayar o ignorar las materias jurídicas. Dentro de estas, es de vital importancia para la resolución del asunto sometido a control, en esta oportunidad el de la personalidad jurídica.
La discusión no puede centrarse en el tema de la vida (vegetal, animal o humana), ya que hay vida en toda célula humana. Existe en el espermatozoide y en el ovulo, aun antes de que se unan y también después de su unión; sin embargo ni unidos ni separados tienen personalidad jurídica.

El centro de atención no puede ser la protección de ciertos seres: " Es verdad que se dictan leyes protectoras de los animales, plantas, etc., pero ello no significa que se les atribuya carácter de sujetos del derecho, ni que se le acuerden facultades, puesto que, en esos casos, revisten el carácter de bienes o valores jurídicamente protegidos, o si se quiere, de

objeto de las prestaciones (atención: de las prestaciones y no del derecho, porque el objeto del derecho es la conducta humana). Como es evidente, los sujetos de estas normas son los seres humanos, a los que se sanciona, ya sea por castigar a ciertos animales, o por no protegerlos debidamente, etc." [131]

Siendo el derecho una técnica social que tiene por objeto la conducta de los hombres, es claro que ni los minerales, ni las plantas o animales pueden ser sujetos del derecho. Solo lo serán los hombres (bien que actúen individual o colectivamente) a quienes el derecho atribuye personalidad (no sobra advertir que el concepto antropológico de persona no coincide necesariamente con el jurídico). El genero es la persona: el sujeto de derechos y obligaciones; el centro de imputación de las relaciones jurídicas (las especies: personas naturales y jurídicas).

Una mirada a los conceptos jurídicos fundamentales desde una teoría del derecho o de la filosofía jurídica, nos muestra que esta categoría es la que permite construir todo el edificio jurídico: solo las personas pueden tener derechos y obligaciones; solo las personas pueden entrar en relaciones jurídicas (comprar, vender, dar crédito, poseer bienes, intercambiar servicios, etc.); tener derechos sujetivos o deberes jurídicos; transgredir o incumplir prestaciones (o cometer entuertos) y a causa de ellas recibir una sanción.

El derecho y las teorías que se han esbozado respecto de éste se sustentan en la premisa según la cual hay derechos porque alguien con personalidad jurídica tiene esos derechos.

Así entonces, el ser humano *" solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos"*[132]

En consecuencia, la única manera a través de la cual el ser humano es elemento de las normas jurídicas y sus actos se transforman en objeto de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos; es cuando adquiere la personalidad jurídica. En otras palabras, el ser humano se convierte en *sujeto de derecho*, por cuanto sobre él reposan tanto derechos como deberes. Decir que un ser humano posee *personalidad jurídica* " *significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas"* [133]

---

[131] TORRÉ Abelardo, *Introducción al Derecho*; Décima edición Actualizada.; Ed. Perrot. Pág. 204
[132] Kelsen, Hans. " Teoria Pura del Derecho " pag 126 Editorial Universitaria de Buenos Aires
[133] Ibidem, pag 127

La Constitución de 1991, constitucionalizó el concepto de personalidad jurídica al reconocer la primacía de los derechos inalienables de todo ser humano, al reconocer su personalidad jurídica, al garantizarle el libre ejercicio de su derecho de asociación, al reconocerle la facultad de adquirir derechos y obligaciones, al facultarlo para ejercitar sus derechos . Pues bien, el reconocimiento de la personalidad jurídica en la Constitución implica para el Estado Colombiano el otorgamiento de dicha personalidad a todo ser humano por el solo hecho del nacimiento, la cual se extinguirá con su muerte.

Así las cosas, el derecho solamente reconoce *personalidad jurídica* a aquel ser que ha nacido, y por tanto posee derechos ciertos. En otras palabras, mientras el ser no nazca lo que existen son intereses susceptibles de protegerse, o más exactamente prestaciones en favor de este, sin que ello traiga consigo que se le este reconociendo *personalidad jurídica.*

Los seres humanos con personalidad jurídica tienen la posibilidad de obligarse, y por ende pueden adquirir bienes y servicios, contratar, fungir en calidad de acreedores o deudores, tienen una serie de deberes con el Estado como pagar impuestos o prestar el servicio militar. Situación jurídica no presente en aquellos intereses sin personalidad jurídica, que si bien pueden ser protegidos por el derecho no implica ello de suyo el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Por consiguiente, el nasciturus es ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc.

De aceptarse una tesis contraria, esto es que el nasciturus tiene personalidad jurídica sus derechos siempre prevalecerían sobre el de la madre: un ser que no expreso su voluntad para venir al mundo y que además esta indefenso; enfrentado a quien la trajo al mundo sin su voluntad y con más poder que el feto, en caso de conflicto, deberían primar los derechos del más débil.

La consecuencia de aceptar que el nasciturus tiene personalidad jurídica; es tanto como permitir que exista una persona que solo tiene derechos pero que no tiene obligaciones o deberes jurídicos, lo que seria contradictorio con el concepto mismo de personalidad jurídica, que implica derechos y deberes u obligaciones.

En este orden de ideas, la confrontación existente debe plantearse entre la madre que tiene personalidad jurídica y derechos ciertos y actuales, frente a un ser que carece de personalidad jurídica, que no tiene derechos

subjetivos y que solo es objeto de prestaciones (y que por lo tanto solamente posee potencialidades).

Pues bien, en opinión del suscrito Magistrado, argumentar que existe un conflicto de derechos entre el ser que está por nacer y la madre, es partir de un fundamento errado, y es considerar al ser que está por nacer con personalidad jurídica y por ende con derechos y obligaciones.

Dicho planteamiento es erróneo, como se demostró atrás, en consecuencia la vida es un interés protegido por el derecho, pero no por ello implica que desde la concepción haya personalidad jurídica. Y no aparejando de suyo la vida la personalidad jurídica , mal puede afirmarse que existe un conflicto de derechos entre un ser que está por nacer que no tiene personalidad jurídica ni derechos ni obligaciones y una mujer que tiene personalidad jurídica y por consiguiente posee derechos y obligaciones. En otras palabras, no puede haber conflicto de derechos ni ponderación de estos por cuanto los supuestos son diferentes.

De otro lado no sobra recordar que quien tiene personalidad jurídica tiene un derecho cierto- no probable- a la vida y a otros derechos fundamentales como a la libertad (en todas sus especificaciones), a la igualdad, a la salud, a la dignidad, etc.

Dworkin llama la atención sobre las consecuencias que trae atribuir personalidad jurídica a todos los seres que quieren protegerse:

" *Pero la idea de que la Constitución permite a los Estados atribuir personalidad al feto presupone algo más que una utilización benigna del lenguaje de la personalidad. Presupone que un Estado puede recortar derechos constitucionales añadiendo nuevas personas a la población constitucional, a la lista de aquellos cuyos derechos constitucionales compiten entre sí. Por supuesto, los derechos constitucionales de cualquier ciudadano se ven muy afectados por quien más, o qué más, sea también considerado titular de derechos constitucionales, pues los derechos de estos últimos compiten o entran en conflicto con los derechos de aquél. Si un Estado pudiera no sólo crear sociedades anónimas como personas jurídicas , sino también otorgarle un voto, podría perjudicar el derecho constitucional al voto del que son titulares las personas ordinarias, pues los votos de la sociedades anónimas diluirían los de los individuos. Si un Estado pudiere declarar que los árboles son personas con derecho constitucional a la vida, podría prohibir la publicación de periódicos o libros a pesar de la garantía de la libertad de expresión de la primera enmienda , que no es una licencia para matar. Si un estado pudiera declarar que los monos superiores son*

personas cuyos derechos compiten con los derechos constitucionales de las personas ordinarias, podría prohibir que sus ciudadanos tomaran medicinas que se hubieran experimentado primero con tales animales" [134]

Sobre el tema del aborto no hubo una definición por parte del constituyente y el tema se eludió de manera conciente debido a la complejidad del mismo; así se infiere de sus actas

1.1. ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991.

Cuando los Constituyentes presentaron el primer proyecto frente a la Carta de Derechos, Deberes y Garantías, el primer artículo que abordaron fue el derecho primigenio a la vida.

Dicho artículo quedó ,inicialmente durante la sesión en comisión de Abril 15 , concebido así: *"No hay pena de muerte, la tortura en todas sus formas al igual que los tratos inhumanos y degradantes y la desaparición forzada, son delitos"*

Y se abrió el debate:

"

- ***(…) O simplemente tratar la vida en forma general, sin entrar a definir el proceso de la vida, pero si se entra a definir el proceso de la vida, yo creo señor Presidente que este es un tema que en realidad no es para un anochecer, sino que es un tema que tiene tremendas implicaciones, y las ha tenido en todos los países, en todos los piases en que tendríamos que de entrada buscar posiciones sobre los otros artículos****. Que se quiere decir en los otros artículos, que se pretende decir, cual es el alcance de lo que allí se dice, para entonces entrar a ver que punto de referencia tomamos para el debate sobre la vida, y yo no se realmente señor Presidente, si sería el caso por su trascendencia de entrar ahora o de entrar a otro artículo, y en una forma más reflexiva, serena y de intercambio de criterios, pues comenzar por un punto de definición fundamental, y que yo creo que tiene que ver con muchos aspectos hoy día, de creencias, de sociedad, y creo que de sentimiento colectivo de nuestra Nación. (Negrilla fuera de texto)*

- *Gracias doctor Pastrana.*

- *Señor Presidente…*

---

[134] Dworkin, Ronald. El Dominio de la Vida. Editorial Ariel. Pag 151.

- *Doctor Zalamea, pidió la palabra, doctor Emiliani.*

- *Gracias señor Presidente.* ***Yo creo que este es uno de los artículos, que si lo gramos convertirlo en una solemne interpretación haría innecesario el debate, hasta esos extremos.*** *Yo creo que sí podemos decir, así como decimos en el artículo tercero o dice la subcomisión. La paz es un derecho, y un deber obligatorio para todos.* ***No necesitamos definir la paz, es obvio lo que es la paz, la gente lo siente, lo anhela, y ese es un artículo que parece perfecto, es corto y dice muchísimo; como diría también muchísimo un artículo segundo de la vida, que dijera simplemente: el derecho a la vida es inviolable, eso es suficiente, no necesita más explicaciones. (…)***

- ***Yo estoy de acuerdo con usted, pero en ese caso tendríamos que entrar a considerar cual es el alcance del artículo 39, de que el derecho de la mujer, es decisión de la mujer, la opción libre de la maternidad. Yo considero y coincido con usted en la afirmación del derecho a la vida y que no entremos de pronto a discutir cual es el origen o el proceso,*** *pero que no se le establezca limitantes a ese derecho en otros artículos e interpretaciones que puedan ser equívocas, y yo eso, eso es lo que es, si el derecho a la vida lisa y llanamente,* ***aún nosotros que tenemos en nuestro artículo, el que está por nacer tiene los mismos derechos no cabría, pero lo que yo le digo al señor Presidente, es que este es un tema de tanta trascendencia, que en realidad lo que hay aquí, son grandes principios, grandes valores, grandes situaciones, aún grandes conflictos, y que no podemos decir, es un artículo más, a no ser que ese artículo, como el de la paz sea un artículo en esa forma.*** *(Negrilla fuera de texto)*

- *Gracias doctor Pastrana.*

- *Gracias señor Presidente.*

- *Continua el doctor Zalamea.*

- *Estaba señalando que ese tipo de artículo, sería la solución a nuestros graves problemas de tiempo, entre otras cosas, nos podríamos poner de acuerdo sobre sentencias así ciceronianas, catonianas, prácticamente también, por ejemplo aquí, el artículo cuarto de la igualdad, me parece perfecto el primer párrafo(…).*

- *Gracias, continúa el debate.*

- *Señor Presidente*

- *Doctor Emiliani.*

- *Sí, para hacerle una explicación a la comisión de porqué se redactó el derecho a la vida de esta forma y como se han redactado otros con el mismos estilo, en que consiste, que tiene por finalidad afirmar, destacar enfáticamente en que consiste cada derecho de una manera clara y nítida, de modo que cualquier ciudadano aunque no tenga conocimientos jurídicos, con la sola lectura sepa, cual es su derecho.(...)* ***En cuanto a las observaciones del Presidente Pastrana, tampoco quisimos, por lo mismo, entrar allí en una discusión, para hablar claro, sin eufemismos, ni sobre el control de la natalidad, ni sobre el aborto, sino eso dejarlo para otra parte, porque el artículo 39 sobre la maternidad, es una opción de la mujer, de la cual yo me aparté, yo presenté mi ponencia aparte, yo discrepé, no porque esté consagrado de una manera general, pero si quiere la discusión aquí, no vamos a salir nunca de eso****. Hay dos maneras de tratar el tema."*[135]

En esos términos, se agotó el debate frente a la garantía fundamental a la vida. Las discusiones al interior de las deliberaciones en la Constituyente apuntaron más a su propósito de entenderse como calidad de vida y su relación con otros derechos conexos como la dignidad humana.

De igual manera fue notoria la preocupación por abordar tópicos que reflejasen las vivencias nacionales, estableciendo la necesidad de que quedaran consignadas en el Texto Fundamental. En efecto, y con ese propósito, casi todos los debates giraron en torno a tópicos como el de la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos crueles y degradantes, extendiéndose en esa temática los argumentos que favorecían la necesidad de hacer expresa alusión a la prohibición de los reprochables pero continuados comportamientos en el país.

En verdad, de ello dan cuenta las sesiones en comisión y en plenaria, realizadas desde el 15 de Abril hasta Junio 28, en lo que respecta, -se repite-, al derecho a la vida.

El afán de que no hubiese equívocos con relación a la más adecuada interpretación del concepto de vida, quedó en eso, y precisamente el propósito de reducirla a una definición sin vacilaciones y sin ambiguedades lo que hizo fue dejar ciertos vacíos con relación a la pregunta ¿cuándo comienza la vida?, ¿cuál es el fundamento del derecho a la vida? ¿en que corriente ésta se ve inspirada?, entre otros muchos cuestionamientos que quedaron sueltos.

---

[135] Antecedentes Temáticos de la Constitución Política de Colombia Arts. 11-14 pags 3-4

Ahora, poco se dijo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente sobre una postura enérgica y clara frente a la naturaleza y génesis de esta garantía, como quiera que no se observan debates desde perspectivas doctrinarias cualesquiera que fijaran una posición dogmática en el asunto. De las actas se desprende , que la constitucionalización de la vida fue observada desde dos perspectivas: como un derecho y como un bien jurídico.

Vista como un derecho, el Constituyente Raimundo Emiliani expresó:

“

- *Hay dos aspectos. Uno que además está en el pacto internacional de los derechos humanos que no es que el gobierno garantice el derecho a la vida, es que el derecho a la vida es un derecho, lo dice el artículo 61 del Pacto Internacional, que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, no es que lo garantice el Estado…*

- *Lo reconoce.*

- *Sí, pero aquí dice el Estado garantiza el derecho a la vida y luego yo me reservaría al votar este artículo, la concepción de que es vida, no dizque, que es muy importante.*

- *Pero de los dos métodos Presidente.*

- ***Allí por ejemplo, el liberalismo en su proyecto, propuso que del embrión no se qué, yo lo que digo es qué o entramos a ese debate, que es un debate (…) y difícil, o hacemos la afirmación del derecho a la vida con un tema controvertido que necesariamente vamos a tener que tratar en otras partes.”***[136]

Por su parte, otro delegatario, el doctor Diego Uribe sostuvo que:
“

- *Ahora bien, indudablemente la redacción podría enfatizarse en que la vida es un derecho, pero el Estado debe garantizarlo, porque estamos hablando de las garantías a las personas y a las comunidades; entonces yo si creo que el ponerle se garantiza, o el Estado se garantiza el derecho a la vida, pues esto es un deber del Estado que todos los días se lo estamos reclamando por no estar tutelándolo bien (…).”*[137]

---

[136] ibidem pag 5
[137] ibidem pag 4

Así entonces, en opinión del suscrito Magistrado , fuerza era concluir que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, no abordó el tema de inicio de la vida.

1.2 LA VIDA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad colombiano, debe efectuarse la pregunta ¿ prevén estos una definición clara sobre la vida antes de nacer.?.

El suscrito Magistrado consideraba que la respuesta a esta pregunta es negativa, pues los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia no precisan con claridad que la mujer tenga prohibido expresamente abortar.

Es pertinente reiterar en qué consiste el bloque de constitucionalidad. Al respecto cabe recordar que, grosso modo, se ha definido este bloque como aquella unidad jurídica compuesta "*por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.*

Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu."[138]

Es necesario indicar que la Corte ha afinado este concepto traído de la doctrina administrativa francesa, de la siguiente manera:

"Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas,

[138] Ver Sentecia C-067/03 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

(...)

En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, "los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias". En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohiben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.[139]

Ahora bien, un estudio sistemático del tema propuesto nos lleva a abordar el marco principal de la consagración del derecho a la vida en el plano internacional (en los sistemas universal e interamericano)

Los tratados que se estudian en el presente apartado, al reconocer derechos humanos y encontrarse ratificados por Colombia, pertenecen sin duda alguna al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con los parámetros ya señalados.

Así pues, cabe señalar que en el sistema universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado por el primer numeral del

---

[139] Sentencia C-1490/00 y

artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

"1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."

El Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Comentario General hecho a este artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señaló, entre otras cosas, que:

" La expresión "el derecho a la vida es inherente a la persona humana" no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias. "[140]

Absteniéndose, de indicar de cualquier manera que el pacto, de alguna manera, prohíba el aborto.

En concordancia con lo anotado es necesario precisar que la Convención sobre los derechos del Niño (parte también del sistema universal), bien indica en el su preámbulo la necesidad de protección del niño *"tanto antes como después del nacimiento",* el artículo 1º de dicha convención se sustrae de precisar con claridad que en su definición de niñez se pueda englobar lo existente en momentos anteriores al nacimiento. Señala el artículo 1º que:

"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."

Así pues, la definición citada se apoya en un concepto amplio y ambiguo cuando se entra en estos temas, que es el del ser humano. Cabe señalar que en los trabajos preparatorios de la convención la omisión anotada fue

---

[140] Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982). Tomado de: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom6.html

deliberada, pues se consideró que debía quedar en mano de los Estados Partes (como se verá en cuadro posterior) la discreción para adoptar, de conformidad con sus valores, una definición de lo que es un niño, que se extiende, por contera, a un concepto de vida protegido por la Convención[141]. Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna prohibición a las prácticas abortivas.

El sistema interamericano también tiene normas que buscan el amparo de la niñez. Estas conservan el espíritu de la anteriormente anotada, en el sentido de que se sustraen de hacer precisos señalamientos respecto de si lo no nacido es sujeto de protección y, de igual manera, no consagran una prohibición de aborto. Debe indicarse que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema universal, el interamericano carece de un instrumento exclusivamente dedicado al tema, y la protección a la niñez deriva directamente de la Convención Americana; de su artículo 19:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Es necesario indicar que los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principal instrumento del sistema interamericano, quisieron precisar el alcance de la protección del derecho a la vida en el numeral 1º del artículo 4º de la Convención:

1. 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.

---

[141] De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de "niño" y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LOS SISTEMAS UNIVERSAL E INTERAMERICANO. Pág. 804.

La norma transcrita, que relaciona la vida con el momento de la concepción, indica no obstante que la protección otorgada en este sentido es *en general.*

La connotación *general* , determinada por la Convención , permite que los Estados parte de este tratado son los que a través de sus normas constitucionales y legales establecen las excepciones a dicha generalidad, estando en capacidad –de así disponerlo su orden constitucional y legal interno- de permitir excepciones a la protección del producto de la concepción y, por contera, de permitir la interrupción del embarazo,

Sintesis: La vida es protegida ampliamente por la Constitución Colombiana; aun que no hubo una definición en la asamblea constituyente, al estudiar el derecho a la vida, sobre el asunto que ocupó a la Corte. De los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende que el aborto esté prohibido. En consecuencia, son los Estados los que determinan según su orden Constitucional los parámetros o grados de protección a la vida y las excepciones a dicha protección.

2. STATUS JURIDICO DE LA MUJER EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA .

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en el Estado.

La Sentencia C- 371 de 2000 , de esta Corporación manifestó:

“ *La situación histórica de la mujer en Colombia. Una breve reseña de los cambios normativos.*

22- No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.

Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria

potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula "de" como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.

Poco a poco la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de una igualdad jurídica, se fue concretando en diversas normas que ayudaron a transformar ese estado de cosas. Así, por ejemplo, en materia política, en 1954 se les reconoció el derecho al sufragio, que pudo ser ejercido por primera vez en 1957. En materia de educación, mediante el Decreto 1972 de 1933 se permitió a la población femenina acceder a la Universidad. En el ámbito civil, la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. El decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, y la de vivir con él y seguirle a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo, y las leyes 1ª. de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley. En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

A este propósito de reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer se sumo también el constituyente de 1991. Por primera vez, en nuestro ordenamiento superior se reconoció expresamente que "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades" y que "la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".

Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza."

A partir del Acto Constituyente de 1991, las mujeres adquirieron trascendencia a nivel Constitucional, no sólo por el hecho natural de hacer parte de los seres humanos, no sólo por el hecho de hacer parte del pueblo colombiano, de ser nacionales colombianas, no sólo por el hecho

de ser ciudadanas colombianas, sino primordialmente por el hecho de pertenecer al género femenino, las más de las veces no reconocido suficientemente en nuestra historia constitucional.

Hacer parte del género al que pertenecen las mujeres, contó con especial deferencia por parte de Constituyente de 1991. Éste conocedor de las desventajas vividas por la mujer, optó por privilegiarla de manera clara , pensando en equilibrar la situación ya harto desequilibrada y en aumentar su protección a la luz de aparato estatal.

Así las cosas, la Constitución de 1991 estableció de manera específica :

“

(…)

ARTICULO 13. Todas las personas *nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades* ***y gozarán de los mismos derechos, libertades*** *y oportunidades* ***sin ninguna discriminación por razones de sexo****, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

(…)

ARTICULO 40. Todo ciudadano *tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

1. Elegir y ser elegido.

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

(...)

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

(...)
ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; ***protección especial a la mujer****, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 , declaró expresamente su voluntad de enaltecer los derechos de las mujeres y protegerlos de una manera reforzada.

Los derechos específicos de la mujer *a la no discriminación como cláusula general* (art. 43 Constitucional) *a la no discriminación por razón de su género* (art. 13 Constitucional) , *a su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública* (art. 40 Constitucional) , *a la igualdad de derechos y oportunidades en relación con el hombre* (art. 43 Constitucional) *a la especial asistencia de parte del Estado durante su embarazo y posterior parto , a su libertad reproductiva, a determinar el número de hijos que desee tener*(art. 43 Constitucional), *al apoyo especial de parte del Estado por ser cabeza de familia* (art. 43 Constitucional) *y a la protección especial en materia laboral* (art. 53 Constitucional) , ratifican de manera absoluta la voluntad expresa y manifiesta del Constituyente de realzar los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda.

Por consiguiente, la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos , requieren de atención fija por parte de todo el poder público , donde se incluyen los operadores jurídicos.

La Corte Constitucional, la cual acorde con sus competencias señaladas en el art. 241 de la Constitución Política , ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres en sus diferentes providencias.

Así pues, tenemos entre muchísimos otros :

- *el reintegro al cargo de mujer embarazada*[142],
- *la constatación del estado de indefensión de la mujer embarazada*[143],

[142] Sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999 Corte Constitucional; entre otras.
[143] Sentencia T- 1084 de 2002 C.C.

- *la preservación de la estabilidad laboral de la mujer embarazada*[144],
- *la no discriminación de mujer embarazada*[145],
- *las acciones afirmativas a favor de la mujer cabeza de familia*[146] ,
- *la autonomía de la mujer adolescente en relación con el matrimonio precoz*[147],
- *el pago oportuno de salarios a mujer embarazada*[148],
- *el derecho a la educación de la mujer embarazada*[149],
- *el derecho a la igualdad de mujer cabeza de familia disminuida físicamente*[150],
- *el derecho a la igualdad*[151],
- *el derecho al libre desarrollo de la personalidad*[152],
- *el derecho a la igualdad de sexos*[153],
- *el derecho de la mujer a participar en los niveles decisorios del poder público*[154],
- *los beneficios a favor de madres cabeza de familia*[155],

Así las cosas, tanto el derecho a la vida, como el derecho a la integridad personal , como el derecho a la salud , son derechos todos estos, garantizados por la Corte Constitucional en cabeza del género femenino.

Ahora bien, la *libertad* ha sido entendida en nuestra Constitución como un fin inmediato por parte del Estado (preámbulo Constitucional) . De su parte , la democracia, cuya esencia es la *libertad* como se observó anteriormente, es base estructural del Estado Colombiano , el cual debe estar vigilante de manera cotidiana de otro principio radical, *la dignidad humana*.

Así las cosas, en aras de dicho objetivo constitucional , las autoridades públicas tienen el deber constitucional de proteger la *libertad.* (art. 3 Constitucional) y de manera específica *la libertad para desarrollar la personalidad.*

El derecho al libre desarrollo de la personalidad , obliga a las autoridades públicas a no interferir en el espacio íntimo y reservado de los individuos

---

144 Sentencia T- 1062 de 2004 C.C.
145 Sentencia T- 375 de 2000 C.C.
146 Sentencia C- 722 de 2004 C.C.
147 Sentencia C- 507 de 2004 C.C.
148 Sentencia T- 606 de 1995 C.C.
149 Sentencia T-656 de 1998 C.C.
150 Sentencia T- 943 de 1999 C.C.
151 Sentencia T- 624 de 1995 C.C.
152 ibidem
153 Sentencia C- 112 de 2000 C.C:
154 Sentencia C- 371 de 2000 C.C
155 Sentencia C- 1039 de 2003 C.C

, por cuanto tomar decisiones por ellos implicaría *"arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen"*[156]

En consecuencia, esta Corporación ha entendido el libre desarrollo de la personalidad como *"la posibilidad de que cada individuo opte por su plan de vida y su modelo de realización personal conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros ni vulnere el orden constitucional".*[157]

Igualmente esta Corte ha expresado que el libre desarrollo de la personalidad implica *"realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios trazando su propia existencia, en los variados aspectos de la misma, las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo"*[158].

Así pues, la protección de este derecho trae consigo el resguardo no sólo de la autonomía de cada individuo, del respeto de su dignidad humana; sino la salvaguarda del principio pluralista establecido como soporte de nuestro Estado Social de Derecho. Por consiguiente, el respeto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, involucra el respeto por las diferentes visiones sobre la vida que cada individuo posee. De no ser así , mal podría hablarse de la existencia de un principio pluralista.

La mujer, entonces, sea como integrante del género femenino, sea como nacional , sea como ciudadana es sujeto activo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y específicamente, en aquellos eventos, donde sólo ella puede hacer valer sus especiales derechos.

Así las cosas, estaríamos en presencia de una violación al derecho referido *"cuando a la persona se le impide en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas en su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, y permiten su realización como ser humano".*[159]

No obstante, una limitación al libre desarrollo de la personalidad no se corrobora por el simple hecho de estar establecida en el orden jurídico . Esta limitación debe provenir de los parámetros constitucionales expuestos sobre el contenido esencial de la libertad . Al respecto la Corte ha manifestado : *"Si cualquier limitación está convalidada por el sólo*

---

[156] Sentencia C- 221 de 1994 Corte Constitucional
[157] Sentencias C-176/93 , C-616/97, C-309/97, T-248/96, T-090-96, Corte Constitucional, entre otras.
[158] Sentencia T-624/95.Corte Constitucional.
[159] Sentencia C-309/97 Corte Constitucional

hecho de estar incluida dentro del orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 superior se haría nugatorio. En otros términos: el legislador no puede establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución".[160]

En este orden de ideas, las limitaciones realizadas por los órganos del poder público al libre desarrollo de la personalidad, deben tener un sustento plasmado en la Constitución ; de no ser así estaríamos en presencia no de un límite al derecho referido sino de una completa anulación de éste.

Conclusión : La situación histórica de la mujer había sido desventajosa en nuestro Constitucionalismo. Ésta siempre vivió en condiciones de inferioridad respecto del hombre . En este orden de ideas, la Constitución de 1991 tomando posiciones, optó por otorgarle trascendencia Constitucional a la mujer. Dicha protección se concedió de manera reforzada (Arts. 13, 40, 43 y 53 , entre otros , de la Constitución Política) .

3. LIBERTAD

Como la sanción del derecho penal es normalmente la privación de la libertad del delincuente y en el caso concreto de quienes cometen el delito de aborto se hace indispensable repasar las nociones fundamentales de la libertad en un estado social de derecho.

3.1. EL CONCEPTO DE LIBERTAD. BASE DE LA DEMOCRACIA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

3.1.1. ASPECTO HISTÓRICO DE LA LIBERTAD

El contenido de la libertad desde el punto de vista histórico y filosófico ha evolucionado con el transcurso del tiempo , lo que ha permitido que no permanezca estático ante las visiones de los poderes constituyentes .

Con Epicureo se entiende la libertad individual , en el sentido que no puede permitirse a la autoridad pública que trasgreda ciertos límites.[161]

El primer pensador que estableció una conexión , entre el aspecto filosófico y el político social de la libertad, fue Hegel " En tanto que con anterioridad a Hegel el concepto de libre albedrío era considerado sobre todo en el aspecto personal , en el plano de la libertad de los actos

---

[160] Sentencia C- 221 de 1994 Corte Constitucional

[161] Berlin, Isaiah. " Cuatro Ensayos sobre la libertad " Alianza Editorial, Madrid España , 2003. pag . 48

humanos, para Hegel incluye, a la par con el aspecto propiamente filosófico, también es aspecto político-social, y llega a ser un sinónimo del concepto de libertad en general . " el libre albedrío es la libertad en general , y todas las otras libertades sólo son formas de este " , afirmó. En esas libertades incluye, entre otras, la libertad de palabra, la libertad política y , la libertad religiosa , considerando que son modificaciones , manifestaciones especiales del concepto universal de libre albedrío "

Históricamente, el concepto de libertad burgues, es un avance en relación con el régimen feudal.

En su disputa contra el feudalismo y en defensa de prerrogativas en la esfera económica y política , la burguesía acogió las ideas humanistas , en especial, el ideal de una unión política en la que se reconocía la libertad y los derechos iguales, a todos los hombres.

Por primera vez en toda la historia de la humanidad , era formulada la idea de que todo hombre es *sujeto de libertad* y titular de derechos naturales e inalienables .

Para los ideólogos liberales, el hombre, antes de entrar en sociedad ya era libre y poseía derechos. En el momento de pasar a la sociedad política , entrega parte de esos derechos, pero se reserva otros; la esfera de esos derechos que se reservó , es un lugar donde el Estado no puede entrar, donde se niega la acción del Estado.

Al respecto afirmaba Rousseau *" El poder soberano no puede traspasar los límites de las convenciones generales y todo hombre puede disponer plenamente de lo que ha sido dejado de sus bienes y de su liberta por ellas, de suerte que el soberano no está jamás en el derecho de recargar a un súbdito más que a otro, porque entonces la cuestión convirtiese en particular y cesa de hecho la competencia del poder ".*[162]

La concepción capitalista de libertad , parte del supuesto, de que la relación del individuo con el Estado , debe caracterizarse por la existencia de una serie de garantías que no permitan una intervención del Estado en toda la vida del individuo: el primero y más poderoso enemigo de la libertad del individuo , es el Estado, la sociedad. Por eso, los perennes intentos de las ideologías liberales de encontrar un equilibrio entre esas dos esferas, las esfera del poder estatal y la de la libertad personal.

---

[162] Rousseau, Juan Jacobo. " *El contrato Social "* publicaciones Universidad Nacional Autónoma de México pag 43

La liberta negativa , es negación del Estado, no intervención del mismo. Existe una esfera donde el Estado no puede penetrar porque esta reservada al arbitrio del hombre y si penetra existen mecanismos jurídicos para expulsarlo.

Debemos recordar que en el esquema liberal , la libertad del individuo es en principio infinita, en cambio, las competencias del Estado, son en principio limitadas.

El modo capitalista de producción, trajo inicialmente un tipo de libertad que se identificó con el arbitrio y que revistió la forma de *libertad negativa.* Así las cosas, la idea de libertad negativa respondería a la pregunta ¿ *En que ámbito mando yo ?*[163]

Este concepto de libertad , innato e inalienable al hombre en su condición de ser humano , es la radical diferencia entre el Estado Republicano y el Estado Absolutista.[164]

Ahora bien, este tipo de acciones de libertad comenzaron a estar sometidas al constante riesgo de que fueran limitadas o reguladas por parte del poder público.

Así las cosas, en el instante en que el poder público, optara por efectuar este tipo de limitaciones o regulaciones, se presentaba una negación de la libertad; la cual era concebida sin límites ni regulaciones. Pues bien, la única forma de reforzar el contenido de la libertad era otorgándole una protección jurídica , la cual provenía de una decisión legislativa. A este tipo de libertad se le conoce como *libertad positiva.* En este orden de cosas, la idea de libertad positiva responde a la pregunta *¿Quien es el que manda* ?[165]

Bobbio señaló:

"*La segunda mutación del concepto de libertad llegó al pasar de una concepción negativa a otra positiva, es decir, cuando la libertad autentica y digna de ser garantizada no solo se entendió en términos de facultad negativa , sino también en términos de poder positivo, es decir, de capacidad jurídica y material de concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales. Así como la libertad política había distinguido la teoría democrática de la liberal, la libertad positiva, en tanto que poder efectivo, caracterizó en el siglo*

---

[163] Berlin , Isaiah. Ob, cit. Pag 51
[164] Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. « *Manual de Derecho Constitucional* « .Editorial Marcial Pons .Madrid , España. 2001, pag 245
[165] Berlin, Isaiah. Ob, Cit. Pag 51

pasado las distintas teorías sociales, de modo particular las socialistas, frente al concepto puramente formal de democracia.”[166]

En este orden de ideas, el concepto de libertad positiva no implica estar libre de algo (concepción negativa) “ *sino el ser libre para algo, , para llevar una determinada forma prescrita de vida.”*[167]

Berlin denota claramente este concepto: “ *El sentido positivo de la palabra libertad se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo, y no de fuerzas exteriores , sean estas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mi mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto, ser movido por razones y por propósitos concientes que son míos , y no por causas que me afecten , por así decirlo, desde fuera. Quiero ser alguien , no nadie; quiero actuar , decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser movido por la naturaleza exterior o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de representar un papel humano; es decir , concebir fines y medios propios y realizarlos.”*[168]

Con el propósito que la persona oriente su propia vida a los objetivos que ella determina, es necesario partir de la base de la libertad de elección , asumiendo su propia responsabilidad. Solamente se es libre si el individuo puede realizar lo que él desee y por ende pueda elegir, entre dos o más maneras de obrar que se presenten, cual es la que él apetece adoptar.

Así las cosas, la libertad es la posibilidad de actuar y actuar sin ser sancionado por lo que hice. Si soy sancionado por lo que hice no soy libre. En otras palabras, la libertad radica en la posibilidad de escoger , el que no escoge no es libre , si se sanciona o penaliza a una persona con su escogencia estamos negando su libertad.
Por consiguiente, en la libertad deben siempre existir como mínimo dos opciones , esto con el propósito que el individuo ejerza su libertad eligiendo por cual opta.

De presentarse sólo una opción o aún más grave, no existiendo la posibilidad de escoger ; no podemos hablar de *Libertad.* Afirma Berlin: “ *Yo soy libre si puedo hacer lo que quiera, y quizá , elegir entre dos maneras de obrar que se me presentan cual es la que voy a adoptar”* [169]

---

[166] Bobbio, Norberto. Ob,Cit, pag 526
[167] Berlin , Isaiah . Ob, cit, pag 231
[168] Berlin, Isaiah. Ob, Cit pag 231 y 232
[169] Berlin, Isaiah. Ob, Cit, pag 14

De esta manera , si la libertad se fundamenta en la necesaria posibilidad de elegir entre dos opciones, en la persona, y sólo en ella, se establece la responsabilidad personal por la decisión errónea o acertada por su decisión en la selección de la opción. Así pues, la libertad es la libertad de escoger , es la libertad de acción . " *La libertad es la oportunidad de actuar no el actuar mismo . "*[170]

La asunción de la responsabilidad de cada persona deviene de la conciencia de si mismo como ser pensante , de las decisiones que él tome en función de sus propios fines y propósitos de vida.

Así las cosas, querer ser libre , es querer prescindir de obstáculos , disminuir hasta su máxima expresión las interferencias de personas que tienen su propios objetivos pero que no son los de uno.. *" La única libertad que merece este nombre es la de realizar nuestro propio bien a nuestra manera "*[171] Y es que los hombres piensan de manera bien diferente, luego no es acorde con esta realidad someter su voluntad bajo un principio común o una ley externa incompatible con la libertad de cada cual.

Bobbio circunscribe particularidades de este concepto de libertad :

" *Partiendo de este desarrollo de teoría política de la libertad , cuando hoy se dice que el ser humano es libre en el sentido de que ha de ser libre o ha de ser protegido y favorecido en la expansión de su libertad, se entienden al menos estas tres cosas:*

1. Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra las injerencias de los poderes exteriores, en particular del poder estatal. Ejemplo típico es la esfera de la vida religiosa que se asigna a la jurisdicción de la conciencia individual.

2. Todo ser humano debe participar directa o indirectamente en la formación de las normas que deberán regular mas tarde su conducta en aquella esfera que no esta reservada al dominio exclusivo de su jurisdicción individual.

3. Todo ser humano debe disfrutar del poder efectivo de traducir a comportamiento concretos los componentes abstractos previstos por las normas constitucionales que atribuyen este o aquel derecho , y por

---

[170] Berlin, Isaiah. Ob, Cit, pag 49
[171] Berlin , Isaiah. Ob, Cit pag 226

tanto, debe poseer en propiedad o como parte de una propiedad colectiva los bienes suficientes para gozar de una vida digna."[172]

Ahora bien, cuando esta *Cláusula General de Libertad* se constitucionaliza , no solo vincula de manera extrema al interprete sino que ella misma se constituye en una clara limitante al legislador. Diez Picazo señala " *Ello implica que el legislador no goza de una libertad omnímoda para restringir la libertad de las personas, y en ese sentido , para restringir sus autónomos proyectos de vida y el modo en que los desarrollan*"[173]

Siguiendo a Kant

El filosofo I. Kant en su articulo sobre ¿ Que es la ilustración?, dejo sentados los principios de lo que debe hacer un hombre que busca la verdad y con que espíritu debe enfrentarse a los problemas; siguiendo estas bases es que haremos el análisis de constitucionalidad; Kant dijo :*" La ilustración es la salida del hombre de su minoría de edad*." El mismo es culpable de ella. La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. *"Sapere aude Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración."*

La mayoría de los hombres, a pesar de que la naturaleza los ha librado desde tiempo atrás de conducción ajena (naturaliter maiorennes), permanecen con gusto bajo ella a lo largo de la vida, debido a la pereza y la cobardía. Por eso les es muy fácil a los otros erigirse en tutores. ¡Es tan cómodo ser menor de edad! Si tengo un libro que piensa por mí, un pastor que reemplaza mi conciencia moral, un médico que juzga acerca de mi dieta, y así sucesivamente, no necesitaré del propio esfuerzo. **Con sólo poder pagar, no tengo necesidad de pensar: otro tomará mi puesto en tan fastidiosa tarea.** Como la mayoría de los hombres (...) tienen por muy peligroso el paso a la mayoría de edad, fuera de ser penoso, aquellos tutores ya se han cuidado muy amablemente de tomar sobre sí semejante superintendencia. Después de haber atontado sus reses domesticadas, de modo que estas pacíficas criaturas no osan dar un solo paso fuera de las andaderas en que

---

[172] Bobbio, Norberto. Ob, Cit. Pags 525 y ss

[173] Diez Picazo, Luis M. "*sistema de derechos fundamentales"*. Editorial thomson civitas, Madrid España. 2005, Pag 69

están metidas, les mostraron el riesgo que las amenaza si intentan marchar solas. Lo cierto es que ese riesgo no es tan grande, pues después de algunas caídas habrían aprendido a caminar; pero los ejemplos de esos accidentes por lo común producen timidez y espanto, y alejan todo ulterior intento de rehacer semejante experiencia.
Por tanto, a cada hombre individual le es difícil salir de la minoría de edad, casi convertida en naturaleza suya; inclusive, le ha cobrado afición. Por el momento es realmente incapaz de servirse del propio entendimiento, porque jamás se le deja hacer dicho ensayo. Los grillos que atan a la persistente minoría de edad están dados por reglamentos y fórmulas: instrumentos mecánicos de un uso racional, o mejor de un abuso de sus dotes naturales. Por no estar habituado a los movimientos libres, quien se desprenda de esos grillos quizá diera un inseguro salto por encima de alguna estrechísima zanja. **Por eso, sólo son pocos los que, por esfuerzo del propio espíritu, logran salir de la minoría de edad y andar, sin** embargo, con seguro paso.

Pero, en cambio, es posible que el público se ilustre a sí mismo, siempre que se le deje en libertad; incluso, casi es inevitable. En efecto, siempre se encontrarán algunos hombres que piensen por sí mismos, hasta entre los tutores instituidos por la confusa masa. Ellos, después de haber rechazado el yugo de la minoría de edad, ensancharán el espíritu de una estimación racional del propio valor y de la vocación que todo hombre tiene: la de pensar por sí mismo...”

Kant, termina diciendo : “Una vez que la Naturaleza, bajo esta dura cáscara, ha desarrollado la semilla que cuida con extrema ternura, es decir, la inclinación y disposición al libre pensamiento, ese hecho repercute gradualmente sobre el modo de sentir del pueblo (con lo cual éste va siendo poco a poco más capaz de una libertad de obrar) y hasta en los principios de gobierno, que encuentra como provechoso tratar al hombre conforme a su dignidad, puesto que es algo más que una máquina.” Y agregamos nosotros: Tratar a la mujer conforme a su dignidad, puesto que es algo más; mucho más, que una maquina de hacer hijos.

Así entonces, de existir de parte de legislador, una coacción externa que impida a la persona la elección entre diversas alternativas , no podría hablarse de autonomía de la persona y de una persona auto responsable de sus actos.

3.1.2. LIBERTAD Y DEMOCRACIA

La democracia tiene una triada de elementos fundamentales: a) *libertad* b) igualdad. y c) poder del pueblo o como modernamente se denomina, soberanía popular

En consecuencia, uno de los supuestos de la democracia es la libertad. La libertad es el principio fundamental de la democracia " El principio de la aristocracia es la virtud, es de la oligarquía la riqueza y el de la democracia la libertad " [174]

La democracia tiene como finalidad la libertad " el fundamento del régimen democrático es la libertad; es el fin a que tiende toda democracia …. Otra *es el vivir como se quiere,* esta es el resultado de la libertad…. Este es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no , por turno. Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad."[175]

En este orden de ideas, debe afirmarse de manera radical que el fundamento estructural de cualquier sociedad moderna basada en un Estado Constitucional es la *libertad.*

La Constitución Colombiana se inclinó por una *democracia en libertad*[176] . En consecuencia, dichos conceptos se complementan y deben concurrir de manera similar en los coasociados.

En este orden de ideas, una " *res- pública"* debe tener como característica primordial que los ciudadanos convivan y se desarrollen en parámetros de *libertad.* Emmanuel Kant afirmaba " *la autonomía de los ciudadanos unidos en un Estado bajo leyes de libertad forma parte de los principios constitutivos de una comunidad entendida como estado de los ciudadanos; y que no es sino desde el momento en que se realiza esta autonomía , bajo una participación y codecisión lo más amplia posible de todos los ciudadanos por igual, cuando se perfecciona una república*."[177]

Pues bien, en una democracia resultante de un Estado Social de Derecho, y estructurada en el principio de *libertad*, las restricciones a ésta solamente pueden estar presentes si existe una *necesidad constitucional* para la seguridad de otro.

Así las cosas, en el evento en el cual la *necesidad* que se plantea es incierta debe operar de manera inmediata el principio *in dubio pro libertate* (la duda a favor de la libertad). Por consiguiente, quien desee

---

[174] Aristóteles, *" La Política "* Instituto de Estudios Políticos, Madrid , España pag 195
[175] Aristóteles, Ob,Cit. Pag 250
[176] Constitución Política de Colombia, preámbulo, artículo 1°.
[177] Benda, Maihofer,… Ob, Cit, pag 242

limitar la libertad , posee la carga de demostrar que la *necesidad* de dicha limitación tiene carácter constitucional. Por el contrario, quien desee mantener la libertad no posee carga alguna en materia probatoria, por cuanto esta es la base estructural de la democracia.

Limites constitucionales del derecho penal en los Estado democráticos

Cabe indicar, como bien lo señala el Procurador General de la Nación en su intervención dentro del presente proceso, que esta Corte ha expresado que si bien el Congreso de la República es titular de un margen de configuración legislativa en materia criminal, esta libertad dada al legislador no se puede ejercer sin límites[178] y aún más debe estar sometida y acorde con los parámetros señalados por los principios y fines Constitucionales.

Ello debe entenderse, a luz de lo señalado acertadamente por el Procurador, desde el hecho mismo de que *" el Estado debe preferir en tanto que sea posible, la utilización de todos sus elementos de gestión, de prevención, de disuasión, atención y solución de conflictos, antes de recurrir al ius puniendi. Adicionalmente, cuando tenga que recurrir a él, debe preferir los mecanismos de sanción de las conductas, diferentes a aquellas propias del derecho penal, acudiendo a éste solamente cuando se encuentre realmente justificado a la luz de los fines del Estado. Y ello es así, porque la sanción penal es el más fuerte reproche social y jurídico y conlleva la mayor invasión del Estado y las mayores restricciones de los derechos y libertades personales. Todo lo anterior explica su carácter de última ratio."*

Así pues, al legislador le es constitucionalmente permitido adoptar distintas estrategias de política criminal (tipificar conductas, indicar las penas, calificar unas conductas delictivas como más graves que otras), siempre y cuando la alternativa que apruebe, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Es necesario recalcar entonces que el derecho penal que aplica el Estado colombiano se empieza a definir claramente en el texto constitucional y que la atribución de desarrollarlo que le corresponde al Congreso *"no puede desbordar la Constitución"* y, por ende, no es absoluta. En consecuencia, el legislador *"está subordinado a ella* (la Constitución) *porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta.[179]"*

---

[178] Sentencia C-148 de 2005.
[179] Sentencia C-038 de 1995.

Además esta Corte ha recalcado que si bien el Legislador cuenta con potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles, es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.)[180].

Desea también , el suscrito Magistrado , hacer suyas las consideraciones del Procurador en el sentido de que la valoración de los bienes a proteger por medio de la tipificación de ciertas conductas no se fija de forma atemporal y de espaldas a la realidad social, porque en el derecho no hay absolutos y el carácter político de las decisiones legislativas implica la valoración conforme al desarrollo social. Por consiguiente, muchas conductas que en algún momento histórico se consideraron delictivas (por ejemplo el homosexualismo o el adulterio) dejaron de representar una afrenta social, fueron excluidos del ámbito del derecho penal y pasaron a ser parte de la vida privada de las personas. Ello a partir de una nueva valoración y el acogimiento de criterios *"que protegen la dignidad de la persona e impiden al Estado intervenir en las decisiones que constituyen parte del ejercicio libre de su personalidad y de su vida relacional, afectiva e íntima, cuyas motivaciones, propias de la complejidad de la mente y de los sentimientos humanos, escapan al poder y a la posibilidad de sanción social."*[181]*;* en armonía con los principios fundamentales señalados en el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta .

3.1.3. LA LIBERTAD Y LA DIGNIDAD HUMANA.

El Estado existe para tener como fin a la persona humana , lo importante al interior de esta es la dignidad humana. Esta se establece en el centro del Estado.

" *... Así las cosas, la dignidad humana se declara como presupuesto último , como el fundamento, y la obligación del estado que de ella se deduce como el fin supremo de una democracia en libertad"*[182]

---

[180] Sentencia C-237/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
[181] Concepto del Procurador General de la Nación.
[182] ibidem

En consecuencia, la dignidad de la persona humana es violentada cuando se imposibilita o se despoja de la libertad de autodeterminación , excluyendo la " *responsabilidad respecto de sí mismo*". De esta manera se excluye el valor propio del individuo , sinónimo de su dignidad.

La dignidad humana denota la absoluta posibilidad de que el individuo disponga de si mismo y en correspondencia la imposibilidad absoluta de que otros individuos dispongan sobre él. Por ende, el mecanismo innato de garantía de dicha dignidad se circunscribe exactamente a la protección de la autonomía de la persona.

Así entonces, es con base en su soberanía donde el individuo halla el espacio predilecto para *pertenecerse a sí mismo* y tomar las acciones de libertad propias , cuyas consecuencias deberán ser asumidas por su asunción de propia responsabilidad.

De lo expresado, debe constatarse que la *libertad* hace parte intrínseca de la dignidad humana . Al respecto de lo que hace parte de la dignidad humana, afirmó Alexy : "*la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad"*[183]

No puede concebirse entonces, la dignidad humana sin la existencia de libertad sobre sí mismo. Así pues, la libertad y la dignidad humana , como inseparables conceptos *ius-filosóficos* adquieren la inviolabilidad por ser inherentes e innatos a la persona humana. Es por lo anterior que Kant califica a la libertad como " *el único y originario derecho que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad"*[184]. Posición esta ratificada por Isaiah Berlin, estudioso de la libertad "*La libertad de decisión es intrínseca a la idea de ser humano"*[185]

Es por lo manifestado, que Berlin afirma que "*Las cuestiones quien manda y en que ámbito mando yo no pueden considerarse completamente distintas. Yo quiero determinarme a mi mismo y no ser dirigido por otros, por muy sabios y benevolentes que éstos sean; mi conducta lleva consigo un valor insustituible por el solo hecho de ser mía y no una conducta que me ha sido impuesta"*[186].

3.1.4. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

---

[183] Alexy, Robert. "*teoría de los derechos fundamentales,"* Madrid, Centro de Estudios Constitucionalaes, 1993 *pp. 345-346*

[184] Kant, Emmanuel. " *Metaphysik der Sitten " (cit.no 57) pag 345.* Cfr. Benda, Maihoffer. Ob, Cit. Pag 288

[185] Berlin, Isaiah . Ob, Cit . pag 43

[186] Berlin, Isaiah. Ob, cit. Pag 50

El libre desarrollo de la personalidad , es un derecho fundamental que deviene de la Cláusula General de Libertad , y cuyo ejercicio ratifica constantemente , en un Estado Constitucional y democrático, el principio de dignidad humana.

Nuestra Constitución, en su preámbulo, determina que el Estado es la creación del hombre a través del cual se llega al fin buscado : La libertad

Existiendo esta garantía, es como los individuos eligen entre distintos valores que son parte de su ser, y del sentido que tienen de su propia identidad; lo cual los identifica como humanos y los dota de dignidad. Lo precedente trae consigo que la libertad de autodeterminación sea un fin en sí mismo. El individuo es dueño y responsable de su propia obra , y por ende es digno de sí mismo.

Así pues , la base de este derecho radica en la fórmula según la cual " *Nadie puede obligarme a ser feliz a su manera (a la manera en que alguien concibe el bienestar de otros hombres) sino que cada cual puede buscar la felicidad por el camino que mejor le parezca , siempre y cuando no menoscabe la libertad de otro (esto es, su derecho) de perseguir un fin parecido que sea compatible con la libertad de cada cual según una posible ley general."*[187]

En consecuencia, un Estado Constitucional Democrático debe respetar los propósitos y fines plurales de sus individuos y garantizar de esta manera que los parámetros establecidos también sean protectores de un individuo libre. Dicha garantía y protección tiene su origen, no sólo en la cláusula general de libertad, sino en la libertad específica de libre desarrollo de la personalidad; tanto la una como la otra de origen Constitucional.

En este orden de ideas, el libre desarrollo de la personalidad trae consigo que cada persona determine por si mismo su propio proyecto vital.

Pues bien, la consagración constitucional de este derecho fundamental implica una repulsión hacia aquellas tendencias que creen conocer en mejor manera que les conviene a las personas y lo que deben hacer con sus vidas. En otras palabras, lo que determina la constitución es que *" cada ser humano es mejor juez de sus propios intereses."*[188]

Concluyendo podemos afirmar que el libre desarrollo de la personalidad deviene de la cláusula general de libertad. La persona sólo debe guiarse por leyes de libertad. Estas leyes sólo tiene validez si son respetuosas de

---

[187] Benda, Maihoffer…. Ob, Cit, 280 y ss.
[188] Diez Picazo. Ob, cit. Pag 69 y ss

la libertad constitucional. Todo lo que no esté prohibido por la Constitución esta permitido por las libertades constitucionales específicas o de manera residual por el libre desarrollo de la personalidad.

La libertad de autodeterminación hace que la persona sea un fin en sí misma. La persona es dueña de su propia " felicidad " , lo que la hace digna. Por consiguiente, existe la posibilidad de rechazar las acciones externas que pretendan determinar que es lo bueno o conveniente para un individuo .

4. EL DERECHO A LA SALUD.

Esta Corte ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el Derecho a la salud protegido por la Constitución Política es integral.

Se ha señalado que la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y psíquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

Por otra parte, el artículo 12 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico.

Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.

Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y sicosomático de la persona.

Por supuesto, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de su cobertura los padecimientos relacionados con el equilibrio y la sanidad mental y sicológica de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases o etapas de evolución de una determinada patología.

Mediante providencia T-1005 de 2.004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte sostuvo:

"*La afección psicológica del demandante, disminuye su dimensión vital, al tiempo que pone en riesgo la capacidad de relacionarse en sociedad y en general, se ven lesionados y amenazados sus derechos.*

Además, los usuarios que se encuentran en estado de debilidad manifiesta deben ser tratados por las entidades promotoras y administradoras de salud, conforme lo demanda su condición; tal es el caso de las personas que además de su condición de pobreza, sufren de trastornos o deficiencias mentales."

La Organización Mundial de la Salud ha entendido el concepto de Salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social y no simplemente la ausencia de enfermedad o dolencia" (Organización Mundial de la Salud 2.001).*

Y se agrega: " *Cuando la ley hace referencia especifica a la "salud mental", algunos países han interpretado que el termino incluye la angustia psicológica que causan, por ejemplo, una violación o un incesto, o el diagnóstico del daño fetal. En otras circunstancias los países han incluido en la interpretación de amenaza para la salud mental de la mujer, la angustia que provocan circunstancias socioeconómicas desventajosas".*[189]

Resumiendo: El derecho a la salud debe ser entendido desde su perspectiva integral de carácter constitucional. Es decir , en este derecho deben tomarse no solamente los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos sino también los de orden espiritual, mental y psíquico.

II. EL CASO CONCRETO.

Son unísonas las demandas al señalar que el establecimiento del aborto , por parte de legislador, como conducta punible ; vulnera varios derechos fundamentales de las mujeres como: *La vida , la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre* e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.

---

[189] Aborto Sin Riesgo . Organización Mundial de la Salud . 2003

1. EL PRINCIPIO : REGLA GENERAL DE PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

Precisado por el suscrito Magistrado que el derecho a la vida de las personas es la base sobre la cual descansan sus otros derechos, fundamentales o no: la libertad de expresión desaparece al finalizar la vida y el derecho político a elegir termina con la muerte y lo mismo sucede con el derecho al deporte.

Lo usual es que las normas jurídicas protejan el derecho a la vida de quienes tienen personalidad; sin embargo pueden proteger la vida aun que esta carezca de personalidad jurídica. Este es el caso del que no ha nacido.

De otro lado no sobra recordar que quien tiene personalidad jurídica tiene un derecho cierto- no probable- a la vida y a otros derechos fundamentales como a la libertad (en todas sus especificaciones), a la igualdad, a la salud, a la dignidad, etc.

Dworkin llama la atención sobre las consecuencias que trae atribuir personalidad juridica a todos los seres que quieren protegerse: " *Pero la idea de que la Constitución permite a los Estados atribuir personalidad al feto presupone algo más que una utilización benigna del lenguaje de la personalidad. Presupone que un Estado puede recortar derechos constitucionales añadiendo nuevas personas a la población constitucional, a la lista de aquellos cuyos derechos constitucionales compiten entre sí. Por supuesto, los derechos constitucionales de cualquier ciudadano se ven muy afectados por quien más , o qué más, sea también considerado titular de derechos constitucionales, pues los derechos de estos últimos compiten o entran en conflicto con los derechos de aquél. Si un Estado pudiera no sólo crear sociedades anónimas como personas jurídicas , sino también otorgarle un voto, podría perjudicar el derecho constitucional al voto del que son titulares las personas ordinarias, pues los votos de la sociedades anónimas diluirían los de los individuos. Si un Estado pudiere declarar que los árboles son personas con derecho constitucional a la vida, podría prohibir la publicación de periódicos o libros a pesar de la garantía de la libertad de expresión de la primera enmienda , que no es una licencia para matar. Si un estado pudiera declarar que los monos superiores son personas cuyos derechos compiten con los derechos constitucionales de las personas ordinarias, podría prohibir que sus ciudadanos tomaran medicinas que se hubieran experimentado primero con tales animales"* [190]

[190] Dworkin, Ronald. El Dominio de la Vida. Editorial Ariel. Pag 151.

La protección de la vida del que esta por nacer debe ser ponderada frente al derecho a la vida de la mujer que ya nació y sus otros derechos fundamentales.

En este presente análisis de constitucionalidad, el suscrito Magistrado conservará el esquema señalado en sus jurisprudencias anteriores . Dichas sentencias tienen como regla general la protección de la vida del que está por nacer. El suscrito Magistrado en esta oportunidad conservara esa regla y señalara las excepciones que violan la constitución y que el legislador no podría restablecer en ningún caso.

Pues bien , acorde con lo expresado hasta este momento , el valor de la vida del que está por nacer , es garantizada y protegida por el ordenamiento constitucional. Es decir, en cabeza del que está por nacer se radica la vida como objeto de salvaguarda por parte del Estado.

En consecuencia, el valor de la vida del que esta por nacer no goza de una protección absoluta, incondicional, arbitraria , a la luz de los postulados constitucionales. Este valor constitucional puede ser relativizado y limitado , si el origen de la necesidad de su relativización y limitación es de origen constitucional, bien porque choque con el derecho cierto a la vida de la mujer u otros derechos fundamentales de ella.

Para mirar el contenido de los derechos ciertos de la persona mujer que pueden colisionar con la vida del que esta por nacer se debe efectuar un análisis de los *Aspecto Filosóficos de los Derechos de la mujer que pueden Violados* **.**

Vida

El derecho a la vida de la mujer puede estar en peligro durante todo el embarazo. El derecho cierto de esta persona puede ser incompatible con la proteccion de la vida del que no ha nacido.

La libertad

El concepto filosófico de libertad, está íntimamente relacionado con el de libertades públicas, derechos civiles, garantías sociales etc.

El primer pensador, que estableció esta conexión, entre el aspecto filosófico y el político social fue Hegel: “En tanto que con anterioridad a Hegel el concepto del libre albedrío era considerado sobre todo en el aspecto personal, en el plano de la libertad de los actos humanos, para Hegel incluye, a la par con el aspecto propiamente filosófico, también es aspecto político-social, y llega a ser un sinónimo del concepto de libertad

en general. "El libre albedrío es la libertad en general, y todas las otras libertades sólo son formas de éste", afirmó. En esas libertades incluye, entre otras, la libertad de palabra, la libertad política y, la libertad religiosa, considerando que son modificaciones, manifestaciones especiales del concepto universal del libre albedrío.[191]

En el estado de derecho se parte del supuesto de que el individuo, por ser un ser libre goza en principio de una libertad ilimitada y las libertades publicas no son may que especificaciones, concreciones o manifestaciones de su libertad: Tiene la libertad de conciencia, por ser un ser libre; o la libertad de conciencia no es may que una manifestación de su libertad. Tiene el libre desarrollo de la personalidad como una concreción de su libertad. Puede reunirse y asociarse libremente por ser un sujeto libre. En una relación genero especie, la libertad es el genero y las libertades (conciencia, reunión, locomoción, etc.) son la especie.

En el estado de derecho la libertad es el fundamento de la responsabilidad: solo quien es libre es responsable. Esto es lo que explica que el caso fortuito y la fuerza mayor eximan del cumplimiento de las obligaciones. Esta misma razón es la que hace a ciertas personas, en el derecho penal, inimputables, pues no son libres de determinar su conducta.

La Libertad social

El concepto de 1ibertad social se refiere a las relaciones de acción reciproca de personas o grupos de personas. Hace relación al hecho que una persona o grupo de personas deja a otra persona o grupo de personas en libertad de actuar en cierto modo.

Una relación de libertad se refiere a la posibilidad de realizar por lo menos dos acciones alternativas y además al hecho de que no haya sanciones por la conducta realizada. Una persona es libre de actuar en una cualquiera de las posibilidades, con tal de que no haya otra persona que la haga no libre de realizar estas acciones o que la castigue por la acción realizada; por ejemplo, la libertad de voto significa poder votar o no votar, si el intento de una persona de hacer algo fue frustrado por otra, o si logro hacerlo pero fue castigado por hacerlo, se concluye que no era libre de hacerlo respecto de la persona que se lo impidió o que le castigo.

Las libertades fundamentales como limitación al poder del estado.

Entre los límites impuestos al poder del Estado el más eficaz es el

---

[191] Novikov, K.A.: “El Libre Albedrío y el Determinismo Marxista", México, Edit. Cartago, 1.984, p. p. 35-36.

reconocimiento jurídico de cierta esfera de la actividad del individuo o de autodeterminación individual, en la que el estado no puede entrar y si de hecho penetra existen mecanismos jurídicos para sacarlo de esa esfera.

Dentro del proceso del poder, estos ámbitos de libertad funcionan como controles sobre el poder político. Por medio de este dique que protege del Estado, los gobernados pueden aspirar a su felicidad personal. Estas esferas constituyen a su vez, el ámbito en el que se moviliza la actividad política de los gobernados y a partir de las cuales dicha actividad será transportada al proceso político y son los instrumentos para que la voluntad del pueblo pueda formarse desde abajo.

Los dos soportes fundamentales de la libertad burguesa son los derechos naturales y el pacto social.

Históricamente, este concepto de libertad, era un avance en relación con el régimen feudal. En su disputa contra el feudalismo y en defensa de sus prerrogativas en la esfera económica y política, la burguesía acogió las ideas humanistas, en especial, el ideal de una unión política en la que se reconocían la libertad y los derechos iguales, de todos los hombres. Por primera vez en la historia de la humanidad, era formulada la idea de que todo hombre, independientemente de su nacimiento, es sujeto de la libertad y titular de derechos naturales e inalienables; el triunfo del modo de producción capitalista, puso en un primer plano, la personalidad burguesa.

Para los ideólogos liberales, el hombre, antes de entrar en sociedad ya era libre y poseía unos derechos. En el momento de pasar a la sociedad política, entrega parte de esos derechos, pero se reserva otros; la esfera de esos derechos que se reservó, es un lugar donde el estado no puede entrar, donde se niega la acción del Estado.

Rousseau fijó claramente los límites a la intervención del Estado: “El poder soberano no puede traspasar los límites de las convenciones generales y todo hombre puede disponer plenamente de lo que le ha sido dejado de sus bienes y de su libertad por ellas; de suerte que el soberano no está jamás en el derecho de recargar a un súbdito más que a otro, porque entonces la cuestión convirtiese en particular y cesa de hecho la competencia del poder".[192]

La concepción capitalista de la libertad, parte del supuesto, de que la relación del individuo con el Estado, debe caracterizarse por la existencia de una serie de garantías que impidan una intervención del Estado en toda la vida del individuo: el primero y más poderoso enemigo de la

[192] Rousseau, Juan Jacobo; op. cit; p. 43.

libertad del individuo, es el Estado. Por eso, los perennes intentos de las ideologías liberales de encontrar un equilibrio entre esas dos esferas, la esfera del poder estatal y la de la libertad personal.

La libertad negativa, es negación del Estado, no intervención del mismo en ciertas esferas reservadas a la libre decisión de los individuos. De modo que los individuos pueden decidir los asuntos de una manera, otros de otra manera y un tercero de forma completamente distinta; por ejemplo uno puede creer en cristo y otro en buda y un tercero ser ateo y todas esas posiciones son igualmente jurídicas y respetables en el estado de derecho. Una mujer puede decidir sobre su cuerpo de una manera y otra de otra manera: unas deciden embarazarse y otras no y de las que lo deciden unas deciden llevarlo a término y otras no y ambas posiciones están protegidas jurídicamente.

Libre Desarrollo de la Personalidad

Es el derecho que tiene el hombre o la mujer a tomar su destino en sus propias manos y en decidir por si mismo los asuntos que le atañen. Decidir su propio proyecto de vida, darle su propio sentido a su existencia. Ser autónomo y no debe olvidarse que nomo viene de nomos y nomos es norma; lo que implica darse sus propias normas; auto normarse, no recibir normas de afuera, sino de si mismo.

La decisión de tener o no un hijo es un asunto que solo atañe a la mujer y es ella quien debe tener siempre la última palabra.

El libre desarrollo de la personalidad, que no es más que una manifestación de la libertad, esta consagrada en el articulo 16 de nuestra constitución y obliga y limita al legislador, incluido el legislador penal, quien no puede obligar a las mujeres a tener hijos no deseados, contra su voluntad. Obligar contra la voluntad Penalizando es no gozar del dominio sobre su cuerpo, someterla a una modalidad de esclavitud y privilegiar una concepción particular, sobre el mundo, la vida, etc.; desconociendo otras igualmente legitimas y respetables.

Derecho a la Privacidad o Intimidad

Podemos definirlo como una esfera de la vida del hombre donde el estado, incluido el legislador, u otras personas no pueden penetrar y si invaden esa esfera pueden ser rechazados.

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que la posición del individuo está condicionada por la concepción que se tenga del Estado. Si se considera que hay una esfera de la actividad de los individuos que

no puede ser tocada por el estado, que los individuos pueden manejar autónomamente y donde el estado no debe penetrar ni puede penetrar, ya que si lo hace existen mecanismos jurídicos para anular el acto y restablecer el derecho conculcado al individuo (y su esfera de privacidad), nos encontraremos con un tipo de estado liberal de derecho.

Si el estado, reservando una esfera autónoma a los individuos, se reserva, sin embargo, la propiedad de los instrumentos y medios de producción, nos encontraremos con un tipo de estado socialista, que modifica la posición del individuó, ya que en este tipo de estado los individuos no pueden tener propiedad privada de instrumentos y medios de producción y su estatuto jurídico es diverso, en el campo económico, al del individuo ubicado en un estado capitalista.

Si se considera que no puede existir ninguna esfera de la actividad del individuo donde el estado no pueda intervenir, o que no pueda, por lo menos vigilar, nos encontramos ante un tipo de estado totalitario (Nazista o Fascista), donde la posición del individuo se encuentra muy disminuida o sometida al estado.

Como dijera el juez Brennan . *“ Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones del gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o de tener un hijo”.*

Las decisiones como las de tener un hijo, o tomar o usar anticonceptivos o posconceptivos (la píldora del día después); o casarse son tan intimas y personales que las personas deben tomarlas por si mismas en vez de que el estado les imponga sus convicciones.

No existe para una persona esfera o zona más íntima que la de su propio cuerpo y correlativamente no existe may severa intromisión en su privacidad o intimidad que penetrar su cuerpo sin su consentimiento u obligarla a portar dentro de el algo que rechaza.

Derecho a la igualdad

La penalización del aborto viola el derecho a la igualdad de varias maneras:

> A los hombres nunca se les ha negado el acceso a la salud en los casos en que se trata de procedimientos quirúrgicos o medicamentos que solo ellos necesitan (intervenciones en la próstata o viagra). Como solo las mujeres pueden quedar embarazadas, al penalizar el aborto se

les esta negando el acceso a la salud a las mujeres cuando la opción reproductiva se ejerce de manera negativa con la elección de interrumpir el embarazo no deseado.

a) Al darle a los hombres toda la atención medica que ellos requieren para conservar su salud y su vida y no dársele a las mujeres se les está discriminando.
b) Imponerle a la mujer el rol, de ser, exclusivamente reproductivo constituye una discriminación y en consecuencia su derecho a la igualdad. Penalizar el aborto consentido por la mujer es considerarla solo como maquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas.

   "Las Leyes que prohíben el aborto, o dificultan o encarecen su obtención, privan a las mujeres embarazadas de una libertad u oportunidad que para muchas ellas resulta crucial. Una mujer que, al no poder acceder a un aborto temprano y seguro, es forzada a dar a luz a un niño que no desea, no goza ya del dominio sobre su propio cuerpo: la ley la somete a una especie de esclavitud. Sin embargo, esto es solo el comienzo. Para muchas mujeres, dar a luz a niños no deseados significa la destrucción de sus propias vidas: o porque ellas mismas son todavía niñas, o porque ya no les será posible trabajar o estudiar más, o vivir de una manera que les resulte significativa porque no puedan mantener a sus hijos. (Por supuesto, estos diferentes tipos de perjuicios se multiplican e intensifican si el embarazo tiene su origen en una violación o incesto, o si el niño nace con serios impedimentos físicos o psíquicos.) La adopción, incluso cuando es posible, no elimina estos perjuicios, pues muchas mujeres sufrirán un grave dolor emocional durante muchos años si entregaran su hijo a otras personas para que lo criaran y amaran. (Una de las mujeres entrevistadas en el estudio sobre el aborto que realizó Carol Gilligan y que describí anteriormente –una enfermera católica- ya había entregado a un hijo suyo para que fuera adoptado, y dijo que no sería capaz de volverlo a hacer, incluso aunque la única alternativa fuera el aborto. <Psicológicamente>, dijo ella, <no habría manera de que pudiera soportar otra adopción. Tardé alrededor de cuatro años y medio en recuperar mi equilibrio. Simplemente, de ninguna manera volvería a pasar por ello otra vez>.)"[193]

c) Discrimina a unas mujeres frente a otras mujeres: 1) A las mas pobres frente a las may ricas. Pues estas ultimas pueden viajar a

[193] Dworkin Ronald. "El dominio de la vida" Editorial Ariel, 1998. Página 138

donde el aborto no esta prohibido y si abortan lo hacen en condiciones de atención medica optimas. En cambio las pobres no pueden hacer ninguna de las dos cosas y 2) Por que discrimina a las mujeres mas jóvenes frente a las de mayor edad, ya que las estadísticas demuestran que el problema es mayor y mas frecuente para las jóvenes.

Derechos a la vida, integridad personal, salud y autonomía reproductiva

La salud, la integridad personal y la vida de las mujeres pueden estar en riesgo a causa de su embarazo. Si el embarazo ocasiona estos peligros y no puede ser interrumpido libremente se obliga a las mujeres a morir; y si alguna para no morir decide abortar en condiciones clandestinas comete un delito también con riesgo para su vida pues estos abortos clandestinos se efectúan en condiciones de precariedad médica e higiénica. El Estado tiene el deber de darles a las mujeres que deciden interrumpir su embarazo condiciones médicas e higiénicas óptimas para salvaguardarles sus derechos a la vida, integridad personal y a la salud. Debe realizar actos positivos en esta dirección; al no hacerlo, ha impedido a la mujer acceder a un servicio medico adecuado y económicamente accesible a las mujeres mas pobres. Con esta omisión del estado y con la penalización, se esta violando el articulo 43 de la Constitución que le impone a él una especial asistencia y protección respecto de las mujeres embarazadas sin distinguir si es para continuarlo o interrumpirlo.

Entendida la mujer como un ser libre, tiene también la libertad de decidir sus propios asuntos (libre desarrollo de la personalidad) y uno de esos asuntos es si se reproduce o no; siendo ambas decisiones igualmente jurídicas y respetables. La decisión de no reproducirse no puede estar penalizada, como tampoco puede estarla la de reproducirse. Se trata entonces de conceder la libertad de manera plena: a quienes quieren reproducirse y a quienes no quieren procrear. Tan absurdo como penalizar a las mujeres que quieren tener un hijo, aun con riesgo de su propia vida, aun cuando han sido violadas o cuando esta mal formado; es penalizar a las mujeres que no quieren tenerlo. Se busca es la salvaguardia de la libertad en todas las direcciones: positiva (tenerlo) y negativa (no tenerlo). Al penalizar la libertad negativa se están violando los artículos 13, 16 y 43 de la Constitución.

“En su lugar, Robin West plantea que las mujeres deben poner énfasis en la idea de responsabilidad, y ofrece lo que denomina “un argumento basado en la responsabilidad” para complementar los razonamientos de la sentencia *Roe*, que apelan a derechos.

Las mujeres necesitan la libertad de tomar decisiones en cuestiones de reproducción no sólo por un derecho a que se las deje en paz, sino, a menudo, para reforzar sus lazos con los demás: para planificar responsablemente una familia a la que mantener, para continuar cumpliendo con las obligaciones profesionales o laborales contraídas con el mundo exterior, o para seguir sosteniendo a sus familias o comunidades. Otras veces, la decisión de abortar no viene determinada por un instinto asesino de poner fin a una vida, sino por la dura evidencia de un compañero económicamente irresponsable, una sociedad indiferente al cuidado de los hijos, y un lugar de trabajo incapaz de adaptarse a las necesidades de los trabajadores con hijos... Cualquiera que sea la razón, la decisión de abortar es tomada casi siempre en el contexto de un conjunto de responsabilidades y compromisos imbricados, en conflicto y a menudo irreconciliables"[194].

Dignidad Humana (tortura)

El comité de Derechos Humanos de la ONU y comité de monitoreo de la convención contra la tortura han establecido que la violación sexual de la mujer y el no permitirle abortar cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación del derecho a no ser torturada y que son modalidades de tortura basadas en el género. Los datos médicos demuestran que las malformaciones son más graves y frecuentes en mujeres may pobres.

El acto legislativo 02 del 2001 que modifico el artículo 93 de la constitución le dio rango constitucional al tratado de Roma, a la corte penal internacional y a los delitos contemplados en él. Son en consecuencia parámetro para el control de constitucionalidad. El artículo 7 numeral I literal G del tratado de roma califica el embarazo forzado como un crimen contra la humanidad.

Tratar a las mujeres conforme al derecho fundamental a la dignidad humana consagrado en el articulo 1 de la Constitución, es siguiendo a Kant tratarla como algo mas que una máquina reproductora. Su dignidad es vulnerada cuando es violada; cuando se le insemina artificialmente o se le trasfiere un óvulo fecundado sin su consentimiento. En estos tres casos la mujer es cosificada. Se le convierte en un instrumento, ya sea para satisfacer los deseos del violador o los planes de quien le trasfiere el óvulo o la insemina. También se le cosifica cuando se le obliga a procrear contra su voluntad, esto es contra su libertad. En todos los casos en que no se le da a la mujer su libertad de no procrear, cuando se le obliga

[194] Dworkin Ronald. "El dominio de la vida" Editorial Ariel, 1998. Página 79

contra su voluntada tener un hijo se le instrumentaliza y cosifica, se le trata de manera indigna como vientre sin conciencia del cual se sirven o sobre el cual deciden los demás. La penalización del aborto viola el artículo 1 de la constitución que consagra no solo el derecho fundamental sino algo más valioso como es el principio fundamental de la dignidad de las mujeres.

Libertad de conciencia

Entendida como posibilidad de tener la concepción del mundo y convicción que se quiera, especialmente en materia política y religiosa. Nadie puede ser molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia (posibilidad de objeción de conciencia). La libertad de conciencia implica también la posibilidad de comunicar nuestro pensamiento a nuestros congéneres y de exteriorizarlo. La razón es que la conciencia como tal puede ser inviolable (Hegel decía que el esclavo seguía siendo libre en su conciencia), pero sus manifestaciones siempre pueden ser violadas.

a) Libertad de prensa: Es la posibilidad de transmisión del pensamiento, de manera masiva, por un medio de comunicación social, sea la televisión, la Prensa, la Radio, etc., esta libertad lleva anexos las libertades de informar y recibir información veraz e imparcial, el derecho de rectificación de la información y la prohibición de censura (previa, posterior o la peor forma de ella: La autocensura)

b) Libertad Religiosa: Posibilidad de creer o no creer en un ser superior, y si se creé, a profesar libremente cualquier religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Aparejada con esta libertad esta la de cultos, que es la posibilidad de rendir homenaje publico a la divinidad en la que se creé.

En un Estado de derecho, que presupone un Estado laico, existe una esfera de libertad donde el Estado no penetra y que se reserva al individuo para que adopte decisiones cruciales de su vida: si se casa o no y con quien lo hace; si creé o no en un ser superior y si creé en cual creé (Jesucristo, Buda; etc.). Esos valores o creencias intrínsecas se dejan a la elección individual y nunca son objeto de decisión colectiva. La decisión de abortar o no hace parte de esa esfera de la libertad de conciencia y debemos advertir que no se trata de una decisión fácil (como no es fácil la decisión de creer o no o de adoptar una religión, que también se deja a la conciencia de los individuos) sino difícil, donde se sopesan múltiples intereses y aspiraciones, deseos y proyectos de vida o inclusive la vida misma de la madre; elementos económicos, sociales y culturales, etc. Donde existen elementos “ morales” y decisiones moralmente difíciles,

que incluso en ese terreno pueden ser desaprobadas, pero que jurídicamente están reservadas a la conciencia de la mujer y que solo ella puede decidirlas; que no pueden ser decididas por los gobiernos.

Penalizar el aborto contra la voluntad de la mujer.

Si se concibe a la mujer como un ser libre y en desarrollo de esa libertad tiene derechos fundamentales como el libre desarrollo de su personalidad, su libertad reproductiva, la libertad de conciencia, su derecho a la privacidad, etc.; solo es constitucionalmente admisible la penalización del aborto que se realiza contra la voluntad de la mujer embarazada; a contrario sensu no puede ser penalizado el aborto realizado con el consentimiento de la mujer así se trate de una mujer menor de edad. Impedir que niñas menores de edad no puedan interrumpir su embarazo es consagrar una discriminación con fundamento en la edad que seria irrazonable y contraria al Art. 13 de la Constitución.

Determinado el marco filosófico de los derechos de la mujer que pueden verse afectados con la prohibición total del aborto, el suscrito Magistrado, debe señalar cuales hipótesis el legislador no podrá a la luz de nuestra constitución actual penalizar nunca, sin que esto impida que en el futuro el legislador pueda despenalizar otros casos.

2. LA EXCEPCION: ATENTADOS CONTRA LA VIDA, LA INTEGRIDAD PERSONAL , LA SALUD Y LA LIBERTAD DE LA MUJER – MADRE.

Como se expresó de manera precedente, la mujer como persona humana especialmente protegida por la Constitución, tiene como derechos esenciales la vida, la integridad personal, la salud, la libertad, etc.

Siendo entonces, la mujer un sujeto de especial protección constitucional, sus derechos y prerrogativas tienen un realce a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Situación que imprime a todo el Estado (incluidos el legislativo y el judicial) el respeto, garantía y efectividad de sus derechos.

El problema constitucional planteado enfrenta el valor de dos vidas: La autónoma, del derecho fundamental cierto de la persona mujer; a la no autónoma de quien no ha nacido ni es persona.

Del problema indicado, el suscrito Magistrado consideró se debe precisar que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en diferentes normas jurídicas, diferentes grados de protección a la vida.

Así las cosas, resulta evidente para esta Corporación al igual que para el ordenamiento jurídico , que la vida en cabeza de la mujer , en su calidad de persona humana y beneficiaria de los atributos otorgados por la personalidad jurídica goza de una *mayor protección* el valor de la vida en cabeza del ser que está por nacer. Resaltando nuevamente, que esto no indica que el que está por nacer no tenga vida y que esta no merezca protección.

Veamos: Las normas de orden penal que sancionan como delito el homicidio en una persona humana determinan una pena para dicho hecho punible inmensamente mayor que la pena que se infringe a aquella persona que atenta contra la vida del que está por nacer. Por consiguiente, el mismo legislador ha entendido que los grados de protección de la vida en la mujer y en el que está por nacer son diferentes; otorgándole mayor sanción a aquellos atentados contra la vida de una persona humana- la mujer- .

Siendo así las cosas, el suscrito Magistrado consideró que correspondía a la Corporación establecer en que casos la protección de la vida del que está por nacer produce un desproporcionado menoscabo en los derechos fundamentales de la mujer como la vida, la integridad personal, la salud y la libertad.

Por consiguiente, el suscrito Magistrado encontró que la penalización de la interrupción del embarazado señala un desproporcionado menoscabo de los derechos indicados de la mujer cuando se presentan las siguientes situaciones críticas:

2.1. CUANDO LA CONTINUACION DEL EMBARAZO CONSTITUYA PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD DE LA MUJER .

El caso del peligro para la vida de la mujer, presenta el problema de ponderar el valor de la vida del que está por nacer y el derecho a la vida de la mujer madre como se ha señalado en esta providencia.

Los grados de protección de la vida en uno y otro caso son diferentes, otorgándole el ordenamiento jurídico mayor sanción a la vulneración de la vida de la persona humana mujer que a la vida del que está por nacer. Correspondiendo entonces afirmar que, en aras de su no vulneración , existe mayor protección a la vida de la mujer que a la vida del que está por nacer.

En otras palabras, la necesidad constitucional de protección de los derechos ya anotados en cabeza de la mujer es de mayor intensidad que

aquella necesidad también constitucional de protección de la vida del que está por nacer.

Recuérdese que la primera, es titular de un derecho cierto y consolidado por tener una vida independiente y de protección reforzada; y el segundo no tiene los atributos de la personalidad jurídica , ni posee aún entonces un derecho cierto y consolidado , sino una expectativa constitucional , que si bien es cierto merece protección , *cede constitucionalmente* ante los derechos a la vida y a la salud ciertos y consolidados por la misma existencia independiente en cabeza de la madre y que más aún gozan de una especial protección y de una salvaguarda reforzada en nuestro ordenamiento constitucional.

Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales la vida del que está por nacer *constituya peligro para la vida de la mujer,* la protección del primero cede a favor de la protección de los derechos de la segunda . Por consiguiente, la interrupción de la vida del que está por nacer no puede constituir un delito o hecho reprochable ***por el ordenamiento jurídico legal*** por cuanto se busca proteger ***una necesidad constitucional de orden mayor*** como es el derecho a la vida de la mujer.

En reciente noticia sobre este conflicto, reseñada por la prensa escrita colombiana, se afirmó que una mujer con cáncer en el útero , el cual se descubrió cuando tenía 6 semanas de embarazo, no pudo realizarse el tratamiento adecuado por cuanto esto implicaba la interrupción del embarazo , sancionado penalmente. Actualmente , su enfermedad se encuentra avanzada y su situación se torna irreversible. Lo anterior, muestra la importancia constitucional de la excepción indicada.[195]

Respecto a la salud debe señalarse que el sólo hecho de estar en presencia de un embarazo, produce una situación de riesgo en la salud para la mujer. Por tal razón, la trascendencia de los cuidados y atenciones médicas que la mujer debe obtener durante su estado gestacional.

De esta manera lo ha entendido la misma Constitución, la cual de manera privilegiada garantiza la salud de la madre durante el embarazo , precisamente debido a la gran cantidad de riesgos que esta corre durante dicha etapa.
No obstante, a pesar de los cuidados médicos , que se le presten a una mujer durante el embarazo existen una serie de situaciones que conducen a un inminente peligro de su salud y por ende de su vida.

---

[195] http://eltiempo.terra.com.co/judi/2006-03-26/ARTICULO-WEB-_NOTA_INTERIOR-2811014.html
Noticia. Marzo 25 de 2006

No todos los embarazos transcurren en normalidad, algunos de ellos presentan graves dificultades que hacen que el periodo de gestación produzca complicaciones en la salud de la madre. Según la Organización Mundial de la Salud estas complicaciones pueden consistir en : " *Complicado con infecciones del tracto genital o pelvis (endometritis, parametritis, pelviperitonitis, salpingitis, salpingooforitis, sepsis, septicemia); Complicado con hemorragia o alteraciones de la coagulación (afibrinogenemia, síndrome desfibrinación, hemólisis intravascular).*
2. Complicado con daño de los órganos y tejidos pelvianos (laceración, desgarros o perforación de la vejiga, intestino, ligamento ancho, cuello uterino, tejido periuretral o útero); Complicado con insuficiencia renal. ;Complicado con alteraciones metabólicas y electrolíticas ;Complicado con shock hipovolémico o séptico; Complicado con embolias (amnióticas, vascular periférica, pulmonar, piohemia, séptica o por sustancias cáusticas o jabonosas); Complicado con otros eventos (paro cardíaco o anoxia cerebral); Con complicaciones no especificadas"[196]

Así las cosas, según el grado de complicación médica que produzca el embarazo, existe la posibilidad que éste ponga en grave peligro la salud de la madre. Así pues la amenaza a la salud puede ser grave o permanente. Por ende, en dichos casos el aborto debe ser permitido . Esto sin denotar la gran cantidad de riesgos físicos que corre la madre mujer cuando se practica un aborto inseguro.

No obstante, y acorde con el contenido del derecho constitucional a la salud integral, ésta puede verse afectada en la mujer desde el punto de vista mental. Esta puede incorporar la angustia psicológica que sufre una mujer que ha sido violada, la angustia mental provocada por circunstancias socioeconómicas, o la angustia psicológica de una mujer ante la opinión médica de que el feto se halla en riesgo de sufrir un determinado daño.

Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y sicosomático de la persona.

Este tipo de afecciones psicológicas en la mujer, sin dudas hacen que se restrinja su " dimensión vital " lo que en consecuencia apareja consigo la disminución de su capacidad de relacionarse en sociedad y amenaza sin dudas sus derechos fundamentales.

---

[196] www. escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica6/

2.2. CUANDO EXISTA GRAVE MALFORMACION DEL FETO QUE HAGA INVIABLE SU VIDA .

Existen eventos en los cuales , la misma vida del ser que esta por nacer se encuentra en grave entredicho y se tornaría en inviable.

Los avances de la ciencia han permitido determinar que unas graves y específicas malformaciones del ser que está por nacer llevan a concluir que la vida que éste tendría no sería viable; o se consideran incompatibles con la vida, o la vida independiente del niño afectado. En otras palabras, el ejercicio de la vida no sería posible. Las anteriores conclusiones científicas, devendrían indefectiblemente e ineludiblemente , de las graves malformaciones del feto .

El análisis constitucional deviene beneficioso para la mujer y su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, por cuanto se le exigiría una carga altamente desproporcionada violatoria de su derecho constitucional a escoger su plan de vida a favor de una vida que científicamente no sería viable; o se considera incompatible con la vida, o la vida independiente del niño afectado por la grave malformación.

En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad toma un realce constitucional de gran tono, cuando se compara con el ser que está por nacer y con su irrealizable e imposible vida o vida independiente. No cabe dudas, que no podría hacerse valer , por encima del derecho cierto y consolidado de la mujer madre como persona humana con vida independiente.

Algunos ejemplos de malformaciones pueden ilustrarnos:

“ Talidomina: Es un medicamento que produce malformaciones fetales. En 1961, médicos de Alemania, Australia y Gran Bretaña notaron un incremento considerable en la cantidad de bebés nacidos con graves deformidades en los brazos, las piernas o ambas extremidades. Pronto se estableció la relación entre estas malformaciones y el uso de la talidomida durante la primera fase del embarazo.

Las madres que tomaron el medicamento durante el comienzo del embarazo (cuando los brazos y las piernas del bebé comienzan a formarse) dieron a luz bebés con diversas deformidades en las extremidades. La malformación más conocida (ausencia de la mayor parte del brazo o de la pierna y la presencia de manitas en forma de aleta) se llama focomelia. La deformidad de los bebés afectados casi siempre ocurría a ambos lados y a menudo tenían deformidades tanto en

los brazos como en las piernas. En los casos más graves, los bebés carecían por completo de miembros. Además de las extremidades, el fármaco causaba deformidades en los ojos y las orejas, el corazón, los genitales, los riñones y el tracto digestivo (inclusive los labios y la boca).”[197]

“ Enfermedad de Tay-Sachs: Es una enfermedad familiar que produce la muerte temprana.

La enfermedad de Tay-Sachs se produce por una deficiencia de hexosaminidasa, una enzima que es importante en el metabolismo de los gangliósidos (un tipo de sustancia química que se encuentra en el tejido nervioso).

Estos gangliósidos, en particular el ganglósido GM2, se acumulan luego en el cerebro, produciendo deterioro neurológico. La enfermedad se hereda como un gen recesivo.

La enfermedad de Tay-Sachs se ha clasificado en infantil, juvenil y adulta, dependiendo de la edad de inicio y el tipo de síntomas. La mayoría de las personas con la enfermedad desarrollan la forma infantil.

Los síntomas comienzan a aparecer generalmente entre los 3 y los 6 meses de edad con una tendencia a un progreso rápido y el niño generalmente muere a los 4 ó 5 años de edad.”[198]

Una reciente crónica periodística señaló el nacimiento de varios niños en Cali con una enfermedad llamada sirenomelia, una rara malformación congénita en la que se fusionan los miembros inferiores de los recién nacidos. La característica común de estos niños era su fallecimiento horas después de haber nacido. Igualmente, se presentó el nacimiento de niños con ciclopía, otra extraña malformación, caracterizada por el desarrollo de un solo ojo, que se ubica generalmente en el área ocupada por la nariz, por ausencia de la misma, o por una nariz en forma de probóscide (un apéndice tubular) situado encima del ojo. Estos también fallecieron horas después de su nacimiento.[199]

Estas evidencias, ratifican la importancia constitucional de la excepción planteada en este acápite.

---

[197] www.nacersano.org/centro/9388_9939.asp
[198] www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001417.htm
[199] www.elespectador.com.co. Noticia de 5 de marzo 2006

2.3. CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL SIN CONSENTIMIENTO , ABUSIVO , O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O DE TRANFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS , O DE INCESTO.

En primer lugar fundamentado en los razonamientos sobre la cláusula general de libertad, propias de los Estados democráticos; el suscrito Magistrado determinó claramente que la mujer , como persona humana , tiene la posibilidad de determinar y establecer el plan de vida que ella desee. Que ella es sujeto y no objeto. En todos los casos en los cuales la mujer resulta embarazada sin su consentimiento, contra su voluntad; independientemente de si el acto es violento o no, la interrupción del embarazo no puede penarse.

En este orden de ideas, la mujeres pueden trazar las tareas personales a realizar en su desarrollo vital y ningún limite externo puede impedirles conseguir dichos objetivos , a menos como se ha explicado, que la relativización provenga de una necesidad constitucional.

Pues bien, uno de los derechos inherentes en cabeza de la mujer , es la posibilidad de reproducirse cuando ella lo determine y de ejercer su libertad sexual. Es decir, en estos casos y por ser la mujer el único ser capaz de traer al mundo otro ser , radica en ella una protección altamente protegida por la Constitución Política y garantizada de manera reforzada.

En consecuencia, cualquier violación en contra de la libertad y voluntad de la mujer , atentatoria de su libertad sexual , sería inconstitucional. Es así como, en aquellos eventos donde la libertad de la mujer se vea violentada, donde la voluntad de la mujer no haya participado para la procreación, donde la mujer no haya otorgado su consentimiento para reproducirse; no cabe la menor duda para el suscrito Magistrado , que dichos actos gravemente atentatorios de la libertad en cabeza de la mujer no pueden otorgar una prevalencia a la vida del ser que está por nacer , producto de una acto inmensamente violatorio de la libertad de la mujer , como se ha expuesto.

Por consiguiente, el suscrito Magistrado valoró , a la luz de la Constitución , la libertad de la mujer que ha sido vulnerada, en detrimento de la vida del que está por nacer fruto de ese grave atentado contra la esencia propia del la persona humana como es la libertad.

En consecuencia, en aquellos eventos donde la interrupción del embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento , abusivo , o de inseminación artificial o

transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto, no puede ser reprochado penalmente por cuanto se atentó de manera grave e inmensa contra la libertad de la mujer , derecho esencial en un Estado Democrático , y específicamente contra la voluntad de la mujer de reproducirse, derecho este inherente y básico en la mujer por cuanto es el único ser capaz de traer al mundo a otro ser.

En segundo lugar el incesto es un hecho punible sancionado en nuestra legislación penal. El artículo 237 del Código Penal establece:

" *El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente , descendiente, adoptante o adoptivo , o con un hermano o hermana incurrirá en prisión …"*

Así las cosas, el embarazo de una mujer puede provenir de una acceso carnal realizado con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o hermano . Evento en el cual dicho embarazo es resultado de un delito.

Acorde con los lineamientos establecidos respecto del acceso carnal violento; no puede primar la vida del que está por nacer cuando esta ha sido el resultado de un hecho reprochable por la sociedad, es decir, resultado de un hecho punible.

Así pues, en dichos casos la mujer cuenta con la posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales por cuanto la conducta que produjo el embarazo no es el resultado de un acto legítimo, a la luz de la Constitución, aún si es practicado con "mutuo consentimiento" entre mayores de edad.

En consecuencia, igual situación se presenta cuando el embarazo se produce en mujer menor de catorce años . Si bien es cierto existe la posibilidad que la relación sexual que produjo el embarazo haya sido consentida por la menor, lo cierto es que nuestra legislación toma como inexistente dicho consentimiento debido a la edad de la mujer y sanciona dicha conducta penalmente. Así las cosas, el embarazo también sería fruto de un delito y por ende de un acto ilegítimo constitucionalmente, el cual no puede otorgar prevalencia a la vida del que está por nacer por cuanto es el fruto de dicho acto no solo ilegal sino ilegítimo.

Ahora bien, el incesto reduce la necesaria variabilidad genética, que permite la supervivencia de una especie, pero existen razones aún más estructurales: la práctica del auténtico incesto (en primer grado, relaciones coitales del tipo: padre/hija; madre/hijo; padre/hijo;

madre/hija, o de segundo grado: relaciones coitales entre hermanos consanguíneos) a corto o mediano plazo afectan al desarrollo de la cultura, al impedir o dificultar la exogamia.

Al respecto ha señalado esta Corporación :

“ Las diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del incesto como delito autónomo.
(…)
La prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia - y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales - como los sistemas de parentesco - de innegable importancia. (…)

La prohibición del incesto corresponde a una verdadera y real opción valorativa vinculada con la moralidad pública. La prohibición del incesto, al incorporar positivamente un criterio de moralidad pública que se busca mantener en el seno familiar, no ocasiona, por sí misma, en cuanto mandato restrictivo, detrimento a la dignidad de las personas. La Corte quiere puntualizar que la prohibición no se endereza de manera deliberada a causar agravio o lesión a determinadas personas por ser portadoras de determinados rasgos o creencias, ni persigue un propósito discriminatorio e injusto ejercitado y ejecutado por una mayoría contra una minoría o determinadas personas. La renuncia que se sigue a la prohibición, de otra parte, no tiene la entidad de clausura a la satisfacción sexual que en modo alguno se niega si ella se realiza en el ámbito del grupo externo a la familia. (…)

La validez constitucional del criterio de moralidad pública que sirve de sustrato a la norma que sanciona las relaciones sexuales entre parientes cercanos no es suficiente para justificar su exequibilidad. En efecto, una disposición penal que tenga como efecto la restricción de la libertad personal no puede tener como única fundamentación un principio de la moralidad pública. No obstante, en el asunto que ocupa la atención de la Corte, ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias

abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada. En consecuencia, el criterio moral al que se ha hecho referencia coadyuva la reflexión hasta ahora realizada y disipa las dudas que aún puedan existir sobre su exequibilidad. Lo anterior no significa que el legislador, en ejercicio de su libre configuración normativa, no pueda en un momento dado renunciar a la penalización de la conducta y, en su lugar, conferirle un tratamiento distinto o sujetar algunas variantes de la conducta incestuosa a una disciplina especial. Lo que ocurre en casos como el presente, es que la amplitud de la norma penal, no puede ser recortada por virtud de una decisión de la Corte Constitucional, que no encuentra razón ni legitimidad alguna para remover la decisión democrática ajustada a la Constitución Política. (...)[200]

Así las cosas, el suscrito Magistrado retomó los argumentos ya expuestos para establecer que aquella vida del ser que está por nacer , fruto de una relación incestuosa , no puede tener prevalencia sobre un hecho punible claramente ilegítimo y que produce un menoscabo inmenso a la moralidad pública.

3. DE LA RESPONSABILIDAD AL ABORTAR DE MANERA SEGURA Y SIN BARRERAS.

La decisión de abortar no es nunca una decisión fácil. Siempre es difícil. Requiere siempre de la ponderación y evaluación de múltiples circunstancias, de toda naturaleza, objetivas y sujetivas; impone sopesar muchos valores, algunos en contradicción.

Es necesario lograr un equilibrio entre adoptar una decisión responsable, sin recurrir a la coacción o establecer barreras legales o administrativas que imposibiliten un aborto legal y seguro.

Con el fin de establecer un aborto responsable es que se exige la certificación de un medico en los casos de peligro para la vida o la salud de la madre o de grave malformación del feto.

Con idéntico fin es que se exige la denuncia penal cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

No puede el legislador en estos casos definidos por la Corte como despenalizados, en opinión del suscrito Magistrado, establecer ningún

---

[200] Sentencia C-404 de 1998.

otro requisito adicional que impida hacer efectivo el derecho de las mujeres pues ellos constituirían coacción o barreras legales o administrativas que imposibilitan un aborto legal y seguro.

El suscrito Magistrado llama la atención sobre el hecho que no es lo mismo aborto legal que aborto seguro, ya que es posible que el aborto no este penalizado y sin embargo sea inseguro, por ejemplo cuando se establecen barreras legales o administrativas que imposibilitan el aborto este puede ser legal, pero inseguro. Una muestra de este tipo de barreras es exigir a la mujer violada para abortar, además de la denuncia Autorización del marido, o notificación o autorización de sus padres.

Dichos requerimientos desaniman a la mujer a buscar cuidado a tiempo y pueden llevarla a un aborto autoinducido riesgoso o a un servicio clandestino.

Como dice la Organización Mundial de la Salud: Exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva. O requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez, quien puede requerir el testimonio de testigos de la violación; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue victima de una violación, antes de obtener el permiso para llevar a cabo el procedimiento; hacen nugatorio el derecho al aborto o lo vuelven inseguro.

Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, generalmente desalientan a las mujeres que tienen quejas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana. El retraso debido a requerimientos judiciales o policiales puede llevar a la mujer a recurrir a sitios clandestinos y servicios no seguros, o el retraso es tan prolongado que finalmente se le niega el aborto porque el embarazo esta muy avanzado.

Con el fin de hacer eficaz el derecho de las mujeres es que algunos no exigen ni siquiera la denuncia de la violación sino que aceptan los dichos de la mujer como prueba[201].

CERTIFICACION DE UN MEDICO

Respecto de la certificación de un medico en los casos de peligro para la vida o la salud de la madre o de grave malformación del feto, el suscrito Magistrado advierte que tampoco se pueden establecer por el legislador o el ejecutivo requisitos o barreras adicionales.

---

[201] Aborto sin riesgos OMS pag 86

Son a titulo de ejemplo barreras legales o administrativas que imposibilitan un aborto legal y seguro como dice la organización mundial de la salud (OMS):

a) Requisito de autorización de varios médicos (o a veces de comisiones). Evitar firmas múltiples o la aprobación por parte de un comité; Permite a la mujer decidir.

b) Tiempo de espera entre la solicitud y la provisión del aborto, o listas de espera. Eliminar los periodos de espera que no son médicamente necesarios, y expandir los servicios para atender rápidamente a todas las mujeres que reúnen los requisitos para abortar.

Los periodos de espera retrasan innecesariamente la atención y disminuyen la seguridad

c) Ciertas mujeres son excluidas de los servicios por los proveedores del cuidado de la salud

Acciones posibles

Permitir que todas las mujeres a las que La ley autoriza accedan a los servicios de aborto, libres de discriminación por su estado civil, edad o cualquier otra característica. Enseñar a los proveedores a no discriminar y sancionar a aquellos que lo hagan

d) Las restricciones innecesarias sobre el tipo de instituciones que proveen abortos limitan el acceso a las mujeres que están facultadas por la ley nacional

Acciones posibles

Para cumplir con el derecho del ser humano a la no discriminación, se deben extender los servicios que reúnen los requisitos de seguridad, de manera tal que todas las mujeres facultadas por la ley nacional tengan acceso, independientemente de su residencia, ingresos u otros factores.

Las restricciones innecesarias a centros de servicios impide a las mujeres un acceso temprano, aumenta los costos y puede estimularlas a buscar atención en un proveedor local, pero no calificado

e) No se asegura la confidencialidad

El aborto se debe practicar bajo la confidencialidad, se debe entrenar al personal, monitorizar y asegurar su acatamiento. Modificar el sistema de registro, de manera que no se conozca la identidad de la mujer.

Contar con un espacio privado para el asesoramiento, a fin de que nadie escuche las conversaciones.

La confidencialidad es un principio clave de la ética medica; el no garantizarla puede llevar a la mujer a buscar un proveedor no calificado.

f) Barreras

Los métodos de aborto se limitan innecesariamente.

Acciones posibles

Introducir todos los métodos adecuados a las capacidades del sistema de salud

Fundamentos lógicos

En algunos países por ejemplo, la DyC es el único método utilizado, pese a que la aspiración al vacío seria más segura, menos costosa y también adecuada a todos los niveles del sistema de salud. La introducción de métodos médicos, además de los quirúrgicos ampliarían el acceso

g) Barreras

Honorarios oficiales e informales u otros cargos reducen el acceso a los servicios, especialmente a mujeres pobres y adolescentes que no pueden costearlos

Desarrollar e implementar esquemas que aseguren que las mujeres sin dinero puedan acceder a los servicios.

Fundamentos lógicos

La reducción de los honorarios amplia el acceso. Los costos de los subsidios se compensaran con el ahorro que implica la reducción de abortos no seguros y los costos del manejo de sus complicaciones

Para eliminar esta barrera económica el aborto en los casos permitidos por la corte hace parte del plan obligatorio de salud (POS), a partir de esta sentencia.

h) Barreras

Los profesionales de la salud se niegan a atender abortos basándose en objeciones de conciencia, pero no derivan a la mujer a otro proveedor

Acciones posibles

Solicitar a cualquier profesional que alegue objeciones de conciencia que siga los estándares profesionales éticos

Fundamentos lógicos

Los estándares profesionales éticos generalmente requieren que el profesional de salud derive a la mujer a otro proveedor entrenado y dispuesto dentro del mismo centre o a otro de fácil acceso. Si la derivación no es posible y la vida de la mujer esta en juego, se debe requerir al profesional de la salud que realice el aborto, en cumplimiento de las leyes nacionales[202].

El suscrito Magistrado advierte que todas esas barreras no pueden ser establecidas por el legislador o la rama ejecutiva o la administración y si existen deben ser eliminadas.

No corresponde al suscrito Magistrado , por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto . Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión . No obstante , debe recordarse que la objeción de conciencia no es un derecho atribuible a las personas jurídicas o al Estado, este es un derecho del que carecen las personas jurídicas. Solo es posible concederlo a personas naturales; de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia o tengan derecho a ella respecto de los casos despenalizados en esta sentencia.

En este orden de ideas, la constatación efectuada por el médico deberá consignarse en una certificación .

4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO , LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO Y EL ABORTO.

---

[202] Todos los ejemplos de barreras son tomados del documento de la OMS aborto seguro, ginebra 2003.

Con base en los argumentos expuestos y en los contenidos constitucionales del principio que informa nuestro ordenamiento jurídico como Estado Social de Derecho, es claro que en cabeza del Estado reposan una serie de obligaciones correspondientes a proteger de manera objetiva los derechos fundamentales de la mujer y la vida del que está por nacer.

Así las cosas, corresponde al Estado establecer políticas de prevención , persuasión y educación , con el propósito que las personas entiendan las consecuencias de su libertad sexual y reproductiva. No obstante, estas políticas , y acorde con el mismo Estado Social de Derecho, no pueden basarse en la *represión*, la cual es la *última ratio* en un Estado de Derecho, sino que deben estar fundamentadas en una *libertad responsable.*

Acorde con su libertad de configuración legislativa , el legislador puede determinar si extiende a otras causales la despenalización del aborto.

Para los todos los efectos jurídicos incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, la despenalización determinada en esta sentencia tendrá vigencia inmediata y no requiere de desarrollo legal alguno.

El suscrito Magistrado entiende , que el hecho de abortar, no es no una decisión fácil para la mujer. Es por esto que al despenalizarse el aborto en los eventos enunciados no se está obligando a que las mujeres aborten. Es más , en el evento de que alguna mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción y decida continuar con su embarazo , su decisión tiene amplio respaldo constitucional.

No obstante, el suscrito Magistrado considera que si una mujer se encuentra en alguna de las situaciones excepcionales, tiene la posibilidad de elegir en aras de sus derechos fundamentales , acorde con los fundamentos de esta sentencia, y determinar si tiene o no tiene el ser que está por nacer. En todos los casos se requiere el consentimiento de la mujer.

Como las sentencias del Tribunal Constitucional tienen efecto erga omnes, en opinión del suscrito Magistrado, esta decisión obliga a todos los órganos del estado (legislativo, ejecutivo y judicial) como a los particulares o privados. Como tienen efecto inmediato obligan desde el día siguiente en que fueron proferidas y como además deben ser eficaces, los casos despenalizados deben ser atendidos desde el día siguiente a su adopción; además el suscrito Magistrado considera que deben ser incorporados desde ese momento al plan obligatorio de salud.

Para su atención , considera el suscrito Magistrado , las mujeres podrán solicitar en ejercicio de sus derechos excepcionales en relación al aborto que se les apliquen los procedimientos médicos que se requieran para los casos excepcionales. Esta posición tiene como algunos de sus fines eliminar la barrera económica al aborto en los casos permitidos para las mujeres que ha veces no pueden ejercer su derecho por falta de recursos económicos y obtener un aborto seguro.

Así las cosas , tenemos que las normas acusadas determinan :

ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
1. (...)
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
(...)

"ART. 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.

ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto."

En conclusión , las normas penales sancionan:

1. A la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause.

2. A aquel sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, le realice un aborto.

3. Al que causare el aborto sin consentimiento de la mujer.

4. Al que causare aborto en mujer menor de catorce años.

De lo anterior se desprenden dos hipótesis generales:

1. Se sanciona a la mujer que cause su aborto.

2. Se sanciona a aquella persona que con consentimiento o sin consentimiento de la mujer , cause el aborto.

Por consiguiente, y con base en las argumentaciones expuestas en esta providencia, el suscrito Magistrado encontró inconstitucional la sanción penal del aborto de manera absoluta y consideró establecer ciertas excepciones en las cuales estará permitido.

Siendo así las cosas, en opinión del suscrito Magistrado , esta Corporación debe establecer en que casos la protección de la vida del que está por nacer produce un desproporcionado menoscabo en los derechos fundamentales de la mujer como la vida , la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.. Siendo estos derechos de la mujer una limitante constitucional a la vida del primero.

En opinión del suscrito Magistrado , La Corte debe encontrar que la penalización de la interrupción del embarazado señala un desproporcionado menoscabo de los derechos arriba señalados de la mujer en los siguientes eventos críticos:

1). Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer .

2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida .

3). Cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento , abusivo , o de

inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida; o de incesto.

En consecuencia , para hacer que el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer se ejerzan con responsabilidad , esta se constará de la siguiente manera y sólo con los siguientes requisitos:

1). Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer con certificación de un medico.

2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida con certificación de un medico. .

3). Con la denuncia, Cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento , abusivo , o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas; o de incesto.

En estos casos, considera el suscrito Magistrado , el legislador no podrá establecer ningún requisito adicional.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO A PARTIR DE ESTA SENTENCIA

En cabeza del Estado reposan una serie de obligaciones correspondientes a proteger de manera objetiva los derechos fundamentales de la mujer y la vida del que está por nacer.

Así las cosas, corresponde al Estado establecer políticas de prevención , persuasión y educación , con el propósito que las personas, mujeres y hombres, entiendan las consecuencias de su libertad sexual y reproductiva. No obstante, estas políticas , y acorde con el mismo Estado Social de Derecho, no pueden basarse en la represión, la cual es la última ratio en un Estado de Derecho, sino que deben estar fundamentadas en una libertad responsable.

El suscrito Magistrado entiende , que el hecho de abortar, no es no una decisión fácil para la mujer. Es por esto que al despenalizarse el aborto en los eventos enunciados no se está obligando a que las mujeres aborten. Es más , en el evento de que alguna mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción y decida continuar con su embarazo , su decisión tiene amplio respaldo constitucional.

Así las cosas,, lo que sentencia la Corte es que si una mujer se encuentra en alguna de las situaciones excepcionales, tenga la posibilidad de elegir

en aras de sus derechos fundamentales , acorde con los fundamentos de esta providencia y determinar si desea tener o no tener al ser que está por nacer.

1. Ahora bien, respecto del artículo 32 numeral 7 , de la misma ley, el suscrito Magistrado encuentró que la causal allí señalada consagra todos las hipótesis de ausencia de responsabilidad penal, que son aplicables a todos los delitos del código penal incluido el aborto, que son por lo mismo genéricas y por lo tanto no resulta afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos. Adicionalmente se debe señalar que al despenalizar los casos arriba señalados la conducta no es ni siquiera típica y mucho menos hay que preguntarse por la responsabilidad penal. Por tal razón se debe declarar su exequibilidad.

2. En relación con el artículo 123 de la ley 599 de 2000, el suscrito Magistrado encuentró que, el aparte demandado, desconoce la autonomía de las mujeres menores de 14 años que quieran interrumpir un embarazo.

El derecho penal prohíbe tener relaciones sexuales con mujeres menor de edad, no importa que se haga con el consentimiento de ellas, ya que la ley hace la ficción de que el consentimiento no existe. Si el consentimiento no existe nos encontramos en un caso de violencia (real o presunta). Si la mujer mayor que ha sido violada puede abortar, con mayor razón la menor de edad.

Si bien es cierto, no se parte del consentimiento de la mujer menor de 14 años en sus relaciones sexuales , constitucionalmente se le reconoce el ejercicio de su autonomía sin distinción de edad . Por consiguiente, así la mujer cuente con menos de 14 años , no cabe duda que constitucionalmente cuenta con la libertad y autonomía para decidir sobre la interrupción o continuación de su embarazo. Por ende, no se puede confundir la capacidad jurídica con el respeto de la dignidad humana, de la cual gozan todas las personas humanas sin importar su edad.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado la importancia de la opinión de los menores en los asuntos que los afectan [203]

En este orden de ideas, toda mujer en estado de gravidez tiene la capacidad, sin distingo de edad, a autorizar que se le practique un procedimiento de aborto; en todas las hipótesis que la corte en esta sentencia despenaliza y que son las causales excepcionales que se han señalado.

---

[203] Sentencia SU-337 de 1999

3. Respecto de la disposición o contenido normativo del Artículo 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal)

El suscrito Magistrado evidenció dos pronunciamientos, al menos, relacionados con el artículo acusado. La Sentencia C- 647 de 2001 y la Sentencia C-198 de 2002.

En primer lugar, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 647 de 2001 , y de manera implícita , limitó los alcances de la cosa juzgada constitucional a las consideraciones expuestas dentro de la misma Sentencia.

En este orden de ideas, debe manifestar el suscrito Magistrado que el fenómeno de la Cosa Juzgada Constitucional no opera respecto de las demandas presentadas en esta ocasión , por cuanto los cargos sustento de aquellas difieren de los expresados en la Sentencia C- 647 de 2001.

En segundo lugar, y respecto de la Sentencia C- 198 de 2002, situación similar se presentaría con lo analizado en el numeral anterior. Así pues, de la parte motiva de la Sentencia se desprende que los alcances de la cosa juzgada constitucional relativa implícita se refieren a los vicios de procedimiento específicamente analizados en esa providencia. "

Por cuanto el artículo 124 de la ley 599 de 2000, hace referencia a las "Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto."

Estas circunstancias de atenuación punitiva son despenalizadas en la presente providencia , en consecuencia y acorde a lo estipulado en relación con el artículo 122 de la ley 599 de 2000, el suscrito Magistrado considera se debe declarar la inexequibilidad del artículo 124 de la ley 599 de 2000.

Pues bien , de las constataciones efectuadas , el suscrito Magistrado consideró que debe declararse *exequible* el artículo 32 , numeral 7 de la ley 599 de 2000, declarará *exequible* el artículo 122 de la ley 599 de 2000

(Código Penal) , en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta , debidamente denunciada , constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto ; declarará *inexequible* la expresión " *o en mujer menor de catorce años "* contenida en el artículo 123 de la ley 599 de 2000; declarará *inexequible* el artículo 124 de la ley 599 de 2000."

En conclusión, estando de acuerdo con el *resuelve* de la sentencia y sabiendo, como se afirmó con anterioridad , que es la parte de la sentencia de obligatorio cumplimiento ; se presenta entonces la presente aclaración de voto basada esencialmente en las argumentaciones esbozadas en la parte motiva de la providencia.

6. SINTESIS DEL TRAMITE PROCESAL

Como quiera que el proceso de constitucionalidad tuvo un tramite que no se refleja en su integridad en la sentencia, se hace necesario recordarlo, así sea en parte:

"

RECUSACIONES CONTRA EL MAGISTRADO SUSTANCIADOR JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

1. La ciudadana Brenda Rocha, mediante escrito presentado el 23 de Enero de 2006, ampliado el 30 de Enero del mismo año, la ciudadana Cristina Amparo Cárdenas de Bohórquez, mediante escrito presentado el 24 de Febrero de 2006, y el ciudadano Sigifredo Corredor Rodríguez, mediante escrito presentado el 7 de Marzo de 2006, formularon recusación contra el magistrado ponente, Jaime Araújo Rentería, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 25 del Decreto 2067 de 1991, aduciendo que aquel había conceptuado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas y tenía interés particular en la decisión que adopte la Corte Constitucional, y pidieron la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Art. 28 del Decreto 2067 de 1991, que establece que en los procesos de constitucionalidad las recusaciones sólo pueden ser formuladas por el demandante o por el Procurador General de la Nación.

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dichas recusaciones, mediante los Autos Nos. 026 de 2006, 090 de 2006 y 091 de 2006. La corporación encontró que los citados ciudadanos, quienes no demandaron las normas que penalizan el aborto, carecían de legitimación para formular recusación contra el Magistrado ponente en este proceso, de conformidad con lo previsto en el Art. 28 del Decreto 2067 de 1991, norma vigente que goza de la presunción de constitucionalidad y que ha venido aplicando de manera reiterada la Corte.

En cuanto se refiere a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del citado artículo 28 solicitada por los recusantes, la Corporación constató que dicha solicitud no cumple con los presupuestos mínimos de argumentación para poder entrar a considerar si tal disposición viola de manera manifiesta la Constitución. Agregó que dicho artículo fue demandado, lo cual permitirá que la Corte decida en abstracto sobre su constitucionalidad.

La Corte no se pronunció sobre la pertinencia de los hechos y razones invocados por los recusantes, respecto de las causales alegadas.

2. Ahora bien, el 27 de abril del presente año, el ciudadano Luis Rueda Gómez presenta recusación contra el Magistrado Sustanciador fundamentando que el éste había conceptuado sobre las normas demandadas. La Sala Plena de la Corte Constitucional , el día 3 de mayo, determinó por unanimidad que la solicitud del ciudadano no era pertinente y se encargó al Magistrado Alfredo Beltrán Sierra de la sustanciación del Auto. (Auto de Sala Plena A- 143 de 2006)

3. El 2 de Mayo de 2006, la ciudadana Ana María Ramírez presenta recusación contra el Magistrado Sustanciador argumentando que éste conceptuó sobre la norma sujeta a estudio constitucional, agregó que el Magistrado Sustanciador tiene interés directo y actual en la decisión.

La Sala Plena de la Corte Constitucional , en sesión extraordinaria del 5 de Mayo del presente año, determinó que no era pertinente y se encargó al Magistrado Alfredo Beltrán Sierra para sustanciar el Auto pertinente (Auto de Sala Plena A- 144 de 2006)

RECUSACIONES CONTRA EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

1. Mediante escrito presentado el treinta (30) de enero de 2006, el ciudadano Luis Rueda Gómez formula recusación contra el señor Procurador General de la Nación para presentar concepto dentro del presente proceso. Los motivos centrales de dicha recusación se basan en

que el Jefe del Ministerio Público emitió conceptos anteriores sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, consignados en diferentes medios de comunicación y fundamentados en un concepto que su Despacho remitió a la Corte Constitucional.

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dicha recusación mediante el Auto A-027 de 2006. La corporación estimó que teniendo en cuenta que al Procurador General de la Nación, cuando ejerce la función de emitir concepto en los procesos de constitucionalidad, le son aplicables las normas que regulan los impedimentos y recusaciones de los Magistrados de esta Corporación, la Corte determinó que en este caso, en virtud del artículo 28 del Decreto 2067 de 1991, el ciudadano Luis Rueda Gómez no tiene legitimación para formular la mencionada recusación, por no ostentar la calidad de demandante que exige la citada disposición.

Adicionalmente, la Corte encontró que tampoco se cumplían los presupuestos mínimos de argumentación para poder aplicar en este caso la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 28 del Decreto 2067 de 1991, invocada por el recusante.

2. El ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora presenta recusación contra el señor Procurador General de la Nación . Escrito que fue remitido al Despacho del Magistrado Sustanciador por la Secretaria General de esta Corporación el día tres (3) de mayo de 2006 .

La Sala Plena de la Corte decidió rechazar dicha recusación mediante el Auto A- 136 de 2006. La Corporación constató que el Señor Procurador General de la Nación , Edgardo Maya Villazón, presentó Concepto dentro del proceso de la referencia, el día 1° de febrero del presente año . Concepto este de radicación interna de la Procuraduría General de la Nación número 4024.

Por consiguiente , se afirmó , que el Concepto rendido por el Señor Procurador General de la Nación fue entregado dentro del término señalado en el Decreto 2067 artículo 7° , se puede afirmar que se agotó la Competencia que las normas constitucionales y legales le otorgan al Jefe del Ministerio Público al interior de este tipo de procesos de constitucionalidad.

En consecuencia, el término para que se conceptúe, de parte del Señor Procurador General de la Nación, culminó. En este orden de ideas, la recusación presentada por el ciudadano Carlos Eduardo Corssi Otálora no es procedente por cuanto la competencia del Procurador General de la Nación ya se agotó con la presentación de su concepto dentro del presente proceso , el día 1° del febrero del año en curso.

Por las anteriores argumentaciones, la Sala Plena rechazó por improcedente la recusación planteada.

ALEGACIONES DE NULIDAD DEL PROCESO

En el desarrollo del proceso se alegaron algunas causales de nulidad del mismo, que se examinarán a continuación:

1. Existencia de pleito pendiente

Mediante escrito radicado el 16 de Enero de 2006, el ciudadano Aurelio Ignacio Cadavid López afirma que las demandas no debieron admitirse, por existir pleito pendiente, porque al proferirse el auto admisorio el 16 de Diciembre de 2005 no se conocía la sentencia inhibitoria dictada el 7 de Diciembre de 2005 en el proceso de constitucionalidad adelantado contra el mismo Art. 122 del Código Penal por la misma ciudadana Mónica del Pilar Roa López y que, por no existir ni haberse notificado una sentencia, dicho proceso no había terminado. Señala que en dicha fecha sólo se conocía un comunicado de prensa sobre la adopción de la decisión, que no puede sustituir a la sentencia.

Por su parte, el ciudadano Pedro Alfonso Sandoval Gaitán, mediante escrito presentado el 10 de Febrero de 2006, plantea que el proceso está viciado de nulidad, por la misma razón indicada en el numeral anterior.

Acerca de estas alegaciones el suscrito Magistrado considera lo siguiente:

En materia procesal civil existe la excepción previa de pleito pendiente (Art. 97 C. P. C.), que el demandado puede proponer cuando cursa otro proceso con el mismo objeto o pretensiones, por causa de unos mismos hechos y entre las mismas partes, de suerte que si el juez la encuentra probada debe disponer la terminación del nuevo proceso, en su etapa inicial. No obstante, dicha situación no origina la nulidad del nuevo proceso cuando no se propone oportunamente la excepción previa, conforme a lo previsto en el Art. 140 del C. P. C.

Cabe señalar que los elementos constitutivos de dicha excepción son los mismos de la excepción de cosa juzgada, con la diferencia de que ésta sólo puede proponerse cuando en un proceso anterior se ha adoptado decisión definitiva sobre el mismo asunto.

En materia de control abstracto de constitucionalidad el Art. 243 superior consagra expresamente la institución de la cosa juzgada, sobre la cual esta corporación ha hecho múltiples pronunciamientos.

Por su parte, el Art. 6º del Decreto 2067 de 1991 establece que se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada y que, no obstante, la decisión también podrá adoptarse en la sentencia.

En cambio, dicho decreto no contiene disposición alguna sobre la institución de pleito pendiente, lo cual podría explicarse por la naturaleza concentrada del control abstracto de constitucionalidad, por parte de la Corte Constitucional, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 241 superior, y por la relativa cortedad del tiempo fijado en el mismo decreto para dictar sentencia, de suerte que en caso de identidad de asuntos sometidos a control de constitucionalidad resulta suficiente y adecuado que aquella se pronuncie en la sentencia respectiva sobre la existencia de cosa juzgada constitucional.

Por esta razón, no es procedente la consideración de la supuesta existencia de pleito pendiente como motivo de nulidad de este proceso.

Adicionalmente, si ello fuera procedente, no existiría fundamento para declarar la nulidad planteada, ya que es ostensible que al dictarse el auto admisorio de las demandas acumuladas, el 16 de Diciembre de 2005, esta corporación ya había proferido las sentencias inhibitorias C-1299 de 2005 y C- 1300 de 2005, el 7 de Diciembre de ese año, en los procesos de constitucionalidad a que se refieren los citados intervinientes, lo que significa que su afirmación no corresponde a la realidad.

En el mismo sentido, esta corporación ha expuesto en forma reiterada que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria.[204]

2. Aportación de un documento al proceso

La ciudadana María Eulalia Montón Blanco, mediante escrito presentado el 10 de Febrero de 2006, alega que debe declararse la nulidad del

---

[204] Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias C-973 de 2004, T-832 de 2003, C-327 de 2003 y C-551 de 2003, entre otras.

proceso por haberse allegado a éste un documento denominado *Bief of Amici Curiae the Irish FAmily Planing Association in Support Legal Code of Colombia* proveniente de un país extranjero, pues aquel está reservado a los ciudadanos colombianos.

A este respecto , el suscrito Magistrado considera que de conformidad con lo previsto en los Arts. 40, Num. 6, y 242 de la Constitución, cualquier ciudadano colombiano, en ejercicio de los derechos políticos, puede instaurar las acciones públicas de inconstitucionalidad previstas en el Art. 241 ibídem e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

Sobre la base de estas disposiciones, la circunstancia de haberse incorporado al expediente el citado documento no puede determinar la nulidad del proceso, por tratarse de un escrito de intervención que debe ser valorado por el magistrado ponente al preparar el proyecto de decisión y por la Sala Plena de la Corte al adoptar ésta, de modo que si no reúne los requisitos constitucionales y legales la consecuencia jurídica será que no podrá ser tenido en cuenta para esos efectos.

3. Falta de integración de la unidad normativa.

Mediante escritos presentados el 4 y el 6 de Abril de 2006, respectivamente, los ciudadanos Edgar William Castillo y otros firmantes y Aurelio Ignacio Cadavid López y otros firmantes, alegan la nulidad del proceso por falta de integración de la unidad normativa de las disposiciones demandadas con las contenidas en los Arts. 125 y 126 del Código Penal, estas últimas relativas a las lesiones al feto.

Respecto de esta alegación , el suscrito Magistrado considera lo siguiente:

Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 6º del Decreto 2067 de 1991, esta corporación ha señalado en múltiples ocasiones las causales de procedencia de la integración de unidad normativa, de una norma demandada con otra u otras no demandadas, en los siguientes términos:

> *"(...) excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la*

Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos.

"En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio.

"En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo.

"Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que "es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad".[205]" [206]

Se observa que en el presente caso no se configura ninguno de los eventos indicados en los cuales procede la integración de la unidad normativa y que, así mismo, aquella es aplicable en ejercicio de una facultad discrecional de la Corte Constitucional, encaminado al cumplimiento de su función general de guarda de la integridad y

---

[205] Sentencia C-320/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[206] Sentencia C-539 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Salvamento Parcial de Voto de Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

supremacía de la Constitución, consagrada en el Art. 241 de la misma, el cual se concreta en la sentencia correspondiente. Por tanto, la falta de dicho ejercicio no puede lógicamente generar la nulidad de ésta ni, menos aún, la del proceso.

4. Falta de personería de la demandante Mónica del Pilar Roa López

Los firmantes del escrito indicado en el numeral anterior manifiestan que la demandante Mónica del Pilar Roa López carece de personería para promover el proceso por ser laboralmente dependiente de la organización internacional Womens Link WorldWide y ser ésta la verdadera autora de la demanda, sin tener legitimación para instaurarla por su carácter extranjero. Sostienen que este hecho determina la nulidad del proceso.

Sobre el particular, basta señalar que la Constitución Política exige para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad la condición de ciudadano en ejercicio (Arts. 40, Num. 6, y 242), la cual fue acreditada por la citada demandante al presentar la demanda, por lo cual la aseveración de los firmantes no tiene fundamento.

5. Violación del derecho a la igualdad en el acceso a la administración de justicia y del derecho al debido proceso al admitir la demanda

Los firmantes señalados expresan que en el auto admisorio de las demandas acumuladas dictado el 16 de Diciembre de 2005 el Magistrado Sustanciador invitó en forma desproporcionada a intervenir en el proceso a entidades que son públicamente reconocidas como opositoras a la penalización del aborto y defensoras de la libertad sexual y reproductiva y, en cambio, excluyó de la invitación a la Fundación Cultura de la Vida Humana y a otras entidades que defienden la vida del ser humano no nacido, discriminando en forma injustificada a estas últimas, lo cual constituye a su juicio causal de nulidad del proceso.

El Decreto 2067 de 1991 establece en su artículo 13:

> "*El Magistrado Sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito, que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior.*
>
> *"(...)".*

En ejercicio de la facultad consignada en esta disposición, el Magistrado Sustanciador dispuso en el auto admisorio de las demandas acumuladas proferido el 16 de Diciembre de 2005:

> ***"Cuarto.- INVITAR*** *a participar en este proceso al Ministro de la Protección Social, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Director de Profamilia, el Presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, la Directora de la Corporación Sisma – Mujer, el Director de la Comisión Colombiana de Juristas, la Señora Florence Thomas en su calidad de Coordinadora del Grupo Mujer y Sociedad de la Universidad Nacional de Colombia, la Señora Lina María Moreno de Uribe en su calidad de Primera Dama de Nación, la Directora de la Corporación Casa de la Mujer, el Presidente de la Academia Nacional de Medicina, el Rector de la Universidad Nacional de Colombia, el Rector de la Universidad de Antioquia, el Rector de la Universidad del Valle, el Rector de la Universidad Popular del Cesar, el Rector de la Universidad Santiago de Cali, el Rector de la Universidad Externado de Colombia y el Rector de la Universidad Libre para que, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la comunicación respectiva, emitan su opinión especializada sobre las disposiciones que son materia de la impugnación."*

Se observa que en esta forma el Magistrado Sustanciador aplicó estrictamente la disposición contenida en el Art. 13 del Decreto 2067 de 1991, en cuanto invitó a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en la materia que debe estudiarse en el proceso. De las primeras no es predicable el cargo, ya que representan el interés público o general. En lo que concierne a los restantes, se establece que son diversas sus actividades y posibles orientaciones ideológicas o políticas y que, además, entre ellos se encuentran instituciones de carácter científico, como son la Academia Nacional de Medicina y varias universidades. En consecuencia, no existe la discriminación alegada por los peticionarios.

De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 242 de la Constitución, en el Art. 7º del Decreto 2067 de 1991 y en el mismo auto admisorio de la demanda, cualquier ciudadano tenía la facultad de intervenir en el proceso para defender o impugnar la constitucionalidad de las normas demandadas, dentro del término de fijación en lista, lo que

significa que la ausencia de la mencionada invitación no impedía la intervención de las instituciones a que se refieren los escritos citados.

Para otorgar mayor claridad a los términos procesales de la intervención ciudadana corresponde efectuar la siguientes menciones:

No existió *confusión* alguna en relación con el término de citación y fijación en lista dentro del proceso ya anotado.

Acorde con lo vertido en el folio 80 del libro radicador llevado por la Secretaría General de esta Corporación , el término de fijación en lista comenzó a correr el día treinta (30) de enero (lunes) y la desfijación ocurriría el diez (10) de febrero (viernes) , ambas fechas del presente año.

Así entonces, los 10 días hábiles de intervención ciudadana , señalados en el Decreto 2067 de 1991 , fueron respetados . Del día 30 de enero (lunes) al 3 de febrero (viernes) corrieron los primeros 5 días; posteriormente vinieron los días 4 y 5 de febrero (sábado y domingo) días no hábiles; para a continuación del día 6 de febrero (lunes) al día 10 de febrero (viernes) correr los restantes 5 días de intervención; para un total de 10 .

Durante estos días mencionados se permitió la intervención de todos aquellos ciudadanos que desearon presentar sus escritos defendiendo la exequibilidad o inexequibilidad de la norma demandada. Por consiguiente no es cierto que dicho término se haya irrespetado(Se anexan los folios respectivos del libro radicador) .

La mejor prueba de la *certeza* en cuanto a los datos relatados, es que la participación ciudadana efectuada dentro del término en el proceso D-6122 , se acerca a las mil quinientas (1.500) intervenciones .

Ahora bien, el auto de admisión dentro del proceso D- 6122 , se dicto el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cinco (2005) .

El artículo 7° del Decreto 2067 *("Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional"*) determina :

"ART. 7º—Admitida la demanda, o vencido el término probatorio cuando éste fuere procedente, se ordenara correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto.

Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador.

En el auto admisorio de la demanda se ordenara fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda. Dicho término correrá simultáneamente con el del Procurador.

A solicitud de cualquier persona, el defensor del pueblo podrá demandar, impugnar o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales."

Así las cosas, y con base en el transcrito artículo 7°, lo que se hizo por parte de esta Corporación fue darle cumplimiento al auto dictado en año pasado de fecha dieciséis (16) de diciembre. Es decir, el traslado efectuado al Procurador General de la Nación , el día 27 de enero del presente año, fue el cumplimiento inmediato de la orden dada en el auto de 16 de diciembre de 2005.

Así las cosas, si bien es cierto el traslado al Procurador se produjo el día 27 de enero (viernes) el término para que éste emitiera su concepto comenzó a correr el día 30 de enero (lunes) acorde con lo señalado en el artículo 7° ya referido. "*Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador."* En el presente caso, el día siguiente hábil posterior al día 27 de enero ´(viernes) , fue el día 30 de enero (lunes) .

Situación esta que permitió , acorde con lo estipulado en el mismo artículo, que el término de fijación en lista para las intervenciones ciudadanas (30 de enero , lunes, de 2006) y el término para que el Procurador rinda concepto (30 de enero, lunes, de 2006) corrieron de manera simultánea.

El Decreto 2067 de 1991, el cual señala el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, estipula un procedimiento autónomo y especial que no puede confundirse con ningún otro tipo de procedimiento, sea penal, civil o administrativo; como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto ha señalado esta Corporación:

"

No es admisible que en todas las situaciones para las cuales no existe norma expresa en la regulación de la jurisdicción constitucional

(Decretos 2067 de 1991 y 2591 de 1991) se apliquen por analogía aquellas disposiciones, concretamente las del Código de Procedimiento Civil. Ello significa, entonces, que no resulta admisible extender por analogía todas las normas del Código de Procedimiento Civil al trámite de la acción de tutela, pues de esa manera podría darse a la misma un tratamiento similar al de cualquier proceso civil, pese a que la Constitución exige para ella un procedimiento "sumario", esto es simplificado, breve, donde no es posible ni la admisión de todos los incidentes que si lo serían en un proceso civil o en un proceso contencioso administrativo, como tampoco son de recibo los recursos no expresamente previstos en el Decreto 2591 de 1991, ni en el Decreto 2067 del mismo año."[207]

Debe tenerse presente, que el mismo Decreto mencionado en el numeral anterior, no establece términos secretariales.

Por tales razones, el suscrito Magistrado , considera que esta alegación de nulidad del proceso carece de fundamento.

IMPEDIMENTO DEL MAGISTRADO JAIME CORDOBA TRIVIÑO

El Magistrado Jaime Córdoba Triviño manifestó su impedimento para participar en las decisiones relacionadas con el presente proceso en razón de haber intervenido como Vicefiscal General de la Nación en el proceso de elaboración y adopción del proyecto que se convirtió en la ley 599 de 2000 , a la que pertenecen los artículos demandados.

La Sala Plena de esta Corporación , en sesión llevada a cabo el día veintiséis de Enero del presente año[208], acepto el impedimento expresado por el Magistrado Córdoba Triviño.

INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL.

Por cuanto del contenido de las demandas y de la intervención de varios ciudadanos se desprende la discusión en relación con la *Cosa Juzgada Constitucional* que puede operar como fenómeno jurídico respecto de los artículos 122 , 123 y 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal) . El suscrito Magistrado consideraba que antes de analizar temas de fondo , se entrara a dilucidar el tema constitucional planteado.

---

[207] Auto Sala Plena No 228 de 2003 Corte Constitucional.
[208] Acta 01 de Sala Plena de la Corte Constitucional . 2006

Correspondía a esta Corporación establecer ¿ Si respecto de la Sentencia C- 133 de 1994 emitida por esta Corte, se presentaba el fenómeno jurídico de la Cosa Juzgada Constitucional. ?

Por lo tanto, era indispensable recordar los razonamientos que para tal efecto realizan los demandantes:

1. Mónica del Pilar Roa López

La actora afirma que la demanda procede porque :

(*i*) los fallos anteriores constituye un precedente que amerita respeto pero no constituye cosa juzgada ,
(*ii*) no es posible predicar la cosa juzgada formal , y
(*iii*) no puede predicarse la cosa juzgada material.

Los fallos anteriores constituyen un precedente que amerita respeto pero no constituye cosa juzgada. Los pronunciamientos anteriores de la Corte sobre el tema del aborto en ningún momento resultaron en fallos de inexequibilidad y por el contrario siempre consistieron en fallos de exequibilidad configurándose precedente judicial y no cosa juzgada.

No es posible predicar cosa juzgada formal respecto del art. 122 del Código Penal ya que dicho artículo nunca ha sido demandado frente a la Corte Constitucional.

No puede predicarse la cosa juzgada material para la normatividad demandada del Código Penal . El artículo 14 de la ley 890 de 2004 consagró un aumento de penas para los tipos penales de la parte especial del Código Penal . La norma entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2005 por expresa disposición del artículo 15 de la misma ley. Dado que la pena como elemento esencial del tipo penal ha sido modificada , es claro que nos encontramos ante un elemento nuevo del tipo penal de los artículos demandados 122,123 y 124 del Código Penal.

La intención es precisamente apartarme del precedente , presentado razones poderosas para ello , que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia , para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores.

2. Demanda de Pablo Jaramillo Valencia

La Corte Constitucional revisó los artículos relacionados con el tipo penal del aborto declarándolos exequibles. Al respecto no puede

predicarse la cosa juzgada material, puesto que esta solo se da al referirse a disposiciones declaradas inexequibles.

3. Demanda de Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santanilla.

No existe cosa juzgada formal porque la constitucionalidad de las normas demandadas , pertenecientes al Código Penal de 2000 , no han sido estudiadas ni decididas a la fecha. Tampoco existe cosa juzgada material porque las normas que prohíben actualmente el aborto poseen una pena superior a la que imponían sus antecesoras y por ende, a pesar de presentar redacciones idénticas , se trata de normas distintas.

Para poder dilucidar el interrogante planteado , esta Corporación estima conveniente , *de inicio* , establecer los parámetros de la figura jurídica de la Cosa Juzgada Constitucional , para *posteriormente* analizar el caso concreto .

Parámetros de la Cosa Juzgada Constitucional

El fenómeno jurídico de la Cosa Juzgada Constitucional tiene origen en la Carta Política. Pues bien, el artículo 243 constitucional establece:

"ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

Por su parte, el decreto 2067 de 1991 *"Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional"* determina lo siguiente :

"ART. 6°—Repartida la demanda, el magistrado sustanciador proveerá sobre su admisibilidad dentro de los diez días siguientes.
(...)
***Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada** o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia.*

(…)

*ART. 21.—**Las sentencias que proferirá la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional** y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.(…) “*

Igualmente, la ley estatutaria de la justicia , indica en su artículos 46 y 48 :

*ART. 46.—Control integral y **cosa juzgada constitucional**. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución*

ART. 48.—Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:
*1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, **sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva**. **La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general.”***

El concepto de Cosa Juzgada Constitucional deviene de los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio de su control jurisdiccional. Así las cosas, este fenómeno jurídico denota como características de las Sentencias su esencia inalterable, inmodificable e incuestionable y obligatoria.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

*“La jurisprudencia constitucional ha expresado que **la cosa juzgada constitucional más que un principio o un efecto propio de las sentencias que profiere esta Corte constituye una cualidad[209] de estas decisiones judiciales. Igualmente ha expresado que, en términos generales, el principio de la cosa juzgada “se traduce en el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos***

[209] Sentencia C-113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley*".*[210]

La cosa juzgada constitucional implica, en principio, que el pronunciamiento efectuado por la Corte no puede ser objeto de un nuevo debate o revisión*. En este sentido resulta innegable la íntima conexión de este principio con el de la seguridad jurídica, puesto que la cosa juzgada garantiza a la sociedad la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional (..).*

La jurisprudencia también ha dicho que es la propia Corte en su condición de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política la que determina los efectos de sus decisiones, atribución ésta que "nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos *(…)*
Lo anterior permite inferir la existencia de una distinción entre los fenómenos de la cosa juzgada absoluta y la cosa juzgada relativa, puesto que como es la Corte la que señala los efectos de sus pronunciamientos puede suceder que al adoptar su decisión no haya restringido el alcance del fallo por haber parangonado explícitamente la norma bajo revisión con la totalidad de los preceptos del Ordenamiento Superior, evento en el cual la sentencia produce efectos de cosa juzgada absoluta e impide toda posibilidad de formular y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsistan las disposiciones constitucionales en las que se apoyó el fallo.[211]

También puede ocurrir que cuando la Corte pese a haber analizado en el texto de la providencia los cargos propuestos en una demanda no ha señalado expresamente el alcance limitado de sus efectos a esos determinados aspectos, debe entenderse que la adopción de la decisión ha estado precedida por un análisis de la norma impugnada frente a la totalidad de las normas superiores, dando lugar a que la providencia

---

[210] Sentencia C-543 de 1992. M.P: José Gregorio Hernández Galindo

[211] Es de observar que cuando se presenta el tránsito constitucional las sentencias de exequibilidad proferidas antes de la vigencia de la nueva Carta no impiden el nuevo examen de la Corte (ver Auto de Sala Plena del 2 de junio de 1992 y Sentencia C-397 de 1995 entre otras). Sin embargo las sentencias que dictó la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la actual Carta Política, y mientras asumía el control constitucional la Corte Constitucional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (ver sentencias C-557 de 1993 y C-159 de 1997entre otras)

también esté amparada por la cosa juzgada absoluta[212]*, configurándose en tal hipótesis una suerte de "presunción de control integral".* [213]

Se deduce, entonces, que no son los cargos formulados en las demandas de inconstitucionalidad los que determinan el ámbito de la cosa juzgada constitucional, sino la decisión que adopta la Corte en cada uno de sus pronunciamientos para restringir o no su alcance y con arreglo a la cual se podrá establecer si se configura una cosa juzgada constitucional con carácter relativo o absoluto*. Lo contrario afectaría el valor de la cosa juzgada constitucional absoluta y con ello la seguridad jurídica que le es inmanente, puesto que en cada caso particular, y sin que se estuviera frente a la cosa juzgada relativa, habría que entrar a efectuar un análisis de fondo para determinar si los cargos propuestos son novedosos o no, dando lugar a un sinnúmero de pronunciamientos sobre el mismo asunto. De este modo la constitucionalidad de una norma no quedaría definida jamás (..)"* [214]*0*

Por consiguiente, el fenómeno de la Cosa Juzgada Constitucional implica *el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos* de constitucionalidad. No obstante, es la misma Corte Constitucional quien fija los efectos de sus propios fallos (artículo 241 Constitucional) . En este orden de ideas, cuando la sentencia no haya delimitado el alcance del fallo por haber realizado un estudio de comparación con la integridad de la Constitución estamos en presencia de una decisión con ***efectos de cosa juzgada absoluta,*** lo que trae consigo la imposibilidad de presentar nuevas demandas contra las normas acusadas, siempre y cuando existan en el tráfico jurídico , las normas constitucionales en las cuales se fundamentó la Sentencia.

En consecuencia, el concepto de ***cosa juzgada relativa*** implica que la Corte Constitucional haya delimitado los alcances de su fallo, por cuanto efectuó el estudio de comparación en relación con unas normas específicas de la Constitución. En dichos eventos, es posible interponer otra demanda contra la norma acusada siempre y cuando los cargos de violación se basen en normas constitucionales que no hayan sido sujetas de estudio por parte de esta Corporación.

Ahora bien, con respecto a la cosa juzgada relativa, la restricción a los alcances de las decisiones de la Corte Constitucional se pueden presentar de manera *implícita* en la parte motiva de la Sentencia o de manera *explícita* en su parte resolutiva. Ha dicho esta Corporación al respecto*:*

---

[212] Sentencia C-478 de 1998.
[213] Auto de sala Plena No. 174 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet
[214] Sentencia C- 153 de 2002 Corte Constitucional

*"**La cosa juzgada relativa se presenta de dos maneras: 0**Explícita, **cuando "...la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro..", es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutiva de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada "...mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta...". Implícita**, **se presenta cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutiva no se indique dicha limitación, "...en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutiva y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos...". Así mismo, se configura esta modalidad de cosa juzgada relativa, cuando la corte al examinar la norma constitucional se ha limitado a cotejarla frente a una o algunas normas constitucionales, sin extender el examen a la totalidad de la Constitución o de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, igualmente opera cuando la Corte evalúa un único aspecto de constitucionalidad; así sostuvo que se presenta cuando: "... el análisis de la Corte está claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada..".*[215]

Sin embargo, esta Corte ha utilizado otro tipo de distinciones relativas a la Cosa Juzgada Constitucional. Estas consisten en la ***cosa juzgada formal, la cosa juzgada material y la cosa juzgada aparente.***

La primera da a entender que existe una sentencia de constitucionalidad sobre la misma disposición o texto que se demanda. La segunda implica que existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre un contenido normativo similar a aquel que se está demandando; por lo que " *los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste sería totalmente aplicables en el segundo caso y la decisión que habría que adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior "* [216] . La tercera significa que en la parte resolutiva de una sentencia de constitucionalidad

---

[215] Sentencia C- 774 de 2001 Corte Constitucional
[216] Auto de Sala Plena No 27 A de 1998.

se toma una decisión respecto de disposiciones o normas que en realidad no han sido sujeto de estudio. Por tal razón, se presenta una aparente cosa juzgada, por cuanto no ha existido un pronunciamiento definitivo sobre dichos contenidos, lo que permite volver sobre ellas en un nuevo estudio de constitucionalidad.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional

Las disposiciones y contenidos normativos acusados, de la ley 599 de 2000, son los siguientes:

" *(...)*

ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
1. (...)
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
(...)

ART. 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.

0ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Con relación a la disposición o contenido normativo del artículo 122 de la ley 599 de 2000

Al respecto se constató por parte del suscrito Magistrado que la decisión tomada en su momento por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 133 de 1994 , constituye *Cosa Juzgada Relativa* por cuanto la Corporación optó por delimitar los alcances y efectos del fallo , a aquellos cargos estudiados al interior del proceso de constitucionalidad. Lo anterior se desprende del *Resuelve* de dicha decisión donde se dejó expresa constancia que la *exequibilidad* del artículo demandado en aquella época se producía por " *las razones expuestas en esta providencia "* .

Así las cosas, es con base en dichas argumentaciones y en algunos de los cargos presentados , que opera la cosa juzgada constitucional, en este caso en su modalidad relativa.

En consecuencia, los cargos presentados en las demandas que en esta ocasión estudió la Corte , no han sido valorados por ella . Si bien es cierto, esta Corporación en la Sentencia C- 133 de 1994 estudio el mismo *contenido normativo* del hoy artículo 122 de la ley 599 de 2000; no lo hizo por los mismos cargos.

Por consiguiente , la cosa juzgada relativa no opera en relación a las demandas de la referencia, existiendo entonces la posibilidad de que la Corte Constitucional realice el estudio de constitucionalidad del *contenido normativo* demandado por cuanto respecto de éste no existe cosa juzgada constitucional material en relación a los actuales cargos presentados.

Ahora bien, otro argumento que refuerza la inexistencia de Cosa Juzgada Constitucional en relación con el artículo referido se sustenta en que la Corte Constitucional , en la Sentencias inhibitorias C- 1299 y C-1300 de 2005 , partió del supuesto para emitir su fallo que no existía cosa juzgada constitucional .

Respecto de la disposición o el contenido normativo del Artículo 123 de la ley 599 de 2000 (Código Penal)

El suscrito Magistrado constató que respecto de la disposición jurídica y del contenido normativo que contiene el artículo 123 de la ley 599 de 2000, esta Corporación no ha emitido pronunciamiento alguno. Por ende, este Tribunal Constitucional se encuentra facultado para tomar una decisión de carácter Constitucional respecto de la norma en mención.

Respecto de la disposición o contenido normativo del Artículo 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal)

El suscrito Magistrado evidencia dos pronunciamientos, al menos, relacionados con el artículo acusado. La Sentencia C- 647 de 2001 y la Sentencia C-198 de 2002.

En primer lugar, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 647 de 2001 , y de manera *implícita* , limitó los alcances de la cosa juzgada constitucional a las consideraciones expuestas dentro de la misma Sentencia.

En este orden de ideas, debe manifestar el suscrito Magistrado que el fenómeno de la Cosa Juzgada Constitucional no opera respecto de las demandas presentadas en esta ocasión , por cuanto los cargos sustento de aquellas difieren de los expresados en la Sentencia C- 647 de 2001.

En segundo lugar, y respecto de la Sentencia C- 198 de 2002, situación similar se presentaría con lo analizado en el numeral anterior. Así pues, de la parte motiva de la Sentencia se desprende que los alcances de la cosa juzgada constitucional relativa implícita se refieren a los vicios de procedimiento específicamente analizados en esa providencia.

Por tal razón, y con base en los cargos que sustentan las demandas de referencia D- 6122 , D- 6123 y D- 6124 , no existe cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C- 198 de 2002 y específicamente con relación al parágrafo del artículo 124 de la ley 599 de 2000. Lo anterior, basado en que dichos cargos no hacen mención a vicios de trámite en la formación de la ley.

Otros argumentos que afirman la inexistencia de Cosa Juzgada Constitucional

En primer lugar, el suscrito Magistrado manifestó que las disposiciones hoy demandadas difieren sustancialmente en su pena a las demandadas con anterioridad ; por cuanto a la luz de lo señalado por la ley 890 de 2004 , la pena a imponerse por los delitos establecidos en la ley 599 de 2000 tiene una dosificación diferente.

Por consiguiente, las disposiciones jurídicas y los contenidos normativos difieren en la pena , lo que las hace diferentes y distintas. Siendo la pena parte estructural de las disposiciones acusadas , los contenidos demandados son sustancialmente diferentes a aquellos atacados en otra época; y por consiguiente la Corte Constitucional puede volver sobre ellos.

El artículo 14 de la ley 890 de 2004 establece:

"ART. 14.—Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley."

En segundo lugar, el Acto Legislativo No 2 de 2001 , artículo 1° , prevé que "*el Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución.*

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él "

El estatuto de Roma fue aprobado mediante la Ley 742 del 5 de junio de *2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)*" la cual a su vez fue declarada exequible mediante la Sentencia C- 578 de 2002.

Así las cosas, el estatuto en mención establece en su artículo 7° (*crímenes de lesa humanidad*) numeral 1° literal g) lo siguiente:

" *g)* ***Violación*** *, esclavitud sexual, prostitución forzada,* ***embarazo forzoso,*** *esterilización forzada o cualquier forma de violencia sexual de gravedad comparable "*

En consecuencia, existiendo como crimen de lesa humanidad el embarazo forzoso , en opinión del suscrito Magistrado , las normas acusadas deben ser analizadas respecto de este nuevo parámetro señalado

en desarrollo del Acto Legislativo No 2 de 2001 , lo que descarta la existencia de Cosa Juzgada constitucional.

***Conclusión Previa**:* con base en los argumentos expuestos con anterioridad, el suscrito Magistrado consideró que esta Corte estaba facultada para emitir pronunciamiento de constitucionalidad respecto de los artículos 32 numeral 7, 122 , 123 y 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal) con base en los cargos alegados en las demandas de referencias D- 6122, D – 6123 y D- 6124. Lo anterior, fundamentado en que respecto de las disposiciones y contenido normativos señalados y en relación con los cargos presentados no existe Cosa Juzgada Constitucional.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-355 de 2006

ABORTO-Casos en que no constituye delito (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-Exclusión constitucional de diseños legislativos que adopten posiciones absolutas (Aclaración de voto)

La exclusión constitucional de diseños legislativos que adopten posiciones absolutas obedece a que (a) cuando una constitución garantiza derechos que protegen un ámbito de decisión de la mujer en asuntos propios de su esfera vital, el legislador no puede obligar a la mujer a llevar a término su embarazo sin importar los riesgos y las cargas que ello pueda implicar; (b) el que una constitución garantice el derecho a la vida no genera como consecuencia que el aborto deba ser siempre considerado como un delito sin importar el impacto que ello tiene sobre los derechos de la mujer; (c) el que una Constitución reconozca los derechos de la mujer no implica que la situación del feto sea indiferente para el derecho constitucional de tal forma que el legislador puede, y en ciertas hipótesis debe, protegerlo por medio de los instrumentos que estime necesarios, uno de los cuales –pero no el único ni el más eficaz jurídicamente- es el penal.

DERECHO COMPARADO-Funciones que cumple (Aclaración de voto)

El derecho comparado, tanto jurisprudencial como legislativo, cumple la función no solo de ejemplificar las alternativas sino de ilustrar cuáles son más amplias y cuáles más restrictivas. Ello es valioso para evitar que en la formulación del condicionamiento se desconozca la potestad de configuración del legislador y, al mismo tiempo, se asegure que el límite constitucional ha sido enunciado de manera adecuada y precisa, a partir de los mandatos de nuestra Constitución.

DERECHO COMPARADO-Importancia para resolver colisión entre derechos e intereses constitucionales/**DERECHO COMPARADO-**Importancia para determinar límites al margen de configuración del legislador (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Estados Unidos (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Alemania (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Italia (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Francia (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Portugal (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-España (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Bélgica (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Canadá (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Hungría (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Irlanda (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Polonia (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Argentina (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-India (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Sudáfrica (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Aborto lícito ante peligro para vida o salud de la mujer (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Aborto lícito por malformaciones en el feto (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Aborto lícito por violación, incesto u otro acto criminal (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Aborto lícito por motivos de angustia o crisis severa (Aclaración de voto)

ABORTO EN DERECHO COMPARADO-Aborto lícito por motivos socioeconómicos (Aclaración de voto)

COMITE DE DERECHOS HUMANOS-Pronunciamientos sobre aborto (Aclaración de voto)

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-Pronunciamientos sobre aborto (Aclaración de voto)

COMISION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-Pronunciamientos sobre aborto (Aclaración de voto)

COMITE CONTRA TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER- Pronunciamientos sobre aborto (Aclaración de voto)

COMITE PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO-Pronunciamientos sobre aborto (Aclaración de voto)

COMITE DE DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES-Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Aclaración de voto)

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Tercer Informe sobre Derechos Humanos en Colombia (Aclaración de voto)

ABORTO-Condicionamiento del art. 122 del Código Penal solo se pronuncia sobre casos extremos donde la afectación de los derechos de la mujer es desproporcionada (Aclaración de voto)

La Corte en la presente sentencia, al enunciar el condicionamiento al artículo 122 acusado, se limitó a comprender las circunstancias extremas en las cuales se presentaría una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer al exigirle continuar con su embarazo. Además de estas hipótesis, el legislador puede avanzar en la determinación de otras siempre que se respeten estos mínimos y no se sobrepasan los linderos constitucionales consistentes en el respeto de la

mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos así como en la no desvalorización de la vida que el Estado tiene el deber de proteger.

Referencia: expedientes D-6122, 6123, 6124.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 32, 122, 123, 124 de la Ley 599 de 2000, Código Penal.

Actor: Mónica del Pilar Roa y Otros.

Magistrados Ponentes:
Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

1. La presente aclaración de voto tiene tres propósitos. Primero, explica una razón adicional por la cual compartí las cuatro decisiones adoptadas por la Corte. Esta razón se funda en el derecho constitucional jurisprudencial comparado, el cual cumplió una función crucial en la definición de mi posición (sección I). Segundo, ofrece un parámetro adicional para calificar como extremas las hipótesis en las cuales la Corte Constitucional estimó que el aborto no podía ser considerado como un delito. Este parámetro proviene de otro aspecto del derecho comparado, v.gr. la legislación de otros países donde el respectivo Parlamento o Congreso optó por despenalizar el aborto y al hacerlo definió hipótesis mucho más amplias a las enunciadas por la Corte precisamente porque el ámbito del legislador es el de la conveniencia mientras que el del juez es el de la constitucionalidad (sección II). Tercero, describe aspectos centrales de la jurisprudencia y de la legislación comparadas – más allá de lo necesario para alcanzar los dos propósitos anteriores – con el fin de proveer una base de información a quienes deseen impulsar en el Congreso de la República un proyecto de ley que avance por la puerta abierta por la Corte cuando señaló que el legislador puede ir más lejos en esta materia, como formulador que es de la política pública en el ámbito social (secciones I y II).

2. En esta sentencia la Corte Constitucional adoptó varias decisiones. Las esenciales se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) al legislador penal le está constitucionalmente prohibido considerar como delito el aborto cuando éste es practicado con el consentimiento de la mujer en

tres hipótesis, diferentes y autónomas, en las cuales exigirle que continúe con el embarazo constituye una carga desproporcionada sobre los derechos fundamentales de la mujer;[217] b) en estas decisiones, el legislador está obligado a conferirle un valor determinante a la voluntad de todas las mujeres, así sean menores de catorce años;[218] c) al legislador le está constitucionalmente permitido adoptar políticas públicas en materia de aborto que impliquen alternativas a la penalización, siempre que éstas políticas respeten los derechos constitucionales de las mujeres, y no desvaloricen la vida ni partan de que la libertad es un derecho absoluto;[219] d) en el evento de que el legislador opte por regular la materia -lo cual no es necesario por ser la Constitución de aplicación inmediata y los derechos de la mujer protegidos en la sentencia de aplicación directa- le está constitucionalmente prohibido fijar requisitos (condiciones, trámites, etc.) que representen una carga excesiva sobre la mujer o que le impidan decidir abortar, al menos, en las hipótesis señaladas por la Corte Constitucional en la presente sentencia.[220]

En relación con estas cuatro decisiones, así como respecto de otras consecuenciales, la sentencia expone la correspondiente *ratio decidendi*, que comparto.

3. En la presente aclaración de voto agrego una razón que tuvo un peso determinante en mi posición. En resumen, esta razón se puede sintetizar de la siguiente manera: *el derecho constitucional jurisprudencial comparado demuestra que cuando una Constitución, como la colombiana, contiene una enunciación de derechos le está prohibido al*

---

[217] La sentencia C-355 de 2006 resolvió: **Segundo.-** Declarar **exequible** el artículo 122 del Código Penal, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos : a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (…)
Cuarto. Declarar **inexequible** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

[218] La sentencia C-355 de 2006 resolvió: **Tercero.-** Declarar **inexequible** la expresión *"o en mujer menor de catorce años",* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

[219] Sentencia C-355 de 2006: "Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública."

[220] Por ejemplo, sobre el indicador ético-criminal la Corte se dice en la sentencia C-355 de 2006. "Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar; o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer" (...) En el mismo sentido, sobre la posible regulación del tema se dijo en la sentencia: "En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto."

legislador optar por posiciones absolutas, bien para proteger la vida del feto o bien para garantizar la libertad de la mujer.

De tal forma que si el legislador adopta un régimen prohibitivo del aborto debe establecer excepciones en aras de reconocer los derechos de la mujer, si adopta un régimen de libertad debe señalar las condiciones en las cuales dicha libertad ha de ceder ante la necesidad de proteger la vida, y si adopta un régimen de indicadores la definición de los mismos y las respectivas condiciones de aplicación no deben conducir a posiciones equiparables a las opciones absolutas. La exclusión constitucional de diseños legislativos que adopten posiciones absolutas obedece a que (a) cuando una constitución garantiza derechos que protegen un ámbito de decisión de la mujer en asuntos propios de su esfera vital, el legislador no puede obligar a la mujer a llevar a término su embarazo sin importar los riesgos y las cargas que ello pueda implicar; (b) el que una constitución garantice el derecho a la vida no genera como consecuencia que el aborto deba ser siempre considerado como un delito sin importar el impacto que ello tiene sobre los derechos de la mujer; (c) el que una Constitución reconozca los derechos de la mujer no implica que la situación del feto sea indiferente para el derecho constitucional de tal forma que el legislador puede, y en ciertas hipótesis debe, protegerlo por medio de los instrumentos que estime necesarios, uno de los cuales –pero no el único ni el más eficaz jurídicamente- es el penal.

Estas premisas generales reflejan la complejidad del tema y la necesidad de conciliar los derechos e intereses constitucionales en colisión. En cada país, el tribunal constitucional también tuvo que determinar qué opciones de diseño legislativo se encontraban dentro del margen de configuración del legislador, cuáles habían sido excluidas por la Constitución e, inclusive, cuáles estaban ordenadas por la respectiva Carta. Lo anterior, al juzgar esquemas legislativos muy distintos en cada país. Por eso, a pesar de las diferencias entre las sentencias de los jueces constitucionales en materia de aborto en los distintos países, es sorprendente la coincidencia en el resultado. Todas las sentencias admiten la práctica del aborto y excluyen esquemas legislativos extremos, de penalización total o de liberación absoluta.

En efecto, si bien existen diferencias entre las sentencias proferidas en cada país respecto de varios aspectos cruciales como, por ejemplo, el método de interpretación, la definición de la situación del feto, los derechos relevantes de la mujer, el ámbito de configuración del legislador respecto de la situación del feto y los derechos de la mujer, y la orientación básica de la decisión – cabe destacar lo que es común a las sentencias reseñadas. Primero, en todas las sentencias el juez constitucional considera que existe una cuestión jurídica de orden

constitucional que debe ser resuelta a la luz de la Constitución vigente en cada país. Segundo, ninguno de los jueces constitucionales concluyó que el legislador tiene una competencia absoluta para regular la materia del aborto puesto que la constitución de cada país establece límites al poder legislativo, a pesar de que el tema suscite controversia en la sociedad y coexistan visiones diferentes. Tercero, en todas las sentencias se decide que la prohibición del aborto no puede ser absoluta. Aun las sentencias en las cuales se afirmó que el legislador tiene el deber, en virtud de la constitución respectiva, de criminalizar el aborto, se concluyó que caben excepciones y que algunas de ellas también están ordenadas por la constitución correspondiente, en especial la del aborto terapéutico, el cual es definido con mayor o menor amplitud en cada país. Cuarto, ninguna sentencia es indiferente al valor de la vida del feto y todas admiten que en algún momento del embarazo –distinto en cada país- la vida del feto justifica sancionar penalmente el aborto. Quinto, todas las sentencias admiten que el valor de la vida del feto es limitable para respetar los derechos de la mujer embarazada, lo cual ha conducido a un resultado común independientemente de la regulación legal vigente: a la mujer se le debe permitir abortar por mandato constitucional. Lo que cambia en cada país son las circunstancias y condiciones dentro de las cuales la mujer puede abortar sin que se inicie una investigación penal en su contra, las cuales pueden ser fijadas, definidas y precisadas por el legislador dentro del respeto a los parámetros constitucionales enumerados por el juez constitucional. Sexto, existen tres condiciones que los jueces constitucionales han considerado suficientemente sólidas para justificar que el embarazo sea interrumpido con el consentimiento de la mujer encinta. Estas tres condiciones corresponden a los indicadores terapéutico, eugenésico y ético-criminal. En cambio, no existen coincidencias en cuanto al indicador basado en la necesidad socioeconómica, puesto que algunos jueces constitucionales lo han admitido y otros no. Sin embargo, cuando no ha sido admitido, el énfasis del argumento constitucional ha recaído sobre la amplitud de dicho indicador, lo cual puede conducir a la desprotección injustificada de la vida del feto.

En la primera sección de la presente aclaración (I), se ofrece el sustento de las anteriores conclusiones que proveen una razón adicional basada en la jurisprudencia constitucional comparada[221] para considerar que el diseño legislativo plasmado en las normas acusadas no es compatible con una carta generosa en derechos como la colombiana. En la descripción jurisprudencial se incluyen, al final, las decisiones proferidas por órganos

[221] Los países analizados fueron Estados Unidos, Canadá, Alemania, España, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia y Portugal. Para América Latina ver: HTUN, Mala. "Sex and the State". Cambridge University Press, 2003.

regionales o internacionales de carácter jurisdiccional[222] y no jurisdiccional[223] responsables de interpretar normas relativas a los derechos humanos.

4. El segundo problema a resolver, una vez adoptadas las decisiones esenciales, radica en determinar cuáles son las hipótesis en las cuales el legislador no puede establecer que el aborto es constitutivo de delito y, al mismo tiempo, respetar la potestad de configuración del legislador aún en tales hipótesis. En la sentencia tales hipótesis son identificadas como aquellas que afectan de manera desproporcionada derechos constitucionales de la mujer embarazada, como, por ejemplo, la vida y la salud en el caso del aborto terapéutico. Comparto esa metodología y la ratio que sustenta cada condicionamiento.

Sin embargo, en la fijación de mi posición pesó una razón adicional fundada en el derecho comparado. Para la definición del contenido de cada uno de los tres condicionamientos introducidos al artículo 122 había múltiples variantes. Ante diversas alternativas, estimo que el juez constitucional debe plasmar aquella que fija el límite ordenado por la Constitución respetando, al mismo tiempo, el margen de configuración del legislador. En aras de lograr ese equilibrio, el lenguaje que se emplee al enunciar el condicionamiento es crucial. Por ejemplo, en la hipótesis del llamado aborto eugenésico no es lo mismo hablar de "defectos", "anormalidades", "taras", o "malformaciones". También es distinto emplear alguna de esas nociones a secas, o con calificativos. Y por supuesto la manera de formular el calificativo determina el alcance del condicionamiento mismo.

El derecho comparado, tanto jurisprudencial como legislativo, cumple la función no solo de ejemplificar las alternativas sino de ilustrar cuáles son más amplias y cuáles más restrictivas. Ello es valioso para evitar que en la formulación del condicionamiento se desconozca la potestad de configuración del legislador y, al mismo tiempo, se asegure que el límite constitucional ha sido enunciado de manera adecuada y precisa, a partir de los mandatos de nuestra Constitución. También es valioso para interpretar el alcance de las tres hipótesis extremas que integran el condicionamiento al artículo 122 acusado.

Como se puede apreciar la Corte Constitucional no entró en los detalles que competen al legislador, sino que se limitó a fijar en términos

---

[222] Se analizaron decisiones del Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos.

[223] Se analizaron los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos como organismo no jurisdiccional, el Comité contra Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el Comité para los Derechos del Niño, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

generales las hipótesis en las cuales un aborto no es constitutivo de delito. No obstante, si bien cabría una reglamentación legal de estas hipótesis, así como de otras si el legislador así lo estima conveniente, ello no es necesario porque la formulación de cada hipótesis, distinta y autónoma, permite la aplicación inmediata de los derechos constitucionales de la mujer protegidos y señala la condición tanto necesaria como suficiente para cada caso: certificación de un médico, que puede ser el mismo que practique la interrupción del embarazo - no de varios médicos ni de alguien que no sea profesional de la medicina - para el aborto terapéutico y el aborto eugenésico; denuncia debidamente presentada para el aborto ético - no certificación de medicina legal ni resolución de un fiscal ni mucho menos providencia judicial -. Claro está que cuando la violación es presunta por tratarse de una mujer menor de catorce años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto. Igualmente, cuando el peligro derivado de las condiciones del embarazo para la vida de la mujer gestante es grave e inminente, pero la mujer se encuentre inconsciente, basta la certificación de un médico para que se practique el aborto necesario para salvar la vida de la mujer, sin esperar a que ésta recupere la capacidad de expresar su voluntad. Obviamente, en ningún caso se necesita de autorización judicial.

Por supuesto, la identificación del límite constitucional parte del texto de la Constitución de 1991, lo cual explica y justifica que en algunos aspectos el condicionamiento introducido al artículo 122 acusado haya sido concebido con un mayor alcance. En efecto, en lo que respecta al aborto terapéutico, cabe destacar que en Colombia el derecho a la vida, en este caso de la mujer gestante, ha sido entendido de manera amplia como vida digna, no como vida meramente física. En el mismo sentido, el derecho a la salud ha sido enunciado e interpretado desde una perspectiva integral que comprende tanto la salud física como la salud mental. Algo semejante sucede con la forma de calificar la afectación del derecho a la vida o a la salud de la mujer gestante. Se acudió a la noción de peligro, a secas, porque en el derecho constitucional colombiano los derechos fundamentales deben ser garantizados no solo frente a vulneraciones sino, además, ante amenazas, como se deduce del texto constitucional y de la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre estos derechos, en especial sobre la conexidad entre vida y salud. Por esta razón, el condicionamiento atinente al aborto terapéutico tiene un alcance mayor entre nosotros, como se aprecia a partir de la descripción del derecho comparado.

Lo anterior no significa que las hipótesis en las cuales la interrupción voluntaria del embarazo no es constitutiva de delito, según el

condicionamiento al artículo 122 acusado, no sean la síntesis de los límites extremos al margen de configuración del legislador en el contexto constitucional colombiano. Una cosa es determinar lo que la Constitución prohíbe y otra lo que ésta permite. Como se advierte en la sentencia, la Constitución permite que el legislador vaya más lejos en la formulación de su política pública en esta materia, pero le prohíbe tratar como delincuente tanto a la mujer que expresa su voluntad libre de interrumpir su embarazo en las tres hipótesis mencionadas, como al médico que le practique el aborto.

En el condicionamiento al artículo 122 no hay referencia alguna a plazos, a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado. Ello obedece a dos razones esenciales. Primero, el respeto al margen de configuración del legislador, quien a partir de consideraciones médicas, de política social o de otra índole puede fijar plazos distintos o no fijar ninguno. Segundo, al contenido mismo de cada una de las tres hipótesis contempladas en el condicionamiento. En efecto, respecto del aborto terapéutico, la necesidad de precaver un peligro para la vida o la salud de la mujer gestante no es claramente sujetable a un plazo general derivado de la Constitución. Lo mismo puede decirse del aborto eugenésico en la definición extrema plasmada en el condicionamiento. Otra sería la situación si la definición del aborto eugenésico fuera más amplia. En lo atinente a la tercera hipótesis, la carga que representa para la mujer denunciar una violación o un incesto, por ejemplo, aumenta con el paso del tiempo, como también se incrementa su vinculación afectiva con el ser engendrado, lo cual tendrá incidencia en su decisión – responsable y de buena fe, constitucionalmente presumida - de interrumpir el embarazo. Igualmente, a medida que pase el tiempo, la relación de causalidad entre el embarazo y el acto delictivo que lo ocasionó puede ser más difícil de probar en el evento de que alguien dude de la veracidad de lo afirmado por la mujer. Sin duda, como en la hipótesis del aborto por razones éticas basta la denuncia del acto delictivo que ocasionó el embarazo, en la decisión responsable de la mujer, así como en la del médico al que ella acuda, pesará el hecho de que se haya llegado al momento de viabilidad del feto. Finalmente, cabe resaltar que en el evento en que el legislador decidiera regular la materia de acuerdo a un sistema de indicadores con plazos, los términos que fije deben respetar la cuarta decisión adoptada en esta sentencia y que fue anteriormente resaltada, v.gr., dichos plazos no pueden crear una carga desproporcionada para la mujer ni hacer nugatorio el ejercicio de sus derechos, lo que sucedería con un término muy breve, por ejemplo.

En cualquier caso, la ausencia de plazos no impide que se practiquen abortos en las tres hipótesis previstas en el condicionamiento. Por el contrario, es sobre el Congreso que ha recaído la carga de pronunciarse al

respecto, si lo estima necesario, pero dentro del respeto a la Constitución interpretada para estos efectos en la presente sentencia. El derecho comparado sugiere que el tema de los plazos se torna muy relevante cuando el legislador opta por configurar un régimen de libertad (Sudáfrica) o cuando establece un indicador amplio como puede ser el relativo a la crisis severa (Hungría) o la angustia (Francia).

En la segunda sección de la presente aclaración (II) se describen las variantes relevantes para definir los indicadores que en distintos países permiten el aborto[224].

A continuación se describen los elementos del derecho comparado que incidieron en mi posición, empezando por las sentencias de los jueces constitucionales (sección I, Páginas 7-85 de la aclaración) para luego resaltar aspectos de la legislación (sección II, Páginas 85-109 de la aclaración). Estas secciones son resumidas en los cuadros anexos.[225]

I. LA RELEVANCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL JURISPRUDENCIAL COMPARADO PARA DEFINIR LAS FORMAS DE RESOLVER JURÍDICAMENTE LAS COLISIONES ENTRE DERECHOS E INTERESES CONSTITUCIONALES Y PARA DETERMINAR LOS LÍMITES AL MARGEN DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR.

El siguiente análisis tiene como objeto realizar una comparación entre algunos países donde los jueces constitucionales han resuelto sobre el tema del aborto. La comparación se realizará entre Alemania, España, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Polonia y Portugal en Europa. En otros continentes se analizarán las decisiones de Canadá y Estados Unidos. En cada uno de estos países el juez constitucional nacional ha emitido un pronunciamiento que ha obedecido al contexto específico de cada régimen constitucional así como al contenido y diseño de la norma legal objeto de juzgamiento. Se señalará, en cada país, i) el número de sentencias que se han pronunciado sobre el tema; ii) si las decisiones comprenden un control abstracto o una decisión dentro de un proceso de control concreto, sea por vía de amparo u otra equivalente a la acción de tutela; iii) el contenido básico de la norma revisada al igual que la orientación de las sentencias correspondientes. Lo

---

[224] Los países comparados fueron Alemania, Argentina, Brasil, España, Francia, Hungría, Italia, India, Polonia, Portugal y Sudáfrica.

[225] El anexo presenta cinco cuadros: i) orientación básica de los tribunales constitucionales las diferentes decisiones sobre el aborto (Cuadro I); ii) parámetros sentados por los tribunales constitucionales y la legislación sobre aborto (Cuadro II); iii) sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de libertad durante el primer trimestre de embarazo (Cuadro III); iv) sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de indicadores durante el primer trimestre de embarazo (Cuadro IV); y v) sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de indicadores después del primer trimestre de embarazo (CuadroV).

anterior, para delimitar la situación penal del aborto en cada país desde el punto de vista constitucional, e identificar las diferentes posiciones adoptadas por los jueces en el orden nacional frente al ejercicio del margen de configuración legislativa. No se pretende describir en detalle los argumentos de los jueces constitucionales, sino presentar de manera general la orientación que guió al juez constitucional en cada país.

Para el análisis se presentarán las decisiones en orden cronológico. En caso de existir varias decisiones en un mismo país se tomará la primera para establecer la secuencia. La presentación corresponde al siguiente orden:

País	**Año**
Estados Unidos	1973
Alemania	1975
Italia	1975
Francia	1975
Portugal	1984
España	1985
Canadá	1988
Hungría	1991
Irlanda	1992
Polonia	1996

1. Estados Unidos

La Corte Suprema de Justicia estadounidense se ha pronunciado en más de 30 oportunidades sobre el aborto. De todas sus decisiones se hará alusión a cinco, cuatro que son consideradas como las sentencias hito de la jurisprudencia sobre el tema y una quinta que corresponde a la más reciente. Las primeras dos decisiones, de 1973, –Roe contra Wade y Doe contra Bolton- son las que fijaron los parámetros constitucionales que resultaron en la despenalización del aborto y en un sistema de libertad ordenado por la Corte Suprema de Justicia para proteger la intimidad de la mujer. La siguientes tres decisiones - Planned Parenthood contra Casey; Stenberg contra Carhart; y Ayotte Attorney General of New Hampshire contra Planned Parenthood of Northern New England- datan de 1992, 2000 y 2006 y comprenden un control de normas estatales revisadas a la luz de la Constitución y de los parámetros fijados en las dos primeras decisiones sobre aborto. Las últimas tres decisiones son importantes pues matizan el sistema de libertad de la regulación del aborto que había sido establecido en los primeros dos casos mencionados. El matiz consiste en lo siguiente. De acuerdo a Roe v Wade la mujer puede decidir libremente abortar, en virtud de su derecho

a la intimidad, durante el primer trimestre de embarazo y aun después, en condiciones encaminadas a proteger la vida y salud de la mujer, hasta que el feto llegue a un estado de desarrollo que lo haga viable por fuera del vientre de la madre. De acuerdo a las sentencias posteriores el legislador puede establecer trámites y condiciones, como periodos de espera breves y consejería médica previa, para el ejercicio de esa libertad siempre que ello no represente una "carga indebida" para la mujer.

En 1973, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana decidió, en el caso de Roe contra Wade, con una mayoría de siete votos contra dos, que la Constitución protege el derecho de las mujeres para decidir interrumpir su embarazo antes de que el feto sea viable[226]. La Corte revisó la constitucionalidad de las leyes que regulaban el aborto en el Estado de Texas y prohibían las interrupciones del embarazo a menos que fueran prescritas por un médico para salvar la vida de la mujer. En el caso, una mujer soltera y embarazada deseaba terminar su embarazo por medio de una intervención realizada por un medico competente y licenciado bajo condiciones médicas seguras. La mujer no podía obtener un aborto legal en Texas ya que su vida no se encontraba en peligro con la continuación del embarazo. Así mismo, la mujer no tenía los medios económicos para viajar a otro estado federado donde pudiera obtener un aborto seguro. Argumentaba que la legislación de Texas era inconstitucionalmente vaga y que vulneraba su derecho a la intimidad, protegido por las enmiendas primera, cuarta, quinta, novena y catorceava. La Corte Suprema de Justicia le dio la razón a la mujer. El derecho protegido por la Corte fue el derecho a la intimidad. En esta sentencia la Corte dijo que "*El derecho a la intimidad que subyace en el concepto de libertad y en las restricciones a las acciones del Estado, establecido en la catorceava enmienda de la Constitución, es lo suficientemente amplio para cobijar la decisión de una mujer de terminar su embarazo*." La Corte determinó que los estados federados no podían prohibirle a una mujer obtener un aborto antes de que el feto fuera viable y que cualquier normatividad federal que regulara el aborto debía ser juzgada a partir de un escrutinio estricto.

---

[226] Corte Suprema de Justicia norteamericana. Roe v. Wade. 410 US 113, 1973. Votación: 7-2. Magistrado ponente: Blackmun. (Aclaraciones de voto: Burgen, Stewart, Douglas. Salvamentos de voto: Renhquist y White). La viabilidad fue definida de la siguiente manera por la Corte: Traducción libre. "(…) los médicos y sus colegas científicos han considerado en menor medida dicho evento y han tendido a enfocarse en la concepción, en el nacimiento o en el momento en el que el feto se vuelve viable, eso es, potencialmente capaz de vivir por fuera del útero de la madre, aún con ayuda artificial. La viabilidad generalmente se da alrededor de los siete meses de embarazo (28 semanas) pero puede ocurrir antes, inclusive en la semana 24 de embarazo." Texto original: "Physicians and their scientific colleagues have regarded that event with less interest and have tended to focus either upon conception, upon live birth, or upon the interim point at which the fetus becomes "viable," that is, potentially able to live outside the mother's womb, albeit with artificial aid. Viability is usually placed at about seven months (28 weeks) but may occur earlier, even at 24 weeks."

La Corte estableció que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental que se extiende al ámbito de la procreación y que incluye el derecho a abortar:

> La Constitución no menciona explícitamente un derecho a la intimidad. En una línea de decisiones que va hasta Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 (1891), la Corte ha reconocido que un derecho a la intimidad, o una garantía de ciertas zonas o áreas de la intimidad, existe en virtud de la Constitución. En varios contextos, la Corte, o magistrados de manera individual han encontrado las raíces de ese derecho en la primera enmienda, Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969); en la cuarta y quinta enmienda, Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 8 -9 (1968), Katz v. United States, 389 U.S. 347, 350 (1967), Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), ver Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Salvamento: Brandeis, J.); en la penumbra de la Carta de Derechos, Griswold v. Connecticut, 381 U.S., at 484 –485, en la Novena enmienda, id, at 486 (Aclaración: Goldberg, J.); o en el concepto de libertad garantizado en la primera sección de la catorceava enmienda, ver Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923). Estas decisiones establecen que solo los derechos personales pueden ser considerados como "fundamentales" o "implícitos en el concepto de una libertad ordenada", Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937) e incluidos en la garantía de la intimidad. También ponen de manifiesto que la el derecho tiene cierta extensión a actividades relacionadas con el matrimonio, Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1967); la procreación, Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541 -542 (1942); la anticoncepción Eisenstadt v. Baird, 405 U.S., at 453 -454; id., at 460, 463-465 [410 U.S. 113, 153] (Aclaración: WHITE, J.,); las relaciones familiares, Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 (1944); y la educación de los niños, Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 535 (1925), Meyer v. Nebraska, supra.
>
> Este derecho a la intimidad - se encuentre fundado en el concepto de libertad personal que también comprende restricciones a las acciones del Estado de la Catorceava Enmienda, como lo consideramos, o como la Corte Distrital lo determinó, los derechos de las personas de la reserva de la Novena Enmienda - son suficientemente amplios para cobijar la decisión de una mujer sobre la terminación de su

embarazo. El detrimento que el Estado impondría en la mujer embarazada al negarle esta decisión no es aparente. Existe un daño directo y específico que puede encontrarse involucrado y que puede ser médicamente diagnosticado, aun en las etapas tempranas del embarazo. La maternidad, o la reproducción adicional, puede forzar a una mujer a llevar una vida y un futuro de aflicción. El daño psicológico puede ser inminente. La salud física y sicológica puede verse cargada por el cuidado del menor. También existe una angustia asociada al niño no deseado, y existe el problema de traer un niño a una familia que no es capaz, psicológicamente o de otra manera, de cuidarlo. En otros casos, como en este, las dificultades adicionales y la estigmatización de la maternidad de una mujer soltera pueden verse involucradas. Todos estos son factores que tanto la mujer como su médico deben considerar necesariamente en su consejería.

Sobre la base de elementos como los mencionados, el recurrente y algunos *amicus* argumentan que el derecho de la mujer es absoluto y que ella se encuentra legitimada para terminar su embarazo en cualquier momento, de cualquier manera y por cualquier motivo. Con esto no estamos de acuerdo. Los argumentos de los recurrentes que sostienen que Texas no tienen ningún interés en regular la decisión de abortar, o no tienen un interés lo suficientemente fuerte para limitar la determinación de la mujer, no son persuasivos. La decisión de la Corte, de reconocer el derecho a la intimidad, también reconoce que debe existir una regulación estatal de algunas áreas protegidas por este derecho. Como se ha anotado, el estado puede asegurar sus intereses al proteger la salud, mantener estándares médicos y proteger la vida potencial. En un momento del embarazo, estos intereses se vuelven lo suficientemente fuertes para permitir una regulación de los factores que gobiernan la decisión de abortar. Por lo tanto, el derecho a la intimidad involucrado no puede ser absoluto. De hecho, no es claro para nosotros el argumento de algunos *"amici"* que sostiene que las personas tienen un derecho ilimitado de hacer con su cuerpo lo que deseen, lo que se encuentra directamente relacionado al derecho a la intimidad articulado previamente en las decisiones de la Corte. La Corte ha rechazado reconocer derecho ilimitado de esta naturaleza en el pasado. Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905) (vacunación); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927) (esterilización).

Concluimos que el derecho a la intimidad incluye la decisión de abortar, pero que este derecho no se encuentra desprovisto de calificativos y debe ser considerado en relación con intereses importantes del estado en su regulación.[227]

---

[227] Corte Suprema de Justicia norteamericana. Roe v. Wade. 410 US 113, 1973. Votación: 7-2. Magistrado ponente Blackmun. (Aclaraciones de voto: Burgen, Stewart, Douglas. Salvamentos de voto: Renhquist y White).Texto original: "The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. In a line of decisions, however, going back perhaps as far as Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 (1891), the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution. In varying contexts, the Court or individual Justices have, indeed, found at least the roots of that right in the First Amendment, Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969); in the Fourth and Fifth Amendments, Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 8 -9 (1968), Katz v. United States, 389 U.S. 347, 350 (1967), Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), see Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting); in the penumbras of the Bill of Rights, Griswold v. Connecticut, 381 U.S., at 484 -485; in the Ninth Amendment, id., at 486 (Goldberg, J., concurring); or in the concept of liberty guaranteed by the first section of the Fourteenth Amendment, see Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923). These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed "fundamental" or "implicit in the concept of ordered liberty," Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937), are included in this guarantee of personal privacy. They also make it clear that the right has some extension to activities relating to marriage, Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1967); procreation, Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541 -542 (1942); contraception, Eisenstadt v. Baird, 405 U.S., at 453 -454; id., at 460, 463-465 [410 U.S. 113, 153] (WHITE, J., concurring in result); family relationships, Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 (1944); and child rearing and education, Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 535 (1925), Meyer v. Nebraska, supra.

This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation.

On the basis of elements such as these, appellant and some amici argue that the woman's right is absolute and that she is entitled to terminate her pregnancy at whatever time, in whatever way, and for whatever reason she alone chooses. With this we do not agree. Appellant's arguments that Texas either has no valid interest at all in regulating the abortion decision, or no interest strong enough to support any limitation upon the woman's sole determination, are unpersuasive. The [410 U.S. 113, 154] Court's decisions recognizing a right of privacy also acknowledge that some state regulation in areas protected by that right is appropriate. As noted above, a State may properly assert important interests in safeguarding health, in maintaining medical standards, and in protecting potential life. At some point in pregnancy, these respective interests become sufficiently compelling to sustain regulation of the factors that govern the abortion decision. The privacy right involved, therefore, cannot be said to be absolute. In fact, it is not clear to us that the claim asserted by some amici that one has an unlimited right to do with one's body as one pleases bears a close relationship to the right of privacy previously articulated in the Court's decisions. The Court has refused to recognize an unlimited right of this kind in the past. Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905) (vaccination); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927) (sterilization).

We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation."

Igualmente, la Corte estableció que una concepción particular de la vida no podía anular el derecho a la intimidad de la mujer en cuanto a la decisión de abortar:

> *De acuerdo a lo anterior, no consideramos que, al adoptar una teoría de la vida, Texas puede anular los derechos de una mujer embarazada que se encuentran en juego. Sin embargo, repetimos, que el Estado tiene un interés importante y legítimo en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada que busca la atención y tratamiento médico, sea o no residente del estado federado, y que además tiene otro interés legítimo e importante en proteger la vida potencial. Estos intereses son diferentes. Cada uno crece sustancialmente en la medida en que la mujer se acerca al término del desarrollo del embarazo, y, en un momento durante éste cada uno se convierte en imperioso.*
>
> En cuanto al interés legítimo e importante del Estado en la salud de la madre, el momento imperioso, a la luz del conocimiento médico actual, es aproximadamente al final del primer trimestre. Esto es, de acuerdo al hecho establecido médicamente, referido arriba en 149, que hasta el final del primer trimestre de embarazo la mortalidad por un aborto puede ser menor que la mortalidad en un nacimiento normal.
>
> Se desprende que desde este momento y después del mismo, el Estado puede regular el procedimiento de aborto hasta el punto en que la regulación se relacione racionalmente con la preservación y la protección de la salud de la madre. Ejemplos de una regulación permitida en esta área son los requisitos de la calificación de la persona que realizará el aborto; sobre la licenciatura de esta persona, del lugar donde el procedimiento debe ser realizado, esto es, si debe ser en un hospital o puede ser en una clínica o algún otro lugar de menor estatus que un hospital, hasta la licencia del lugar, y requisitos parecidos.
>
> Esto significa que, de otra parte, durante el periodo anterior a este momento imperioso, el médico, en consulta con su paciente, es libre de determinar, sin regulación del Estado, esto es de acuerdo a su criterio médico, que el embarazo de la paciente debe ser interrumpido. Si dicha decisión es

> tomada, el aborto debe ser realizado sin intervención estatal.[228]

En resumen, la Corte estableció que en virtud de la enmienda 14 a la Constitución, interpretada ésta a partir de los precedentes sobre el derecho a la privacidad, la mujer tiene derecho a abortar. Así mismo, la Corte determinó que este derecho no era absoluto y que debía ser ponderado con el interés del Estado en proteger la vida prenatal y la salud de la mujer. Igualmente, la Corte rechazó los argumentos que planteaban la protección de la vida desde el momento de la concepción pues no existía ninguna disposición que estableciera que el embrión, y luego el feto, era persona.

La Corte no definió cuándo se entiende que comienza la vida y su análisis giró alrededor de establecer unos parámetros temporales, por trimestres, en los que se podía interrumpir el embarazo, regular el aborto o prohibirlo. La decisión de la Corte fue la siguiente:

> La penalización estatal del aborto viola la cláusula del debido proceso de la catorceava enmienda, que protege el derecho a la intimidad en contra de la acción estatal, incluyendo el derecho calificado a terminar su embarazo. Aún cuando el Estado no puede desconocer ese derecho (- a la intimidad-), tiene un legítimo interés en proteger la salud de la mujer y la potencialidad de la vida humana y cada uno de esos intereses

---

[228] Corte Suprema de Justicia norteamericana. Roe v. Wade. 410 US 113, 1973. Votación: 7-2. Magistrado ponente: Blackmun. (Aclaraciones de voto: Burgen, Stewart, Douglas. Salvamentos de voto: Renhquist y White).Texto original: “In view of all this, we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake. We repeat, however, that the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches [410 U.S. 113, 163] term and, at a point during pregnancy, each becomes "compelling."
With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, referred to above at 149, that until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. Examples of permissible state regulation in this area are requirements as to the qualifications of the person who is to perform the abortion; as to the licensure of that person; as to the facility in which the procedure is to be performed, that is, whether it must be a hospital or may be a clinic or some other place of less-than-hospital status; as to the licensing of the facility; and the like.
This means, on the other hand, that, for the period of pregnancy prior to this "compelling" point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State.”

> aumenta y en determinadas etapas prevalece: a) Para la etapa previa a la aproximación del final del primer trimestre, la decisión de abortar y su realización debe ser dejada al juicio médico que trata a la mujer embarazada; b) Para la etapa subsiguiente al final del primer trimestre, el Estado, al promover el interés en la salud de la mujer, puede, si así lo decide, regular el procedimiento de aborto de manera razonable en relación con la salud de la mujer; c) Para la etapa siguiente a la viabilidad del feto, el Estado, al promover su interés en la vida potencial, puede, si así lo decide, regular e inclusive prohibir el aborto excepto cuando éste es necesario, de acuerdo a un juicio médico apropiado, para la preservación de la vida o salud de la mujer[229].

En 1973, la Corte Suprema de Justicia también conoció el caso de Doe contra Bolton[230]. María Doe era una mujer de 22 años con 9 semanas de embarazo que residía en el Estado de Georgia. La demandante tenía tres hijos. Sus dos hijos mayores habían sido puestos al cuidado estatal debido a la pobreza de la madre y a su inhabilidad para hacerse cargo de ellos. El menor había sido dado en adopción. Como su esposo la había abandonado, vivía junto con sus ocho hermanos y con sus padres, quienes se encontraban en estado de indigencia. Recientemente se había reconciliado con su esposo, que era un trabajador informal y no tenía un sueldo fijo. A la señora Doe, que había estado en anteriores ocasiones en el hospital por problemas mentales, se le había recomendado una interrupción del embarazo. A la demandante le era imposible hacerse cargo de un hijo. Aun así su solicitud para la terminación del embarazo fue rechazada en virtud de las leyes vigentes del Estado de Georgia.

La Corte decidió, con una votación de siete votos a favor y dos en contra, que las normas de Georgia eran inconstitucionales. Estas, además

---

[229] El extracto trascrito fue tomado de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia, preparado por el relator de la Corte Suprema de Justicia. Texto original: "The Supreme Court held that the State criminal abortion laws violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against a state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman's health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a "compelling" point at various stages of the woman's approach to term: a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician. b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interests in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. C) For the stage subsequent to viability, the state, in promoting its interest in the potentiality of human life, may, if it chooses, regulate, and even proscribe abortion except when necessary in appropriate medical judgment for the preservation of the life or health of the mother."

[230] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Doe v. Bolton 410 US 179, 1973. Magistrado Ponente: Blackmun. Votación: 7-2. (Aclaraciones de voto: Magistrados Burger, Douglas y Stewart. Salvamento de voto: White y Renhquist.)

de otras limitaciones, solo permitían abortos realizados en hospitales acreditados y de acuerdo a lo decidido por un comité médico y confirmado por una segunda opinión médica. La decisión fue la siguiente:

> Aquellas partes de la ley que requieren que los abortos sean realizados en hospitales, o hospitales acreditados que requieran la intervención de un comité de aborto, además de la confirmación de otros médicos y que limita el aborto a los residentes del estado de Georgia son inconstitucionales, mientras que la disposición que requiere que la decisión del médico sea tomada de acuerdo a su mejor criterio clínico de necesidad no es inconstitucionalmente vaga[231].

Desde 1973 hasta 1992 la Corte Suprema de Justicia estadounidense se pronunció en varias oportunidades sobre el aborto. En dichas decisiones se conservaron los parámetros constitucionales de regulación establecidos en las anteriores decisiones. Tales decisiones versan sobre diferentes aspectos de la regulación del aborto. Los casos que la Corte conoció son: Bigelow contra Virginia (1975)[232], Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth (1976)[233], Singleton contra Wulff (1976)[234], Beal contra Doe (1977)[235], Maher contra Roe (1977)[236], Poelker contra Doe (1977)[237], Colautti contra Frankilin (1979)[238], Bellotti

---

[231] El extracto trascrito fue tomado de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia, preparado por el relator de la Corte Suprema de Justicia y no constituye parte de la decisión. Texto original: "The Supreme Court held that those portions of the statute requiring abortions be conducted in hospitals, or in accredited hospitals, requiring the interposition of a hospital abortion committee, requiring confirmation by other physicians, and limiting abortion to Georgia residents, are unconstitutional, while the provision requiring that a physician's decision rest upon his best clinical judgment of necessity is not unconstitutionally vague."

[232] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Bigelow v. Virginia 421 US 809, 1975. Votación: 7-2. Magistrado Ponente: Blackmun. (Salvamento de voto: White y Renquist).

[233] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth 428 US 52, 1976. Votación: 5-4. Magistrado Ponente: Blackmun. (Salvamentos parciales: White, Burger, Stevens, Renquist).

[234] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Singleton v. Wulff 428 US 106, 1976. Votación 5-4. Magistrado Ponente: Blackmun. (Aclaración parcial de voto: Stevens, Powell. Salvamento de voto parcial: Powell, Burger, Stewart y Renquist).

[235] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Beal v. Doe 432 US 438, 1977. Votación: 6-3. Magistrado Ponente: Powell. (Salvamento de voto: Brennan, Marshall, Blackmun).

[236] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Maher v. Roe 432 US 464, 1977. Votación: 6-3. Magistrado Ponente: Powell. (Aclaración de voto: Burger. Salvamento de voto: Brennan, Marshall, Blackmun).

[237] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Poelker v. Doe 432 US 519, 1977. Votación 6-3. Magistrado ponente: La posición mayoritaria no fue firmada por ningún magistrado. (Salvamento de voto: Brennan, Marshall, Blackmun).

[238] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Colautti v. Frankilin 439 US 379, 1979. Votación: 6-3. Magistrado ponente: Blackmun. (Salvamento de voto: White, Burger, Rehnquist).

contra Baird (1979)[239], Harris contra MacRae (1980)[240], Williams contra Zbaraz (1980)[241], H.L. contra Matheson (1981)[242], Akron v. Akron Centre for Reproductive Health, Inc (1983)[243], Planned Parenthood Association Kansas, Missouri contra Ashcroft (1983)[244], Somopoulos contra Virginia (1983)[245], Thornburgh contra American College of Obstretricians and Gynecologists (1986)[246], Webster contra Reproductive Health Services (1989)[247], Hodgson contra Minnesota (1990)[248], Ohio contra Akron Centre of Reproductive Health Inc (1990)[249], Rust contra Sullivan (1991)[250].

En 1992, en el caso de Planned Parenthood contra Casey[251], la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad de las normas de Pennsylvania que regulaban el aborto e introdujo un matiz a lo decidido en Roe contra Wade, pero sin cambiar el precedente. La norma establecía un tiempo de espera de 24 horas, después de tomada la decisión de abortar, para efectuar el procedimiento. La norma también establecía que los médicos debían proveer información a las mujeres sobre la viabilidad

---

[239] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Bellotti v. Baird 443 US 622, 1979. Votación 8-1. (Salvamento de voto: White. Aclaraciones de Voto: Rehnquist, Stevens, Brennan, Marshall y Blackmun).

[240] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Harris v. MacRae 448 US 297, 1980. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Stewart. (Aclaración de voto: White. Salvamento de voto: Brennan, Marshall, Blackmun, Stevens).

[241] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Williams v. Zbaraz 448 US 358, 1980. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Stewart. (Salvamento de voto: Brennan, Marshall, Blackmun, Stevens).

[242] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. H.L. v Matheson 450 US 398, 1981. Votación: 6-3. Magistrado ponente: Burger. (Aclaración de voto: Powell, Stewart, Stevens. Salvamento de voto: Marshall, Brennan, Blackmun).

[243] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. City of Akron v. Akron Centre for Reproductive Health, Inc 462 US 416, 1983. Votación: 6-3. Magistrado ponente: Powell. (Salvamento de voto: O`Connor, White, Rehnquist).

[244] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri, v. Ashcroft 462 US 476, 1983. Votación 5-4. Magistrado ponente Powell. (Aclaración y salvamento parcial de voto: Blackmun, Brennan, Marshal, Stevens. Aclaración y salvamento parcial de voto: O`Connor, White, Renquist).

[245] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Somopoulos v. Virginia 462 US 506, 1983. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Powell. (Aclaración y salvamento parcial de voto: O`Connor, White, Rehnquist. Salvamento de voto: Stevens).

[246] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Thornburgh v. American Collage of Obstretricians and Gynecologists 476 US 747, 1986. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Powell. (Aclaración de voto: Stevens. Salvamento de voto: Burger, White, Renquist, O`Connor).

[247] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Webster v. Reproductive Health Services 492 US 490, 1989. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Rehnquist. (Aclaración y salvamento parcial: O´Connor, Scalia, Blackmun, Brennan, Marshall, Stevens).

[248] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Hodgson v. Minnesota 497 US 417, 1990. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Stevens. (Aclaración y salvamento parcial de voto: O`Connor, Kennedy, Marshall, Brennan, Blackmun, Rehnquist, White, Scalia).

[249] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Ohio v. Akron Centre of Reproductive Health Inc 497 US 502, 1990. Votación: 6-3. Magistrado ponente: Kennedy. (Aclaración de voto: Scalia, Aclaración y salvamento parcial de voto: Stevens. Salvamento de voto: Blackmun, Brennan, Marshall).

[250] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Rust v. Sullivan 11 S.C.t. 1759, 1991. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Rehnquist. (Salvamento de voto: Blackmun; adición parcial Marshall, Stevens, O`connor. Salvamento de voto: Stevens, O`Connor).

[251] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood v. Casey 505 US 833, 192. Votación: 5-4. Magistrados Ponentes: O`Connor, Kennedy, Souter. (Aclaraciones y salvamentos de voto: Stevens, Blackmun, Renquist, White).

del feto. Además, exigía un permiso de los padres para menores no casados que quisieran abortar; creaba el requisito de llevar reportes médicos con toda la información del aborto, menos el nombre del paciente que era confidencial; establecía el deber de efectuar notificaciones al esposo antes de llevar a cabo el procedimiento o de firmar una declaración en la que se debía afirmar que el marido no era el padre, o que el esposo había violado a la mujer, o que si el esposo se enteraba la vida de la mujer estaría en peligro. Sin embargo, establecía excepciones a la norma en caso de una emergencia médica.

La Corte, en una votación de cinco votos a favor y cuatro votos en contra, determinó que la norma era constitucional excepto la disposición que preveía la notificación al marido o en subsidio, la declaración en contra del mismo. En la decisión se reiteró que los estados federados no podían prohibir el aborto antes de que el feto fuera viable. La viabilidad del feto se definió como el momento en el que un feto puede tener una vida independiente de la madre, de tal manera que el interés del Estado en proteger la vida adquiere más valor que la libertad de la madre de terminar su embarazo. No obstante, en esta sentencia la Corte introdujo un nuevo criterio de juzgamiento, sin cambiar el precedente fijado en Roe v. Wade. Este criterio es el de analizar si los trámites y condiciones para que la mujer ejerza su derecho a abortar constituyen una carga indebida. Ello conduce a que se revise el sistema de libertad estructurado en tres etapas, en especial durante el primer trimestre del embarazo. Al aplicar el test de la ausencia de cargas indebidas que limiten la libertad de la mujer, la Corte Suprema estimó constitucionales las cargas antes mencionadas, con excepción del deber de notificar al esposo o firmar una declaración negando la paternidad.

La Corte dijo sobre el test de ausencia de cargas indebidas lo siguiente:

> Roe v. Wade fue expresa en su reconocimiento del interés importante y legítimo del Estado en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada y en proteger la vida humana potencial. Sin embargo, el sistema de plazos por trimestre no cumple la promesa de Roe en la que se establece que el Estado tiene un interés en proteger la vida fetal o la vida potencial. Roe comenzó la contradicción al usar el sistema de plazos por trimestres para prohibir una regulación de aborto diseñada para coartar ese interés antes de la viabilidad del feto. Antes de la viabilidad, Roe y los casos subsiguientes tratan todos los intentos del gobierno de influenciar la decisión de la mujer a favor de la vida potencial como injustificados. Este tratamiento es, en nuestra perspectiva,

incompatible con el reconocimiento de un interés sustancial del estado en la vida potencial a través del embarazo.

La misma noción de que el Estado tiene un interés sustancial en la vida potencial lleva a la conclusión de que no todas las regulaciones deben ser vistas como injustificadas. No todas las cargas en el derecho a decidir sobre la terminación de un embarazo son indebidas. En nuestra perspectiva, el estándar de las cargas indebidas es el medio apropiado de reconciliar el interés del Estado con la libertad constitucional de la mujer.

(...)

La determinación de una carga indebida corresponde a la conclusión de que una regulación tiene el objeto o el efecto de poner un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca el aborto de un feto no viable. Una regulación con este propósito es inválida pues los medios escogidos por el Estado para favorecer su interés en la vida potencial deben estar calculados para informar la libre decisión de la mujer, no para coartarla. Y una regulación que, al poner en ventaja el interés de la vida potencial u otro interés estatal válido, tiene el efecto de poner un obstáculo sustancial en el camino de la elección de la mujer no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado.

(...)

Algunos principios orientadores han de emerger. Lo que se encuentra en juego es el derecho de la mujer a tomar una decisión final, no el derecho a ser aislada de los demás al tomar dicha decisión. Las regulaciones que no hacen mas que crear un mecanismo estructurado por medio del cual el Estado, o el padre o el guardián de un menor, puedan expresar un profundo respeto por la vida de un no nacido son permitidas, si no son un obstáculo sustancial al ejercicio del derecho de la mujer a escoger. A menos que tenga un efecto en su derecho a escoger, una medida estatal diseñada para persuadir a la mujer para que escoja la continuación del embarazo, en lugar del aborto, será válida si se encuentra razonablemente relacionada con ese fin. Las regulaciones diseñadas para proteger la salud de una mujer que busca un aborto son validas si no constituyen una carga indebida. [252]

[252] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood v. Casey 505 US 833, 192. Votación: 5-4. Magistrados Ponentes: O`Connor, Kennedy, Souter. (Aclaraciones y salvamentos de

La decisión esencial de la sentencia fue resumida así por la propia Corte Suprema estadounidense:

> Aun cuando los juristas parten de las mismas premisas, algún desacuerdo es inevitable. (...) Nosotros no esperamos que sea de otra manera en lo que se refiere al "test" de las cargas indebidas. Presentamos el siguiente resumen:
> a) Para proteger el derecho reconocido en Roe v. Wade y al mismo tiempo acomodar el profundo interés del Estado en la vida potencial, se emplea "test" de las cargas indebidas, como fue explicado en esta providencia. Existe una carga indebida, y por lo tanto una disposición de esa ley es inválida, si su propósito o efecto es poner un obstáculo sustancial en el camino de una mujer que busca un aborto antes de que el feto sea viable.
> b) Se rechaza el sistema de plazos por trimestres de Roe v. Wade. Para promover el profundo interés del Estado en la vida potencial, el Estado puede tomar medidas para asegurar que la decisión de una mujer sobre la terminación de su

---

voto: Stevens, Blackmun, Renquist, White). Texto original: "Roe v. Wade was express in its recognition of the State's important and legitimate interest[s] in preserving and protecting [505 U.S. 833, 876] the health of the pregnant woman [and] in protecting the potentiality of human life. 410 U.S., at 162. The trimester framework, however, does not fulfill Roe's own promise that the State has an interest in protecting fetal life or potential life. Roe began the contradiction by using the trimester framework to forbid any regulation of abortion designed to advance that interest before viability. Id., at 163. Before viability, Roe and subsequent cases treat all governmental attempts to influence a woman's decision on behalf of the potential life within her as unwarranted. This treatment is, in our judgment, incompatible with the recognition that there is a substantial state interest in potential life throughout pregnancy. Cf. Webster, 492 U.S., at 519 (opinion of REHNQUIST, C.J.); Akron I, supra, 462 U.S., at 461 (O'CONNOR, J., dissenting).

The very notion that the State has a substantial interest in potential life leads to the conclusion that not all regulations must be deemed unwarranted. Not all burdens on the right to decide whether to terminate a pregnancy will be undue. In our view, the undue burden standard is the appropriate means of reconciling the State's interest with the woman's constitutionally protected liberty.

A finding of an undue burden is a shorthand for the conclusion that a state regulation has the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus. A statute with this purpose is invalid because the means chosen by the State to further the interest in potential life must be calculated to inform the woman's free choice, not hinder it. And a statute which, while furthering the interest in potential life or some other valid state interest, has the effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman's choice cannot be considered a permissible means of serving its legitimate ends.

(…)

Some guiding principles should emerge. What is at stake is the woman's right to make the ultimate decision, not a right to be insulated from all others in doing so. Regulations which do no more than create a structural mechanism by which the State, or the parent or guardian of a minor, may express profound respect for the life of the unborn are permitted, if they are not a substantial obstacle to the woman's exercise of the right to choose. See infra, at 899-900 (addressing Pennsylvania's parental consent requirement). [505 U.S. 833, 878] Unless it has that effect on her right of choice, a state measure designed to persuade her to choose childbirth over abortion will be upheld if reasonably related to that goal. Regulations designed to foster the health of a woman seeking an abortion are valid if they do not constitute an undue burden."

embarazo sea informada, y las medidas diseñadas para favorecer este interés no serán invalidadas siempre y cuando su propósito sea persuadir a la mujer para escoger la continuación del embarazo y no el aborto. Estas medidas no pueden ser una carga indebida sobre el derecho.

c) Al igual que con cualquier procedimiento médico, el Estado puede regular los procedimientos abortivos para asegurar la salud o la seguridad de una mujer que busca un aborto. Una regulación médica innecesaria que tenga el propósito o el efecto de presentar un obstáculo sustancial para una mujer que busca un aborto impone una carga indebida sobre el derecho.

d) La adopción del análisis de las cargas indebidas no invalida la decisión de Roe v Wade, la cual se reitera. Aún cuando es posible realizar excepciones en circunstancias particulares, un Estado no puede prohibir a una mujer tomar la decisión final sobre la continuación de su embarazo antes de la viabilidad del feto.

e) Igualmente se reafirma la decisión de Roe en la que el Estado puede, después de la viabilidad, si así lo decide, regular e incluso prohibir, el aborto excepto cuando es, de acuerdo al criterio médico, es necesario para la preservación de la vida o salud de la mujer. [253]

---

[253] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood v. Casey 505 US 833, 192. Votación: 5-4. Magistrados Ponentes: O`Connor, Kennedy, Souter. (Aclaraciones y salvamentos de voto: Stevens, Blackmun, Rehnquist, White). Texto original: "Even when jurists reason from shared premises, some disagreement is inevitable. Compare Hodgson, 497 U.S., at 482 -497 (KENNEDY, J., concurring in judgment in part and dissenting in part) with id., at 458-460 (O'CONNOR, J., concurring in part and concurring in judgment in part). That is to be expected in the application of any legal standard which must accommodate life's complexity. We do not expect it to be otherwise with respect to the undue burden standard. We give this summary:

(a) To protect the central right recognized by Roe v. Wade while at the same time accommodating the State's profound interest in potential life, we will employ the undue burden analysis as explained in this opinion. An undue burden exists, and therefore a provision of law is invalid, if its purpose or effect is to place a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion before the fetus attains viability.

(b) We reject the rigid trimester framework of Roe v. Wade. To promote the State's profound interest in potential life, throughout pregnancy, the State may take measures to ensure that the woman's choice is informed, and measures designed to advance this interest will not be invalidated as long as their purpose is to persuade the woman to choose childbirth over abortion. These measures must not be an undue burden on the right.

(c) As with any medical procedure, the State may enact regulations to further the health or safety of a woman seeking an abortion. Unnecessary health regulations that have the purpose or effect of presenting a substantial obstacle to a woman seeking an abortion impose an undue burden on the right. [505 U.S. 833, 879]

(d) Our adoption of the undue burden analysis does not disturb the central holding of Roe v. Wade, and we reaffirm that holding. Regardless of whether exceptions are made for particular circumstances, a State may not prohibit any woman from making the ultimate decision to terminate her pregnancy before viability.

(e) We also reaffirm Roe's holding that, subsequent to viability, the State, in promoting its interest in the potentiality of human life, may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother. Roe v. Wade, 410 U.S., at 164 -165."

La Corte reiteró el precedente sentado en Roe v. Wade de la siguiente manera:

> Debe ser establecido con claridad que la decisión esencial de Roe es reiterada en esta providencia. La decisión consta de tres partes. Primero, se trata del reconocimiento del derecho de la mujer a decidir practicarse un aborto antes de la viabilidad del feto y a obtenerlo sin una indebida interferencia del Estado. Antes de la viabilidad, los intereses estatales no son lo suficientemente fuertes para sostener la prohibición de un aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho de la mujer de elegir un procedimiento. Segundo, se trata de la confirmación del poder estatal para restringir abortos después de la viabilidad fetal si la ley contiene excepciones por embarazos que pongan en peligro la vida o la salud de la mujer. Si la ley contiene excepciones para embarazos que pongan en peligro la vida o salud de la mujer. Y, tercero, es un principio que el Estado tiene intereses legítimos del resultado del embarazo en la protección de la salud de la mujer y la vida del feto que puede volverse un niño. Estos principios no se contradicen y nos adherimos a ellos.[254]

En resumen, en la sentencia Planned Parenthood contra Casey, se concluyó lo siguiente: 1) La doctrina de stare decisis requiere la reafirmación de la decisión esencial de Roe contra Wade que reconoce el derecho de la mujer a escoger practicarse un aborto antes de la viabilidad del feto; 2) El test de las cargas indebidas debe ser utilizado para evaluar las regulaciones en vez de la estructura trimestral; 3) La definición de emergencia médica es lo suficientemente amplia para no imponer una carga indebida; 4) los requisitos sobre consentimiento informado, el periodo de espera de 24 horas, el consentimiento de los padres de la

[254] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Planned Parenthood v. Casey 505 US 833, 192. Votación: 5-4. Magistrados Ponentes: O`Connor, Kennedy, Souter. (Aclaraciones y salvamentos de voto: Stevens, Blackmun, Renquist, White). El texto original dice: “It must be stated at the outset and with clarity that Roe's essential holding, the holding we reaffirm, has three parts. First is a recognition of the right of the woman to choose to have an abortion before viability and to obtain it without undue interference from the State. Before viability, the State's interests are not strong enough to support a prohibition of abortion or the imposition of a substantial obstacle to the woman's effective right to elect the procedure. Second is a confirmation of the State's power to restrict abortions after fetal viability if the law contains exceptions for pregnancies which endanger the woman's life or health. And third is the principle that the State has legitimate interests from the outset of the pregnancy in protecting the health of the woman and the life of the fetus that may become a child. These principles do not contradict one another; and we adhere to each.”

menor no casada, al igual que el reporte de la historia clínica establecidos en la ley de Pennsylvania no imponen una carga indebida, y 5) la disposición que establece la notificación al marido si impone una carga inapropiada que es inválida.

En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia se volvió a pronunciar sobre el derecho a abortar en el caso de Stenberg contra Carhart[255]. La ley revisada regulaba el aborto en el estado de Nebraska. La ley prohibía cualquier "procedimiento de aborto con parto parcial" a menos de que el procedimiento fuera necesario para salvar la vida de la mujer. La ley definía aborto por parto parcial como un procedimiento en el que el médico interrumpe el embarazo mediante una intervención posterior a haber sacado de manera parcial de la vagina de la mujer el feto vivo. La violación de las prohibiciones acarreaba la revocación de la licencia profesional del médico además de la penalización de la conducta. La norma fue demandada por un médico del Estado de Nebraska, Dr. Leroy Carhart, quien realizaba abortos en una clínica.

La Corte determinó que la norma era inconstitucional pues no tenía en cuenta la salud de la madre para cuya protección podía ser "necesario, seguir el apropiado criterio médico", el cual podría requerir este tipo de método abortivo. Utilizar este procedimiento abortivo, además, pone una carga indebida en la libertad de la mujer, lo que constituía una vulneración de su derecho a escoger terminar el embarazo. Las razones específicas para sustentar la inconstitucionalidad de la norma fueron que i) la evidencia era clara y contundente en el sentido de que el procedimiento de aborto establecido en la norma como D&X, es superior y más seguro que el procedimiento denominado D&E, al igual que otros procedimientos usados durante el periodo gestacional relevante; ii) la ley revisada no contiene una excepción para la preservación de la salud de la madre cuando los médicos estimen necesario acudir a abortos por parto parcial. El Estado puede promover ciertos métodos de aborto pero no puede poner en peligro la salud de la mujer cuando regula dichos métodos de aborto; y iii) la norma impone una carga indebida sobre la libertad de la mujer para escoger un aborto porque el médico que use este procedimiento específico debería temer que será perseguido, condenado y castigado, lo cual le cierra inapropiadamente opciones a la mujer.

El último pronunciamiento sobre el aborto de la Corte Suprema de Justicia fue este mismo año, 2006, en el caso de Ayotte, Attorney General of New Hampshire contra Planned Parenthood of Northern New England. El Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito había declarado la

[255] Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos. Stenberg v. Carhart. 99 US 830, 2000. Votación: 5-4. Magistrado ponente: Breyer. (Aclaraciones de voto: O´Connor, Ginsburg, Stevens. Salvamentos de Voto: Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas).

inconstitucionalidad de una norma que establecía una prohibición a los médicos de realizar un procedimiento abortivo a menores de edad sin que se hubiera cumplido un requisito de notificación a los padres de la menor, al menos 48 horas antes del procedimiento de aborto. La Corte Suprema de Justicia, decidió, el 18 de enero de 2006, anular la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada y remitirla al Tribunal de Apelaciones para que continuara los procedimientos en armonía con la opinión emitida por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. La norma permitía también a la menor solicitar una autorización judicial para realizar el aborto sin la notificación a los padres. Sin embargo, la norma no establecía una excepción al requisito de notificación a los padres de la menor que desee abortar cuando no existiera tiempo suficiente para efectuar dicha notificación, en razón a una amenaza de muerte de la menor.

El Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito de Estados Unidos declaró toda la norma contraria a la Constitución por no cumplir con el requerimiento constitucional que establece que las normas que restrinjan el acceso de las mujeres a abortar deben prever una excepción médica ya que la norma revisada, como se dijo, no preveía la excepción de notificación a los padres en caso de una emergencia médica[256]. La Corte Suprema de Justicia anuló la decisión del Tribunal para modificar el remedio otorgado. La Corte estableció tres parámetros en la decisión: i)

[256] Corte Suprema de Justicia (EU). Ayotte, Attorney General of New Hampshire v. Planned Parenthood of Northern New England. Magistrado Ponente: O´Connor. Votación: unánime. Traducción libre: "La Corte de Apelaciones del primer Circuito afirmó, citando las decisiones de la Corte Stenberg v. Carhart, 530 U. S. 914, 929-930 (2000), Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 879 (1992) (opinión mayoritaria)), y Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 164-165 (1973), que "Complementando el estándar general de las cargas indebidas para revisar regulaciones de aborto, la Corte Suprema también ha identificado un requisito constitucional específico e independiente que establece que una regulación de aborto debe contener una excepción para la preservación de la salud de la mujer embarazada. Planned Parenthood of Northern New Eng. v. Heed, 390 F. 3d 53, 58 (2004). Continuó para concluir que el Acto es inconstitucional porque no contiene una excepción por salud explicita y el salvoconducto judicial al igual que otras disposiciones de la ley no son un sustituto. La Corte de Apelaciones encontró que el Acto era inconstitucional pues, desde su perspectiva la excepción por vida fuerza a los médicos a apostar con las vidas de sus pacientes al prohibirles realizar un aborto sin notificación antes de que estuvieran seguros de que la muerte del paciente es inminente, además de ser intolerablemente vaga. Debido a que las dos instancias impusieron la inaplicación del Acto bajo las bases de las debilidades expuestas, ninguna admitió la objeción de los demandantes de la disposición de confidencialidad del salvoconducto judicial." Texto original dice: "The Court of Appeals for the First Circuit affirmed. Citing our decisions in Stenberg v. Carhart, 530 U. S. 914, 929-930 (2000), Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833, 879 (1992) (plurality opinion), and Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 164-165 (1973), it observed: "Complementing the general undue burden standard [for reviewing abortion regulations], the Supreme Court has also identified a specific and independent constitutional requirement that an abortion regulation must contain an exception for the preservation of the pregnant woman's health." Planned Parenthood of Northern New Eng. v. Heed, 390 F. 3d 53, 58 (2004). It went on to conclude that the Act is unconstitutional because it does not contain an explicit health exception, and its judicial bypass, along with other provisions of state law, is no substitute. The Court of Appeals further found the Act unconstitutional because, in its view, the life exception forces physicians to gamble with their patients' lives by prohibiting them from performing an abortion without notification until they are certain that death is imminent, and is intolerably vague. Because the district and appellate courts permanently enjoined the Act's enforcement on the basis of the above infirmities, neither reached respondents' objection to the judicial bypass' confidentiality provision."

los Estados tienen el derecho incuestionable de requerir la participación de los padres cuando una menor está considerando terminar su embarazo, en razón a "*su interés legítimo en el bienestar de sus ciudadanos menores, cuya inmadurez e inexperiencia y su falta de juicio puede deteriorar su habilidad para ejercer sus derechos de manera sensata*"; ii) un Estado no puede restringir el acceso a abortos que sean "*necesarios, en el criterio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre*". Para la Corte, New Hampshire había desconocido las bases fácticas que justificaron la nueva regulación ya que en un porcentaje, así fuere pequeño, de casos, menores embarazadas, al igual que mujeres adultas, necesitan abortos inmediatos para prevenir daños serios, y muchas veces irreversibles, en su salud.

En cuanto al remedio dado por el Tribunal, o sea, la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la norma, la Corte advirtió que no se debe anular sino la parte específicamente encontrada inconstitucional sin que ello permita al juez reescribir la ley juzgada. Para encontrar el remedio adecuado se debe volver sobre los antecedentes legislativos para establecer si el Estado tenía la intención de mantener vigente la ley aún sin las disposiciones declaradas inconstitucionales, o si prefería que sin dichas disposiciones la ley no existiera. De acuerdo a los anteriores parámetros, el Tribunal de Apelaciones debe decidir sobre la inconstitucionalidad total o parcial de la Ley.

En resumen, según los parámetros establecidos por la Corte, en Estados Unidos existe un sistema de libertad que reconoce el derecho de la mujer a abortar en virtud de su derecho a la intimidad deducido de la enmienda 14, entre otros, el cual prevalece sobre el interés del estado en proteger la vida potencial hasta que el feto sea viable. La mujer no puede ser obligada a soportar una carga indebida en lo que se refiere a su decisión individual y libre de terminar el embarazo. La Corte no ha considerado indebida la carga de esperar 24 horas o de recibir información médica sobre la viabilidad del feto. Los estados federados pueden criminalizar el aborto solo después del momento en que el feto sea viable. Aun después de dicho momento debe ser posible terminar el embarazo cuando su continuación cree una amenaza a la vida o salud de la mujer.

2. Alemania

En Alemania se han proferido, hasta 2005, diez sentencias que tocan el tema del aborto. Cinco son del Tribunal Constitucional Federal[257] y cinco del Tribunal Supremo Federal[258].

[257] Las sentencias son las siguientes (ver www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html): 1) Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975. Control abstracto del Artículo 218 del Código Penal. Interrupción del embarazo I (Schwangerschaftsabbruch I) Votación: 6:2.

De dichas sentencias es pertinente analizar tres de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal[259] alemán en las que se ha pronunciado en control abstracto para fijar los parámetros constitucionales de la regulación del aborto.

La primera decisión fue en 1975 y revisó la Quinta Ley de Reforma al Código Penal, expedida el 18 de junio de 1974[260]. La Ley regulaba el aborto dentro de un sistema de libertad en las primeras doce semanas de embarazo y agregaba indicadores que lo justificaban en etapas posteriores. El sistema de libertad durante el primer trimestre fue declarado inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal admitió el aborto en condiciones excepcionales. La segunda decisión se dio en 1993

---

2) Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 69, 257. Abril 25 de 1985. Control abstracto del Artículo 90a y 185 del Código Penal. Regulación del aborto en los programas de los partidos políticos. La Corte estableció que sobre estos temas debe haber una política nacional y no regional porque se trata de Derechos Fundamentales. Votación: Unánime;

3) Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación 5:3. 4) Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE, 96, 375. Noviembre 12 de 1997. Control concreto. Un niño como perjuicio (Kind als Schaden). La madre se había hecho un procedimiento de esterilización y a pesar de eso volvió a quedar embarazada. En este caso queda a voluntad de la pareja tener el niño o no. Votación: Unánime;

5) Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 98, 265. Octubre 27 de 1998. Control abstracto del Artículo 5 Parágrafo 2, Oración 1, y artículo 5 Parágrafo 1 y 2 del Régimen Penal de Baviera. Ley de Baviera sobre atención a las mujeres embarazadas (Bayerisches Schwangerenhilfegesetz). Es inconstitucional que un estado federado cree requisitos adicionales para la práctica de abortos que son contrarios a la ley federal o invadan la órbita del Parlamento Federal. Votación: 7-1.

[258] Las sentencias son las siguientes (www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html):): 1) Tribunal Supremo Federal. BGHZ 58, 48. Enero 11 de 1972. Artículo. 286 y 287 del Código Penal. (Verletzung einer Lieberfrucht) – Herir un Producto del amor. Cuando una tercera persona hiere a la madre embarazada, el bebe puede venir al mundo con problemas de salud, por lo que esa persona adquiere la obligación de asumir, además de la pena correspondiente, las consecuencias de las enfermedades del bebé;

2) Tribunal Supremo Federal BGHZ 76, 259. Marzo 18 de 1980. (Fehlgeschlagene Unfruchtbarmachung-) Un procedimiento mal realizado por error. En caso de que se haya realizado un procedimiento de esterilización donde se haya cometido un error por parte del médico y la esterilización no haya sido satisfactoria prevalecen los derechos del padre y la madre a decir si se tiene o no el niño en caso de quedar embarazada la mujer.

3) Tribunal Supremo Federal BGHZ 89, 95. Noviembre 22 de 1983. (Unvollständige Beratung über Gefahr des Mongolismus). Asesoría incompleta sobre el peligro del Mongolismo. Una asesoría mal dada sobre las consecuencias que acarrea el mongolismo, compromete al médico. Pero si es una asesoría satisfactoria, queda a decisión de los padres sobre abortar o no. De todas formas se abortará si corre peligro la vida de la madre;

4) Tribunal Supremo Federal BGHZ 95, 199. Julio 9 de 1985. (Misslungener Schwangerschaftsabbruch Notlagenindikation). Aborto bajo indicación médica. Cada vez que se decida hacer un aborto la mujer debe recibir indicaciones médicas obligatorias e informarse adecuadamente a través del médico sobre las consecuencias de un aborto para que lo pueda hacer conscientemente, sea cual sea el motivo del aborto; Tribunal de Derecho Civil.

5) Tribunal Supremo Federal BGHZ 86, 240. Enero 18 de 1993. (Nicht ermögliche Abtreibung). Aborto no permitido. El Tribunal discute la procedencia de un aborto cuando la vida de la madre se encuentra en peligro. El Tribunal estableció que se debía dar prevalencia del derecho de la mujer a abortar cuando su vida se encuentra en peligro.

[259] Las decisiones analizadas son las que establecen un parámetro constitucional sobre el aborto en Alemania; las otras o siguen la jurisprudencia o se pronuncian sobre temas civiles.

[260] Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 39,1. Febrero 25 de 1975. Se revisa el Artículo 218 del Código Penal. Schwangerschaftsabbruch. La sentencia contó con dos salvamentos de voto.

y revisó otra Ley de Reforma al Código Penal, de 1992[261], que había sido modificada por la ley sobre ayuda a la mujer embarazada y a la familia[262]. En esencia, a raíz de la modificación resultó un sistema mixto con un alto componente de libertad en el cual no se consideraba delito el aborto practicado dentro de los 14 días posteriores a la concepción, se dejaba a la decisión de la mujer embarazada la decisión de abortar en las primeras 12 semanas de embarazo después de una consejería y de dejar pasar un periodo de reflexión. Después de las 12 semanas operaba un sistema de indicadores. La norma fue declarada parcialmente inconstitucional en cuanto a la manera en que fue configurado el sistema de libertad, pero la Corte fijó parámetros aplicables al aborto por razones sociales en las primeras doce semanas. La tercera decisión es de 1998. En ella se revisó la "Ley de Ayuda a la Mujer Embarazada" en el Estado de Baviera. La decisión, aunque fundamentalmente versa sobre las restricciones al ejercicio de la medicina, aborda el tema del aborto. La norma es declarada inconstitucional por no guardar coherencia con los parámetros constitucionales que la anterior decisión del Tribunal había establecido.

Para entender mejor el contexto de los fallos, primero se hará una breve alusión a la evolución legislativa del aborto en Alemania, y después se señalarán los parámetros establecidos en cada sentencia.

A través de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal, del 18 de junio de 1974, se modificó la regulación legal del aborto. Hasta ese momento, de manera general, se establecía que el aborto constituía un delito. Solamente se exceptuaban aquellas situaciones en que se justificaba el aborto por un estado de necesidad.

En 1974 se expidió la "Quinta Ley de Reforma al Código Penal"[263]. La ley permitía el aborto por decisión libre de la mujer dentro de una limitación temporal de 12 semanas desde la concepción, después de consultar a un médico y a expertos sobre el apoyo público y privado brindado a las mujeres embarazadas. Igualmente, se permitía el aborto en caso de que el feto tuviera severos daños físicos o mentales o si el embarazo constituía una amenaza para la salud o la vida de la madre[264].

---

[261] La norma establecía un régimen de indicadores en donde era posible acceder a un aborto legal durante las primeras doce semanas por motivos de necesidad social.

[262] La modificicación estableció un sistema de libertad en las primeras doce semanas siempre que se cumpliera con una consejería previa y con un periodo de reflexión.

[263] La norma fue expedida con una votación de 247 a favor, 233 en contra y 9 abstenciones.

[264] Los artículos de la Quinta Ley para la Reforma del Código Penal que eran esenciales para la sentencia establecían: "**Artículo 218. Interrupción del embarazo**
"(1) Quien interrumpa un embarazo después de transcurridos más de trece días desde la concepción será sancionado con pena de privación de la libertad hasta por tres años o con una multa, si
"1. actúa contra la voluntad de la mujer embarazada o
"2. causa en forma culposa un peligro de muerte o un grave daño de salud a la mujer embarazada
"(…)

A través de la Quinta Ley se introdujeron principalmente las siguientes modificaciones:

- Se sancionaba a quien interrumpiera sin cumplir las condiciones de ley un embarazo después del día trece de la concepción (Art. 218.1)
- Sin embargo, el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la embarazada, no se sancionaría, si no habían transcurrido más de 12 semanas desde la concepción (la regulación de los plazos -art. 218-a)
- Además, el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, después de transcurrido el plazo de las 12 semanas, no sería sancionado, cuando la interrupción era aconsejable desde la perspectiva de la ciencia médica y no hubieran transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. Lo anterior, bien fuera para evitar un peligro para la vida de la madre

---

"(3) Si la mujer embarazada incurre en la conducta, será sancionada hasta con un año de prisión o con multa.

"(4) La tentativa es punible. La mujer no será sancionada por la tentativa.

"Artículo 218-a. No punibilidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas

"No será sancionado el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, cuando no hayan transcurrido más de doce semanas desde la concepción. [esta es la llamada regulación de los plazos – Fristenregelung]

"§ 218-b Indicación para el aborto luego de transcurridos más de 12 semanas

"El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, después de transcurrido el plazo de las 12 semanas después de la concepción, no será sancionado, cuando de acuerdo con los conocimientos médicos

"1. la interrupción del embarazo ha sido recomendada para evitar un peligro para la vida de la madre o para evitar un grave peligro para su salud, siempre y cuando esos riesgos no pudieran ser conjurados a través de otra medida que pudiera serle exigible a la mujer [la llamada indicación médica] o

" 2. razones poderosas permiten presumir que el niño, por causas hereditarias o por motivos del embarazo, sufriría de daños no superables en su estado de salud, tan graves que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo, y no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción [indicación eugenésica].

"Artículo 218-c. Interrupción del embarazo sin que la mujer haya recibido consejería e información

"(1) Quien practique un aborto sin que la mujer

1. en relación con la interrupción del embarazo se hubiera dirigido antes a un médico o a un centro de consejería autorizado y hubiera recibido información sobre las ayudas públicas y privadas existentes para las mujeres embarazadas, las madres y los niños, especialmente sobre aquellos apoyos que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la mujer y el niño, y

"2. hubiera sido asesorada por un médico, será sancionado con pena de prisión de hasta un año de duración o con multa, si el hecho no es sancionable de acuerdo con el artículo 218.

"(2) La mujer que interrumpe su embarazo no será sancionada por los hechos descritos en el numeral 1.

"Artículo 219. Interrupción del embarazo sin la existencia de un concepto

"(1) Quien interrumpe un embarazo después de transcurridas más de doce semanas desde la concepción y sin que la dependencia correspondiente hubiere certificado con anterioridad que se cumplían los supuestos del artículo 218-b, numerales 1 ó 2, será sancionado con pena de prisión hasta por un año o con multa, si el hecho no es sancionable de acuerdo con el artículo 218.

"(2) La mujer que interrumpe su embarazo no será sancionada por los hechos descritos en el numeral 1"

o para evitar un grave peligro para su salud, siempre y cuando esos riesgos no pudieran ser conjurados a través de otra medida (indicación médica- art. 218b.1); o bien fuera porque razones imperiosas permitirían presumir que el niño, por causas hereditarias o por motivos del embarazo, sufriría de daños no superables en su estado de salud, tan graves que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo (indicación eugenésica- art. 218b.2)

- La mujer que interrumpiera su embarazo sin haber recibido previamente asesoría en las entidades creadas para el efecto o sin que el médico la hubiera asistido en materia social y médica sería sancionada (art. 218c)
- También sería sancionada la persona que interrumpiera el embarazo después de haber transcurrido más de 12 semanas desde la concepción, sin que la entidad competente hubiera confirmado previamente que se reunían los supuestos de la indicación médica o eugenésica. Sin embargo, la mujer misma no sería sancionada en este caso.

La reforma fue demandada por 193 miembros del Parlamento y por varios gobiernos de los Länder. El problema jurídico que estudió el Tribunal Constitucional Federal fue si se encuentra en armonía con la Constitución la denominada regulación de plazos, de acuerdo con la cual, bajo ciertas condiciones, es permitida la interrupción del embarazo dentro de las primeras 12 semanas a partir de la concepción. El Tribunal en 1975 declaró la invalidez del art. 218-a, la denominada regulación de los plazos y, además, declaró que hasta que entrara en vigor una nueva regulación legal se debían cumplir distintas reglas contempladas en los fundamentos de la sentencia. Dijo:

> La sección 218 del Código Penal reformado por la ley del 18 de junio de 1974 es incompatible con los artículos 2 (2) y 1 (1) de la Norma Fundamental y es inconstitucional en la medida en que despenaliza la terminación del embarazo en casos donde no existe una razón para hacerlo y que, en el sentido de esta decisión, tienen prioridad en la jerarquía de valores contenida en la Norma Fundamental[265].

[265] Según la traducción al inglés: "Section 218A of the Criminal Code in the Version of the Fifth Law to Reform the Criminal Law of June 18, 1974, is incompatible with article 2 (2) (I) in conjunction with Article I (I) of the Basic Law and is void insofar as it exempts termination of pregnancy from punishment in cases where no reasons exist which –within the meaning of the (present) decisional grounds –have priority over the value order contained in the Basic Law. (…)"

Sobre las circunstancias excepcionales en las cuales el Estado no puede exigir a una mujer la continuación del embarazo, el Tribunal aludió a cuatro: peligro para la vida de la mujer o grave deterioro de su salud; malformaciones graves del feto; violación o incesto; situación de necesidad extrema de la madre. Pero dejó en libertad al legislador para especificar estos y otros casos semejantes de condiciones extremas y excepcionales.

En el primer acápite de la sentencia se dice con respecto a la evolución de la regulación del aborto en Alemania lo siguiente:

> "Hasta ahora, la ley determinaba que, por lo general, el aborto constituía una conducta sancionable. Ciertamente, a más tardar desde la decisión del Tribunal del Imperio del 11 de marzo de 1927 (...) se reconoció por la jurisprudencia – para los casos de la denominada indicación médica – el fundamento justificativo del estado de necesidad, de acuerdo con los principios de la ponderación de los deberes y de los bienes jurídicos. A partir de allí desapareció la ilegalidad del acto cuando se realiza para evitar un peligro serio para la vida o la salud de la mujer embarazada, siempre y cuando ese peligro no pueda ser alejado de otra manera y el aborto sea practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer. Estas reglas de permisión del aborto por razones médicas adquirieron carácter legal a través del artículo 14, inciso 1, de la Ley para la Prevención de la Descendencia con Enfermedades Genéticas, en la forma que asumió luego de la reforma del 26 de junio de 1935. Estas normas se mantuvieron después de 1945 en distintos Länder. En aquellos Länder que las derogaron, los supuestos mencionados recobraron vigencia con la decisión del Tribunal Supremo Federal del 15 de enero de 1952, en la cual fueron reconocidos como supuestos mínimos para la admisión del aborto, de acuerdo con el principio del estado de necesidad..."[266]

Luego, en el numeral 3 del aparte III del capítulo C de la sentencia se dice:

---

[266] (ver www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html): 1) Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975. Control abstracto del Artículo 218 del Código Penal. Interrupción del embarazo I (Schwangerschaftsabbruch I) Votación: 6:2.

“La obligación del Estado de proteger la vida en gestación (...) existe incluso en contra de la voluntad de la mujer. El uso del derecho penal en estas situaciones genera, sin embargo, problemas especiales, dada la situación singular de la mujer embarazada. Los profundos efectos de un embarazo sobre la condición física y psíquica de una mujer son perceptibles para todos y no requieren de mayor descripción. Ellos significan frecuentemente un cambio considerable del estilo de vida de la mujer y una limitación de sus posibilidades de desarrollo personal. Esta carga no siempre es compensada – y nunca lo será de manera total – a través de las satisfacciones que recibe la mujer a través de su labor de madre ni a través del derecho de la mujer de contar con la asistencia de la comunidad. En los casos concretos se pueden presentar conflictos graves, que incluso pueden amenazar la vida de la mujer. El derecho del feto a la vida puede llegar a constituir para la mujer una carga que va mucho más allá de las molestias relacionadas normalmente con el embarazo. Por eso surge la pregunta acerca de hasta qué punto puede en estos casos el Estado exigirle a la mujer que lleve su embarazo hasta el final, e incluso amenazarla con la sanción penal para lograr ese objetivo. Aquí colisionan el respeto por la vida del que está por nacer y el derecho de la mujer a que no se lo exija más allá de la medida razonable el sacrificio de sus valores vitales para satisfacer el interés del que nacerá. En un conflicto de este tipo, que por lo general no permite ninguna valoración moral clara y en el que la decisión de interrumpir el embarazo puede adquirir el carácter de una decisión de conciencia respetable, el Legislador está obligado a mantener una posición de respeto. Si en estos casos el Legislador estima que la conducta de la mujer embarazada no es digna de una sanción penal y, por lo tanto, renuncia a ella, debe entenderse que ello es consecuencia de la ponderación que le corresponde hacer al Legislador.

“El criterio de la no exigibilidad de una conducta no puede, sin embargo, aplicarse a circunstancias que no constituyan realmente una carga pesada para las mujeres, en razón de que constituyen situaciones normales que deben poder ser resueltas por cualquiera. En realidad, debe tratarse de circunstancias de un peso considerable, que le dificultan en forma extraordinaria al afectado el cumplimiento de su deber, de tal manera que no parece adecuado esperar la realización de la obligación. Ello ocurre especialmente cuando el afectado sufre conflictos internos graves por el cumplimiento

del deber. La solución de esos conflictos a través de una amenaza de sanción penal no aparece en estos casos apropiada, puesto que aplica una coerción extrema para una situación en la que el respeto por la esfera personal del hombre requiere de una completa libertad interna para decidir.

No se puede exigir la continuación del embarazo especialmente cuando está demostrado que su interrupción es necesaria para evitarle a la mujer "un peligro para su vida o el peligro de una afectación grave de su salud" (art. 218.1 del Código Penal en la versión de la Quinta Ley para su Reforma). En este caso está en juego su propio "derecho a la vida y a la integridad personal" (art. 2, inciso 2 de la Ley Fundamental), y no se puede esperar que este derecho sea sacrificado por la vida del que está por nacer. Además, puede el Legislador determinar que la interrupción del embarazo no será sancionada penalmente en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer y que tienen un peso similar a los hechos descritos en el art. 218.1, razón por la cual no podría exigírsele la terminación del embarazo. Dentro de estas circunstancias cabe considerar los casos contenidos en el proyecto presentado por el Gobierno al Parlamento en el 6º. período, que fueron objeto del debate público y de la discusión parlamentaria, referidos a la indicación eugenésica (art. 218.2 del Código Penal), a la indicación ética (criminológica) y a la indicación social o de necesidad para la interrupción del embarazo. El representante del Gobierno federal explicó en los debates del comité especial para la reforma penal (...), en forma detallada y con argumentos convincentes, por qué en estos cuatro casos de indicaciones no puede ser exigida la continuación del embarazo. El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer.

"También la indicación sobre la situación general de necesidad (indicación social) puede ser catalogada dentro de esos casos. La situación general de necesidad de la mujer y de su familia puede producir conflictos de tal envergadura que no se puede obligar a la mujer, a través de la amenaza penal, que se sacrifique en aras del que está por nacer, más allá de una medida determinada. Para la regulación de este caso de indicación el Legislador debe describir la conducta que no

será sancionada, de tal manera que sea claramente reconocible la gravedad del conflicto social comentado y que se garantice la congruencia de este indicador con los demás indicadores, desde la perspectiva de la no exigibilidad de una conducta. El Legislador no vulnera su deber de proteger la vida humana cuando le retira la sanción penal a verdaderas situaciones de conflicto como las mencionadas. Pero tampoco en estos casos puede darse por satisfecho el Estado con la simple constatación de que se presentaron los supuestos legales para que la interrupción del embarazo no sea sancionada. En estos casos se espera que el Estado preste asesoría y ayuda a la mujer embarazada con el fin de advertirle sobre el deber fundamental de respetar la vida del que está por nacer, de animarla para que continúe con su embarazo y para apoyarla a través de medidas prácticas - sobre todo en los casos de necesidad social.

"En todos los demás casos, el aborto continúa siendo una delito merecedor de sanción..."[267]

Los principios fundamentales establecidos en la misma sentencia del Tribunal Federal han sido resumidos por la doctrina comparada de la siguiente manera[268]:

---

[267] (ver www.oefre.unibe.ch/law/dfr/index.html): 1) Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975. Control abstracto del Artículo 218 del Código Penal. Interrupción del embarazo I (Schwangerschaftsabbruch I) Votación: 6:2.

[268] Eberle, Edward J. "Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law". Copyright (c) 1997 Utah Law Review Society. Utah Law Review 1997. 1997 Utah L. Rev. 963. Para la Corte, el Estado debe aplicar sanciones criminales para proteger la vida fetal para cumplir con la estructura de valores de la Carta Básica, al menos en la ausencia de medidas protectivas adecuadas. No obstante, ciertas circunstancias excepcionales contenían demasiadas exigencias para las mujeres que, después de todo, también tenían ciertos derechos de personalidad y de dignidad. Para llegar a este balance, la Corte aprobó algunos de los "indicadores" dispuestos para abortos legales: amenaza de la vida de la mujer o su salud y malformaciones del feto. Igualmente, también se admitió la excepción respeto de embarazos que fueran producto de un delito, tal como el incesto o la violación y de manera más general las situaciones en que existiera "un estado general de necesidad" cuando la continuación del embarazo pudiera imponer una situación excesiva en la mujer comparable con la intensidad de los otros indicadores. De lo contrario los abortos debían ser penalizados. "el parámetro constitucional ordenaba al ordenamiento legal que reflejara el desapruebo del aborto. El Bubdestag expidió una nueva norma que implementaba lo anterior. En la practica, la mayoría de las mujeres podían obtener un aborto bajo los indicadores mencionados, especialmente bajo el estado general de necesidad. El anterior estado de las cosas llevó a quienes apoyaban el caso de Aborto I que se requería una legislación más restrictiva. Los que apoyaban el derecho a abortar sostenían que la legislación era demasiado restrictiva del derecho a abortar. En consecuencia se puede concluir que el caso de Aborto I no solucionó la controversia sobre aborto en Alemania occidental." El texto original dice: "According to the Court, the state must apply criminal sanctions to protect fetal life in order to realize the value structure of the Basic Law, at least in the absence of suitable alternative protective measures. Nevertheless, certain exceptional circumstances demanded too much from pregnant women who, after all, also had certain dignitarian and personality rights. In reaching this balance, therefore, the Court approved certain of the "indications" for legal abortion provided for in the statute: threats to women's health or life and severe birth defects. The Court also declared an indication for pregnancy resulting from sex crimes, such as incest or rape, and more broadly, for a "general

La vida que se desarrolla en el vientre materno constituye un bien jurídico autónomo y se encuentra bajo la protección de la Constitución (art. 2, numeral 2, frase 1 y art. 1, numeral 2 de la Ley Fundamental). El deber de protección del Estado no sólo prohíbe la intervención directa del Estado en la vida que se desarrolla, sino que también le impone asumir una posición de protección y apoyo con respecto a ella. La obligación del Estado de proteger a la vida que se desarrolla existe incluso en contra de los deseos de la madre. En el embarazo, la protección de la vida del feto prevalece fundamentalmente [por principio] sobre el derecho de autonomía de la mujer embarazada y no puede ser cuestionado durante un plazo determinado. Sin embargo, existen situaciones en las cuales el Estado no puede imponerle a la mujer encinta la obligación de continuar con el embarazo y el legislador, al contemplar tales situaciones, no puede exigirle a la mujer que sacrifique sus derechos. El Legislador puede cumplir con el mandato de desaprobar jurídicamente el aborto a través de medios distintos a la sanción penal. Lo que es definitivo es que la totalidad de las medidas destinadas a proteger la vida del *nasciturus* le garantice una protección real y acorde con su importancia. En casos extremos, cuando la protección ordenada por la Constitución no puede ser alcanzada a través de otro medio, el Legislador está obligado a recurrir al derecho penal para brindar seguridad a la vida que se desarrolla. No se puede exigir la continuación del embarazo cuando su interrupción es requerida para evitarle a la mujer embarazada un peligro para su vida o un grave deterioro de su salud. Además, el Legislador está en libertad para decidir en qué otros casos, en los que la mujer embarazada esté sometida a condiciones extraordinarias asimilables a las anteriores, no se le puede exigir a la mujer que continúe con el embarazo, de manera que la interrupción del mismo no sea penada. Tales condiciones indican que el Estado no puede exigir la continuación del embarazo, y debe respetar la decisión que en

---

situation of need" indication when "continuation of the pregnancy would impose extreme hardship on the woman comparable in intensity to the other indications." Otherwise, abortion must be made a crime. "The constitutionally commanded legal disapproval of abortion must clearly be reflected in the legal order.

The Bundestag passed a new law that implemented these teachings. In practice, most women could obtain an abortion if they desired under one of the indications, especially the general situation of need. This state of affairs led supporters of Abortion I to argue that new, stricter legislation was required. Supporters of abortion rights, by contrast, argued that the resulting legislation was too restrictive of abortion rights. Thus, one might plausibly conclude that Abortion I did not settle the abortion controversy in West Germany."

> conciencia adopte la mujer. Sin embargo, el legislador debe describir con precisión tales indicaciones las cuales comprenden situaciones de colisión de derechos. Entre estas cabe la situación de necesidad social de la mujer y su familia, pero el legislador ha de establecer procedimientos previos de persuasión y apoyo a la mujer para que continúe su embarazo[269].

Después de la sentencia anterior, el Parlamento aprobó, en 1976, la decimoquinta Ley para la Reforma del Derecho Penal, denominada reglamentación de indicaciones, que rigió hasta el año 1992. Entre otras cosas, la Ley permitió la interrupción del embarazo dentro de las 12 semanas posteriores a la concepción para aquellos casos en los que se pudiera establecer que la mujer se encontraba en ciertas situaciones graves de necesidad. Como lo dice el mismo Tribunal en la sentencia BVerGE 88, esta ley determinó "*que, en principio, todo aborto practicado después de la nidación es sancionable. Sin embargo, la interrupción del embarazo dentro de un determinado plazo no será sancionable cuando es practicada por un médico, con consentimiento de la mujer, y cuando es indicado por el médico en consideración a ciertas situaciones graves de necesidad de la mujer (indicaciones para el aborto)*." La nueva norma decía:

> "Indicaciones para la interrupción del embarazo
> "(1) La interrupción del embarazo a través de un médico no será sancionada de acuerdo con el art. 218 cuando
> 1. la mujer embarazada manifiesta su conformidad y
> 2. el aborto es indicado por el médico en consideración de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer, con el fin de evitar un peligro para su vida o el peligro de un grave perjuicio de su salud corporal y mental, y esos peligros no pueden ser conjurados de otra manera que pueda ser exigida para la mujer
> (2) Los supuestos del numeral 1.2 se consideran cumplidos cuando, según el conocimiento médico,
> 1. existen razones poderosas que sustentan la suposición de que el niño, por causa de factores hereditarios o de las condiciones del embarazo, sufrirá un daño insuperable en su salud, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo.

[269] Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975. Control abstracto del Artículo 218 del Código Penal. Interrupción del embarazo I (Schwangerschaftsabbruch I) Votación: 6:2.

2. la mujer embarazada fue víctima de uno de los delitos contemplados en los arts. 176 a 179 y existen razones poderosas que fundamentan la suposición de que el embarazo es consecuencia de ese delito, o
3. el aborto ha sido indicado para conjurar el peligro de una situación de necesidad de la mujer que
a) es tan grave que no se le puede exigir a la mujer que continúe con su embarazo, y
b) no puede ser evitado a través de otra forma que pueda ser exigida de la mujer.
(3) En el caso del numeraI 2.1 no pueden haber transcurrido más de 21 semanas desde la concepción y en el caso de los numerales 2.2 y 2.3 no más de 12 semanas."

Posteriormente, en 1975 se dictó una nueva ley de medidas complementarias, que previó que la seguridad social debía asumir los costos de las interrupciones de embarazo que no fueran sancionables penalmente, incluyendo los abortos por indicaciones de necesidad social.

Después de la reunificación, se dictó una nueva ley sobre el tema, en 1992 – la ley sobre la ayuda a la mujer embarazada y a la familia – que reformó el artículo 218 del Código Penal y otros. La norma estableció varias medidas destinadas a facilitarle a la mujer la continuación del embarazo al igual que la posibilidad de que los costos de la intervención, si se realizaba, fueran asumidos por el Estado. La modificación de la regulación penal consistió en permitir el aborto legal durante las primeras doce semanas de embarazo siempre que el aborto se realizara por un médico y se cumpliera con la debida asesoría. La norma no contempló la determinación de ningún indicador durante este periodo.

249 Parlamentarios y el gobierno de Baviera demandaron la nueva ley y distintas normas de la ley de 1976. El Tribunal constitucional declaró que el problema jurídico que debía resolver residía en establecer si diferentes normas penales, de seguridad social y de contenido organizacional relacionadas con la materia del aborto - algunas de las cuales fueron dictadas a través de la decimoquinta ley para la reforma penal que fue expedida luego de la sentencia del 25 de febrero de 1975 (BverGE 39) y otras parte de la nueva ley sobre embarazo y familia dictada después de la reunificación - satisfacen el deber constitucional del Estado de proteger la vida del que está por nacer.

En la segunda sentencia del Tribunal se juzgó entonces la ley de 1992 (“Ley para la protección de la vida en formación, para impulsar una sociedad amante de los niños, para la ayuda en casos de conflictos por el

embarazo y para la regulación del aborto – ley sobre el embarazo y la familia"). El art. 13, numeral 1, de dicha Ley reemplazó los artículos 218 a 219-d del Código Penal, a través de nuevos artículos 218 a 219-b. Las normas importantes de la ley para ese proceso establecían, en esencia, lo siguiente:

- Penalización del aborto con excepción de "*los actos que tengan efectos antes de la culminación de la nidación del óvulo fecundado*", que no se consideran aborto;
- Justificación del aborto cuando es realizado por un médico, previa consejería además de un periodo de reflexión de tres días, antes de las doce semanas desde la concepción; y
- Justificación del aborto cuando es realizado por peligro para la vida o salud de la mujer antes de las 22 semanas de concepción, conservando los trámites de consejería y periodo de reflexión[270].

---

[270] Código Penal alemán. "**Artículo 218. Aborto**

"(1) Quien interrumpa un embarazo será sancionado con pena de prisión hasta por tres años o con multa. Los actos que tengan efectos antes de la culminación de la nidación del óvulo fecundado no se consideran como interrupciones del embarazo en el sentido de esta ley.
"(2) En casos especialmente graves la pena será de prisión de seis meses a cinco años. Un caso especialmente grave se presenta normalmente cuando el infractor:
"1. Actúa contra la voluntad de la mujer o
"2. de manera culposa causa un peligro para de muerte o un daño grave en la salud de la mujer embarazada .
"(3) Si la mujer comete el acto ilícito, la pena será hasta de un año de prisión o de multa.
"(4) La tentativa será sancionada. La mujer embarazada no será sancionada por la tentativa.
"**Artículo 218-a. No punibilidad del aborto**
"(1) El aborto no se será ilegal cuando
"1. la mujer embarazada solicita el aborto y el médico certifica, en la forma prescrita por el artículo 219, párrafo 3, frase 2, que ella recibió consejería por lo menos tres días antes de la intervención (Asesoría de la mujer embarazada en una situación de necesidad y conflicto),
"2. el aborto es practicado por un médico y
"3. no han transcurrido más de doce semanas desde la concepción
"(2) El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, no es ilegal cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, el aborto es necesario para evitar un peligro para la vida de la mujer o el peligro de que se produzca un perjuicio grave para su estado de salud física o mental, siempre y cuando esos peligros no puedan ser conjurados de otra manera que le pueda ser exigida a la embarazada.
"(3) Los supuestos del numeral 2 se consideran también cumplidos cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, existen razones poderosas que fundamentan la presunción de que el niño sufrirá de daños insuperables en su salud, por causas hereditarias o derivadas del embarazo, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo. Lo anterior será válido solamente si la mujer embarazada le demuestra al médico, a través de una certificación expedida de conformidad con el art. 219, numeral 3, frase 2, que ella acudió a un centro de consejería, por lo menos tres días antes de la intervención, y si no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción.
"(4) La mujer embarazada no será sancionada al tenor del art. 218, cuando el aborto es practicado por un médico, luego de recibir asesoría (art. 219) y antes de que hubieren transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. El Tribunal puede prescindir de aplicar la pena establecida en el art. 218 cuando establece que la mujer estuvo sometida a especiales presiones en el momento del aborto.
"Artículo 218-b. Aborto sin certificación médica; certificaciones médicas incorrectas
"(1) Quien practique un aborto en los casos del artículo 218-a, numerales 2 ó 3, sin presentar la certificación escrita de un médico –que será distinto al que realice el aborto - acerca de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1 (2) Un médico no puede expedir las certificaciones a que se refiere el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1, cuando le ha sido prohibido por la entidad competente, en razón de que él ha sido sancionado por un ilícito relacionado

El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la nueva versión del art. 218-a.1[271], por cuanto la norma determinaba que no era ilegal el aborto practicado sin que se hubiera expedido una indicación sobre situación de necesidad. También declaró que era inconstitucional que la asesoría a la mujer no estuviera dirigida suficientemente a animarla para llevar a buen término el embarazo. La obligación de la seguridad social de asumir los costos del aborto era constitucional solamente en la medida en que ella no abarcara los abortos practicados de manera ilegal. En la decisión se dijo:

> En el interés de preservar el valor de la vida no nacida, el aborto debe continuar ilegal, pero el Estado no debe penalizar el acto ilegal si éste tiene lugar durante los primeros tres meses de embarazo y después de que el Estado haya tenido la oportunidad de persuadir a la mujer de cambiar de opinión[272].

El Tribunal hizo énfasis en su decisión en el artículo 2(2) de la Ley Básica Fundamental[273]. En la sentencia (BVerGE 88, 203-366) se establecieron los siguientes parámetros constitucionales:

---

con la práctica de un aborto. La entidad competente puede también prohibirle a un médico, en forma provisional, que expida las certificaciones mencionadas en el artículo 218-a, numerales 2 ó 3, frase 1, cuando contra el médico se ha abierto un proceso penal por motivo de la práctica de abortos ilegales.
"Artículo 219. Asesoría a la mujer en situación de necesidad y conflicto
"(1) La asesoría ha de servir para la protección de la vida a través del consejo y la ayuda para la mujer embarazada, en reconocimiento del alto valor de la vida en gestación y de la responsabilidad propia de la mujer. La asesoría debe contribuir a superar la situación de necesidad y conflicto en que se encuentra la mujer en razón del embarazo. Ella debe poner a la mujer en la situación de tomar su propia decisión, consciente y responsable. Es labor de la asesoría brindarle a la mujer una amplia información médica, social y jurídica. La asesoría abarca la descripción de los derechos de la mujer y el niño y de las posibles ayudas prácticas, especialmente aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la mujer y el niño. La asesoría contribuye también a evitar futuros embarazos indeseados.
"(2) La asesoría debe ser prestada por una entidad reconocida por la ley. El médico que practica el aborto no puede actuar como asesor.
"(3) La asesoría prestada no será llevada a actas y se realizará en forma anónima si así lo solicita la mujer. La entidad asesora deberá expedir una certificación fechada acerca de que realizó una consejería en los términos del numeral 1 y de que la mujer ha recibido la información necesaria para tomar su decisión."

[271] Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación 5:3.

[272] Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación 5:3.

[273] Norma Fundamental. Alemania. Artículo 2. (1) Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral.
(2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser coartados en virtud de una ley.

“1. La Ley Fundamental le ordena al Estado proteger la vida humana, incluyendo la del que está por nacer. Este deber de protección encuentra su fundamento en el art. 1, numeral 1; su objeto y – deducido de éste – su medida se determinan más precisamente en el art. 2, numeral 2. La dignidad humana también se predica de la vida del que está por nacer. El ordenamiento debe garantizar los presupuestos jurídicos para el desarrollo del no nacido, como poseedor de un derecho propio a la vida. El derecho a la vida del no nacido no requiere para su reconocimiento de la aceptación de la madre.

2. El deber de protección al no nacido se refiere a cada vida individualizada, no solo a la vida humana en general.

3. La protección jurídica del que está por nacer se predica también frente a su madre. Dicha protección solo puede ser posible si el legislador prohíbe el aborto, con lo cual le impone a la madre el deber jurídico de llevar a término su embarazo. Por principio, la prohibición del aborto y el deber de dar a luz son dos elementos inseparables de la protección ordenada por la Constitución.

4. Por principio, el aborto en cualquier etapa del embarazo debe ser considerado como un acto injusto y, por lo tanto, debe ser prohibido (confirmación de lo establecido en BverGE 39, 1[44]). El derecho a la vida del que está por nacer no puede ser entregado a la disposición libre y ajena al derecho de terceros, ni siquiera cuando ese tercero es la madre, e independientemente de si se hace sólo por un corto tiempo.

5. El alcance del deber de protección del no nacido se determina con base en un ejercicio de ponderación entre la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico a proteger, por una parte, y los bienes jurídicos que colisionan con él, de la otra. Esos intereses que entran en conflicto con el derecho a la vida del que está por nacer son: el derecho de la mujer embarazada a que le sea protegida y respetada su dignidad humana (artículo 1 (1) de la Ley Fundamental), y sus derechos a la vida y a la integridad física (artículo 2 (2) LF), y a la personalidad (artículo 2 (1) LF). Por el contrario, no puede fundamentarse la muerte, mediante un aborto, del que está por nacer con los derechos contemplados en el artículo 4 (1) de la Ley Fundamental.

6. Para cumplir con su deber de protección, el Estado debe adoptar medidas suficientes, de carácter normativo y de política pública, con el fin de lograr una protección eficiente y adecuada – atendiendo al conflicto de intereses existente. Para este propósito es necesario diseñar una política de protección que combine elementos de prevención y de represión.

7. Los derechos fundamentales de la mujer no van hasta el punto de abolir de manera general la obligación jurídica de llevar a término un embarazo, aunque sea sólo por un período determinado. Ciertamente, los derechos fundamentales de la mujer conducen a que, en circunstancias excepcionales, sea admisible que ese deber jurídico no se pueda imponer, e incluso a que en algunos casos quizás sea prohibido hacerlo. Le corresponde al Legislador determinar cuáles son esas situaciones excepcionales, de acuerdo con un criterio de razonabilidad. En esos casos debe evidenciarse que se impone a las mujeres cargas desproporcionadas, que exigen de ellas un nivel de sacrificio de los propios valores vitales que no se puede esperar (confirmación de lo establecido en BverGE 39, 1[48 ss.]).

8. La prohibición de la insuficiencia no permite renunciar libremente al uso del derecho penal y de su efecto protector sobre la vida humana.

9. El deber de protección del Estado comprende también la protección de la vida del no nacido frente a los peligros que emanan de la familia o del entorno social general de la mujer embarazada, o de las condiciones reales de vida de ella y de su familia, todos los cuales obran en contra de la voluntad de la mujer de llevar a buen término su embarazo.

10. El deber de protección obliga también al Estado a mantener y fomentar la conciencia pública sobre el derecho a la vida del no nacido.

11. Al legislador no le está prohibido por la Constitución adoptar una estrategia para la protección del no nacido, que en la primera fase de los embarazos conflictivos haga énfasis en la consejería a la mujer, para impulsarla a continuar con su embarazo. En este punto puede el Legislador renunciar tanto a la amenaza de una sanción penal a partir de indicadores, como

al establecimiento de esas circunstancias indicadoras por medio de terceros.

12. La estrategia basada en la consejería requiere de un marco de condiciones que generen presupuestos favorables para que la mujer actúe a favor de la vida del que está por nacer. El Estado asume toda la responsabilidad sobre la ejecución del proceso de asesoría.

13. El deber estatal de protección requiere que la participación de los médicos a favor de los intereses de la mujer, también repercuta en la protección de la vida del que está por nacer.

14. Desde la perspectiva constitucional no puede calificarse jurídicamente la existencia de un niño como una causa de daño (Art. 1, numeral 1 LF). Es por esta razón que no se permite entender como un daño el deber de mantenimiento de un niño.

15. Los abortos que se realicen sin que se haya establecido una indicación luego del proceso de asesoría no pueden ser declarados como justificados (ni como violatorios de la ley). Los fundamentos irrenunciables del Estado de Derecho imponen que a una circunstancia excepcional solamente se le concedan efectos justificatorios cuando la existencia de esos presupuestos se establece bajo responsabilidad estatal.

16. La Constitución no permite que se garantice un derecho a las prestaciones de los seguros médicos para la práctica de un aborto cuya lícitud no está establecida. En contraposición, desde la perspectiva constitucional no se puede cuestionar la garantía de la ayuda social para las mujeres que se practiquen abortos no punibles, luego de la correspondiente consejería, en los casos en que se encuentren en apuros económicos. Tampoco es cuestionable que se les continúe pagando el salario[274].

El Tribunal, con este segundo fallo, reitera la decisión esencial de su primera decisión sobre aborto. Así, el Estado tiene el deber de proteger la vida potencial del feto, ya que la dignidad se encuentra ligada a la

[274] Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 1993. Control Abstracto del Artículo 218 del Código Penal Alemán. Interrupción del embarazo II (Schwangerschaftsabbruch II). Votación: 5:3. Tres jueces se apartaron de la decisión mayoritaria. El primer salvamento de voto, firmado por dos jueces, señaló que los abortos en el segundo trimestre que no respondieran a los "indicadores" tampoco debían ser considerados como ilegales en el Código Penal. El segundo salvamento se refiere a temas periféricos de la decisión. El juez cuestiona la decisión de la Corte de establecer que los abortos "ilegales" no podían ser financiados por el programa de seguro médico estatal. Para el juez, la cuestión era un problema que debía ser resuelto por el legislador.

existencia del ser humano, tanto antes como después del nacimiento. De acuerdo a lo anterior consideró parcialmente inconstitucional la ley, ya que establecía la posibilidad de un aborto, antes de la doceava semana de concepción, sin ningún motivo. Sin embargo, la decisión señala que el Estado, para proteger la vida del feto, no se encuentra obligado a penalizar todos los abortos, lo cual constituye un cambio importante frente a la primera sentencia. La decisión admite la justificación del aborto por motivos de necesidad.[275]

La tercera sentencia alemana que cabe resaltar versó sobre le ley de un estado federado. El 27 de octubre de 1998, el Tribunal Constitucional Federal alemán revisó la "Ley de ayuda a la mujer embarazada", que regulaba el aborto en el Estado de Baviera[276]. La norma era una reglamentación complementaria que regulaba los abortos cuando no hay peligro de muerte o enfermedad para la madre. La norma establecía que las instituciones que practiquen el procedimiento debían tener un permiso estatal que certificara que la institución tenía las posibilidades civiles y comerciales para efectuar la intervención. Dichas autorizaciones serían proferidas exclusivamente por el Estado. La norma demandada regulaba la revocatoria del permiso además de las prohibiciones para llevar a cabo abortos. Solo estaban autorizados para efectuar los procedimientos, médicos especializados en ginecología o médicos acompañados por estos. La ley también establecía que los centros hospitalarios no podían superar una suma máxima de ingresos pecuniarios derivados de la práctica de abortos. Así mismo, se establecía la obligación de reportar los ingresos y el número de intervenciones realizadas en determinado periodo.

Uno de los problemas que analizó el Tribunal Constitucional Federal alemán fue si el legislador estatal había excedido la competencia del Estado Federal de Baviera al regular las disposiciones nacionales adoptadas por el Parlamento Alemán sobre la interrupción del embarazo, imponiendo la necesidad de permisos a las instituciones y la reducción de admisiones e ingresos por abortos en los hospitales. El Tribunal, en una decisión de seis votos a favor y tres en contra, declaró inconstitucional dicha regulación ya que existía una contradicción entre la norma de carácter Federal y aquellas de carácter Estatal que regulan el aborto. Afirmó que era claro que las normas federales no establecen prohibición

---

[275] Eberle, Edward J. "Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law". Copyright (c) 1997 Utah Law Review Society. Utah Law Review 1997. 1997 Utah L. Rev. 963. Para este comparativista, el mayor cambio en Aborto II fue que el Estado, para cumplir con su deber de proteger la vida no tenía que penalizar todos los abortos ilegales. Adicionalmente, un aborto bajo lo que se considera como un indicador social, podía ser obtenido sin penalización si el Estado creaba un sistema comprensivo de consejería que tuviera como objetivo convencer a la mujer de llevar a término su embarazo, pero sin someter dicha posibilidad al visto bueno del consejero.

[276] Tribunal Constitucional Alemán. BVerfGE 98, 265 Bayerisches Schwangerenhilfgesetz.

alguna a instituciones especializadas para realizar dicho procedimiento, por tanto, si bien todo estado federado tiene competencia legislativa sobre la materia, es necesario recalcar que ninguna regulación en un estado específico puede contrariar el derecho general de rango nacional.

En la sentencia se fijaron, entre otros, los siguientes principios (BverGE 98, 265):

> (…)
> 3. Dado que el Parlamento Federal solo puede retirar la protección penal a la vida del no nacido de forma parcial, cuando en su lugar utilice otra estrategia de protección, los reglamentos puntuales que son indispensables para la materialización de esa estrategia de protección y que son de competencia exclusiva de los Parlamentos de los Länder se entenderán comprendidos dentro de la competencia de la Federación[277].

En resumen, las decisiones alemanas reconocen un derecho a la vida del no nacido que debe ser protegido por el Estado no solo mediante la penalización del aborto sino también previendo otras herramientas de protección como la consejería y la asistencia a las mujeres embarazadas. Además, la jurisprudencia evolucionó en la orientación de admitir que la protección de la vida del feto no siempre tiene que ser penal puesto que caben otros medios de protección. Sin embargo, el deber de proteger la vida del feto no excluye que este justificado el aborto cuando medien circunstancias médicas, eugenésicas, criminales y sociales precisa y debidamente certificadas. Adicionalmente, se reconoció que la mujer tiene un derecho de autodeterminación que justifica la no penalización cuando la carga que genere el embarazo en la mujer sea desproporcionada, lo cual comprende razones socioeconómicas de necesidad. En este evento la legalidad del aborto esta sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos de consejería previa y un periodo de espera mínimo de tres días.

Desde el punto de vista constitucional, en Alemania el aborto debe ser ilegal para proteger la vida del que está por nacer, pero las mujeres pueden escoger la terminación de su embarazo lícitamente si se dan ciertas condiciones: i) cuando la vida o la salud de la mujer está en peligro; ii) cuando existe una malformación del feto; iii) cuando el embarazo es producto de una violación o de un delito como el incesto; y iv) cuando las condiciones socioeconómicas de vida de la mujer, o de su familia, hagan que la continuación del embarazo sea una carga desproporcionada y por lo

[277] Tribunal Constitucional Alemán. BVerfGE 98, 265 Bayerisches Schwangerenhilfgesetz.

tanto inexigible. En todas estas condiciones se requiere de un trámite previo en el cual terceros, generalmente expertos, como médicos o consejeros licenciados, deben certificar que se reúnen las condiciones justificativas del aborto. En caso de necesidad socioeconómica la consejería debe estar dirigida a proteger la vida del feto, sin que ello permita coartar la decisión autónoma de la mujer después de surtido el trámite y de haber transcurrido los tres días de espera.

3. Italia

La Corte Constitucional italiana se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto. La decisión que sienta los parámetros constitucionales sobre el aborto es de 1975 y versa sobre la disposición del Código Penal que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias. La Corte con su decisión se orienta a la despenalización en ciertas condiciones. En sentencias posteriores no se modifica esta orientación[278].

[278] Corte Constitucional italiana. Sentencia 30 de 1980. La Corte se pronunció sobre la admisibilidad de un referendo sobre las disposiciones del Código Penal que penalizaban el aborto. La Corte declaró inadmisible el recurso. Luego en la sentencia 26 de 1981, la Corte se pronunció sobre la admisibilidad del referendo que buscaba modificar la regulación del aborto en Italia. La Corte conoció de la petición de tres solicitudes de referendo abrogatorio. una de los radicales (tendiente a abolir las limitaciones aún existentes para así facilitar su realización) y dos de una organización católica (que buscaba restringir, con más o menos amplitud, las posibilidades de realización del aborto). La Corte consideró admisible el referendo de los radicales y del llamado "Movimiento de la vida". Sin embargo, los dos fueron rechazados por el cuerpo electoral el 17 y 18 de mayo de 1981. Posteriormente en la sentencia 109 de 1981 se revisó el artículo 12 de la Ley 194 de 1978 que disponía que las mujeres menores debían consultar a sus padres antes de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. La Corte declaró la constitucionalidad de la disposición. En la sentencia 162 de 1981 revisó los numerales 2 y 4 del artículo 18 de la Ley 194 de 1978 que disponían la penalización de los médicos que realizaban un aborto ilegal del que desencadenaba la muerte de la mujer o lesiones a la misma por el procedimiento empleado. Las normas fueron demandadas por violar el derecho a la igualdad, ya que previa penas diferentes a la dispuesta en el artículo 586 del Código Penal, que penaliza el homicidio preterintencional. La Corte consideró infundada la demanda. En la Ordenanza 44 de 1982, la demanda se dirigió contra los artículos 4, 5 (parcial), 8 y 22 de la Ley 194 de 1978 por considerar que vulneraban el precedente constitucional en el que se asume el derecho a la vida del concebido. La Corte consideró infundada la demanda. En la ordenanza 45 de 1982, la demanda se dirigió contra los artículos 4,5, 6, 8 y 22 (parcial) de la Ley 194 de 1978 que regulaban el tratamiento penal trimestral del aborto. La Corte consideró infundada la demanda. ordenanza 126 de 1982. Se demandaron los artículos 4 y 22 (parcial) de la Ley 194 de 1978 que regulaban el tratamiento penal trimestral del aborto. La Corte consideró infundada la demanda y reiteró su jurisprudencia en cuanto a que le corresponde al legislador fijar el régimen penal. En la sentencia 196 de 1987, la demanda se dirigía contra los artículos 9 y 12 de la Ley 194 de 1978 que regulaban el permiso judicial para las mujeres menores en caso de decidir abortar y la objeción de conciencia de los médicos que decidieran no participar en una interrupción voluntaria del embarazo. La Corte decidió que la demanda estaba infundada. En la ordenanza 14 de 1989, la demanda se dirigía contra el inciso 2 del artículo 12 de la Ley 194 de 1978 que regulaba el aborto en menores de dieciocho años. La Corte consideró que la cuestión ya había sido resuelta en la sentencia 109 de 1985. La sentencia 35 de 1997, verso sobre la admisibilidad de un referendo relativo a varios artículos de la ley de 22 de mayo de 1978 sobre la interrupción voluntaria del embrazo y de la ley del 22 de mayo de 1987 sobre la protección social para la maternidad a propósito de un referendo derogatorio. Se revisaron los artículos que, en lo pertinente, establecían el aborto por malformaciones, el servicio de obstetricia y ginecología para los abortos por malformaciones, la disposición que reducía los requisitos de trámite para los abortos cuando el peligro en la vida o salud de la mujer era inminente, el sistema de registro con confidencialidad de los abortos practicados en los hospitales, la penalización del aborto cuando no se surten los trámites establecidos por la ley y el artículo que establecía la entrada en vigor de la norma y su aplicación. La Corte determinó que la solicitud de referendo era inadmisible ya que no pueden ser derogadas las

En 1975 la Corte Constitucional italiana se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 546 del Código Penal, que penalizaba el aborto sin excepción. La Corte consideró que el artículo penal vulneraba los artículos 31[279] y 32[280] de la Constitución al no prever ninguna excepción a la penalización, inclusive cuando la vida de la madre se encontrara en peligro.
La Corte dijo:

> El artículo 546 CP en la parte en que no prevé que el embarazo puede interrumpirse cuando la continuación del mismo implique un daño o perjuicio grave para la salud de la madre, médicamente certificado según lo dicho y que no sea posible evitar de otra manera, es constitucionalmente ilegítimo por contrariar el artículo 32, inciso primero de la Constitución. La actual regulación del aborto de las mujeres concientes, según la cual existe responsabilidad penal aún cuando este acreditado el peligro que el embarazo comporta para el bienestar físico y el equilibrio psíquico de la gestante –sin recurrir al extremo del estado de necesidad contemplado en el artículo 54 CP-, se contrapone a adecuada tutela de la salud de la mujer embarazada. En realidad, el daño o perjuicio puede ser previsto pero no siempre es inmediato; adicionalmente el exculpante del artículo 54 CP se funda sobre una equivalencia del bien sacrificado respecto de aquel que se desea salvar, y no se ve esta equivalencia entre la vida o la salud de la madre y la salvaguardia del embrión. El peculiar estado de necesidad de la mujer embarazada cuya salud peligra gravemente requiere una tutela idónea. Es obligación también del

---

disposiciones que tengan un contenido mínimo de protección constitucional, como las disposiciones revisadas. Así la norma protegía derechos constitucionales y eliminar las disposiciones eliminaría dicha protección. Igualmente se consideró que si se eliminaban dichos artículos no existiría regulación para el aborto y sería permisible en todos los casos atentando contra el derecho reconocido a la vida potencial además de la protección a la salud y vida de la madre, quien también tiene el derecho reconocido de terminar su embarazo bajo ciertas condiciones. En la ordenanza 514 de 2002, la Corte revisó demanda contra los artículos 4, 5 y 12 de la Ley 194 de 1978 que regulaban los procedimientos de trámite en los abortos realizados por menores y la objeción de conciencia de los médicos en la práctica de un aborto, demandados por vulnerar diversos precedentes constitucionales. La Corte consideró la demanda inadmisible.

[279] Constitución italiana. Artículo 31. "La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas."
Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud favoreciendo las instituciones necesarias para ello.

[280] Constitución italiana. Artículo 32. La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará la asistencia gratuita a los indigentes.
Nadie podrá ser obligado a seguir un determinado tratamiento sanitario, excepto cuando así lo prevea una ley. La ley no podrá, en ningún caso, violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana."

> legislador establecer las provisiones necesarias para impedir que el aborto se realice sin que exista acreditación seria de la realidad y la gravedad del daño o peligro que puede derivarse para la madre de proseguirse con el embarazo: es por eso que la licitud del aborto debe estar anclada en una valoración previa de la subsistencia de las condiciones que lo justifican.[281]

Además, la Corte estableció que la vida del no nacido no es equivalente a la vida del nacido. Así, en la ponderación entre el derecho a la salud de la mujer y la protección del no nacido se concluyó que "*no existe equivalencia entre el derecho no solo a la vida, sino también a la salud propia de quien es ya una persona como la madre y la salvaguarda del embrión que aún no se ha vuelto persona*". [282] Entonces, la Corte no reconoce un derecho fundamental a la vida del no nacido sino que establece que existe un interés estatal de salvaguarda del embrión. A la luz del artículo 2[283] de la Constitución, la Corte estableció que existían unos derechos inviolables del ser humano, dentro del que se encuentra el derecho a la autodeterminación. Al reconocer la diferencia entre el feto y la madre, estableció que el feto no gozaba de los mismos derechos de la persona por lo que en ciertas etapas del embarazo podía prevalecer el derecho a la autodeterminación de la mujer sobre el interés estatal en proteger la vida del feto.

La sentencia 35 de 1997, verso sobre la admisibilidad de un referendo relativo a varios artículos de la ley de 22 de mayo de 1978 sobre la

---

[281] Corte Constitucional italiana. Sentencia 27 de 1975. La decisión se dio en los siguientes términos: Traducción libre: "L'art. 546 c.p., nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi della motivazione, e non altrimenti evitabile per la salute della madre, e' costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 32, primo comma, della Costituzione. L'attuale disciplina dell'aborto della donna consenziente, secondo cui v'e' penale responsabilita' anche quando sia accertata la pericolosita' della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante - senza che ricorrano gli estremi dello stato di necessita' di cui all'art. 54 c.p. - contrasta con un'adeguata tutela della salute della donna gestante. Invero il danno o il pericolo conseguente al potrarsi di una gravidanza puo' essere previsto ma non e' sempre immediato, e inoltre la scriminante dell'art. 54 c.p. si fonda su una equivalenza del bene sacrificato rispetto a quello che si vuole salvare, laddove tale equivalenza non vi e' tra la vita o la salute della madre e la salvaguardia dell'embrione. Il peculiare stato di necessita' della donna incinta in pericolo di grave compromissione alla salute richiede idonea tutela. E' comunque obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realta' e gravita' del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e percio' la liceita' dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla."

[282] Corte Constitucional italiana. Sentencia 27 de 1975. Texto original "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute propria di chi è già persona come la madre e la salvaguardia dell`embrione che persona deve ancora diventare."

[283] Constitución italiana. Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

interrupción voluntaria del embrazo y de la ley del 22 de mayo de 1987 sobre la protección social para la maternidad a propósito de un referendo derogatorio. Se revisaron los artículos que, en lo pertinente, establecían el aborto por malformaciones, el servicio de obstetricia y ginecología para los abortos por malformaciones, la disposición que reducía los requisitos de trámite para los abortos cuando el peligro en la vida o salud de la mujer era inminente, el sistema de registro con confidencialidad de los abortos practicados en los hospitales, la penalización del aborto cuando no se surten los trámites establecidos por la ley y el artículo que establecía la entrada en vigor de la norma y su aplicación. La Corte determinó que la solicitud de referendo era inadmisible ya que no pueden ser derogadas las disposiciones que tengan un contenido mínimo de protección constitucional, como las disposiciones revisadas. Así la norma protegía derechos constitucionales y eliminar las disposiciones eliminaría dicha protección. Igualmente se consideró que si se eliminaban dichos artículos no existiría regulación para el aborto y sería permisible en todos los casos atentando contra el derecho reconocido a la vida potencial además de la protección a la salud y vida de la madre, quien también tiene el derecho reconocido de terminar su embarazo bajo ciertas condiciones.

Las Corte primero reiteró el precedente establecido en la sentencia 27 de 1975:

> Que conforme a la Constitución la protección jurídica del no nacido, de acuerdo a sus características propias, se coloca entre los derechos inviolables del hombre, reconocidos y garantizados por el artículo 2 de la Constitución, es decir derecho a la vida, y objeto éste de específica protección constitucional;
>
> Que del mismo modo tiene fundamento constitucional en la protección a la maternidad (art. 31, segundo inciso de la Constitución) y son derechos fundamentales aquellos relativos a la vida y a la salud de la madre;
>
> Que el balance entre estos derechos fundamentales, cuando sean ambos expuestos al peligro, se encuentra en la salvaguarda de la vida y de la salud de la madre, debiéndose salvar, cuando sea posible, la vida del feto.
>
> Que con el fin de realizar de modo legítimo este balance, es obligación del legislador tomar las medidas necesarias para impedir que el aborto sea realizado sin una serie de garantías sobre la realidad y gravedad del daño o peligro que puede

> causarle a la madre continuar con el embarazo y, por lo tanto, la licitud del aborto debe estar amparada bajo una valoración previa de la existencia de las condiciones aptas de justificación.[284]

La Corte al reiterar que la decisión reconoció unos derechos fundamentales también advirtió que no es posible, mediante ley, modificar dichas disposiciones:

> Con la sentencia 16 de 1978 la Corte ha afirmado más allá de los casos de la inadmisibilidad del referendo enunciados expresamente en el artículo 75, inciso segundo, existe en la Constitución, valores que se refieren a la estructura y a los temas de las solicitudes constitucionales, valores que deben tutelarse excluyendo tales referendos.
>
> De ahí que la elaboración y la enunciación, de acuerdo a la mencionada sentencia, de las precisas razones de inadmisibilidad entre las que se encuentran "las disposiciones legislativas ordinarias con contenido constitucionalmente vinculante.
>
> (...)
>
> 4.- De acuerdo a los principios elaborados por la Corte en materia de referendo en cuanto a las leyes ordinarias con contenido constitucionalmente vinculante, la solicitud de referendo de la referencia no puede ser admitida."[285]

---

[284] Corte Constitucional Italiana. Sentencia 35 de 1997. Texto original: "Disse la Corte:
che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale;
che del pari ha fondamento costituzionale la protezione della maternità (art. 31, secondo comma, della Costituzione), che sono diritti fondamentali anche quelli relativi alla vita e alla salute della donna gestante;
che il bilanciamento tra detti diritti fondamentali, quando siano entrambi esposti a pericolo, si trova nella salvaguardia della vita e della salute della madre, dovendosi peraltro operare in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto;
che al fine di realizzare in modo legittimo questo bilanciamento, è "obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga praticato senza serii accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire nella gestazione" e che "perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla".

[285] Corte Constitucional Italiana. Sentencia 35 de 1997. Texto original: "Con la sentenza n. 16 del 1978 la Corte ha affermato che al di là dei casi di inammissibilità del referendum enunciati espressamente dall'art. 75, secondo comma, sono presenti nella Costituzione valori riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, valori che debbono essere tutelati escludendo i relativi referendum.

Sobre el contenido constitucionalmente vinculante de la Ley 194 de 1974 la Corte dijo:

> *El artículo 1 de la ley 194 de 1978 afirma un principio de contenido normativo que establece que la interrupción voluntaria del embarazo no es un método anticonceptivo. El Estado, las regiones y las localidades se encuentran obligadas, en virtud del artículo 1, inciso tercero, a desarrollar los servicios social-sanitarios y adoptar las iniciativas necesarias para "evitar que el aborto sea usado como método anticonceptivo".*
> Estas disposiciones no solo contienen la base de utilización de las estructuras públicas con base en la valoración de los presupuestos de una lícita interrupción voluntaria del embarazo sino también la protección al derecho a la vida del no nacido. La limitación programada de los nacimientos es la antitesis de tal derecho (vida del no nacido), que solo puede ser sacrificado cuando se confronta con el derecho inviolable a la vida y salud de la madre, constitucionalmente tutelado.
>
> Por lo tanto, no es admisible un referendo dirigido a la derogación parcial del artículo 1. La anterior consideración se extiende a las otras disposiciones sometidas a la solicitud de referendo.
>
> La reforma de los artículo 4, 5, 12 y 13 de la Ley 194 de 1978 involucraría por lo tanto disposiciones con contenido normativo constitucionalmente vinculante en varios aspectos, en la medida en que volvería nulo el nivel mínimo de tutela necesaria de los derechos constitucionalmente inviolable a la vida, a la salud, a la protección a la maternidad, la infancia y la juventud.
>
> Además, con la operación de recorte propuesta con la solicitud de derogación del artículo 7, no puede más que observarse que la propuesta de mantener una cierta tutela por

---

Di qui l'elaborazione e la formale enunciazione, sempre in detta sentenza, di precise ragioni costituzionali di inammissibilità, tra le quali si iscrive la non abrogabilità delle "disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato".
(...)
4. - Alla stregua dei principi elaborati dalla Corte in materia di referendum con riguardo alle leggi ordinarie dal contenuto costituzionalmente vincolato, la richiesta referendaria in oggetto non può essere ammessa."

> el solo feto del cual sea acertada la posibilidad de vida autónoma, subraya el abandono de cualquier tutela para otros nacituros, cuyo derecho a la vida está consagrado, conforme a la sentencia del 27 de 1975, en el artículo 2 de la Constitución.
>
> Igualmente, la asistencia y la presencia de un médico, son eliminados también, conforme a la solicitud de referendo, al solicitar la eliminación total del artículo 8.
>
> En definitiva, la solicitud ha sido formulada mediante el recorte del texto vigente, de manera tal que parece una simple derogación del texto legal y no solo de una reforma penal irrelevante, de la interrupción voluntaria del embarazo en los primeros 90 días, reduciendo tal circunstancia a un régimen de total libertad de parte de la mujer gestante, tomando por suerte los derechos constitucionalmente relevantes vinculados. Eso es precisamente lo que está precluído para el legislador, por consiguiente también a la deliberación derogatoria del cuerpo electoral.[286]

La Corte declaró la inadmisibilidad del referendo abrogatorio y estableció que las disposiciones que protegen tanto a la mujer embarazada como a la vida del no nacido no podían ser derogadas:

---

[286] Corte Constitucional Italiana. Sentencia 35 de 1997. Texto original: “Di più, l'art. 1 della legge n. 194 del 1978 afferma un principio di contenuto più specificamente normativo, quale è quello per cui l'interruzione volontaria della gravidanza non è mezzo per il controllo delle nascite. Lo Stato, le regioni e gli enti locali sono impegnati, dall'art. 1, terzo comma, a sviluppare i servizi socio-sanitari e ad adottare altre iniziative necessarie "per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite". In dette proposizioni non solo è contenuta la base dell'impegno delle strutture pubbliche a sostegno della valutazione dei presupposti per una lecita interruzione volontaria della gravidanza, ma è ribadito il diritto del concepito alla vita. La limitazione programmata delle nascite è infatti proprio l'antitesi di tale diritto, che può essere sacrificato solo nel confronto con quello, pure costituzionalmente tutelato e da iscriversi tra i diritti inviolabili, della madre alla salute e alla vita.
Non è pertanto ammissibile un referendum diretto all'abrogazione dell'art.1.
Analoghe considerazioni valgono per le altre disposizioni investite dalla richiesta referendaria.
L'abrogazione degli artt. 4, 5, 12 e 13 della legge n. 194 del 1978 travolgerebbe pertanto disposizioni a contenuto normativo costituzionalmente vincolato sotto più aspetti, in quanto renderebbe nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù.
Quanto poi all'operazione di ritaglio operata con la richiesta di parziale abrogazione dell'art. 7, non può non osservarsi che la proposta di mantenere una certa tutela per il solo feto di cui sia accertata la possibilità di vita autonoma sottolinea l'abbandono di ogni tutela per gli altri nascituri, il cui diritto alla vita è consacrato - secondo la ricordata sentenza n. 27 del 1975 - dall'art. 2 della Costituzione.
L'assistenza e la presenza del medico sono eliminate pure, secondo la richiesta referendaria, attraverso la progettata integrale abrogazione dell'art. 8.
In definitiva la richiesta è formulata, attraverso un ritaglio del testo vigente, in modo tale da dare all'abrogazione il senso palese di una pura e semplice soppressione di ogni regolamentazione legale - e non solo di una irrilevanza penale - dell'interruzione volontaria della gravidanza nei primi novanta giorni, riconducendo tale vicenda ad un regime di totale libera disponibilità da parte della singola gestante, anche in ordine alla sorte degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti. Ora, ciò è appunto quanto è precluso al legislatore, e conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale.”

> Es necesaria una observación adicional en lo ateniente a las disposiciones de carácter penal. Esas no entran en juego en la presente decisión. Tal vez la excesiva insistencia de la despenalización del aborto, que fue de primer plano en la solicitud de referendo de 1981., influenció la decisión contenida en la sentencia n. 26 del 1981, mientras en la presente sentencia el tema de la despenalización es absolutamente extraño. Existe incluso duda de si la Constitución más allá de los imperativos específicos, pueda contener tipos penales, u obligaciones de protección mediante sanción penal, de determinados intereses constitucionalmente protegido. Lo que la Constitución no consiente que sea total o parcialmente tocado con la derogación de la ley 194 de 1978, es lo atinente al núcleo de las disposiciones que protegen la vida del no nacido cuando no se deba actuar frente al peligro para la vida o salud de la madre; tampoco las disposiciones que atentan contra la protección de la mujer embarazada: de la mujer adulta y la menor de edad, de la mujer con un embarazo inferior a un trimestre, así como la mujer embarazada con un periodo de gestación más avanzado[287].

En resumen, la Corte ordenó que el aborto sea despenalizado en ciertas circunstancias. La Corte no estableció cuáles son estas circunstancias pero sí determinó que la vida del no nacido no es equivalente a la vida del nacido y que la regulación del aborto debe comprender una protección a los derechos de la mujer, en especial su vida y su salud. Con posterioridad a esta decisión, el Parlamento italiano expidió la Ley 194 de 1978 sobre la protección de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo, en la cual se acoge el sistema de indicadores con procedimientos para certificar la existencia de los motivos que hacen admisible el aborto. En 1981 en Italia se llevó a cabo un referendo que

[287] Corte Constitucional Italiana. Sentencia 35 de 1997. Texto original: “5. - Una sola osservazione è ancora necessaria per quanto attiene alle disposizioni di carattere penale. Esse non entrano in giuoco nella presente decisione della Corte. Forse l'insistenza eccessiva sul tema della "depenalizzazione dell'aborto", portato in primo piano nella richiesta referendaria del 1981, ha avuto un ruolo nell'influenzare la diversa decisione contenuta nella sentenza n. 26 del 1981, mentre nella presente sentenza il tema della depenalizzazione è assolutamente estraneo. Già è dubbio in via generale se la Costituzione, al di là di imperativi specifici, contenga o possa contenere obblighi di incriminazione, che è quanto dire obblighi di protezione mediante sanzione penale, di determinati interessi costituzionalmente protetti. Ciò che la Costituzione non consente di toccare mediante l'abrogazione, sia pure parziale, della legge 23 maggio 1978, n. 194, è quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante: della donna adulta come della donna minore di età, della donna in condizioni di gravidanza infratrimestrale come della donna in condizioni di gravidanza più avanzata.”

buscaba limitar las disposiciones de las nuevas normas de 1978 sobre aborto, pero la decisión del cuerpo electoral fue la de confirmar la ley vigente sobre aborto. Posteriormente, en 1997 la Corte declaró inadmisible un referendo derogatorio de varias de las normas legales vigentes que regulaban el aborto porque a su juicio, la eventual derogación de tales normas desprotegería tanto la vida del feto como los derechos de la mujer, en desmedro del equilibrio fijado por el legislador desde 1978.

4. Portugal

El Tribunal Constitucional portugués se ha pronunciado sobre el aborto en cuatro oportunidades. Sus dos primeras decisiones, de 1984 y 1985, corresponden a la revisión de la ley que permitió la interrupción voluntaria del embarazo en circunstancias excepcionales con un sistema de indicadores. Las decisiones posteriores, de 1998 y del 2005, corresponden a la admisibilidad de referendos para la liberalización del aborto en la primera etapa del embarazo.

La Ley 6 del 11 de mayo de 1984 permitió la interrupción voluntaria del embarazo en Portugal adoptando un sistema de indicadores[288]. La ley, aun

---

[288] Ley 6 de 1984. Reforma el Código Penal.
"Artículo 140
1. Quien por cualquier medio y sin consentimiento de la mujer embarazada realice un aborto será castigado con pena de dos a ocho años de prisión
2. Quien por cualquier medio y con el consentimiento de la mujer embarazada realice un aborto será castigado con pena hasta de tres años de prisión.
3. La mujer que de su consentimiento para un aborto realizado por un tercero, o que lo lleve a cabo sola o con ayuda será castigada con pena de hasta tres años de prisión.
Artículo 141 Aborto agravado.
1. Cuando del aborto o de los medios empleados para abortar resulte la muerte de la mujer embarazada o un daño a su integridad física. La pena será aumentada en una tercera parte.
2. La agravación es igualmente aplicable a quien habitualmente se dedique a la práctica de abortos en los términos de los incisos 1 y 2 del artículo anterior o a quien realice un aborto con fines lucrativos.
Artículo 142 Interrupción del embarazo no punible.
1. No será punible la interrupción del embarazo realizada por un médico, o bajo su dirección, en un establecimiento de salud oficial u oficialmente reconocido, con el consentimiento de la mujer embarazada cuando, según el estado del conocimiento de la medicina:
a) sea el único medio para evitar un peligro de muerte o una lesión seria e irreversible para el cuerpo o para la salud física o psíquica de la mujer embarazada.
b) sea indicado para evitar un peligro de muerte o una lesión grave para el cuerpo o para la salud física u psíquica de la mujer embarazada, siempre que se realice dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
c) existan serios motivos para creer que el niño sufrirá de una enfermedad grave o incurable o de una malformación, siempre que se realice dentro de las primeras 16 semanas de embarazo.
d) existan serios indicios de que el embarazo es el resultado de un crimen contra la libertad y la autodeterminación sexual, siempre que se realice dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
2. La verificación de las circunstancias para un aborto lícito debe ser certificada por un médico diferente del que practica o dirige la interrupción del embarazo y debe ser por escrito.
3. El consentimiento debe:
a) siempre que sea posible, ser dado por escrito por la mujer embarazada y debe realizarse mínimo tres días antes de la interrupción del embarazo; o

vigente, estableció una distinción entre aborto ilícito e interrupción voluntaria del embarazo, la cual es permitida cuando es realizada por un médico, en un establecimiento de salud autorizado, y con el consentimiento de la mujer. La ley permite el aborto cuando: i) la terminación del embarazo sea la única manera de eliminar el riesgo de muerte o un daño severo irreversible para la salud física o mental de la madre, sin sujeción a un límite temporal; ii) la continuación del embarazo ponga en riesgo de muerte o de daño severo la salud mental o física de la mujer, siempre que la intervención se haga durante las primeras doce semanas de embarazo; iii) existan motivos sustanciales para creer que el niño a nacer sufrirá de una enfermedad seria o incurable o de malformaciones, y el procedimiento se realice durante las primeras 16 semanas de embarazo; o iv) existan indicios significativos de que el embarazo es el resultado de una violación, y el procedimiento se realice durante las primeras doce semanas de embarazo.

---

b) en caso de que la mujer embarazada sea menor de 16 años o incapaz, respectiva y sucesivamente, conforme a cada caso, ser dado por el representante legal o en su defecto, por cualquier pariente en línea colateral.

4. En caso de no ser posible obtener el consentimiento en los términos del inciso anterior y la interrupción sea urgente, el médico debe tomar la decisión de acuerdo a la situación y a su criterio, asesorándose, siempre que sea posible de otro u otros médicos.

Texto original: "**Art. 140º Aborto**

1 Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2 Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão até 3 anos.

3 A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.

Art. 141º Aborto agravado

1 Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço.

2 A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos nºs 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa.

Art. 142º Interrupção da gravidez não punível

1 Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez; ou

d) Houver sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez.

2 A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

3 O consentimento é prestado:

a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou

b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

4 Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos."

Para cualquiera de las anteriores circunstancias un médico debe certificar la existencia de las mismas. En caso de violación, la verificación de las circunstancias depende de la evidencia criminal existente. También se establece un periodo de reflexión de tres días que se controla mediante la firma del consentimiento de la mujer o de alguien en su nombre mínimo tres días antes de la intervención.

En caso de emergencia debido a un peligro para la vida de la mujer, es posible desconocer el límite temporal establecido, además de las certificaciones requeridas. En caso de que la mujer sea menor de 16 años se requiere el consentimiento de su representante legal o guardián. Si no es posible obtener el consentimiento, y, debido a la urgencia, el médico puede decidir sobre la realización de la intervención. Sin embargo, las circunstancias del aborto deben ser registradas en un certificado médico.

En 1984 el Tribunal Constitucional Portugués revisó el artículo 1 del Decreto 41/III y el artículo 1 de la Ley 6 de 1984 relativo a la exclusión de la ilicitud en algunos casos de interrupción voluntaria del embarazo, el cual consagra la regulación descrita. La Corte consideró las disposiciones ajustadas a la Constitución. Lo sustentó de la siguiente manera:

> El Tribunal Constitucional puede reprochar el uso del poder discrecional del legislador cuando contraría manifiestamente el orden de valores constitucionales. Ante la duda, el Tribunal deberá hacer una interpretación de ley conforme a la Constitución presumiendo que el legislador lo ha respetado.
>
> Al menos en la línea de principios no existen imperativos constitucionales absolutos de criminalización, descrimialización o despenalización, sin embargo existe un orden de valores constitucionales no jerarquizados que pueden imponer la criminalización parcial del aborto.
>
> La protección de la vida humana que se desprende de los artículos 24[289] y 25[290] de la Constitución que interpretada en armonía con el artículo 1[291] de la misma ley fundamental abarca la vida intrauterina.

[289] Constitución Portuguesa. Artículo 24. Derecho a la vida. La vida human es inviolable. No existirá pena de muerte bajo ninguna circunstancia.
[290] Constitución Portuguesa. Artículo 25. Derecho a a integridad personal. La integridad persona y moral de toda persona es inviolable. Nadie será sometido a tortura, tratos o penas crueles y degradantes.
[291] Portugal es una república soberana basada en el principio de la dignidad humana y el deseo de la gente, comprometida a construir una sociedad libre, justa y solidaria.

> Los artículos 67 (inciso 1)[292], 68 (inciso 2)[293] y 69-71[294] de la Constitución son el reflejo del el principio de la dignidad humana.
>
> La definición de las cláusulas de ilicitud o de culpa, enunciada en el decreto que se analiza, no contraviene el principio de tipicidad de la ley penal incriminadora, ni invade los poderes jurisdiccionales constitucionalmente conferidos a los tribunales.
>
> El sacrificio de la vida intrauterina cuando se enfrenta a la vida de la mujer, que incluye su integridad física o sicológica, aunque debe ser proporcional, adecuado y necesario a la salvaguarda de ésta, puede ser menor o mayor, de acuerdo a la ponderación que el legislador haga en un caso concreto, ponderación difícilmente controlable por el Tribunal Constitucional.[295]

El Tribunal, en 1985, volvió a conocer de una demanda contra las mismas disposiciones de la Ley 6 de 1984. Nuevamente se declaró la constitucionalidad de la norma. La Corte dijo:

---

[292] Constitución portuguesa. Artículo 67. (1) Como elemento fundamental de la sociedad la familia deberá ser protegida por la sociedad y el estado para la debida implementación de todas las condiciones para todos los miembros de la familia logren el desarrollo personal.

[293] Constitución portuguesa. Artículo 68 (2). La maternidad y la paternidad constituyen eminentes valores sociales.

[294] Constitución portuguesa Artículo 69-71. Debida protección a los niños, jóvenes y las personas discapacitadas.

[295] Tribunal Constitucional portugués. Decisión No. 84-025-P. 1984. Votación: 5-4. Texto original: "I - O Tribunal Constitucional so pode censurar o uso do poder discricionario do legislador quando ele contraria manifestamente a ordem constitucional de valores. Na duvida, o Tribunal Constitucional devera fazer interpretação da lei conforme a Constituição, presumindo que o legislador a respeitou. II - Ao menos em linha de principio, não ha imperativos constitucionais absolutos de criminalização, descriminalização ou despenalização, mas tão so uma ordem de valores constitucionais, não hierarquizados, que podem por imperativos relativos de criminalização.
III - A protecção da vida humana decorrente dos artigos 24 e 25 da Constituição, interpretada de harmonia com o disposto no artigo 1 da mesma Lei Fundamental, abrange a vida humana intra-uterina.
IV - As normas constantes dos artigos 67, n. 1, 68, n. 2, 69 e 71 da Constituição são reflexos do principio da dignidade humana.
V - O principio da igualdade dos conjuges a manutenção dos filhos refere-se ao direito a alimentos dos filhos em relação aos pais.
VI - A definição das clausulas de ilicitude ou de culpa enunciada no decreto em analise não ofende o principio da tipicidade da lei penal incriminadora, nem invade os poderes jurisdicionais constitucionalmente cometidos aos tribunais.
VII - O sacrificio da vida intra-uterina em face do da vida da mãe - que inclui a sua integridade fisica ou fisico-psiquica - embora deva ser proporcional, adequado e necessario a salvaguarda desta, pode ser maior ou menor, consoante a ponderação que o legislador faça no caso concreto, ponderação dificilmente controlavel pelo Tribunal Constitucional."

Las decisiones del Tribunal Constitucional producidas en sede de control preventivo no son “meros pareceres” sino decisiones con naturaleza idéntica (aunque con diversos efectos) a las otras decisiones del Tribunal. El Tribunal Constitucional puede pronunciarse, en control abstracto sucesivo, sobre la constitucionalidad de normas que ya se han revisado de manera preventiva. Lo anterior se desprende directamente de la naturaleza del control constitucional. Por eso, las únicas decisiones del Tribunal Constitucional que impiden que vuelva a controlarse una disposición, en revisión sucesiva abstracta, son aquellas que han sido declaradas inconstitucionales, por la sencilla razón de que estas normas han desaparecido del ordenamiento, y por lo tanto es imposible volver a conocerlas.

La vida intrauterina es un bien constitucionalmente protegido, y comparte la protección conferida a la vida humana en general, en cuanto bien constitucional objetivo.

Solo las personas pueden ser titulares de derechos fundamentales, pero el régimen constitucional de protección especial al derecho a la vida, como uno de los “derechos, libertades y garantías personales”, se aplica directamente y de pleno a la vida intrauterina.

Por lo tanto, es constitucionalmente admisible que la vida prenatal tenga que ceder, en caso de conflicto, con otros valores o bienes constitucionales, pero sobretodo con ciertos derechos fundamentales, tales como los derechos de la mujer a la vida, a la salud, al buen nombre y reputación, a la dignidad y a la maternidad conciente.

Los casos previstos en la legislación impugnada configuran situaciones típicas de conflicto entre la garantía a la vida intrauterina y ciertos derechos fundamentales de la mujer y otros valores o intereses constitucionalmente protegidos; en ninguna de esas situaciones de colisión es ilegítima, en términos constitucionales, la solución de despenalización del aborto, que en esas circunstancias, será practicado para hacer prevalecer los derechos e intereses constitucionales legítimos de la mujer.

Las medidas penales son constitucionalmente admisibles cuando sean necesarias, adecuadas y proporcionales a la protección de determinado derecho o interés constitucionalmente protegido, y solo será

> constitucionalmente exigible cuando se trate de proteger un derecho o un bien constitucional de primera importancia y cuando esa protección no pueda ser garantizada de otro modo.
>
> Los casos contemplados por las normas impugnadas, constituyen situaciones de conflicto, de tal naturaleza y gravedad, que no se puede considerar apropiado o proporcional imponerle a una mujer embarazada, mediante instrumentos penales, que sacrifique sus derechos o intereses constitucionalmente protegidos en favor de la continuación del embarazo[296].

En 1998, el Tribunal se pronunció sobre la solicitud de referendo en la que se preguntaría al pueblo si se estaba de acuerdo con la despenalización del aborto practicado por decisión de la mujer durante las primeras diez semanas de embarazo. El Tribunal estableció que al no existir un mandato constitucional de criminalización del aborto, la pregunta del referendo se encontraba en el ámbito de configuración legislativa. Dijo:

---

[296] Tribunal Constitucional portugués Decisión 85-085-P. 1985. Votación: 6-3. Texto original: “"meros pareceres"; são decisões com natureza identica (embora com diversos efeitos) a dos restantes acordãos. E o Tribunal Constitucional pode pronunciar-se, em fiscalização abstracta sucessiva, sobre a constitucionalidade de normas que ja apreciara em fiscalização preventiva. Isto decorre directamente da natureza do controlo da constitucionalidade, que consiste em apreciar e declarar (ou não) a inconstitucionalidade e não em declarar a constitucionalidade. Por isso, as unicas decisões do Tribunal Constitucional em materia de controlo de constitucionalidade que impedem que a questão venha a ser novamente apreciada são as que, em fiscalização sucessiva abstracta "declara a inconstitucionalidade"; mas e pela simples razão de que então as normas deixam de vigorar, desaparecendo portanto a possibilidade de virem a ser de novo fiscalizadas.
II - A vida intra-uterina e um bem constitucionalmente protegido, compartilhando da protecção conferida em geral a vida humana enquanto bem constitucional objectivo.
III - So as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito a vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale directamente e de pleno para a vida intra-uterina.
IV - E, então, constitucionalmente admissivel que a vida pre-natal tenha de ceder, em caso de conflito, não apenas com outros valores ou bens constitucionais, mas sobretudo com certos direitos fundamentais, tais como os direitos da mulher a vida, a saude, ao bom nome e reputação, a dignidade, a maternidade consciente.
V - Os casos previstos nos preceitos impugnados configuram situações tipicas de conflito entre a garantia da vida intra-uterina e certos direitos fundamentais da mulher e outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, e em nenhuma dessas situações de colisão e ilegitima ou inaceitavel, em termos constitucionais, a solução legal de não penalizar o aborto que, nessas circunstancias, seja praticado para fazer prevalecer os direitos e interesses constitucionais legitimos da mulher.
VI - As medidas penais so são constitucionalmente admissiveis quando sejam necessarias, adequadas e proporcionadas a protecção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido, e so serão constitucionalmente exigiveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importancia e essa protecção não possa ser garantida de outro modo.
VII - Nos casos contemplados pelas normas impugnadas esta-se perante situações de conflito, de tal natureza e gravidade, que não se pode defender ser apropriado ou proporcionado impor a mulher gravida, mediante instrumentos penais, que sacrifique os seus direitos ou interesses constitucionalmente protegidos a favor da persistencia da gravidez.”

> 53. En suma, se entiende que, no habiendo una imposición constitucional de criminalización en la situación que se aprecia, cabe una libertad de configuración legislativa para penalizar criminalmente o despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo efectuada en las condiciones referidas en la pregunta de propuesta del referendo, aprobada mediante la Resolución No. 16/98 de la Asamblea de la República[297].

El referendo fue sometido a votación pero fue derrotado por un margen mínimo.

Nuevamente, en 2005, el Tribunal conoció de una solicitud de referendo sobre el aborto que formulaba la misma pregunta que en la anterior ocasión. En dicha oportunidad se consideró inconstitucional el referendo por cuestiones de forma ya que el ordenamiento portugués no permite que se presenten dos propuestas para celebrar un referendo semejante al primero en el mismo periodo legislativo si la primera propuesta no condujo a una convocatoria ante la renuencia del Presidente de la República, como en efecto había sucedido en dicho año [298].

5. Francia

El Consejo Constitucional francés se pronunció en 1975 sobre el aborto[299]. La decisión es el resultado de un control abstracto de la ley que permitió la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de un sistema de libertad donde se admite la licitud de la interrupción del embarazo en las primeras 10 semanas[300] sin sujeción a condiciones a partir de la invocación autónoma por parte de la mujer de un motivo amplio, denominado de "angustia". La ley, en control previo, fue declarada constitucional.

---

[297] Tribunal Constitucional portugués. Decisión 288 de 1998. Texto original: "**53.** Em suma, entende-se que, não havendo uma imposição constitucional de criminalização na situação em apreço, cabe na liberdade de conformação legislativa a opção entre punir criminalmente ou despenalizar a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas condições referidas na pergunta constante da proposta de referendo aprovada pela Resolução nº 16/98 da Assembleia da República."

[298] Tribunal Constitucional portugués. Decisión 578 de 2005. Decisión: "La propuesta de referendo aprobada mediante Resolución de la Asamblea de la República No. 52-A/2005, del 29 de septiembre, violó la prohibición de renovación de propuestas de referendo constante contenida en el numeral 10 del artículo 115 de la Constitución, y en el numeral 3 del artículo 36 de la Ley Orgánica sobre el Régimen del Referendo." Texto original: "Considerar que a proposta de referendo aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 52-A/2005, de 29 de Setembro, violou a proibição de renovação de propostas de referendo constante do n.º 10 do artigo 115.º da Constituição e do n.º 3 do artigo 36º da Lei Orgânica do Regime do Referendo;"

[299] Consejo Constitucional francés. Decisión No. 75-54.

[300] La norma incial establecía un término de diez semanas que posteriormente fue ampliado a doce semanas.

La ley controlada por el Consejo Constitucional regulaba la "interrupción voluntaria del embarazo" cuando la mujer adujera encontrarse en una situación de angustia[301]. La despenalización del aborto había sido acogida durante el mandato de un Presidente de la República conservador. La ley fue demandada por 74 parlamentarios. El Consejo Constitucional, en la decisión 75-54 declaró constitucional la Ley. Dijo el Consejo, en una breve sentencia:

> Considerando que en estas condiciones no le compete al Consejo Constitucional, cuando la solicitud se funda en el artículo 61 de la Constitución, examinar la constitucionalidad de una ley de acuerdo a las disposiciones de un tratado o acuerdo internacional;
> Considerando, en segundo lugar, que la Ley Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo respeta la libertad de personas que recurren o participan de un aborto, por encontrarse en una situación de angustia o por un motivo terapéutico; que, por lo tanto, ella no atenta contra el principio de libertad dispuesto en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
> Considerando, que la Ley sometida al control del Consejo Constitucional no admite que se atente contra el principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida, recordado en su artículo primero, sino solo en los casos de necesidad y de acuerdo a las condiciones y limitaciones definidas en la ley;
> Considerando, que ninguna de las derogaciones previstas por esta ley es, en el estado actual, contraria a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República ni tampoco contraría el principio enunciado en el preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, según la cual la nación garantiza al niño la protección de la salud, ni tampoco ninguna de las otras disposiciones de valor constitucional contenidas en el mismo texto;
> Considerando, en consecuencia, que la Ley Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo no contradice ninguno de los textos de la Constitución del 4 de octubre de 1958

[301] Las disposiciones relevantes de la ley juzgada dicen: Ley No. 75-17 del 17 de enero de 1975 (traducción libre): "Art. L.162-1. La mujer embarazada cuyo estado la ponga en una situación de angustia podrá solicitar a un médico la interrupción de su embarazo. Esta interrupción solo se podrá practicar hasta la décima semana de embarazo." El texto original dice: "Art. L.162-1. La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander á un médecin l´interruption de sa grossese. Cette interruption ne peut etre pratiquée qu´avant la fin de la dixième semaine de grossesse. »

contenidos en su preámbulo o en los artículos de la Constitución.” [302]

El Consejo francés admitió que la interrupción voluntaria del embarazo por decisión autónoma de la mujer cuando estimara que se encontraba en una situación de angustia durante las primeras diez semanas era constitucionalmente posible en virtud de los derechos de libertad de la mujer y que ello no vulnera el deber del Estado de proteger la salud de los menores. También admitió que en etapas posteriores del embarazo se practiquen abortos terapéuticos. Igualmente convalidó el concepto de “situación de angustia”, para justificar abortos en las condiciones y limitaciones definidas en la ley.

6. España

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en dos oportunidades sobre el aborto. En su primera decisión, de 1984, en un caso concreto, estableció la posibilidad de que las mujeres viajarán fuera del país a realizarse un aborto sin que la jurisdicción penal española pudiera condenarlas por abortar en el exterior. En la segunda decisión, de 1985, el Tribunal efectuó un control abstracto de la norma que criminalizaba el aborto, pero despenalizaba la conducta con el sistema de indicadores en tres circunstancias. El Tribunal consideró que dicha despenalización era ajustada a la Constitución, pero declaró la inconstitucionalidad de la norma por no prever una suficiente protección a la mujer en ciertos supuestos.

El primer pronunciamiento se hizo por vía de amparo. En 1984, el Tribunal Constitucional Español abordó el tema del aborto tangencialmente en un recurso de amparo contra una sentencia penal que

---

[302] Consejo Constitucional francés. Sentencia 75-54 de 1975. Traducción libre: El texto original dice: “Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ; Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;
Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit ;
Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ;
Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution. »

condenó a una pareja por delito de aborto, a pesar de que este fue practicado fuera del territorio español. La mujer había salido de España con su marido hacia el Reino Unido para practicarse un aborto. Los tutelantes consideraban que con la sentencia penal se les habían vulnerado sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad y a la intimidad personal y familiar. A su vez, consideraban que la sentencia condenatoria vulneraba el debido proceso y la seguridad jurídica al hacer extensiva la jurisdicción española a un lugar donde la conducta de abortar no es delito. Igualmente, argumentaron que no puede considerarse que se haya cometido en el exterior un delito por un español contra otro español pues los fetos carecen de nacionalidad. El Tribunal decidió anular la sentencia condenatoria en virtud del artículo 25 de la Constitución que establece "*que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*". Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Constitucional se establece que la vida del no nacido es un bien jurídico protegido por el Estado español[303].

En 1985 el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la reforma del artículo 417 del Código Penal[304] estipulada en la Ley Orgánica 9 de 1985. La norma permitía el aborto en tres circunstancias: i) cuando es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto (en caso de urgencia por riesgo vital para la mujer,

---

[303] En la aclaración de voto se señala que el feto no tiene la calidad de persona en los términos del artículo 29 del Código Civil y del artículo 15 de la Constitución española que establece el derecho a la vida. Igualmente, en la decisión se presenta un salvamento de voto en el que se señala que el amparo no debió haber sido concedido pues en la solicitud no se invocó el artículo 25 de la Constitución.

[304] Decreto 3096 de 1973. Código Penal. **Artículo 417 bis.**

"1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.

4. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos."

podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso); ii) cuando el embarazo sea producto de una violación, siempre que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado; y iii) cuando se presuma que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que previamente se emita un dictamen por dos especialistas distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En este último caso no se castigará a la mujer aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro acreditado o no se hayan emitido los dictámenes exigidos.

El Tribunal Constitucional consideró que la disposición que despenalizaba el aborto en ciertos supuestos era constitucional, pero declaró inconstitucional la ley pues carecía de una adecuada protección a la mujer embarazada por no establecer unas condiciones especiales ordenadas por el artículo 15 de la Constitución para el aborto terapéutico[305]. Las condiciones establecidas se refieren a que en el caso

[305] Tribunal Constitucional español. Sentencia No. 53 de 1985. La decisión fue la siguiente: "Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el artículo 417 bis CP es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 CE, que resulta por ello vulnerado en los términos y con el alcance en que se expresan en el FJ 12 de la presente sentencia (-El considerando Duodécimo dice: Desde el punto de vista constitucional, el proyecto al declarar no punible el aborto en determinados supuestos viene a delimitar el ámbito de la protección penal del "nasciturus", que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el artículo 417. bis.CP, en la redacción dada por el proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del "nasciturus" no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del "nasciturus", en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y es por ello que, como hemos puesto de manifiesto en los ff. jj. 4 y 7 de la presente sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus, (art. 15 CE), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto. El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el diagnostico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; se trata, como afirma el abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno. Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 CE. Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del nasciturus, exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso de aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto. Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza ha de producirse

del aborto terapéutico se deben dar las mismas condiciones que el aborto eugenésico, es decir que la comprobación del supuesto de hecho debe darse por un médico y con anterioridad a la intervención. Adicionalmente, la intervención se debe realizar en un establecimiento autorizado que brinde las mejores condiciones de salud para la madre. En la decisión se emiten varios votos particulares por seis magistrados. El sentido de los votos corresponde a cinco magistrados a favor de la constitucionalidad de la despenalización del aborto y uno en contra.

El Tribunal expresa que, si bien el artículo 15 de la Constitución reconoce que "*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*", la titularidad de este derecho respecto del no nacido es objeto de ambigüedad y controversia. Sin embargo, aun cuando la vida del no nacido es un bien protegido y garantizado por la Constitución dicha protección no es absoluta por lo que la norma que admite el aborto en ciertas circunstancias no es inconstitucional. Para sustentar su decisión se remite a la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual, según la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, su intérprete autorizado, establece que la titularidad del derecho a la vida está en cabeza de las personas nacidas. En la sentencia española se decidió que el Estado Español tenía dos obligaciones respecto del no nacido: i) abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación; y ii) establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma. Pero dicha protección no es absoluta por lo que las circunstancias de interrupción del embarazo contempladas en la norma se encontraron ajustadas a la Constitución aún

---

necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionará un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación. Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados –la protección de la vida del "nasciturus" y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer. Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hechos en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional. Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer. Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquella. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a ala comprobación del supuesto de hecho. Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero si lo es, de acuerdo con el art. 79.4.b) LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio – y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente.-)de la presente sentencia."

cuando la norma debía ser reformada. El Tribunal lo dijo de la siguiente manera:

> SÉPTIMO. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al "nasciturus" le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es decisivo par la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del "nasciturus", de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental.
>
> Partiendo de las consideraciones efectuadas en el f.j. 4, esta protección que la Constitución dispensa al "nasciturus" implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente.

Sobre las circunstancias específicas en las que se despenalizó el aborto el Tribunal dijo lo siguiente:

> UNDECIMO. Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:
>
> a) El num. 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: el grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.
>
> En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del

“nasciturus”. En este supuesto es de observar que si la vida del “nasciturus” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derechos a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamentan de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de “grave peligro” para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el f.j. 9.

b) En cuanto a la indicación prevista en el num. 2 –que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primera semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerado gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.
Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

C) El num. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal extrañaría la imposición de una conducta que excede de la que

> normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyen de modo significativo a peliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.
>
> Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.
>
> En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del art. 49 CE –incluido en el Cap III, "De los principios rectores de la política social y económica", del Tít. I, "De los derechos y deberes fundamentales."- y la protección de la vida del "nasciturus" comprendida en el art. 15 CE. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 abril de 1982 relativa a los minusvalidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización[306].

La sentencia del Tribunal Constitucional español admitió la constitucionalidad de una norma que criminalice el aborto, pero que despenalice la conducta en ciertas circunstancias y garantice la protección del derecho a la salud de la madre mediante certificaciones médicas previas: i) cuando la vida de la mujer o su salud física o mental se encuentre en peligro; ii) cuando el embarazo sea producto de una violación; y iii) cuando se presuma que el feto nacerá con "taras" físicas o psíquicas[307].

7. Canadá

[306] Tribunal Constitucional español. Sentencia No. 53 de 1985.

[307] En la decisión se presentó un voto particular en el que se señala que en los casos de aborto, se produce un conflicto de intereses entre los derechos de la mujer y la vida humana en formación. En dicho conflicto de intereses se encuentra que la libertad de la mujer es un derecho superior por lo que existen otros casos en los que sería permisible la despenalización.

La Corte Suprema de Justicia canadiense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto[308]. Dos de sus decisiones sobre el tema se consideran las más importantes al haber fijado los parámetros constitucionales sobre aborto en Canadá. La primera es de 1988 –Morgentaler contra La Reina- y en dicha decisión la Corte revisa la disposición que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias menos cuando la vida de la mujer estuviera en peligro según la apreciación de un comité médico. La Corte declaró la norma inconstitucional y liberalizó el aborto. La segunda decisión –Tremblay contra Daigle- es de 1989 y comprende un caso concreto en donde la pareja de una mujer embarazada quería evitar que ésta abortara. La Corte consideró que la mujer tenía derecho a decidir abortar libremente, por sí misma.

El abandono de la orientación prohibitiva del aborto en Canadá[309] se da en 1988 con la decisión de Morgentaler contra La Reina que revisó la sección 251 del Código Penal que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias menos cuando existiera un peligro para la vida de la mujer y un comité médico así lo hubiera certificado[310].

---

[308] La Corte Suprema de Canadá se ha pronunciado sobre aborto en las siguientes decisiones: R. Morgentaler v. The Queen (1988) 1 S.C.R. 30; Borowski v. Canada (Attorney General) [1989] 1 S.C.R. 342; ; Tremblay v. Daigle [1989] 2 S.C.R. 530; R v. Morgentaler [1993] 3 S.C.R. 463 en donde se pronunció sobre una norma de Nueva Scotia que prohibia la realización de abortos por fuera de hospitales. En la sentencia la Corte Suprema de Justicia estableció que la norma era inconstitucional pues era en esencia una materia de derecho penal y por lo tanto se encontraba por fuera de la jurisdicción provincial. La Corte señaló que el objetivo de la norma era prevenir la realización de abortos, un asunto de derecho penal, no proteger la salud como la Provincia de Nueva Scotia argumentaba; Arndt V. Smith [1997] 2 S.C.R. 539 en donde la Corte se pronunció sobre una demanda de A contra S en la que A argumentaba que si S, su médico, le hubiera advertido sobre las posibilidades de malformaciones por la varicela que la madre tuvo durante su embarazo hubiera decidido abortar. La demanda versaba sobre un reclamo de perjuicios contra el médico. La Corte estableció que la negligencia médica no había sido probada. Adicionalmente, las cortes provinciales también se han pronunciado sobre el tema: Morgentaler v. Prince Edward Island (1995) en donde la Corte Suprema de la provincia revisó la legislación que regulaba el aborto en la Provincia del Príncipe Eduardo (Isla). La norma establecía una prohibición para la financiación pública de abortos por parte del Estado a menos que se realizara en un hospital y que fuera certificado por un comité médico. La Corte Suprema de la Provincia consideró la norma inconstitucional pues estaba diseñada para prevenir abortos legales.

[309] La evolución legislativa en Canadá sobre aborto comienza en 1869, cuando el Parlamento expide una norma que prohíbe totalmente el aborto y penaliza dicho acto con cadena perpetua. En 1892 la distribución de anticonceptivos, al igual que cualquier propaganda al respecto, fue prohibida. En 1969 se modificó el Código Penal (artículo 251) canadiense despenalizando el aborto solo en casos donde la vida de la mujer se encontrara en peligro y lo anterior fuese determinado por un comité médico de tres personas. El médico que llevaba a cabo la intervención no podía ser parte del Comité. La mujer que solicitaba el aborto nunca conocía a los doctores y no tenía la posibilidad de apelar la decisión si la solicitud era rechazada. La sección 251 del Código Penal no definía lo que se entiende por salud, por lo que cada comité interpretaba el concepto de manera diferente. La norma solo fue modificada hasta 1988.

[310] Código Penal. Sección 251. "(1). Todo el que con la intención de producir un aborto de una mujer, este o no embarazada, use cualquier medio para cumplir con ese cometido es culpable de un delito que es castigado con prisión de por vida.

(2). Toda mujer que, estando embarazada, con la intención de producirse un aborto, use o permita que por cualquier medio se lleve a cabo dicha intención comete un delito que es castigado con una pena de dos años.

(3). En esta sección “medios” incluye:
(a). La administración de una droga o sustancia tóxica;
(b). El uso de un instrumento; y
(c). La manipulación de cualquier tipo.
(4). Los numerales 1 y 2 no aplican a:
(a). Un practicante de la medicina calificado diferente a un miembro de un comité para abortos terapéuticos para cualquier hospital;
(b). Una mujer que estando embarazada permite que un practicante de la medicina calificado en un hospital autorizado o aprobado use cualquiera de los medios descritos en el párrafo (a) con el propósito de llevar a cabo la intención de producir un aborto, si antes de usar esos medios, el comité de aborto terapéutico para ese hospital acreditado o aprobado, por una mayoría de los miembros del comité y en una reunión del comité en la que el caso de esa mujer fue revisado;
(c). La mujer que tenga un certificado escrito que establece que la continuación del embarazo puede o podría poner en peligro su vida o salud;
(d). La mujer que tiene copia de dicho certificado para ser entregado al practicante médico calificado.
(5). El Ministro de Salud de una provincia puede:
(a). Requerir a un comité de abortos terapéuticos para un hospital en la provincia o cualquier miembro del comité expedir una copia de cualquiera de los certificados descritos en el párrafo (4) (c) por ese comité con información sobre las circunstancias de expedición del certificado o
(b). Requerir a un practicante médico que en esa provincia ha realizado abortos a mujeres nombradas en el certificado descrito en el párrafo (4) (C), que expida una copia de ese certificado adjuntando la información que requiera sobre la realización del aborto.
(6). Para los propósitos de las subsecciones 4 y 5 y esta subsección un “hospital acreditado” quiere decir un hospital acreditado pro el Consejo Canadiense de Acreditación de Hospitales en los que se ofrecen servicios de diagnóstico y médicos, quirúrgicos y obstétricos;
“hospital aprobado” quiere decir un hospital en una provincia aprobado para los propósitos de esta sección por el Ministro de Salud de esa Provincia;
“directiva” significa la dirección de gobernadores, administradores o directores, comisión u otra persona o grupo de personas que tienen el control y manejo de un hospital acreditado o aprobado.
“Ministro de Salud” significa
(a) El Ministro de salud en las provincias de Ontario, Quebec, Nuevo Brunswick, Manitoba, Newfoundland y Edward Island.
(a.1) El Ministro de Cuidado Médico y Hospitales en la provincia de Alberta
(b) El Ministro de Servicios de Salud y Seguro Hospitalario en la provincia de British Columbia
(c) El Ministro de Salud Pública en las provincias de Nueva Scotia y Saskatchewan
(d) El Ministro de Salud Nacional y Asistencia Social en el territorio de Yukon y los territorios Noroccidentales.
“Practicante médico calificado” significa una persona con el título para ejercer la medicina bajo las leyes de la provincia en las que el hospital referido en la subsección 4 se encuentra situado;
“Comité de abortos terapéuticos” para cualquier hospital significa un comité conformado por no menos de tres miembros que sean practicantes médicos calificados, elegidos por la directiva del hospital para el propósito de considerar y determinar las cuestiones relacionadas con la terminación de un embarazo en un hospital.
(7). Nada en la subsección (4) será entendido en el sentido de que sea innecesario obtener una autorización o el consentimiento que sea o pueda ser requerido, de otra manera que como establecido en esta ley, antes de que cualquier medio sea utilizado para llevar a cabo la intención de realizar un aborto en una mujer.”
El texto original dice: “251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.
(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.
(3) In this section, "means" includes
(a) the administration of a drug or other noxious thing,
(b) the use of an instrument, and
(c) manipulation of any kind.
(4) Subsections (1) and (2) do not apply to
(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

La Corte Suprema de Justicia canadiense decidió, con una votación de siete a seis, que la disposición vulneraba el artículo 7 de la Carta de Derechos, en especial el derecho a la seguridad personal de la mujer[311], por lo que la norma fue declarada inconstitucional. En la decisión se estableció que:

> La sección 251 claramente interfiere con la integridad física de la mujer. Forzar a una mujer, con la amenaza de una sanción penal, a continuar un embarazo a menos de que cumpla con unos criterios que son ajenos a sus prioridades y aspiraciones,

---

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued, by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"accredited hospital" means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation

in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

"approved hospital" means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

"board" means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

"Minister of Health" means

(a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(a.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

"qualified medical practitioner" means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

[311] Carta de Derechos y Libertades Canadiense. El texto original del artículo 7 dice: “7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

> es una profunda interferencia en su cuerpo y una vulneración al derecho a la seguridad personal[312].

La Corte estableció que la norma era inconstitucional ya que el procedimiento que imponía, al igual que las restricciones, hacían ilusorio el acceso a abortos terapéuticos. Así, "*el sistema administrativo establecido en la sección 251 (4) no prevé un estándar adecuado para los comités para abortos terapéuticos que son los que deben determinar cuando un aborto, de acuerdo a la ley, debe ser permitido. La palabra "salud" es vaga y no se han establecido unos lineamientos adecuados para los comités de abortos terapéuticos. Es imposible para una mujer saber de antemano el estándar de salud que le será aplicado por un comité*."[313] La Corte estableció que el interés en proteger la vida y la salud de la mujer prevalece sobre el interés estatal en prohibir abortos cuando la continuación del embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la mujer. Igualmente, el artículo 7 de la Constitución, que establece el derecho a la seguridad personal, exige que se permita el acceso a servicios médicos cuando la vida o salud de la mujer se encuentre en riesgo, sin temor a una sanción penal. Por lo tanto, "*si una ley del Parlamento hace que una mujer cuya salud o vida se encuentre en riesgo escoja entre cometer un crimen para obtener oportunamente atención médica, o, por otro lado, un tratamiento inadecuado o ningún tratamiento, su derecho a la seguridad personal ha sido violado*."[314]

Los requisitos que fueron especialmente considerados como inconstitucionales fueron: i) el requisito de que todos los abortos terapéuticos se realicen en un hospital "acreditado" o "aprobado"; ii) el requisito que establece que el comité pertenezca al hospital "acreditado" o "aprobado"; iii) la disposición que permite a las directivas del hospital aumentar el número de miembros del comité y iv) el requisito que establece que los médicos que realizan abortos terapéuticos legales sean excluidos del comité.

---

[312] Traducción libre, el texto original dice "Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus an infringement of security of the person."

[313] Corte Suprema de Justicia de Canadá. Morgentaler v. The Queen. 1988. "The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee."

[314] Corte Suprema de Justicia de Canadá. Morgentaler v. The Queen. 1988 . "If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated."

Para la Corte, no era necesario responder la pregunta planteada por los demandantes sobre las circunstancias en las que existe una proporcionalidad entre los efectos de la sección 251 que limitan el derecho de la mujer embarazada a la seguridad personal y el fin estatal de brindarle protección al feto. Sin embargo, sí estableció que "*en cualquier evento, el objetivo de proteger al feto no justificaría la severidad de la vulneración del derecho a la seguridad personal de la mujer embarazada que resultaría si la disposición exculpatoria de la sección 251 fuese completamente retirada del Código Penal. Sin embargo, es posible que una futura norma del parlamento que requiriera un mayor grado de peligro a la salud en los meses más tardíos del embarazo, por oposición a los primeros meses, para que un aborto fuera legal, puede llegar a alcanzar una proporcionalidad aceptable en los términos del artículo 1 de la Constitución*.[315]"

En la opinión mayoritaria de la sentencia además se estableció que "*la vulneración del derecho establecido en la sección 7 de la Constitución también viola la libertad de conciencia garantizada en el artículo 2 (a) de la Constitución. La decisión sobre la terminación del embarazo es esencialmente moral y en una sociedad libre y democrática la conciencia del individuo debe prevalecer sobre aquella del Estado. Ciertamente, la sección 2 (a)[316] establece claramente que esta libertad le pertenece a cada uno individualmente. La "libertad de conciencia y de religión" debe ser interpretada de manera amplia para que se extienda a creencias basadas en la conciencia, ya sea que se encuentren fundadas en la religión o en una moralidad secular, y los términos "conciencia" y "religión" no deberían ser tratados como tautológicos; tienen significados independientes aunque relacionados. El Estado aquí está respaldando una visión sostenida por la conciencia y sacrificando otra.*

---

[315] Corte Suprema de Justicia de Canadá. Morgentaler v. The Queen. 1988. "It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. In any event, the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the Criminal Code. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the Charter."

[316] Carta de Derechos. Canadá. Traducción libre. "Artículo 2. Todos tienen derecho a las siguientes libertades fundamentales:
a) libertad de conciencia y religión;
b) libertad de pensamiento, creencias, opinión y expresión, incluyendo libertad de prensa y de otros medios de comunicación;
c) libertad de reunión;
d) libertad de asociación."
Texto original: "Sección 2. Everyone has the following fundamental freedoms:
a) freedom of conscience and religion;
b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
c) freedom of peaceful assembly; and
d) freedom of association."

Está negando la libertad de conciencia a algunos, tratándolos como medios de un fin, y privándolos de su "humanidad esencial"[317]. También dijo que:

> El valor que se le debe dar al feto como una vida potencial se encuentra directamente relacionado con la etapa de su desarrollo durante la gestación. El feto no desarrollado comienza como un ovulo recién fecundado y el feto completamente desarrollado emerge finalmente como un infante. Un desarrollo progresivo tiene lugar entre estos dos extremos y tiene una incidencia directa en el valor del feto como una vida potencial. En concordancia con lo anterior, el feto debe ser visto en términos de desarrollos diferenciales. Esta visión del feto sustenta un acercamiento permisivo al aborto en las etapas tempranas del desarrollo, donde la autonomía de la mujer sería absoluta, y un acercamiento restrictivo en las etapas posteriores, donde el interés del Estado en proteger el feto justificaría la prescripción de condiciones. El momento preciso en el desarrollo del feto en el que el interés del Estado debe cobrar prevalencia debe ser determinado por el legislador, de acuerdo a un juicio informado ya que éste se encuentra en la posición para recibir documentos relevantes de diferentes disciplinas.
>
> La sección 251 del Código Penal no puede ser declarada constitucional en virtud de la sección 1 de la Constitución. La norma no permite que la decisión sea tomada por la mujer en ningún momento de la etapa del embarazo y niega completamente, por oposición fijar límites, su derecho en virtud de la sección 7 de la Carta. La sección 251 no cumple con el "test" de proporcionalidad; no se encuentra suficientemente ajustada al objetivo; no limita el derecho de la mujer lo menos posible. Por lo tanto, aún si la sección 251 fuese reformada para remediar los defectos procedimentales

[317] Corte Suprema de Justicia de Canadá. Morgentaler v. The Queen. 1988 "The deprivation of the s. 7 right in this case offends freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the Charter. The decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision and in a free and democratic society the conscience of the individual must be paramount to that of the state. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to each of us individually. "Freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously -held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality and the terms "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. The state here is endorsing one conscientiously-held view at the expense of another. It is denying freedom of conscience to some, treating them as means to an end, depriving them of their "essential humanity"."

> en el esquema legislativo, no sería todavía constitucionalmente válida."[318]

En 1989, se trató de revertir la decisión sobre aborto, pero la Corte, de forma unánime, se inhibió de conocer la demanda ya que la disposición ya había sido juzgada y declarada inconstitucional. Igualmente, en 1989 se llevaron ante tribunales de instancia dos casos de aborto en los que los compañeros de dos mujeres trataron de evitar que éstas abortaran. Solo uno de los casos, Tremblay contra Daigle, fue conocido por la Corte Suprema de Justicia. Cuando la Corte revisó el caso el abogado de la señora Daigle anunció que ésta no había podido esperar más tiempo una decisión por lo que se había practicado un aborto en Estados Unidos. Sin embargo, debido a la importancia del caso, la Corte se pronunció declarando infundada la decisión de instancia que no le permitía a la mujer realizarse el aborto.

Daigle era una mujer de 21 años que convivió por unos meses con Tremblay. La pareja tenía planes de casarse pero un tiempo después de que convivieran. Cuando Daigle ya estaba embarazada la relación comenzó a deteriorarse. Tremblay comenzó a abusar físicamente de Daigle por lo que ella decidió separarse y no tener el hijo. Tremblay trató de evitar el aborto y logró conseguir una orden judicial que detuvo el aborto pero la decisión fue apelada y el caso fue conocido por la Corte Suprema de Justicia. Tremblay consideraba que Daigle no podía abortar pues el feto es considerado persona de acuerdo a las normas de Quebec y por lo tanto debía respetársele y proteger su derecho a la vida. Adicionalmente, consideraba que él como potencial padre tenía derecho de veto al aborto de su potencial descendencia. La Corte estableció que el feto no tenía el estatus de persona de acuerdo a las disposiciones del Código Civil de Québec. Así mismo, la Corte llegó a la conclusión de que en el derecho consuetudinario canadiense para que un feto goce de

---

[318] Corte Suprema de Justicia de Canadá. Morgentaler v. The Queen. 1988. Corresponde a la posición mayoritaria de la Corte: "The value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and it has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. Accordingly, the foetus should be viewed in differential and developmental terms. This view of the foetus supports a permissive approach to abortion in the early stages where the woman's autonomy would be absolute and a restrictive approach in the later stages where the states's interest in protecting the foetus would justify its prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" should be left to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive submissions on the subject from all the relevant disciplines. Section 251 of the Criminal Code cannot be saved under s. 1 of the Charter. It takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy and completely denies, as opposed to limits, her right under s. 7. Section 251 cannot meet the proportionality test; it is not sufficiently tailored to the objective; it does not impair the woman's right "as little as possible". Accordingly, even if s. 251 were to be amended to remedy the procedural defects in the legislative scheme, it would still not be constitutionally valid."

derechos éste debe nacer vivo y tener una existencia separada de la madre. La Corte también determinó que el argumento del señor Tremblay según el cual él como potencial padre tenía un derecho de vetar el aborto, era infundado puesto que la decisión de la mujer es libre e individual. La Corte en una decisión unánime concedió la apelación.

No existe disposición penal vigente que sancione el aborto en Canadá ya que la norma declarada inconstitucional no ha sido reemplazada por otra. Las decisiones de la Corte corresponden a una ponderación de los valores constitucionales protegidos por la Carta canadiense. De acuerdo al razonamiento de la Corte el balance entre la protección a la vida del feto y los derechos de la mujer depende sustancialmente de la etapa de desarrollo en que se encuentre el feto. En principio, la mujer decide autónomamente sobre el aborto de acuerdo con su conciencia individual y en condiciones de seguridad para su propia persona. El peso del interés estatal en proteger la vida en potencia aumenta en la medida en que el feto se encuentre más desarrollado y corresponde al legislador fijar el momento en que el interés en proteger la vida se vuelve preponderante. Además, el aborto no puede ser penalizado cuando exista una amenaza a la vida o la salud de la mujer.

8. Hungría

La Corte Constitucional húngara se ha pronunciado en dos oportunidades sobre el aborto. En ambas decisiones la Corte ha efectuado un control abstracto sobre las normas que regulaban el aborto. La primera decisión, de 1991, declaró inconstitucional la regulación de aborto mediante decreto. La Corte no entró a revisar el fondo de la norma, que establecía una despenalización del aborto de acuerdo al sistema de indicadores. La segunda decisión, de 1998, revisó una ley, cuyo contenido apuntaba en el mismo sentido que el decreto declarado inconstitucional. La Corte declaró la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertas circunstancias.

En 1991 la Corte Constitucional húngara se pronunció sobre el Decreto 76 de 1988 que regulaba el aborto, declarándolo inconstitucional por cuestiones de forma. La Corte determinó que el aborto no podía ser regulado mediante decreto sino mediante ley expedida por el Parlamento ya que la regulación de derechos fundamentales le compete a dicho órgano legislativo representativo del pueblo húngaro. La regulación debía hacerse por el Parlamento pues la regulación del aborto afecta directamente el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación y, además, puede incidir en su derecho a la vida y a la salud.[319] La Corte,

[319] La referencia a la primera decisión de aborto se encuentra en la decisión 48 de 1998 pues la primera no está traducida del húngaro. Corte Constitucional húngara. Decisión 48 de 1998. Traducción libre:

en dicha oportunidad no se pronunció de fondo sobre la regulación, pero sí estableció que cuando el Parlamento regula la materia define de manera subjetiva el estatus legal del feto lo que también comprende derechos fundamentales.

En la segunda decisión[320] la Corte Constitucional húngara revisó la Ley de Protección a la Vida Fetal. La Corte decidió, con una votación de nueve votos a favor y dos en contra, que era constitucional la expedición de una ley por el Parlamento que permitiera el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo debido a i) una amenaza a la salud de la mujer; ii) la probabilidad de serio defecto o daño del feto; y iii) que el embarazo es producto de un acto criminal. También consideró constitucional la despenalización del aborto hasta la dieciochoava semana de embarazo cuando i) la mujer es incapaz o ii) la mujer no pudo establecer que estaba embarazada antes debido a un error médico. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la disposición que permitía el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo cuando la mujer se encontrara en una situación de "crisis seria", por la indeterminación del motivo. Sin embargo, la Corte señaló que no era inconstitucional una excepción de ese tipo, siempre y cuando en la norma se establecieran disposiciones que crearan un balance adecuado que cumpliera con el objetivo de proteger la vida fetal. Así mismo, estableció que el concepto de "crisis seria" solo podía ser definido mediante ley del Parlamento y en armonía con los parámetros establecidos en la sentencia. La Corte también decidió desestimar los argumentos que pretendían que se anulara toda la ley por no definir el estatus legal del feto, al igual que la petición de definir si el feto tenía o no el estatus de persona.

Los demandantes consideraban que la sección 12 de la Ley[321] era inconstitucional por cuanto el motivo de "crisis sería" hacía posible

---

"Naturalmente, la regulación del aborto afecta directamente el derecho de la madre a la autodeterminación y puede afectar otros derechos como el derecho a la vida y la salud de la mujer. Sin embargo, en lo que se refiere al aborto, la regulación mediante acto del Parlamento se requiere pues en cada caso en el que el aborto es regulado se establece el estatus del feto en términos de derechos fundamentales. Por la misma razón, las regulaciones que afecten los derechos de la madre a la autodeterminación y a la salud deben ser expedidas mediante ley del Parlamento." El texto ordiginal traducido al inglés dice: "Naturally, regulating abortion directly affects the mother's right to self-determination and may affect her other rights as well, such as, for example, her right to life and health. However, with regard to abortion, regulation on the level of an Act of the Parliament is required because in each case where abortion is regulated, a statement on the status of the foetus in terms of fundamental rights must be made. For the same reason, regulations affecting the mother's right to self-determination and her right to health must in each case be provided for in an Act of the Parliament (ABH 1991, 300, 302)."

[320] Corte Constitucional húngara. Decisión 48 de 1998.

[321] El texto original de la sección 12 de la Ley para la Protección de la Vida Fetal es el siguiente: "SECTION 12 para. (6) A situation of serious crisis is one which causes physical or mental breakdown or a subsequent impossible situation in social terms, thus endangering the healthy development of the foetus. The pregnant woman verifies the existence of the situation of serious crisis by signing the application form.

recurrir al aborto de manera irrestricta. Igualmente, consideraban inconstitucional la sección 6 de la Ley[322] al extender a 18 semanas la posibilidad de terminar el embarazo cuando la mujer no hubiera podido establecer antes su condición por un error médico o por una causa médica por fuera de su responsabilidad. Así mismo, pidieron la inconstitucionalidad de toda la ley por la falta de definición del estatus legal del feto y por ir en contravía del artículo 10 del Código Civil que establece que cuando los derechos del no nacido estén en peligro se le adjudicará un representante[323].

La Corte determinó que la norma cumplía con los parámetros constitucionales establecidos en su anterior decisión sobre aborto en cuanto a la necesidad de que regulación de la materia se hiciera mediante ley expedida por el Parlamento, y recordó que "*la Corte Constitucional estableció que las disposiciones de la Constitución no contienen ninguna regla expresa que se refiera al estatus legal subjetivo del feto ni tampoco puede ser determinado por vía de interpretación. No se desprende de la Constitución que el feto deba ser reconocido como sujeto de derecho o que sea legalmente imposible darle el estatus de humano*."[324] Sin embargo, en la decisión se cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1980, de X contra el Reino Unido[325], en la que la Corte entiende que el derecho a la vida no comprende al feto y que la protección de la Convención abarca a los nacidos. Para la Corte, la norma que se revisaba, aún cuando no establecía una definición expresa del

---

SECTION 9 para. (3) of the Implementing Decree: The existence of the criteria specified in SECTION 12 para. (6) [of the Act on the Protection of the Foetus] is verified by the statement of the pregnant woman seeking abortion, and the staff member has no discretionary powers concerning the contents and the validity of her representation."

[322] El texto original de la sección 6 del Acto para la Protección de la Vida Fetal es el siguiente:
"SECTION 6 para. (1) Abortion may be procured until the 12th week of pregnancy if
a) it is justified by a cause seriously endangering the pregnant woman's health;
b) it is medically probable that the foetus suffers from a serious deficiency or any other damage;
c) the pregnancy is the result of a criminal act, and
d) the pregnant woman is in a situation of serious crisis.
(2) Abortion may be procured until the 18th week of pregnancy subject to the criteria specified in paragraph 1 if the pregnant woman
a) is of restricted disposing capacity or is incapacitated;
b) Did not realise her pregnancy earlier due to a medical error or a health-related cause beyond her scope of responsibility, or if exceeding the period of pregnancy specified in paragraph 1 was caused by the default of a healthcare institution or an authority."

[323] El Artículo 10 del Código Civil húngaro dice: "Un guardián debe ser adjudicado para los niños antes de que nazcan si es necesario para la protección de los derechos del niño y particularmente si existe un conflicto de intereses entre el niño y su agente legal." Texto traducido al ingles dice: "Section 10 of the CC: A guardian must be appointed for the child already before birth if it is necessary for the protection of the child's rights, and in particular if there is a conflict of interest between the child and his or her statutory agent."

[324] Corte Constitucional húngara. Decisión No. 48 de 1998. El texto en su traducción oficial al ingles dice: "The Constitutional Court established that the provisions of the Constitution do not contain any express rule regarding the legal subjectivity of the foetus, nor can it be determined by interpreting the Constitution. It does not follow from the Constitution that the foetus must be recognised as a subject of law or that it is legally impossible to accord it as a human (ABH 1991, 312)."

[325] Corte Europea de Derechos Humanos. Caso X v United Kingdom [No 8416/79, 19 DR 244 (1980). En el mismo sentido caso H v Norway [No 17004/90 73 DR 155 (1992)].

estatus legal del feto sí permitía entender que éste no tiene el carácter de persona y que por lo tanto la vida y la dignidad del feto no comprenden una protección absoluta. Lo anterior no significa que el feto no goce de protección constitucional sino que dicha protección no es absoluta. Concluye estableciendo que la norma no desconoce esa protección por lo que se encuentra acorde a la Constitución.

Así mismo, dijo que aun cuando el feto no goce del estatus de persona y por lo tanto no sea titular del derecho a la vida y dignidad, esto no es óbice para desconocer que el Estado tiene un deber de proteger la vida humana. La Corte estableció que en su competencia solo se encontraba establecer los parámetros de una norma que regule el aborto y que dichos parámetros comprenden una ponderación entre los derechos de la mujer y el interés del Estado en proteger la vida fetal. Así mismo, la Corte, podría constatar una omisión legislativa si la norma omite establecer una mínima protección a la madre o al feto. La norma debe encontrar un balance entre los derechos de la mujer a la autodeterminación, a vida y a la integridad física y el interés del Estado en proteger la vida, inclusive la vida fetal. Una prohibición absoluta del aborto sería inconstitucional, al igual que una permisión absoluta sin tener en cuenta ningún un motivo justificatorio para llevar a cabo un aborto.

La Corte consideró que la definición de “crisis seria” vulneraba el artículo 2 de la Constitución que se refiere a la seguridad jurídica y el artículo 54 que establece el derecho a la vida pues presentaba problemas de interpretación y no protegía adecuadamente la vida del feto. La Corte lo dijo de la siguiente manera:

> Mientras que es evidente en el caso de un indicador genético que el daño severo del feto pueda poner a la madre en una situación de crisis seria, teoricamente en todo caso, siguiendo la relación causal establecida en la Ley de Protección a la Vida Fetal es difícil establecer, de acuerdo a la definición de la sección 12, en que casos la crisis física o mental de la madre o su imposibilidad social pueden poner en peligro el desarrollo saludable del feto. En consecuencia, ante la ausencia de otras normas, se podría encontrar una dificultad de interpretación y prueba de la disposición que llevaría a una interpretación arbitraria e incierta de la norma. De otra parte, la definición no especifica el criterio para permitir en circunstancias excepcionales la restricción constitucional del deber de proteger la vida fetal con referencia al daño en la salud del feto. Así, de acuerdo a la sección 12 párrafo 6 de la norma, inclusive una amenaza

> menor al desarrollo saludable del feto puede justificar el aborto. En consecuencia, y contrariando la intención del legislador que buscaba limitar la definición de crisis seria al introducir el criterio de amenaza al desarrollo en buenas condiciones del feto, las deficiencias de la Ley en lo que se refiere a la definición de una "crisis seria", han resultado en inseguridad jurídica y en una inadecuada protección de la vida fetal.[326]

Por otra parte, la Corte estableció que exigir mediante ley que la mujer explique a qué se debe su situación de crisis no es un límite desproporcionado a su derecho a la intimidad y a la dignidad, derechos que deben ser ponderados con el interés del Estado en proteger la vida del feto. Así, determinar que el aborto solo es admisible en casos excepcionales cuando los derechos de la madre podrían sufrir un daño irreversible es una obligación del Estado que se desprende de su deber de proteger la vida. La vaguedad del concepto de "crisis seria" no cumplía con este deber. La Corte también estableció que los servicios de información sobre las opciones que tiene la madre y la consulta obligatoria con un trabajador social no eran inconstitucionales en sí mismos, pero en el diseño legislativo tampoco desarrollaban adecuadamente la protección de la vida del feto, en los términos establecidos en la sentencia.

En resumen, la Corte húngara ponderó los derechos de la mujer a la vida, la salud y la autonomía con el deber del Estado de proteger la vida fetal. Concluyó que la regulación del aborto nunca puede desproteger la vida fetal ni los derechos de la madre de una manera que puedan sufrir un daño irreversible. Entonces el aborto debe estar criminalizado, pero existen situaciones en las que se puede despenalizar la conducta: i) cuando la vida o la salud de la mujer se encuentre en peligro; ii) cuando sea probable según criterio médico que el feto sufra de serias deficiencias; iii) cuando el embarazo sea el resultado de un delito y iv)

---

[326] Corte Constitucional húngara. Decisión No. 48 de 1998. La traducción oficial del ingles dice: "While it is evident in case of a genetic indication why the foetus' serious damage can put the mother into a situation of serious crisis theoretically in every case, following the causal relationship set up by the Act on the Protection of the Foetus, it is hard to establish based on the definition found in Section 12 which cases of the mother's physical or mental breakdown or of her social impossibility result in endangering the healthy development of the foetus. Therefore, in the lack of further norms, one may face difficulties of interpretation and proof that lead to an arbitrary interpretation and uncertainty of the norm. On the other hand, this definition does not specify the criteria for allowing on an exceptional basis the constitutional restriction of the duty to protect foetal life with reference to the foetus' health damage. Indeed, according to Section 12 para. (6), even a slight endangerment of the foetus' healthy development may justify abortion. Consequently, contrary to the intentions of the legislature aimed at limiting and rendering more stringent the statutory definition of a situation of serious crisis by introducing the criteria of endangering the foetus' healthy development, the deficiencies in the Act concerning the statutory definition of a situation of serious crisis have resulted in legal uncertainty and an inadequate protection of foetal life."

cuando la mujer se encuentre en una situación de crisis seria, siempre que este concepto sea definido con precisión por el legislador de tal forma que la crisis signifique que la continuación del embarazo vulneraría de manera irreversible los derechos de la mujer.

9. Irlanda

La Corte Suprema de Justicia irlandesa se ha pronunciado en una oportunidad sobre el aborto. La decisión, proferida en 1992, se refiere al caso de una mujer que quería viajar al exterior para realizarse un aborto. La Corte en su decisión -Attorney General contra X- admite una excepción a la prohibición total del aborto vigente en Irlanda.

El aborto en Irlanda está absolutamente prohibido. En 1983 el artículo 40 de la Constitución[327] fue reformado para establecer que la vida del no nacido tenía el mismo valor que la vida de los nacidos. Sin embargo, en 1992, la Corte irlandesa en una decisión de cinco votos a favor y uno en contra, en el caso de Attorney General contra X, permitió que una niña de 14 años que había sido violada y tenía intenciones de suicidarse porque le habían prohibido viajar a Inglaterra a practicarse un aborto, se lo practicara en Irlanda.

Para la Corte, la protección establecida por el artículo 40 de la Constitución no es absoluta por lo que es lícito practicar un aborto en el territorio de Irlanda cuando exista un riesgo real y substancial para la vida de la madre. De acuerdo a dicho criterio si la niña podía ejercer su derecho en Irlanda por encontrarse frente a un riesgo real y sustancial contra su vida, también era posible que viajara a otro Estado para practicarse el aborto. La Corte estableció que el parámetro para saber cuándo era permisible un aborto, en armonía con el artículo 40 de la Constitución, residía en que "*esté establecido como una cuestión de probabilidad que existe un peligro real y sustancial para la vida de la mujer, lo que es diferente de la salud, el cual solo pueda ser evitado mediante la terminación del embarazo*."[328]

Después de la sentencia, se convocó un referendo que establecía la posibilidad de impartir información sobre abortos al igual que permitía

---

[327] Constitución irlandesa. Traducción libre. Artículo 40. "El Estado reconoce y garantiza el derecho a la vida del no nacido como de igual categoría al derecho a la vida de la madre y en la medida de lo posible las leyes deben defender y reconocer ese derecho." Texto original "Article 40 Personal Rights .(3.3) The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right."

[328] Corte Constitucional irlandesa. Attorney General v. X. 1992 Traducción libre, texto original: "It is established as a matter of probability that there is a real and substantial risk to the life, as distinct from the health, of the mother which can only be avoided by the termination of her pregnancy, such termination is permissible, having regard to the true interpretation of Article 40.3.3 of the Constitution."

viajar a otros estados para realizarse un aborto. El referendo también contemplaba la posibilidad de una excepción a la prohibición del aborto cuando la vida de la mujer se encontrara en peligro. Sin embargo el referendo excluía como justificación el peligro derivado del suicidio. El resultado del referendo permitió la inclusión en el artículo 40 de la Constitución de la disposición que establece que no se restringe la libertad de las mujeres para viajar a otro Estado a realizarse un aborto o para recibir información al respecto. Sin embargo, las disposiciones que permitían el aborto en caso de peligro para la vida de la mujer no fueron aceptadas. [329] Un referendo sobre otra enmienda al artículo 40 de la Constitución propuesto en el 2002 con el propósito de cerrar completamente la puerta al aborto, en contra de la sentencia de la Corte Suprema de Irlanda, sin embargo éste no fue aprobado por un marge muy pequeño (cerca de 10.000 votos).

10. Polonia

La Corte Constitucional polonesa se pronunció en 1996 sobre el aborto. La decisión revisó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la reforma de 1996 a la Ley de Planeación Familiar, Protección de Fetos Humanos y Condiciones bajo las cuales se puede Interrumpir el Embarazo[330]. La ley fue atacada por inconstitucional por no proteger la

[329] Constitución irlandesa. Artículo 40. "El Estado reconoce y garantiza el derecho a la vida del no nacido como de igual categoría al derecho a la vida de la madre y en la medida de lo posible las leyes deben defender y reconocer ese derecho. Esta subsección no limitará la libertad de viajar de un Estado a otro. Esta subsección no limitará la libertad para obtener o hacer posible obtener en el Estado, sujeto a las condiciones que pueden ser establecidas mediante ley, la información relacionada con servicios legales disponibles en otro Estado." Texto original "Article 40 Personal Rights .(3.3) The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right. This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another state. This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state."

[330] Ley de Planeación Familiar, Protección de Fetos Humanos y Condiciones bajo las cuales se puede Interrumpir el Embarazo. Traducción libre: "1. Articulo 4a 1: la interrupción del embarazo puede ser realizada por un médico cuando:

1. El embarazo pone en peligro la vida o salud de la mujer embarazada;
2. Exámenes pre-natales u otras condiciones médicas indican una alta probabilidad de una discapacidad severa e irreparable del feto o de una enfermedad incurable que amenace su vida;
3. Existan bases para sospechar que el embarazo es el resultado de un acto ilegal.
4. La mujer embarazada tiene condiciones difíciles de vida o una situación personal difícil.

2. Artículo 4a2: en los casos especificados en el párrafo 1.2., la terminación del embarazo es posible, hasta que el feto sea capaz de vivir independientemente por fuera del organismo de la mujer embarazada; en los casos especificados en los párrafos 1.1, 1.3. o 1.4. si no han pasado más de doce semanas desde el comienzo del embarazo.

3. Para la terminación del embarazo se requiere el consentimiento escrito de la mujer. En el caso de un menor o una mujer incapacitada se requiere el consentimiento de su representante legal. Si la menor es mayor de 13 años su consentimiento escrito también es requerido. Si la mujer es menor de 13 años se requiere el consentimiento de la Corte de Guardianes y la menor tiene el derecho de expresar su opinión. En el caso de que la mujer sea totalmente incapaz su consentimiento escrito también se requiere, a menos que su estado mental la haga incapaz de expresarlo. Si no se tiene el consentimiento de su representante legal se requiere el consentimiento de la Corte de Guardianes.

4. Artículo 4a. 7: el objetivo de la consejería mencionada en el párrafo 6, es particularmente determinar la situación de salud y vida de la mujer; ayudarla a resolver sus problemas al indicarle que existe ayuda

vida en todas sus etapas de desarrollo. Para establecer la constitucionalidad de las disposiciones la Corte, analizó en qué medida la vida y la salud del feto gozaban de protección constitucional.

La Corte estableció que el mayor valor en un Estado democrático era el ser humano y, por lo tanto, su vida. Así, el Estado debe proteger cada etapa del desarrollo de la vida como valor reconocido por la Constitución. Igualmente, estableció que de acuerdo a la Constitución existe un deber de protección a la madre y a la familia pero que dicho deber no solo se limita a proteger a la madre y sus intereses y derechos sino que también debe comprender la vida del feto. Complementariamente la Corte advirtió que el deber de protección a la vida en todas sus etapas de desarrollo, no significa que la intensidad de la

---

para la mujer en relación con su embarazo y el tiempo posterior al parto; informar a la mujer de la protección legal a la vida en la etapa pre natal, sobre aspectos médicos del embarazo y la terminación del embarazo, así como sobre métodos y medios anticonceptivos. Previa aceptación de la mujer su pareja, familia o cualquier otra persona cercana puede participar de la consejería.
5. Artículo 4a. 6: En el caso discutido en el párrafo 1.4, la mujer debe presentar una declaración escrita que además certifique que ha consultado un médico del sistema de cuidado de salud básica, diferente al que realizará la intervención, o que ha consultado a otra persona calificada de su escogencia. El embarazo puede ser terminado si tres días después de la consulta la mujer todavía mantiene su intención de abortar.
6. Los individuos cubiertos por el seguro social o que tengan derecho a cuidado de salud gratis bajo otras normas tienen el derecho a la terminación del embarazo sin costo alguno en una institución pública de cuidado de salud." El texto original traducido al inlgés dice: "1. Article 4a.1: Pregnancy termination can be performed only by a doctor, when:

1. the pregnancy imperils the life or health of the pregnant woman,
2. pre-natal examinations or other medical conditions indicate a high likelihood of a severe and irreparable handicap of the foetus or an incurable illness threatening its life,
3. there are grounds to suspect that the pregnancy is a result of an unlawful act,
4. the pregnant woman has difficult life conditions or a difficult personal situation.

2. Article 4a.2: In the cases specified under para. 1.2, pregnancy termination is permissible, until the foetus becomes capable of living by itself outside the organism of the pregnant woman; in cases specified under para 1.2, 1.3 or 1.4, if no more than 12 weeks have elapsed from the beginning of the pregnancy.
3. A written consent of the women is needed for pregnancy termination. In case of an infant or an incapacitated woman, a written consent of her legal representative is required. If the infant is over 13, also her written consent is required. If the infant is under 13, a consent of the guardianship court is required and the infant has the right to express her own opinion. In case of a totally incapacitated woman, her written consent is also required, unless her mental state renders her incapable of consenting. If the legal representative's consent is lacking, a consent of the guardianship court is required for abortion.
4. Article 4a.7: The aim of the consultation mentioned in para. 6 is, in particular, to determine the health and life situation of the woman; to be of help in solving her problems by pointing to, *inter alia*, aid that is available for women in relation to pregnancy and the time after delivery; to inform the woman of the legal protection vested in life in the pre-natal phase, about medical aspects of the pregnancy and pregnancy termination, as well as about contraceptive means and methods. With the woman's consent her partner, family members or another close person may participate in the consultation.
5. Article 4a.6: In the case discussed in para. 1.4, the woman submits a written statement and moreover certifies having consulted a doctor from basic health care, other than the one who is to perform the pregnancy termination, or another qualified person of her choice. The pregnancy may be terminated, if three days after the consultation the woman still maintains her intention to have abortion.
6. Individuals covered by social insurance or entitled to free health care on the basis of other provisions have the right to free pregnancy termination in a public health care institution."

protección sea la misma en todas las fases del embarazo y en todas las circunstancias. La Corte dijo:

> La afirmación en la que se establece que la vida de un ser humano en todas y cada una de las fases de su desarrollo es un valor constitucionalmente protegido no significa que la intensidad de esta protección debe ser la misma en cada etapa de la vida y bajo todas las circunstancias. Puesto que la intensidad y el tipo de protección jurídica no se deriva solamente del bien protegido de una manera. La intensidad y tipo de protección es influenciada no solo por el valor protegido sino también por un número de factores que el legislador ordinario debe tener en cuenta cuando decide sobre la clase y la intensidad de la protección jurídica. Sin embargo, esta protección siempre debe ser adecuada desde el punto de vista del valor protegido.[331]

De acuerdo a lo anterior, la Corte determinó que la protección no se limita a la vida sino también a la salud del feto en todas las etapas de su desarrollo lo que comprende una protección a la salud física, mental y prenatal, de lo cual se deriva una obligación para el legislador de proveer todas las medidas para que no se dañe la salud del concebido.

La Ley dice en su artículo 1 que, "*el derecho a la vida goza de protección, incluyendo la fase prenatal, dentro de los límites especificados en esta ley"* lo cual, según la Corte, introduce las siguientes diferencias frente a la ley anterior[332]: i) se eliminó la afirmación según la cual la vida es inherente al ser humano; ii) la especificación del periodo en el que se goza del derecho a la vida cambió de ser desde el momento de la concepción a una protección de la vida prenatal; iii) se eliminó del artículo 1 la protección a la salud del niño; iv)

---

[331] Corte Constitucional, Polonia. Sentencia del 38 de mayo de 1997. Traducción al inglés de la Federación Polaca para la Mujer y la planeación Familiar. "The statement, that the life of a human being in each and every phase of its development is a protected constitutional value does not mean that the intensity of this protection should be the same in every phase of life and under all circumstances. For the intensity and kind of legal protection does not follow from the value of the protected good in a straightforward way. The intensity and kind of legal protection is influenced not only by the value of the protected good, but also by a number of various factors which the ordinary legislator must take into account in deciding upon the choice and intensity of legal protection. This protection, however, should always be adequate from the point of view of the protected good."

[332] La norma anterior decía. "Todo ser humano tiene un derecho inherente a la vida desde el momento de la concepción" Texto traducido al ingles: "*Every human being has an inherent right to life from the moment of conception*". El artículo 2 del estatuto original decía "La vida y la salud de un niño, desde el momento de la concepción, se encuentra bajo protección legal." Texto traducido al ingles: "*The life and health of a child, from the moment of its conception, is under legal protection."*

no se establece claramente la protección legal de la vida y la salud del concebido.

La Corte concluyó que la ley ponía de manifiesto que el legislador ordinario ejerció el poder de especificar si y, en qué medida, la vida del no nacido goza de protección jurídica, lo que se encontró inconstitucional. En ese orden ideas se estableció que el legislador ordinario solo tiene el poder de definir unas potenciales excepciones, que impliquen la necesidad de limitar uno de los valores en juego, en razón a la necesidad de superar un conflicto de bienes jurídicos considerados como valores constitucionales, derechos o libertades fundamentales.

La Ley, además de establecer las tres excepciones comunes a la penalización del aborto (indicadores terapéutico, eugenésico y ético), introdujo una nueva disposición que permitía el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo, realizado por un médico, cuando existieran "condiciones de vida difícil" o "una situación personal difícil". La intervención debía estar precedida de una declaración escrita por parte de la mujer dando su consentimiento, y expresando las condiciones de dificultad que le justifican abortar, así como la certificación de haber consultado un médico. Además se exigía un periodo mínimo de espera de tres días después de la consulta. La Corte concluyó que ésta norma no establecía otra excepción en razón a una amenaza para la vida o la salud de la mujer, a malformaciones del feto o a que el embarazo fuera el resultado de un delito. La norma buscaba, según la Corte, otros propósitos: bien que la mujer embarazada mantuviera un cierto estatus material que podría verse disminuido, o perdido, si se continuaba con el embarazo, o bien que la mujer conservara el mismo tipo de relaciones con los demás que solía tener antes del embarazo, al igual que la realización de ciertas necesidades, derechos y libertades. Entonces, al efectuar una ponderación entre los valores, derechos y libertades en conflicto, concluyó que prevalecían los valores a favor de la vida del feto y no los derechos de la mujer. Igualmente, la Corte también consideró que la protección de la vida y la salud del feto prevalecían sobre el derecho a reproducirse de manera responsable.

En conclusión, la vida y salud del no nacido es protegida constitucionalmente en Polonia, lo que no significa que la intensidad y el tipo de protección, de acuerdo a la etapa de desarrollo del feto y de las circunstancias de la madre, no pueda variar para otorgarle a otros valores reconocidos por la Constitución la protección que merecen. Después de la sentencia de la Corte, en Polonia el aborto debe ser criminalizado, pero es lícito cuando: i) exista una amenaza para la vida o salud de la mujer; ii) existan malformaciones del feto o defectos físicos o mentales severos; y iii) el embarazo sea el producto de un delito. Sin embargo, la indicación

basada en la dificultad personal o social de continuar el embarazo fue declarada inconstitucional.

9. Decisiones de órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales del orden internacional o regional.

En el ámbito internacional se han proferido varias decisiones en lo relativo al aborto.

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado para decidir cuestiones atenientes al aborto en las que ha considerado relevantes los artículos 6[333] y 9[334], entre otros, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[335].

El 22 de noviembre de 2005 el Comité de Derechos Humanos, mediante comunicación No. 1153/2003 resolvió el caso de Noelia Llantoy contra Perú. La demandante argumentaba que Perú había violado los artículos 2,3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La

---

[333] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Artículo 6. "**1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital."

[334] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Artículo 9. "**1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación."

[335] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue firmado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969, ratificado el 29 de octubre de 1979, Ley Aprobatoria 74 de 1978.

demandante quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años. En junio de 2001, después de un examen médico, se enteró de que el feto sufría de anancefalia.

En concepto del médico ginecólogo que la examinaba, la continuación de su embarazo ponía en grave peligro su vida y le recomendó la terminación del embarazo. La demandante decidió terminarlo. Para ello se requería la autorización del director del hospital, quien, cuando fue solicitada la terminación del embarazo por la madre de la menor, se negó a permitirla, aún cuando las normas penales de Perú permiten la terminación del embarazo por razones terapéuticas cuando no exista otra manera de salvar la vida de la mujer o de evitar el daño en su salud. A pesar de los reportes de una trabajadora social del Estado y de un siquiatra, que recomendaron la terminación del embarazo en razón a las afecciones en la salud mental de la demandante, la interrupción del embarazo no fue permitida. El 13 de enero de 2002 la demandante dio a luz un bebe que solo vivió cuatro días y al que tuvo que alimentar durante el tiempo que vivió. La demandante sufrió una depresión después de la muerte de su bebe, además de ciertas complicaciones médicas de tipo físico.

El Comité encontró que Perú había violado los artículos 2[336], 7[337], 17[338] y 24[339] de la Convención ya que, aun cuando podía haber evitado el

---

[336] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2. "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

[337] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

[338] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17. "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."

[339] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

sufrimiento psicológico y el daño en la salud de la demandante, no lo hizo. La determinación de no respetar los deseos de la demandante de terminar el embarazo fue injustificada. Así mismo, la demandante no recibió la protección especial a la que tenía derecho como menor y tampoco tuvo un remedio legal adecuado. En la decisión se dijo:

> 6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anancefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores[340]. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.
>
> 6.4 La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la

---

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad."

[340] Observaciones General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

> salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

La decisión contiene un salvamento de voto[341], en la que se considera que Perú también debió haber sido advertido de su violación al artículo 6 de la Convención de acuerdo a los hechos. Lo anterior ya que la violación del derecho a la vida no solo es perpetrada con la muerte de alguien sino también cuando se pone en grave peligro la vida de una persona, como sucedió en el caso.

En el sistema interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha emitido ningún pronunciamiento sobre aborto ni se encuentra un caso pendiente al respecto.

En el sistema europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos se han pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto. En dichas oportunidades se ha hecho referencia a los artículos 2[342], 3[343], 5[344], 8[345], 9[346], 10[347], 12[348] y 14[349] de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En cuanto a los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales, en el año 2002, la Corte Europea de Derechos Humanos, siguiendo la jurisprudencia sentada por la Comisión en el caso de R.H. contra Noruega, rechazó, en el caso de Boso contra Italia, la queja del demandante que argumentaba que las normas italianas que permiten el aborto vulneran el artículo 2 de la Convención. La Corte no encontró ninguna violación a la Convención cuando una mujer solicita un aborto de acuerdo a las normas nacionales que regulan la interrupción voluntaria del embarazo, normas que se encontraron equilibradas después de haber sido ponderados los intereses de la mujer y los intereses del Estado en proteger al feto. En dicha oportunidad la Corte señaló que "*aun*

---

[341] De Hipólito Solari-Yrigoyen
[342] Derecho a la vida.
[343] Derecho a estar libre de tratos crueles e inhumanos.
[344] Derecho a la libertad y a la seguridad de la persona.
[345] Derecho a la vida privada y a familiar.
[346] Derecho a la libertad de conciencia.
[347] Derecho a la libertad de expresión y a recibir e impartir información.
[348] Derecho a casarse y conformar una familia.
[349] Prohibición de discriminación.

suponiendo que el feto fuera considerado como titular de los derechos protegidos por el artículo 2 de la Convención, la regulación italiana sobre la terminación voluntaria del embarazo logró un balance razonable entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del no nacido."[350]

En el año 2004 la Corte se volvió a pronunciar sobre el tema en el caso de V.O. contra Francia. Se alegaba que Francia había violado el derecho a la vida del feto que se desarrollaba en el cuerpo de la demandante cuando un médico, por negligencia, le había realizado a la demandante un aborto sin consulta previa y a pesar de que la mujer no quería interrumpir su embarazo, y, dicha conducta no era castigada en el estado como un homicidio preterintencional. La Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la solicitud de extender el derecho a la vida para cobijar al feto y resolvió que el estado francés no había violado el artículo 2 de la Convención. La Corte, lo estableció de la siguiente manera:

> Se desprende de la anterior recapitaluación de casos que en las circunstancias examinadas a la fecha por las instituciones de la Convención – esto es sobre la regulación del aborto- el no nacido no es considerado como una "persona" directamente protegida por el Artículo 2 de la Convención y que si el no nacido tuviera ese "derecho" a la "vida", se encuentra implícitamente limitado por los derechos e intereses de la madre. Sin embargo, las instituciones de la Convención no han descartado la posibilidad de que en ciertas circunstancias se extienda una protección al no nacido. Esto es lo que parece haber sido contemplado por la Comisión al considerar que el "artículo 8,1 no puede ser interpretado en el sentido de que el embarazo y su terminación son, como principio, un tema exclusivamente relacionado con la vida privada de la madre"[351] y por la Corte en la mencionada decisión de Boso. También se desprende del análisis de estos casos que la materia siempre ha sido resuelta al ponderar varios derechos o libertades, en algunas ocasiones en conflicto, reclamados por una mujer, una madre o un padre, en relación los unos con los otros o con el no nacido.
> (…)

---

[350] Corte Europea de Derechos Humanos. Boso contra Italia, 2002. El texto original dice: "Even supposing that the foetus might be considered to have rights protected by Article 2 of the Convention Italian law on the voluntary termination of pregnancy struck a fair balance between the woman's interests and the need to ensure protection of the unborn child."

[351] Ver *Brüggemann and Scheuten*, citado arriba , pp. 116-17, § 61. (caso de la Comisión Europea de Derechos Humanos).

> 85. teniendo en cuenta lo anterior, la Corte está convencida de que no es deseable, ni posible de acuerdo al estado de las cosas, resolver en abstracto si el no nacido es una persona de acuerdo al artículo 2 de la Convención. En lo que se refiere al caso, considera que es innecesario examinar si la abrupta terminación del embarazo de la demandante recae en el ámbito del artículo 2, viendo lo anterior, y aun asumiendo que la disposición es aplicable, no existió una violación, por parte del Estado en el cumplimiento de los requisitos relativos a la preservación de la vida en el esfera de la salud pública. En lo relativo a dicho tema, la Corte ha considerado si la protección legal otorgada por Francia, en cuanto a la pérdida del no nacida satisfizo los requisitos procedimentales inherentes al artículo 2 de la Convención. [352]

En cuanto a los pronunciamientos de los órganos cuasi- juridiccionales, en 1977 la Comisión Europea de Derechos Humanos revisó el caso de Brüggemann and Scheuten contra la Republica Federal de Alemania[353]. Los demandantes alegaban que las reformas a las normas que sancionaban el aborto que imponían sanciones criminales vulneraban el artículo 8 de la Convención, el derecho al respeto de la vida privada y de familia. En la revisión de la norma, la Corte Constitucional Alemana, sostuvo que la vida del feto tiene prioridad sobre el derecho de la mujer a la autodeterminación. La Corte alemana encontró que un aborto podía ser realizado después de la consejería cuando la vida o salud de la mujer estuviera en peligro.

---

[352] Corte Europea de Derechos Humanos. V.O. contra Francia. El texto original dice: "80. It follows from this recapitulation of the case-law that in the circumstances examined to date by the Convention institutions – that is, in the various laws on abortion – the unborn child is not regarded as a "person" directly protected by Article 2 of the Convention and that if the unborn do have a "right" to "life", it is implicitly limited by the mother's rights and interests. The Convention institutions have not, however, ruled out the possibility that in certain circumstances safeguards may be extended to the unborn child. That is what appears to have been contemplated by the Commission in considering that "Article 8 § 1 cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother" (see Brüggemann and Scheuten, cited above, pp. 116-17, § 61) and by the Court in the above-mentioned Boso decision. It is also clear from an examination of these cases that the issue has always been determined by weighing up various, and sometimes conflicting, rights or freedoms claimed by a woman, a mother or a father in relation to one another or *vis-à-vis* an unborn child.
(…)
85. Having regard to the foregoing, the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention ("personne" in the French text). As to the instant case, it considers it unnecessary to examine whether the abrupt end to the applicant's pregnancy falls within the scope of Article 2, seeing that, even assuming that that provision was applicable, there was no failure on the part of the respondent State to comply with the requirements relating to the preservation of life in the public-health sphere. With regard to that issue, the Court has considered whether the legal protection afforded the applicant by France in respect of the loss of the unborn child she was carrying satisfied the procedural requirements inherent in Article 2 of the Convention."

[353] Comisión Europea de Derechos Humanos. No. De aplicación: 6959/75 (1978) 10 D. & R. 100; 3 E.H.R.R. 244

La Comisión Europea de Derechos Humanos encontró que las reformas a la ley que criminalizaban el aborto en Alemania no interferían con el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Corte no se pronunció sobre si el derecho a la vida garantizado por el artículo 2 aplicaba al no nacido y se limitó a pronunciarse sobre el artículo 8. Sin embargo estableció que el "*artículo 8 no puede ser interpretado en el sentido de que el embarazo y su terminación son, en principio, una materia exclusiva de la vida privada de la madre*"[354]. Igualmente, la Comisión advirtió que la norma en cuestión tomaba en consideración cuestiones de intimidad cuando reconocía las indicaciones medicas, eugenésicas y éticas.

En 1980 la Comisión revisó, en Paton v. Reino Unido[355]**,** el caso en el que el esposo de una mujer embarazada trató de prevenir la terminación de su embarazo argumentando que el aborto violaría el derecho a la vida del feto en virtud del artículo 2 de la Convención. El demandante también argumentó la violación del artículo 25 de la Convención, como víctima del aborto de su hijo y del artículo 8 de la Convención, por violación al derecho a la familia. La Comisión estableció que el derecho a la vida del feto no tenía mayor valor que los intereses de la mujer ya que la palabra "todos" contenida en el artículo 2 de la Convención no al feto. La Comisión le dio prevalencia a los intereses de la mujer embarazada y estableció que si el artículo 2 también cobijaba los fetos el aborto tendría que ser prohibido inclusive en los casos en que el embarazo involucra un riesgo para la vida de la mujer. La Comisión también afirmó que el feto era inseparable de la mujer. La Comisión lo dijo en los siguientes términos:

> La vida del feto se encuentra íntimamente ligada con la de la mujer embarazada y no puede ser aislada de ella. Si el artículo 2 cobijara el feto y su protección fuese absoluta, sin ninguna limitación, un aborto tendría que ser considerado prohibido inclusive en circunstancias en que la continuación del embarazo involucrara una seria amenaza a la vida de la mujer embarazada. Lo anterior implicaría que la "vida no nacida" del

---

[354] Comisión Europea de Derechos Humanos. Brüggemann and Scheuten contra la Republica Federal de Alemania. Traducción libre. El texto original dice "Article 8 (1) cannot be interpreted as meaning that pregnancy and its termination are, as a principle, solely a matter of the private life of the mother."

[355] Comisión Europea de Derechos Humanos. No de aplicación: 8416/78

> feto tendría un mayor valor que la vida de la mujer embarazada[356].

En 1992 la Comisión se volvió a pronunciar sobre el tema en el caso de H. contra Noruega. El demandante argumentaba que las leyes noruegas que permitían el aborto eran contrarias al artículo 2 de la Convención. La Comisión nuevamente, rechazó el argumento de la protección absoluta del feto bajo el artículo 2 de la Convención. Así mismo, la Comisión estableció que las regulación sobre aborto noruega, que establece la posibilidad de llevar a cabo un aborto durante las primeras doce semanas de embarazo y entre la doceava y dieciochoava semana de embarazo de acuerdo al concepto de un comité, se encontraba dentro del margen de discrecionalidad propio de cada Estado.

En conclusión, la Corte Europea de Derechos Humanos ni la Comisión Europea de Derechos Humanos han establecido explícitamente que la Convención garantiza el derecho a abortar. Sin embargo, las dos instancias han apoyado las legislaciones nacionales que permiten la interrupción del embarazo en las primeras semanas del mismo, aun dentro de un sistema de libertad. Igualmente, nunca se ha reconocido que el feto sea titular del derecho a la vida por el contrario, se ha sostenido que solo los nacidos tienen este derecho.

10. Pronunciamientos relevantes de organismos no jurisdiccionales en el orden internacional y regional.

Diferentes órganos internacionales no jurisdiccionales se han referido al aborto; se presentarán ciertos pronunciamientos que se consideran relevantes para el tema.

10.1 Organismos no jurisdiccionales en el sistema universal.

El énfasis se hace en las observaciones del Comité, reconociendo que otros órganos del sistema se han pronunciado sobre aspectos de la situación colombiana[357].

---

[356] Comisión Europea de Derechos Humanos. Paton v. United Kingdom (1980). Traducción libre. El texto original dice: “The life of the foetus is intimately connected with, and it cannot be regarded in isolation of, the life of the pregnant women. If Article 2 were to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant women. This would mean that the “unborn life” of the foetus would be regarded as being of higher as being of higher value than the life of the pregnant woman.”

[357] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Comisión de Derechos Humanos. 62 periodo de sesiones.E/CN.4/2006/9. 20 de enero de 2006. El último informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Colombia hizo referencia al tema de la siguiente manera:

10.2 Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General Número 6 sobre el derecho a la vida, resaltó que el derecho a la vida no debía ser interpretado de una manera restrictiva, y recomienda que los Estados deben tomar medidas para elevar la expectativa de vida[358].

En la Observación General Número 28 sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres se señaló que existía una relación directa entre el derecho a la intimidad y la obligación de los médicos de reportar a mujeres que han llevado a cabo un aborto[359].

En sus observaciones de conclusión el Comité ha advertido que los abortos ilegales e inseguros son una violación al derecho a la vida, en virtud del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de establecer una conexión entre los abortos ilegales e inseguros y los altos grados de mortalidad materna[360]. *En otras ocasiones el Comité ha solicitado a los Estados que se informe sobre los efectos de leyes de aborto restrictivas en la mortalidad materna*[361].

En otras oportunidades ha criticado la legislación que penaliza o restringe severamente el aborto[362].

"Durante 2005 se han mantenido los avances en el área de educación y de la participación política de las mujeres en la rama ejecutiva a nivel nacional. La Alcaldía de Bogotá presentó un Plan de Igualdad de Oportunidades para la ciudad. Sin embargo, persisten la violencia e inequidades, principalmente en las áreas de ingresos y empleo, salud, y participación. Las metas y los compromisos internacionales del país en materia de equidad de género no se ven reflejados adecuadamente en las políticas públicas, en particular en el documento *2019 Visión Colombia* que contiene la propuesta de políticas proyectadas al año 2019 presentado por el gobierno nacional para discusión pública. La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar no es satisfactoria. Esto se debe, entre otras razones, a la dispersión de autoridades competentes, a la falta de coordinación institucional y de servicios, y a disposiciones normativas que no contribuyen a la prevención y sanción de este tipo de conductas. En materia de salud, persiste un alto número de muertes maternas relacionadas con complicaciones del aborto, que la legislación colombiana penaliza en todos los casos. La Corte Constitucional no accedió a decidir sobre el fondo de una demanda de inconstitucionalidad de la penalización en casos excepcionales. La Corte aludió a errores de fondo en la demanda pero dejó abierta la posibilidad de un examen ulterior ante una nueva solicitud. A este respecto, existen recomendaciones al Estado colombiano del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. La falta de estadísticas desagregadas por género debilita el impacto de la respuesta institucional y no contribuye a superar la impunidad."

[358] Comité de Derechos Humanos, Recomendación General No. 6: El derecho a la vida (sesión 16). Parra. 5

[359] Comité de Derechos Humanos, Recomendación General No. 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, (sesión 68, 2000). Pa. 20.

[360] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 2004. Para 13.

[361] Bolivia 01/04/97, UN Doc CCPR /C/79/Add.74, Pa. 22; Paraguay, 03/10/95, UN Doc. CCPR/C/79Add.74, Pa. 208.

[362] Argentina, 2000; Bolivia 1997; Chile 1999; Costa Rica 1999; Ecuador 1998; Guatemala 2001; Kuwait 2000; Lesotho 1999; Perú 2000; Perú 1996; Polonia 1999; Senegal 1997; Venezuela 2001.

El Comité ha recomendado en varias ocasiones que se revisen las normas que penalizan el aborto, refiriéndose a dicha legislación como una violación del derecho a la vida[363]*. Finalmente, ha reconocido el impacto discriminatorio y desproporcionado de las leyes de aborto en las mujeres pobres o rurales*[364]*.*

El Comité de Derechos Humanos, en 1997, recomendó a Colombia en su Observación de Conclusión que debía dar prioridad a la protección del derecho a la vida de la mujer al tomar medidas efectivas en contra de la violencia, al igual que asegurando el acceso a métodos anticonceptivos seguros[365]*. A su vez, en el año 2004 señaló que:*

> 13. El Comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo, puedan ser procesadas por haber recurrido a tales procedimientos (art. 6).
>
> El Estado Parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal[366].

10.3. Comité Contra Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El Comité se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto. En dichos pronunciamientos ha considerado pertinentes para el tema los artículos 12[367] y 16[368] de la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[369].

---

[363] Comité de Derechos Humanos: Argentina, 2000; Chile 1999; Costa Rica 1999; Ecuador 1998; Guatemala 2001; Kuwait 2000; Lesotho 1999; Perú 2000; Perú 1996; Polonia 1999; Trinidad y Tobago 2000; Tanzania 1998; Venezuela 2001.

[364] Comité de Derechos Humanos: Argentina 2000.

[365] Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 1997. Para. 300. Traducción libre, el texto original dice: "Priority should be given to protecting women's right to life by taking effective measures against violence and by ensuring access to safe contraception."

[366] Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 2004. Para 13.

[367] Convención Contra todas Formas de Discriminación Contra la Mujer. **Artículo 12. "**1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

El Comité se pronunció sobre el aborto en su Recomendación General No. 24 que interpreta el artículo 12 de la Convención, sobre el derecho a la salud de la mujer. En la Recomendación General, el Comité estableció que es un deber de los Estados parte "*asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, que entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados Partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. También deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12*."[370]

Igualmente, el Comité reconoció la importancia de dar buenas condiciones de salud a las mujeres durante su embarazo y parto, ya que su derecho a la vida puede estar comprometido. El Comité lo dijo en los siguientes términos:

> *27. En sus informes, los Estados Partes deben indicar en qué medida prestan los servicios gratuitos necesarios para garantizar que los embarazos, los partos y los puerperios tengan lugar en condiciones de seguridad. Muchas mujeres*

---

[368] Convención Contra todas Formas de Discriminación Contra la Mujer. Artículo 16. "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.
2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial."
[369] Convención Contra todas Formas de Discriminación Contra la Mujer firmada por el Estado colombiano el 17 de julio de 1980 y ratificada el 19 de enero de 1982, Ley aprobatoria 51 de 1981.
[370] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General No. 24: Mujer y Salud (sesión 20) &. 13.

> *corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles.* [371]

En la Recomendación también se hace explícito cómo el hecho de no proveer servicios de salud reproductiva a una mujer constituye un trato discriminatorio e inaceptable:

> *11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.* [372]

En las observaciones de conclusión que ha emitido el Comité de manera reiterada y sistemática se ha dicho que la muerte materna por un aborto inseguro es una violación del derecho a la vida de las mujeres[373]*.*

El Comité también ha criticado en numerosas ocasiones las leyes restrictivas de aborto pidiéndole a los Estados que revisen dichas normas para liberalizarlas.

En 1999, expresó a Colombia en su Observación Final que:

---

[371] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General No. 24: Mujer y Salud (sesión 20) &. 27.
[372] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General No. 24: Mujer y Salud (sesión 20) & 11.
[373] Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Colombia. 1999; Chile 1999; Irlanda 1999; México 1998; Panamá 1998.

3.9.3. El Comité nota con gran preocupación que el aborto, es la segunda causa de muerte maternal en Colombia, es penalizado como un acto ilegal. No existen excepciones a dicha prohibición, incluso cuando la madre de la vida está en peligro o para salvaguardar su salud mental o física, o en casos en que la madre ha sido violada. El Comité también está preocupado de que las mujeres que buscan tratamiento por abortos inducidos, que se practican abortos ilegales y los médicos que realizan dichas intervención están sujetos a la persecución penal. El Comité considera que las disposiciones sobre aborto constituyen una violación a los derechos de la mujer a la salud y a la vida contenidos en el artículo 12 de la Convención.

3.9.4. El Comité llama la atención al Gobierno para que considere tomar medidas inmediatas para proveer la derogación de dicha legislación. Adicionalmente, solicita al gobierno que remita las estadísticas sobre mortalidad materna por región.

3.9.5. El Comité está preocupado de que el método anticonceptivo más utilizado sea la esterilización. Considera que probablemente sería innecesario utilizar la esterilización si las parejas estuvieran mejor informadas e instruidas en el uso de métodos anticonceptivos al igual que tuvieran un acceso efectivo a dichos métodos.

3.9.6. El Comité recomienda que la información sobre el uso de anticonceptivos se difunda más ampliamente. Al igual que se haga el esfuerzo de asegurar que las mujeres, incluyendo a las mujeres en una posición más vulnerable, tengan acceso a anticonceptivos asequibles, al igual que tomar acción para promover el uso de anticonceptivos pro los hombres, particularmente la vasectomía.[374]

---

[374] Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. Colombia 1999. Parra 393-396. Traducción libre, el texto original dice: "393. The Committee notes with great concern that abortion, which is the second cause of maternal deaths in Colombia, is punishable as an illegal act. No exceptions are made to that prohibition, including where the mother's life is in danger or to safeguard her physical or mental health or in cases where the mother has been raped. The Committee is also concerned that women who seek treatment for induced abortions, women who seek an illegal abortion and the doctors who perform them are subject to prosecution. The Committee believes that legal provisions on abortion constitute a violation of the rights of women to health and life and of article 12 of the Convention.
394. The Committee calls upon the Government to consider taking immediate action to provide for derogations from this legislation. Furthermore, it asks the Government to provide regular statistics on maternal mortality by region.

10.4. Comité para los Derechos del Niño

El Comité no ha emitido ninguna recomendación general sobre aborto pero sí ha hecho alusión al tema en sus observaciones de conclusión por país. En dichas oportunidades ha hecho referencia a los artículos 2[375], 6[376], 13[377] y 24[378] de la Convención de los Derechos del Niño.[379] En

---

395. The Committee is concerned that sterilization is the most widely used family planning method. It believes that it might be unnecessary to make such widespread use of sterilization if couples were better informed and instructed in the use of family planning methods and had ready access to contraceptives.
396. The Committee recommends that information on the use of contraceptives be more widely disseminated, that the necessary effort be made to ensure that women, including women in the most vulnerable population segments, have access to affordable contraceptives, and that action be taken to promote the use of contraception by men, particularly vasectomy."

[375] Convención de los Derechos del Niño. Artículo 2. "1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

[376] Convención de los Derechos del Niño. 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."

[377] Convención de los Derechos del Niño. Artículo 13. "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

[378] Convención de los Derechos del Niño. Artículo 24. "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

varias ocasiones ha hecho la conexión entre la mortalidad materna y abortos ilegales e inseguros. Igualmente, el comité ha hecho alusión sobre su preocupación por los altos índices de aborto además de ser usado como un método de anticoncepción.

En 1994, el Comité le señaló a Colombia en su Observación Final que se debían desarrollar programas juveniles de consejería para aminorar la incidencia de embarazos adolescentes además del dramático número de madres solteras.[380] *En el año 2000, le señaló a Colombia, en su Observación Final que:*

> *48. Preocupan también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de éstas a los servicios de asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, es inquietante que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna (véase la preocupación expresada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en el párrafo 393 de A/54/38). También preocupan al Comité las crecientes tasas de abuso de sustancias y de VIH/SIDA entre los niños y los adolescentes y la constante discriminación a que éstos están expuestos*[381].

10.5. Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

El Comité, en su Observación General Número 14, sobre el derecho al disfrute de más alto nivel posible de salud, que interpreta el artículo 12[382]

---

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo."

[379] Convención de los Derechos del Niño ratificada por el Estado colombiano el 28 de enero de 1991, Ley Aprobatoria 12 de 1991.

[380] Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia. 1994. & 81. Traducción libre, el texto original dice: "Counselling services for youth should be developed as a preventive measure aimed at lowering the high incidence of teenage pregnancies and stemming the dramatic rise in the number of single mothers."

[381] Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia. 2000. & 48.

[382] Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. **Artículo 12. "**1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contre ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

del Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales[383], se pronunció tangencialmente sobre el tema, estableciendo lo siguiente:

> 14. La disposición relativa a "la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños" (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.[384]

Sin embargo, en su Observación Final para Colombia en el año 2001 señaló:

> *773. El Comité se encuentra profundamente preocupado por el bajo estado del los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, en particular sobre la incidencia del alto número de abortos ilegales. El Comité también se encuentra preocupado por el alto grado de mortalidad de los menores, especialmente en áreas rurales.*
>
> *775. El Comité se encuentra preocupado por la reducción de los subsidios estatales para salud, lo que hace su acceso aún más difícil, particularmente en áreas rurales, donde la cobertura ya es significativamente más limitada que en las áreas rurales. El Comité también nota que las mujeres y los grupos indígenas se encuentran afectados de manera adversa por la reducción de los subsidios.*
>
> *794. (...)El Comité recomienda que el Estado parte implemente vigorosamente su programa nacional sobre salud sexual y reproductiva*
>
> 796. El Comité urge al Estado parte para destinar un porcentaje más alto de su presupuesto al sector de salud

[383] Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969,Ley Aprobatoria 74 de 1978.
[384] Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (Sesión 22, 2000).

además de asegura que sus sistema de subsidios no discrimine a aquellos grupos marginados y en desventaja.[385]

10.6. Organismos no jurisdiccionales en el sistema interamericano: Comisión Interamericana de Derechos Humanos[386].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia de 1999, señaló lo siguiente:

> 50. El Código Penal vigente en Colombia, en su capítulo III, tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal - "circunstancias específicas").
>
> 51. Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año. La criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en

---

[385] Observaciones finales del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales: Colombia. 2002. Traducción libre, el texto original dice: "773. The Committee is deeply concerned about the current low status of women's sexual and reproductive health rights and in particular about the increased incidence of illegal abortions. The Committee is also concerned about the high infant and child mortality, especially in the rural areas.
775. The Committee is concerned about the reduction of State subsidies for health care which makes access to health care even more difficult, particularly in the rural areas where health care coverage is already significantly more limited than in urban areas. The Committee also notes that women and indigenous groups are adversely affected by this reduction in subsidies.
794. ...The Committee recommends that the State party implement vigorously its national sexual and reproductive health programme.
796. The Committee urges the State party to allocate a higher percentage of its GDP to the health sector and to ensure that its system of subsidies does not discriminate against the most disadvantaged and marginalized groups."

[386] La Comisión de Derechos Humanos como organismo cuasi-jurisdiccional no se ha pronunciado en ninguna oportunidad sobre el aborto. Sin embargo, la Comisión se encuentra pendiente de decisión el caso de Paulina Ramírez contra México. En el caso, Paulina Ramírez, una niña de 13 años fue violada y como resultado de la violación quedó embarazada. El aborto por violación es permitido en México y por lo tanto le fue otorgado una autorización de aborto en un hospital público. El hospital en donde buscó la ayuda no realizó la intervención a la menor y trató de disuadirla en varias ocasiones hasta que pasó un lapso de tiempo inadmisible para realizar la intervención. En la demanda se alega la violación del derecho a la integridad física y mental de la menor, el derecho a la salud, a la intimidad y a la dignidad, además de la violación a su libertad de conciencia.

Colombia. Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de abortos mal practicados.

11. Conclusiones

De las decisiones judiciales analizadas se puede concluir que en ninguno de los Estados la protección de la vida es absoluta. Si bien en algunas de las decisiones no se determina si el no nacido es titular del derecho a la vida, sí se establece que, independientemente de su estatus, los Estados pueden tener un interés legítimo en proteger la vida del no nacido - y en algunos países un deber de protegerla - y por lo tanto pueden regular las interrupciones del embarazo e, incluso, prohibirla y penalizarla. Sin embargo, los diferentes sistemas otorgan a la mujer un mayor o menor ámbito para el ejercicio de sus derechos y libertades respecto de la terminación voluntaria del embarazo. Todos los jueces constitucionales han valorado la importancia de respetar ese ámbito de la mujer.

La valoración de los derechos de la mujer se ha abordado desde perspectivas diferentes, ya sea desde la autonomía, la seguridad personal, la salud y la integridad, la libertad de conciencia o la intimidad. No obstante, sin importar el derecho que los interpretes de las constituciones han considerado en juego, la mayoría de las Cortes, -quizás con excepción de la alemana en su primer fallo en el cual estableció una jerarquía de valores, y del Consejo Constitucional francés que permitió la liberalización del aborto establecida por el legislador-, han realizado una ponderación entre, de un lado, los derechos de la mujer y la efectiva protección a su salud, tanto mental como física y, de otro lado, el interés del Estado en proteger la vida del no nacido. El resultado de esta ponderación es distinto en cada país, pero cabe resaltar varias similitudes. Primero, en ningún país el tribunal constitucional ha avalado una penalización total del aborto. Aún en Alemania donde se protege la vida del feto como derecho constitucional, se han admitido hipótesis de despenalización. Segundo, en ningún país el tribunal constitucional ha sostenido que la decisión de abortar carece de límites. Pero en cada país estos límites son diferentes y obedecen a criterios distintos[387].

A partir de una visión global de las decisiones analizadas y bajo el entendido de que en cada caso el respectivo juez constitucional realizó una ponderación diferente de los derechos e intereses constitucionales relevantes, se puede apreciar que los resultados no son tan disímiles, así los puntos de partida en la argumentación sí lo sean. En efecto, estos resultados oscilan entre un sistema de libertad sin sujeción a condiciones

[387] Lo anterior se puede apreciar en el cuadro 1 del anexo.

durante una primera etapa del embarazo pero luego sujeto a limitaciones, como el estadounidense o el francés, hasta los sistemas de indicadores que a pesar de criminalizar el aborto permiten excepciones en su penalización como en Polonia, pasando por sistemas mixtos que combinan de distinta manera los dos enfoques básicos. Ningún juez constitucional ha admitido la prohibición total del aborto ni la liberalización completa.

En los órdenes internacional y regional, las decisiones no han impedido el reconocimiento de los derechos de la mujer y han admitido que un estado establezca regímenes de libertad.

Se pasa ahora a resaltar un segundo aspecto del derecho comparado, atinente a la legislación.

II. EL CONDICIONAMIENTO DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL SOLO SE PRONUNCIA SOBRE LOS CASOS EXTREMOS DONDE LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER ES DESPROPORCIONADA. LA RELEVANCIA DEL DERECHO COMPARADO PARA LA ENUNCIACIÓN DEL CONDICIONAMIENTO.

El condicionamiento del artículo 122 del Código Penal solo se pronuncia sobre los casos extremos en los que los derechos de la mujer se ven gravemente afectados. Constituye una carga desproporcionada para la mujer la existencia normas que penalizan el aborto sin contemplar ninguna excepción. Sin embargo, corresponde al legislador determinar el sistema que le parezca apropiado aunque éste no puede desconocer en dicha regulación los límites derivados de los derechos de la mujer ni tampoco el deber estatal de proteger al no nacido.

En el derecho comparado se encuentran diferentes ejemplos sobre los sistemas que regulan la interrupción voluntaria del embarazo. El sistema de indicadores para la despenalización del aborto establece ciertos motivos que justifican la interrupción del embarazo. Dicho sistema es el más utilizado en el mundo. Sin embargo, la delimitación de estos indicadores, aún cuando generalmente responden a razones médicas, eugenésicas y éticas, es diferente en cada país. En ejercicio de la potestad de configuración del legislador, cada congreso o parlamento ha regulado la materia con variantes significativas. A continuación se compara la regulación legislativa de cada uno de los indicadores en Alemania, Argentina, Brasil, España, Francia, Hungría, Italia, India, Polonia, Portugal y Sudáfrica.

1. Aborto lícito ante un peligro para la vida o salud de la mujer.

En Alemania es posible realizar un aborto aún después de las doce semanas de concepción "*teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras de la mujer, para evitar un peligro para su vida o el peligro de un perjuicio grave para la salud corporal y espiritual de la mujer, siempre y cuando esos peligros no puedan evitarse de otra manera que sea exigible a la mujer.*"[388] Adicionalmente, debe mediar el consentimiento de la mujer, se debe haber surtido una consejería y se debe cumplir con un tiempo mínimo de reflexión de tres días[389].

En Argentina es posible realizar un aborto sin limitación temporal cuando este sea practicado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer embarazada si "*se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*".[390]

En Bélgica la indicación del aborto por razones médicas se hace manifiesta después de la doceava semana de embarazo[391], no tiene una

---

[388] Código Penal Alemán. **Artículo 218 A. Ausencia de condena por aborto.**

[389] Código Penal Alemán. Artículo 218 A. Ausencia de condena por aborto
(1) Los hechos del artículo 218 no se materializan cuando:
1. La embarazada solicita el aborto y le prueba al médico, mediante un certificado expedido de conformidad con el art. 219 numeral. 2, Frase 2 que ella ha recibido asesoría mínimo 3 días antes de la operación.
2. El aborto es practicado por un médico.
3. No han pasado más de 12 semanas desde la concepción.
(2). No es ilegal el aborto practicado por el médico con el consentimiento de la embarazada, cuando la interrupción del embarazo ha sido aconsejado por el médico, en razón de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer, para evitar un peligro para su vida o el peligro de un perjuicio grave para la salud corporal y espiritual de la mujer, siempre y cuando esos peligros no puedan evitarse de otra manera que sea exigible a la mujer.
(3) Los supuestos del párrafo 2 se consideran cumplidos en el caso de un aborto realizado por un médico con consentimiento de la mujer, cuando el médico determina que la mujer ha sido víctima de alguno de los delitos tipificados en los artículos 176 hasta el 179 (violación y abuso sexual) del Código Penal o existan razones poderosas que fundamenten la convicción de que el embarazo se ocasionó en el hecho delictivo y no han pasado más de doce semanas desde la concepción.
(4) La mujer no será sancionada de acuerdo con el art. 218, si el aborto es practicado por un médico, luego de la asesoría respectiva, y no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. El juez puede prescindir de la pena cuando la mujer embarazada realizó el aborto en un estado de angustia.

[390] Código Penal Argentino. **Artículo 86.** Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.
El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:
1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2°) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

[391] En Bélgica es posible realizarse un aborto durante las primeras doce semanas de embarazo cuando la mujer se encuentre en una situación de angustia debido a su estado. Lo anterior, para ser posible, debe surtir unos trámites de consejería y un de tiempo de espera. Los artículos que describen el trámite

limitación temporal y solo puede realizarse cuando "*la continuación del embarazo ponga en grave peligro la salud de la mujer*" [392]. La indicación no incluye explícitamente el aborto ante un peligro para la vida de la mujer, pero se entiende incluido.

En Brasil existe la justificación del aborto por motivos atenientes a la vida de la mujer, sin limitación temporal, cuando el aborto es practicado por un médico y no existe otro medio para salvar la vida de la mujer embarazada.[393]

---

que se requiere son los siguientes: Código Penal Belga. Código Penal Belga. Título VII. De los crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública.
Capítulo I. Del Aborto.
350. Aquel que mediante alimentos, brebajes, medicamentos o por cualquier otro medio haga abortar a una mujer que haya consentido será condenado a una pena privativa de la libertad de tres meses a un año y a una multa de cien francos a quinientos francos.
De todas maneras, no habrá infracción cuando la mujer embarazada se encuentre en una situación de angustia y haya solicitado a un médico que interrumpa el embarazo de acuerdo a las siguientes condiciones:
1. a) La interrupción debe darse dentro de las primeras doce semanas de embarazo;
b) debe ser practicada bajo buenas condiciones médicas, por un médico, en un establecimiento donde exista un servicio de información que recibirá a la mujer embarazada y que le dará toda la información pertinente sobre las circunstancias, derechos, ayudas y ventajas garantizadas por la ley y el decreto de familia, a las madres solteras o no, a sus hijos, así como sobre las posibilidad ofrecidas para la adopción del niño que nacerá y que acordará una asistencia y consejería sobre los medios con los que podrá tener los recursos para resolver los problemas sicológicos y sociales derivados de su situación.
2. El médico que haya sido solicitado por una mujer para la interrupción de su embarazo deberá:
a) informarle de los riesgos médicos actuales o futuros que puede devenir de la interrupción del embarazo;
b) recordarle las diversas posibilidades de ayuda al menor a nacer y hacer el llamado sobre el caso al personal de servicios referido en 1 (b) del presente artículo para acordar la asistencia y dar la consejería ahí contemplada; c) asegurarse de la determinación de la mujer de terminar su embarazo.
La apreciación de la determinación y del estado de angustia de la mujer embarazada que hacen al médico aceptar la terminación del embarazo, es soberana mientras que las condiciones previstas en este artículo sean respetadas.
3. El médico no podrá practicar la interrupción del embarazo en un tiempo menor de seis días después de la primera consulta y después de que la mujer haya declarado por escrito el día de la intervención y su determinación de proceder a realizarla.
Esta declaración será adjuntada a la historia médica. (…)

[392] Código Penal Belga. Código Penal Belga. Título VII. De los crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública.
Capítulo I. Del Aborto
350. (…) 4. Después de la doceava semana de embarazo, bajo las condiciones previstas en los numerales 1, b), 2 y 3, la interrupción voluntaria del embarazo no podrá ser practicada a menos que la continuación del embarazo ponga en grave peligro la salud de la mujer o que sea seguro que el niño a nacer sufrirá una afección de una gravedad particular y reconocida como incurable al momento del diagnóstico. En dicho caso, el médico solicitado se asegurará del diagnóstico con un segundo médico lo que será adjuntado a la historia clínica.
5. El médico o cualquier otra persona calificada del establecimiento donde la intervención haya sido practicada debe asegurar la información a la mujer en materia de métodos anticonceptivos.
6. Ningún médico, enfermera, enfermero, auxiliar médico será obligado a participar de una interrupción voluntaria de un embarazo.
El médico solicitado debe, desde la primera visita de la interesada, informar de su rechazo de la intervención."

[393] Código Penal brasilero de 1940. Artículo 128. No es punible el aborto practicado por un médico:
Aborto necesario
i. Si no existe otro medio para salvar la vida de la gestante;
Aborto en caso de embarazo resultante de estupro.
ii. Si el embarazo es el resultado de un estupro y el aborto es precedido del consentimiento de la gestante o cuando la gestante sea incapaz de su representante legal.

La regulación del aborto en España contempla la justificación del aborto por peligro a la vida o salud de la mujer. Así, el aborto no es punible cuando se realiza por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, sin limitación temporal cuando "*sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto*." En caso de urgencia por riesgo vital para la embarazada, puede prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.[394]

La justificación del aborto en Francia ante un peligro para la vida o salud de la mujer se manifiesta después de la doceava semana de embarazo[395] sin limitación temporal *"si dos miembros de un equipo pluridisciplinario certifican que, después de que el equipo haya realizado su consulta, la*

---

[394] Código Penal Español. Artículo 417 bis.

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.
En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.

4. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

[395] Antes de la doceava semana de embarazo es posible el aborto cuando la mujer se encuentre en un estado de angustia debido a su estado y debe surtir ciertos trámites para que sea considerado lícito. El aborto se rige por Código de Salud Pública, Ley 2001-588 del 7 de julio de 2001 y por el Código Penal francés. Debe ser practicado por un médico en un hospital aprobado cuando una mujer se encuentre en una situación de apuro o angustia en razón a su embarazo. El médico debe informar a la mujer sobre los riesgos que implican la interrupción del embarazo y los posibles efectos secundarios, además de informarla sobre la guía sobre los derechos y la asistencia que la ley otorga para la interrupción voluntaria del embarazo y las opciones de adopción. Igualmente, la mujer debe hablar con una trabajadora social y si después de los anteriores procedimientos aún decide terminar el embarazo, debe solicitar el aborto por escrito en un lapso de tiempo no menor a una semana después de la primera solicitud. Sin embargo, si el periodo de tiempo de espera llegara a sobrepasar la doceava semana, se acepta que el periodo de espera sea disminuido a un lapso no menor a dos días. Los certificados de consentimiento escrito, al igual que las justificaciones de cumplimiento de las disposiciones de regulación, deben ser guardados por los médicos por un tiempo mínimo de un año después de practicado el aborto. Si la mujer es menor de edad, el consentimiento debe ser dado por uno de los padres, por quien ejerza la patria potestad o por su representante legal, pero la norma aclara que el consentimiento de la menor debe ser dado sin la presencia de los padres o representante legal.

continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer". Igualmente, se dispone que cuando la continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer "*el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la solicitud de la mujer debe contar con al menos tres personas que comprendan un médico calificado en ginecología obstétrica, un médico escogido por la mujer y una persona calificada y sujeta al secreto profesional que puede ser un asistente social o un psicólogo. Los dos médicos deben ejercer su actividad en un establecimiento público de salud o en un establecimiento privado que satisfaga las condiciones del artículo L. 2322-1*." Bajo las anteriores circunstancias se prevé la posibilidad de que antes de la reunión del equipo pluridisciplinario la mujer interesada o la pareja puede, si así lo quiere, sea escuchada por todos o por parte de los miembros del equipo.[396]

---

[396] Ley 2001-588 del 5 de julio de 2001. Artículo L2213-1. La interrupción voluntaria del embarazo puede ser practicada en todo momento si dos miembros de un equipo pluridisciplinario certifican que, después de que el equipo haya realizado su consulta, la continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o que existe una gran posibilidad de que el menor a nacer sufrirá de una afección particularmente grave reconocida como incurable al momento del diagnostico.
Cuando la interrupción del embarazo se deba a que la continuación de este pone en grave peligro la salud de la mujer, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la solicitud de la mujer debe contar con al menos tres personas que sean un médico calificado en ginecología obstétrica, un médico escogido por la mujer y una persona calificada y sujeta al secreto profesional que puede ser un asistente social o un psicólogo. Los dos médicos deben ejercer su actividad en un establecimiento público de salud o en un establecimiento privado que satisfaga las condiciones del artículo L. 2322-1.
Cuando la interrupción del embarazo se deba a que a que existe un fuerte probabilidad de que el menor a nacer sufra de una afección particularmente grave reconocida como incurable al momento del diagnostico, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la solicitud de la mujer debe ser de un centro pluridisciplinario de diagnostico prenatal. Cuando el equipo del centro se reúna, un médico escogido por la mujer puede ser parte de la evaluación.
En los dos casos, con anterioridad a la reunión del equipo multidisciplinario competente, la mujer interesada o la pareja puede, si así lo quiere, ser escuchada por todos o parte de los miembros del equipo.
Artículo L2213-2. Las disposiciones de los artículos L. 2212-2 y L. 2212-8 al L. 2212-10 son aplicables a la interrupción voluntaria del embarazo practicado por un motivo médico.
Artículo L2213-3. Las condiciones de aplicación del presente capítulo son determinadas mediante decreto del Consejo de Estado.
Texto original: "Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 10 art. 11 Journal Officiel du 7 juillet 2001
Chapitre 3: Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical
Article L2213-1. L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.
Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins trois personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie obstétrique, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Les deux médecins précités doivent exercer leur activité dans un établissement public de santé ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux conditions de l'article L. 2322-1.
Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation.

Portugal establece una limitación temporal de doce semanas de embarazo para el aborto cuando "*sea indicado para evitar un peligro de muerte o una lesión grave para el cuerpo o para la salud física u psíquica de la mujer embarazada*"[397]. Sin embargo, no existe limitación temporal cuando "*sea el único medio para evitar un peligro de muerte o una lesión seria e irreversible para el cuerpo o para la salud física o psíquica de la mujer embarazada*."[398] Adicionalmente, la interrupción del embarazo debe ser realizada por un médico en una institución médica autorizada, con el consentimiento escrito de la mujer, que debe ser suscrito mínimo tres días antes de la intervención, y las circunstancias que motivan el aborto deben ser certificadas por un médico.

En Hungría es posible realizar un aborto hasta la doceava semana de embarazo si "*se justifica debido a una causa que ponga en peligro seriamente la salud de la mujer*". La anterior justificación para el aborto se amplía hasta la dieciochoava semana de embarazo si la mujer embarazada es incapaz o se encuentra incapacitada o "*si no se dio cuenta de que estaba embarazada antes debido a un error médico o debido a una causa médica por fuera de su responsabilidad, o si se excede el*

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.
Article L2213-2. Les dispositions des articles L. 2212-2 et L. 2212-8 à L. 2212-10 sont applicables à l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif médical.
Article L2213-3. Les conditions d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

[397] Código Penal Portugal. **Artículo 142 Interrupción del embarazo no punible**.
1. No será punible la interrupción del embarazo realizada por un médico, o bajo su dirección, en un establecimiento de salud oficial u oficialmente reconocido, con el consentimiento de la mujer embarazada cuando, según el estado del conocimiento de la medicina:
a) sea el único medio para evitar un peligro de muerte o una lesión seria e irreversible para el cuerpo o para la salud física o psíquica de la mujer embarazada.
b) sea indicado para evitar un peligro de muerte o una lesión grave para el cuerpo o para la salud física u psíquica de la mujer embarazada, siempre que se realice dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
c) existan serios motivos para creer que el niño sufrirá de una enfermedad grave o incurable o de una malformación, siempre que se realice dentro de las primeras 16 semanas de embarazo.
d) existan serios indicios de que el embarazo es el resultado de un crimen contra la libertad y la autodeterminación sexual, siempre que se realice dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
2. La verificación de las circunstancias para un aborto lícito debe ser certificada por un médico diferente del que practica o dirige la interrupción del embarazo y debe ser por escrito.
3. El consentimiento debe:
a) siempre que sea posible, ser dado por escrito por la mujer embarazada y debe realizarse mínimo tres días antes de la interrupción del embarazo; o
b) en caso de que la mujer embarazada sea menor de 16 años o incapaz, respectiva y sucesivamente, conforme a cada caso, ser dado por el representante legal o en su defecto, por cualquier pariente en línea colateral.
4. En caso de no ser posible obtener el consentimiento en los términos del inciso anterior y la interrupción sea urgente, el médico debe tomar la decisión de acuerdo a la situación y a su criterio, asesorándose, siempre que sea posible de otro u otros médicos.

[398] Código Penal Portugal. **Artículo 142 Interrupción del embarazo no punible.**

término temporal establecido en el inciso 1 por un error de la institución médica o a una autoridad."[399]

En Italia el sistema de indicadores contempla la excepción a la penalización del aborto debido a un peligro para la vida o salud de la mujer y opera sin limitación temporal. La justificación contempla el aborto lícito cuando "*el parto o la maternidad podrían poner en peligro seriamente su salud mental o física, de acuerdo a su estado de salud*"[400]. Adicionalmente, la mujer que desee practicarse un aborto debe solicitarlo a una agencia de salud autorizada o a un médico de su escogencia. La agencia debe examinar las posibles soluciones con la mujer y debe darle todo el apoyo para ayudarla a resolver sus inquietudes. Si la solicitud se dirige a un médico, éste debe darle toda la información pertinente sobre sus derechos y sobre las facilidades de la seguridad social. Si la mujer continúa con su decisión de terminar el embarazo, el médico debe expedir un certificado firmado por él y por la mujer que contenga la solicitud de terminación del embarazo. La mujer debe cumplir con un periodo de reflexión de siete días después de los cuales, con el certificado, puede acercarse a una agencia médica autorizada para que le

---

[399] Ley para la Protección de la Vida Fetal, 1996. Hungría. Traducción libre:
Sección 6. (1) un aborto puede ser realizado hasta la 12 semana de embarazo si:
a) se justifica debido a una causa que ponga en peligro seriamente la salud de la mujer;
b) es médicamente probable que el feto sufra de una deficiencia seria o de cualquier otro daño;
c) el embarazo es el resultado de un acto criminal;
d) la mujer embarazada se encuentra en una situación de crisis seria.
(2) Un aborto puede ser realizado hasta la semana 18 de embarazo sujeto a los criterios establecidos en el inciso 1 si la mujer embarazada:
a) es incapaz o se encuentra incapacitada
b) no se dio cuenta de que estaba embarazada antes debido a un error médico o debido a una causa médica por fuera de su responsabilidad, o si se excede el término temporal establecido en el inciso 1 por un error de la institución médica o a una autoridad.
Sección 12. inciso (6). Una situación de crisis seria se define como aquella que cause un "shock" físico o mental o una situación imposible en términos sociales y en consecuencia poniendo en peligro el desarrollo saludable del feto. La mujer embarazada verifica la existencia de una situación de crisis seria con la firma de la solicitud.
El texto original de la sección 12 de la Ley para la Protección de la Vida Fetal es el siguiente:
SECTION 6 para. (1) Abortion may be procured until the 12th week of pregnancy if
a) it is justified by a cause seriously endangering the pregnant woman's health;
b) it is medically probable that the foetus suffers from a serious deficiency or any other damage;
c) the pregnancy is the result of a criminal act, and
d) the pregnant woman is in a situation of serious crisis.
(2) Abortion may be procured until the 18th week of pregnancy subject to the criteria specified in paragraph 1 if the pregnant woman
a) is of restricted disposing capacity or is incapacitated;
b) did not realise her pregnancy earlier due to a medical error or a health-related cause beyond her scope of responsibility, or if exceeding the period of pregnancy specified in paragraph 1 was caused by the default of a healthcare institution or an authority."
SECTION 12 para. (6) A situation of serious crisis is one which causes physical or mental breakdown or a subsequent impossible situation in social terms, thus endangering the healthy development of the foetus. The pregnant woman verifies the existence of the situation of serious crisis by signing the application form.

[400] Ley 194 del 22 de mayo de 1978 sobre la protección social de la maternidad y la terminación voluntaria del embarazo (Gaceta oficial de la Republica Italiana, Parte I, mayo 2 de 1978, No. 140, p. 3642-3646)

sea practicada la intervención. El periodo de reflexión puede ser obviado en casos de urgencia. Si la mujer es menor de 18 años, se debe tener el consentimiento de los padres, a menos que existan serias razones que hagan la autorización imposible. En dicho caso y si los padres se rehúsan a dar su consentimiento se puede solicitar al magistrado encargado de los asuntos de patria potestad.[401]

---

[401] Ley 194 del 22 de mayo de 1978 sobre la protección social de la maternidad y la terminación voluntaria del embarazo (Gaceta oficial de la Republica Italiana, Parte I, mayo 2 de 1978, No. 140, p. 3642-3646)

1. El Estado garantiza el derecho a una responsable planeación familiar, reconoce el valor social de la maternidad y deberá proteger la vida humana desde su principio.

La terminación voluntaria del embarazo es regulada por esta ley y no deberá ser un método de anticoncepción.

El Estado, las regiones y las autoridades locales, actuando de acuerdo a sus competencias, deberán promover y desarrollar servicios médicos y sociales y deberán tomar otras medidas necesarias para prevenir que el aborto sea utilizado como un método de anticoncepción.

2. Los centros de consejería familiar establecidos mediante la Ley 405 del 29 de julio de 1975 deberán asistir a la mujer embarazada, de acuerdo a las disposiciones de esa Ley:

a) informándola de sus derechos bajo la legislación estatal y regional además de los servicios sociales, de salud, y de asistencia que se encuentran disponibles en su área.

b) informándola de formas apropiadas para aprovechar las disposiciones laborales diseñadas para proteger a la mujer embarazada;

c) tomando medidas especiales o sugiriendo las medidas a la autoridad local competente o a las agencias de asistencia social del área, cuando el embarazo o la maternidad creen problemas que no puedan ser resueltos satisfactoriamente mediante las medidas normales bajo el inciso a);

d) ayudándola a sobrellevar los factores que puedan llevar a la mujer a interrumpir su embarazo.

De acuerdo a los objetivos de esta ley, los centros de consejería pueden usar la asistencia voluntaria, de acuerdo a la regulación o acuerdos pertinentes, de las organizaciones de asistencia social y las asociaciones voluntarias, que también pueden ayudar a las madres que se encuentran en dificultades después de que su hijo ha nacido.

Pueden ser distribuidas a menores por agencias de salud y centros de consejería sin una prescripción médica las medidas necesarias para lograr libremente el objetivo de una paternidad/maternidad responsable.

(...)

4. Para practicarse una terminación del embarazo durante los primeros 90 días de embarazo, las mujeres deben estar en una situación en que la continuación del embarazo, el parto o la maternidad podrían poner en peligro seriamente su salud mental o física, de acuerdo a su estado de salud, sus circunstancias económicas, sociales o familiares, las circunstancias en que ocurrió la concepción, o la probabilidad de que el niño nazca con malformaciones o anormalidades, y deberán aplicar a un centro de consejería de los establecidos bajo el inciso a) de la sección 2 de la Ley 405 del 29 de Julio o a una agencia de servicios medico sociales autorizada en la región, o a un médico de su escogencia.

5. En todos los casos, además de garantizar los exámenes médicos necesarios, los centros de consejería y las agencias medico sociales deberán, especialmente cuando la solicitud sea motivada por el impacto económico, social o las circunstancias familiares en la salud de la mujer, examinar las posibles soluciones a los problemas consultando con la mujer, y cuando ella así lo quiera con el padre del concebido, respetando la dignidad y los sentimientos de la mujer y de la persona llamada padre del concebido, para ayudarla a sobrepasar los factores que la llevarían a terminar su embarazo, para ayudarla a aprovechar sus derechos como mujer trabajadora y madre, y para promover todas las

En Polonia la indicación de aborto lícito en razón a un peligro para la vida o la salud de la mujer opera hasta que se considere que el feto es viable[402], es decir hasta el momento en el que el embrión pueda tener una

---

medidas adecuadas diseñadas para apoyar a la mujer, proveyéndole toda la asistencia durante el embarazo y después del parto.

En los casos en que la mujer solicita la interrupción a un médico de su escogencia, éste deberá: realizar todos los exámenes necesarios, respetando la dignidad de la mujer y su libertad; asesorarla, consultando a la mujer, y cuando ella así lo quiera con el padre del concebido, respetando su dignidad y sentimientos, tomar en cuenta si así se quiere los exámenes médicos realizados, las circunstancias que llevan a la mujer a solicitar la interrupción del embarazo; informarla de sus derechos y de las facilidades de asistencia social disponibles, así como de los centros de consejería y las agencias medico sociales disponibles. Cuando el médico, en los centros de consejería o la agencia medico social, o el médico escogido por la mujer, encuentre que de acuerdo a las circunstancias la terminación del embarazo se requiere urgentemente, deberá inmediatamente expedir un certificado que declara dicha urgencia. Una vez le sea entregado el certificado a la mujer, ésta podrá reportarlo a uno de los establecimientos autorizados para realizar la terminación del embarazo.

Si la terminación del embarazo no es urgente, el médico en los centros de consejería o la agencia medico social, o el médico escogido por la mujer, deberá al final de la consejería, si la mujer solicita la terminación del embarazo de acuerdo a las circunstancias referidas en el sección 4, expedir una copia del documento firmado por el médico y por la mujer declarado que la mujer está embarazada y que la solicitud ha sido solicitada, también deberá solicitar a la mujer un periodo de reflexión de siete días. Después de que hayan pasado los siete días, la mujer podrá reportar el documento expedido, de acuerdo a los términos de este párrafo, a uno de los establecimientos autorizados para que le sea realizada la interrupción del embarazo.

6. La terminación voluntaria del embarazo podrá realizarse después los primeros 90 días de embarazo cuando:

a) el embarazo o el parto acarreen una seria amenaza a la vida de la mujer;

b) el proceso patológico constituye una seria amenaza a la salud física o mental de la mujer, como aquella asociado con anormalidades serias o malformaciones del feto que han sido diagnosticadas.

7. El proceso patológico al que se refiere en la anterior sección deberá ser diagnosticado y certificado por un médico que haga parte del departamento de ginecología y obstetricia en donde se ha solicitado la terminación del embarazo. El médico podrá solicitar la ayuda de especialistas. El medico deberá remitir la documentación al igual que su certificado al director médico del hospital para que la terminación sea realizada inmediatamente.

Cuando la terminación del embarazo sea necesaria debido a una amenaza inminente a la vida de la mujer, podrá ser realizada sin cumplir con los procedimientos referidos en la sección 8. en aquellos casos, el médico deberá notificar al oficial médico provincial.

Cuando sea probable la viabilidad del feto, el embarazo solo podrá ser interrumpido en el caso referido en el inciso a de la sección 6, y el médico que realiza la intervención deberá tomar las acciones necesarias para salvar la vida del feto.

8. Las interrupciones del embarazo deberán ser realizadas por médicos del departamento de obstetricia y ginecología de un hospital general de acuerdo a la sección 20 de la Ley 132 del 12 de febrero de 1968; este médico deberá confirmar que no existen contraindicaciones médicas.

También podrán realizarse interrupciones del embarazo en hospitales públicos especializados, en las instituciones y establecimientos referidos en el penúltimo párrafo de la sección 1 de la Ley 132 del 12 de febrero de 1968, y las instituciones referidas en la Ley 817 del 26 de noviembre de 1973 y el Decreto 754 del 18 de junio de 1958 del Presidente de la República, y en cualquier lugar donde las autoridades administrativas competencias lo soliciten.

Durante los primeros 90 días de embarazo, las terminaciones del embarazo también podrán realizarse en casas de enfermería que hayan sido autorizadas por las regiones y que tengan el equipo médico y los servicios obstétricos y ginecológicos adecuados.

[402] Código Penal. Polonia. De acuerdo a la reforma del 6 de junio de 1997.

Artículo 152. (1) Quien, con el consentimiento de la mujer embarazada, pero violando las disposiciones legales termine un embarazo, será castigado con hasta tres años de prisión.

vida independiente del cuerpo de la madre. Procede cuando el aborto sea realizado por un médico, en un establecimiento de salud público y en los casos en que:

> 1. El embarazo esté amenazando la vida de la mujer seriamente o poniendo en peligro su salud, de acuerdo al diagnóstico de dos médicos diferentes al que realizará la intervención referida en la subsección 1. Ese diagnóstico será innecesario si la amenaza a la vida de la madre debe ser eliminada inmediatamente;
> 2. La muerte de un no nacido se deba a medidas tomadas para salvar la vida de la madre o para prevenir un daño severo en su salud, habiendo sido advertido este riesgo por dos médicos diferentes; (…)[403]

---

(2) Quien ayude a una mujer embarazada a terminar su embarazo violando las disposiciones legales o la induzca a someterse a dicho tipo de aborto será castigado con la misma pena.
(3) Quien cometa un acto bajo las secciones 1 y 20 en el momento en que el embrión es capaz de vivir una vida independiente por fuera del cuerpo de la mujer embarazada será castigado una pena de seis a ocho meses de prisión." Texto original: " Penal Code as amended through 6 June 1997.
Article 152. (1) Whoever, with the consent of a pregnant woman, but in violation of legal provisions terminates her pregnancy, shall be punished with up to three years' imprisonment.
(2) Whoever provides help to a pregnant woman with respect to a termination of pregnancy that violates legal provisions or induces her to undergo such an abortion shall be punished with the same penalty.
(3) Whoever commits an act under Sections 1 and 20 at a time at which the embryo is capable of leading an independent life outside the body of the pregnant woman shall be punished with six months' to eight years imprisonment."

[403] Ley del 7 de enero de 1993 sobre planeación familiar, protección de fetos humanos y las condiciones bajo las cuales es permisible la terminación del embarazo.
El Código Penal es igualmente reformado por la inserción, después de la sección 149 de las nuevas secciones 149ª y 149b, que dicen:
149a: (1) cualquier persona que cause la muerte de un no nacido podrá ser privado de la libertad por un periodo que no exceda los dos años.
(2) La madre del no nacido no será penalizada por esta sanción
(3) Un acto criminal como referido en la subsección 1 no es cometido por un médico que realice este procedimiento en un establecimiento de salud del sector público en los casos en que:
1. El embarazo esté amenazando la vida de la mujer seriamente o poniendo en peligro su salud, de acuerdo al diagnostico de dos médicos diferentes al que realizará la intervención referida en la subsección 1, ese diagnóstico será innecesario si la amenaza a la vida de la madre debe ser eliminada inmediatamente;
2. La muerte de un no nacido se deba a medidas tomadas para salvar la vida de la madre o para prevenir un daño severo en su salud, habiendo sido advertido este riesgo por dos médicos diferentes;
3. Un diagnóstico prenatal de dos médicos diferentes al que lleva a acabo la intervención referida en la subsección 1 haya demostrado la presencia de un defecto serio e irremediable en el feto; o
4. Existan razones válidas, confirmadas por la declaración de un oficial del procurador, que sospeche que el embarazo es el resultado de un acto ilegal.
(4) En ciertos casos específicos y justificados, la corte puede decidir no imponer la pena a una persona responsable de un acto criminal, referido en la subsección 1." El texto original dice: "Law of 7 January 1993 on family planning, protection of human fetuses, and the conditions under which pregnancy termination is permissible. (Translated in *International Digest of Health Legislation*, Vol. 44, No. 2, 1993, pp. 253-255.)
The Penal Code is likewise amended by the insertion after Sec. 149 of new Secs. 149*a* and 149*b*, reading as follows:
"149*a*. (1) Any person who causes the death of an unborn child shall be liable to deprivation of liberty for a period not exceeding two years.

En India la indicación de aborto lícito ante un peligro para la vida o salud de la mujer opera entre la doceava semana de embarazo y la veinteava semana de embarazo. Antes de dicho periodo la regulación responde a un sistema de libertad. Para que sea posible la interrupción del embarazo ésta debe ser realizada por un médico registrado y por dos médicos que consideren que "*la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo a la vida de la mujer o cause un grave daño en la salud física o mental de la mujer*"[404]. La norma dispone que la angustia causada por una violación constituye un daño severo en la salud mental de la mujer embarazada. Además que cuando el embarazo sea el resultado de la falla de cualquier método anticonceptivo usado por una mujer casada o por su marido con el propósito de limitar el número de hijos se entenderá que la angustia causada por ese embarazo no deseado es un daño severo a la salud mental de la mujer embarazada. Adicionalmente, se establece que en la determinación de si la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo para la salud, se tendrá en cuenta el ambiente actual o racionalmente previsible de la mujer.[405]

---

(2) The mother of the unborn child shall not be liable to this penalty.
(3) A criminal act as referred to in subsection 1 is not committed by a physician who undertakes this procedure in a health care establishment in the public sector, in cases in which:
1. the pregnancy is endangering the mother's life or seriously jeopardizing her health, according to the diagnosis of two physicians other than the physician carrying out the procedure referred to in subsection 1, such diagnosis being unnecessary if the threat to the mother's life has to be eliminated immediately;
2. the death of the unborn child is due to measures taken to save the mother's life or prevent serious injury to her health, this risk having been diagnosed by two other physicians;
3. a prenatal diagnosis established by two physicians other than the physician carrying out the procedure referred to in subsection 1 has demonstrated the presence of a serious and irremediable defect in the fetus; or
4. There are valid reasons, confirmed by an attestation on the part of the Office of the Public Prosecutor, for suspecting that the pregnancy resulted from an unlawful act.
(4) In certain specific and justified cases, the court may decide not to impose a penalty on the person responsible for a criminal act, as referred to in subsection 1."

[404] Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformado por la Ley 64 de 2002.

[405] Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformado por la Ley 64 de 2002.
Objetivo de la Ley: Un acto que prevea la terminación de ciertos embarazos por médicos registrados y para los asuntos relacionados con la materia. Expedido por el Parlamento en el vigésimo segundo año de la República de India como sigue:
3. Cuando pueden ser terminados los embarazos por médicos registrados.
(1) Sin contraria nada de lo dispuesto den el Código Penal Indio, (45 de 1980) un médico registrado no será culpable de delito u ofensa bajo dicho Código o bajo ninguna otra norma mientras la norma se encuentre vigente, si el embarazo es terminado por el médico en concordancia con las disposiciones de este acto.
(2) Sujeto a la disposición de la subsección (4), un embarazo puede ser interrumpido por un médico registrado,-
(a) cuando el embarazo no exceda las doce semanas, o
(b) cuando el embarazo exceda las doce semanas pero no sobrepase las veinte semanas si no menos de dos médicos registrados son de la opinión de buena fe que
i) la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo a la vida de la mujer o cause un grave daño en la salud física o mental de la mujer; o

ii) existe un riesgo sustancial que el niño que nazca podría sufrir de una anormalidad física o mental que devenga en una discapacidad grave.
Explicación I –Cuando se alegue que el embarazo fue el producto de una violación, se entenderá que la angustia causada por ese tipo de embarazo constituye un daño severo en la salud mental de la mujer embarazada.
Explicación II. Cuando el embarazo sea el resultado del fallo de cualquier método anticonceptivo usado por una mujer casada o por su marido con el propósito de limitar el número de hijos se entenderá que la angustia causada por ese embarazo no deseado es un daño severo a la salud mental de la mujer embarazada.
(3) En la determinación de si la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo en la salud como se menciona en la subsección (2), se tendrá en cuenta el ambiente actual o racionalmente previsible de la mujer.
(4) (a) Ningún embarazo de una mujer menor de dieciocho años o que habiendo cumplido los dieciocho años, es una persona mentalmente enferma, será terminado a menos de que se de el consentimiento de su guardián.
(b) Salvo en el caso previsto en la cláusula (a), ningún embarazo será terminado excepto con el consentimiento de la mujer embarazada.
4. Lugar en donde el embarazo puede ser terminado.
Ninguna terminación de un embarazo podrá realizarse en concordancia con esta Ley a menos que sea realizado:
(a) en un hospital establecido o mantenido por el Gobierno, o
(b) en un lugar aprobado para el propósito de de este Acto por el Gobierno o por un Comité de Nivel Distrital constituido por el Gobierno con el Oficial en Jefe Médico o el Oficial de Salud del Distrito como integrante del Comité:
Dado que el Comité de Nivel Distrital no consista en menos de tres y no más de cinco miembros incluyendo el director, como el gobierno lo especifique en su momento si lo desea.
5. Secciones 3 y 4 cuándo no aplican.
(1) Las disposiciones de la sección 4, al igual que las disposiciones de la subsección (2) de la sección (3) que se refieren a la duración del embarazo y la opinión de no menos de 2 médicos registrados no aplicaran a la interrupción del embarazo por un médico registrado en caso en que éste sea de la opinión, de buena fe, que la terminación del embarazo es necesaria inmediatamente para salvar la vida de la mujer.
(2) Sin contrariar nada de lo dispuesto en el Código Penal Indio (45 de 1860), la terminación de un embarazo por una persona diferente a un médico registrado será una ofensa castigada con un encarcelamiento riguroso por un término que no será menor de dos años pero que podrá extenderse hasta siete años bajo el Código, y ese Código será reformado en los anteriores términos.
(3) Cualquiera que termine un embarazo en un lugar diferente al mencionado en la sección 4, será penalizado con un encarcelamiento severo por un término que no será menor de dos años y que puede ser extendido hasta siete años.
(4) Cualquier persona que sea dueña de un lugar que no esté aprobado bajo la cláusula (b) de la sección 4 será penalizado con encarcelamiento riguroso por un término que no será de menor de dos años y que puede ser extendido hasta siete años.
Explicación 1. Para el propósito de esta sección, la expresión “dueño” en relación con el lugar quiere decir cualquier persona que sea cabeza administrativa o de cualquier manera responsable por el trabajo o mantenimiento de un hospital o lugar, bajo cualquier denominación, donde los embarazos puedan ser terminados bajo este Acto.
Explicación II. Para los propósitos de esta sección, las disposiciones de la cláusula (d) de la sección 2 que se refieren a la posesión de un médico registrado, de experiencia o entrenamiento en ginecología y obstetricia no se les aplicarán. (...)” El texto original dice: “The Medical Termination of Pregnancy Act”, 1971, Act No. 34 of 1971, as amended by Act No. 64 of 2002. **Act Objective:** An Act to provide for the termination of certain pregnancies by registered medical practitioners and for matters connected therewith or incidental thereto. BE it enacted by Parliament in the Twenty-second Year of the Republic of India as follows:-
3. When pregnancies may be terminated by registered medical practitioners.
(1) Notwithstanding anything contained in the Indian Penal Code, (45 of 1860) a registered medical practitioner shall not be guilty of any offence under that Code or under any other law for the time being in force, if any pregnancy is terminated by him in accordance with the provisions of this Act.
(2) Subject to the provisions of sub-section (4), a pregnancy may be terminated by a registered medical practitioner,-
(a) where the length of the pregnancy does not exceed twelve weeks, if such medical practitioner is, or
(b) where the length of the pregnancy exceeds twelve weeks but does not exceed twenty weeks, if not less than two registered medical practitioners are of opinion, formed in good faith, that-

Los abortos deben ser realizados en un hospital público o en un hospital o centro médico acreditado por el gobierno. Si la mujer es menor de 18 años o es incapaz se requiere el consentimiento de su guardián o representante legal.

Sudáfrica se rige por el sistema de libertad hasta la doceava semana de embarazo por lo que la indicación de aborto lícito ante un peligro para la vida o salud de la mujer opera desde la treceava hasta la veinteava

---

(i) the continuance of the pregnancy would involve a risk to the life of the pregnant woman or of grave injury to her physical or mental health; or
(ii) there is a substantial risk that if the child were born, it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.
Explanation I.-Where any pregnancy is alleged by the pregnant woman to have been caused by rape, the anguish caused by such pregnancy shall be presumed to constitute a grave injury to the mental health of the pregnant woman.
Explanation II.-Where any pregnancy occurs as a result of failure of any device or method used by any married woman or her husband for the purpose of limiting the number of children, the anguish caused by such unwanted pregnancy may be presumed to constitute a grave injury to the mental health of the pregnant woman.
(3) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to the health as is mentioned in sub-section (2), account may be taken of the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment.
(4) (a) No pregnancy of a woman, who has not attained the age of eighteen years, or, who, having attained the age of eighteen years, is a mentally ill person, shall be terminated except with the consent in writing of her guardian.
(b) Save as otherwise provided in clause (a), no pregnancy shall be terminated except with the consent of the pregnant woman.
4. Place where pregnancy may be terminated.
No termination of pregnancy shall be made in accordance with this Act at any place other than-
(a) a hospital established or maintained by Government, or
(b) a place for the time being approved for the purpose of this Act by Government or a District Level Committee constituted by that Government with the Chief Medical Officer or District Health Officer as the Chairperson of the said Committee:
Provided that the District Level Committee shall consist of not less than three and not more than five members including the Chairperson, as the Government may specify from time to time.
5. Sections 3 and 4 When not to apply.
(1) The provisions of section 4, and so much of the provision of sub-section (2) of section 3 as relate to the length of the pregnancy and the opinion of not less than two registered medical practitioners, shall not apply to the termination of a pregnancy by a registered medical practitioner in a case where he is of opinion, formed in good faith, that the termination of such pregnancy is immediately necessary to save the life of the pregnant woman.
2) Notwithstanding anything contained in the Indian Penal Code (45 of 1860), the termination of pregnancy by a person who is not a registered medical practitioner shall be an offence punishable with rigorous imprisonment for a term which shall not be less than two years but which may extend to seven years under that Code, and that Code shall, to this extent, stand modified.
(3) Whoever terminates any pregnancy in a place other than that mentioned in section 4, shall be punishable with rigorous imprisonment for a term which shall not be less than two years but which may extend to seven years.
(4) Any person being owner of a place which is not approved under clause (b) of section 4 shall be punishable with rigorous imprisonment for a term which shall not be less than two years but which may extend to seven years.
Explanation 1.-For the purposes of this section, the expression "owner" in relation to a place means any person who is the administrative head or otherwise responsible for the working or maintenance of a hospital or place, by whatever name, where the pregnancy may be terminated under this Act
Explanation 2.-For the purposes of this section, so much of the provisions of clause (d) of section 2 as relate to the possession, by registered medical practitioner, of experience or training in gynaecology and obstetrics shall not apply. (…)”

semana de embarazo. Se justifica el aborto si "*la continuación puede significar un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer*"[406]. Después de la veinteava semana de embarazo es posible el aborto por motivos médicos si en la opinión de dos médicos o practicantes de la medicina la continuación del embarazo "*podría poner en peligro la vida de la mujer.*"[407] Los abortos solo pueden ser realizados en los hospitales o centros autorizados por el gobierno y solo se requiere el consentimiento de la mujer para llevar a cabo la interrupción. Si se trata de una menor, a ésta se le recomienda que hable con sus padres o guardianes, pero la consulta no es un requisito para la terminación del embarazo. La autorización del esposo o representante legal de la mujer solo se requiere en caso de que la mujer se encuentre en estado de inconciencia permanente o sea incapaz. Los abortos deben ser documentados, pero la identidad de la mujer es confidencial y no puede ser revelada a menos que ella así lo decida. Los médicos o parteras que

---

[406] Ley de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996. Sudáfrica.

[407] Traducción libre. Ley de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996. Sudáfrica: ". "2. (1) un embarazo puede ser interrumpido:
a) Cuando una mujer los solicite y se encuentre dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
b) Entre la semana treceava y venteaba de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado con la mujer, es de la opinión que:
i) La continuación del embarazo pueda significar un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer; o
ii) Exista un riesgo substancial de que el feto pueda sufrir de una anormalidad severa física o mental; o
iii) El embarazo sea el resultado de una violación o incesto; o
iv) La continuación del embarazo podría afectar las circunstancias sociales o económicas de la mujer; o
c) Después de la venteaba semana de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado a otro practicante médico o a una partera registrada, es de la opinión que continuar con el embarazo:
i) Podría poner en peligro la vida de la mujer;
ii) Resultaría en una severa malformación del feto; o
iii) Podría poner en peligro de daño al feto.
2. La terminación del embarazo solo puede ser realizada por un practicante médico, excepto en los embarazos referidos en la subsección (1)(a), que también pueden ser realizados por una partera registrada que ha completado el curso de entrenamiento prescrito."
El texto original del Acto de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996 es el siguiente: "Choice on Termination of Pregnancy Act, 1996.
2. (1) A pregnancy may be terminated-
(a) upon request of a woman during the first 12 weeks of the gestation period of her pregnancy;
(b) from the 13th up to and including the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with the pregnant woman, is of the opinion that-
(i) the continued pregnancy would pose a risk of injury to the woman's physical or mental health; or
(ii) there exists a substantial risk that the fetus would suffer from a severe physical or mental abnormality; or
(iii) the pregnancy resulted from rape or incest; or
(iv) the continued pregnancy would significantly affect the social or economic circumstances of the woman; or
(c) after the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with another medical practitioner or a registered midwife, is of the opinion that the continued pregnancy-
(i) would endanger the woman's life;
(ii) would result in a severe malformation of the fetus; or
(iii) would pose a risk of injury to the fetus.
(2) The termination of a pregnancy may only be carried out by a medical practitioner, except for a pregnancy referred to in subsection (1)(a), which may also be carried out by a registered midwife who has completed the prescribed training course."

lleven a cabo la terminación de un embarazo deben haber completado un curso de formación especial. Los abortos practicados sin el consentimiento de la mujer o por personas que no hayan completado el curso o no cumplan con las disposiciones sobre custodia de historias clínicas o impidan la terminación de un embarazo solicitado, son sancionados con penas hasta de 10 años de prisión.

En resumen, existen actualmente diferentes modalidades de regulación de la indicación de aborto lícito ante un peligro para la salud o la vida de la mujer (o por motivos médicos). La primera modalidad comprende una limitación temporal porque el aborto es considerado lícito sólo dentro de un plazo o etapa del embarazo. El límite temporal oscila entre las 12 semanas de embarazo (Hungría) y la veinteava (Sudáfrica). El límite temporal a veces tiene excepciones para proteger la vida de la madre o evitar un parto inviable. La segunda modalidad es la del aborto lícito sin limitación temporal (Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil España, Francia, Italia). Además, las regulaciones varían según otros criterios, como la calificación del peligro, la certificación del mismo, la valoración de alternativas de solución, o el derecho protegido por el indicador terapéutico (vida/salud). Las siguientes modalidades de regulación son combinaciones de los criterios mencionados: i) aborto lícito con limitación de la indicación al peligro para la vida de la mujer; ii) aborto lícito con limitación de la indicación al peligro para la salud (Bélgica, Hungría); iii) aborto lícito con especificación de la indicación al peligro a la salud física y mental o psicológica de la mujer (India, Italia); vi) aborto lícito con certificación médica necesaria, con diferentes modalidades (España, Francia, India, Italia, Polonia, Portugal); vii) aborto lícito con descripción del tipo de peligro (India, Francia, Hungría, Portugal); viii) aborto lícito con valoración de la necesidad (no es evitable de otra manera; Argentina, Brasil, Polonia, Portugal). Además de los anteriores criterios en algunos países también se exigen trámites adicionales (consejería, periodo de espera, certificación de un médico diferente al que practica el aborto, etc) (Brasil, España, Italia, Portugal).

2. Aborto lícito por malformaciones en el feto.

Esta indicación es menos generalizada que la terapéutica. Por ejemplo, en Argentina y Brasil no se establece una indicación explicita que justifique el aborto cuando se encuentren malformaciones del feto.

Bélgica sí contempla una indicación explicita de aborto, sin sujeción a limites temporales y surtiendo todos los trámites contemplados para cualquier otro tipo de aborto lícito, cuando "*sea seguro que el niño a nacer sufrirá una afección de una gravedad particular y reconocida*

como incurable al momento del diagnóstico."[408] El diagnostico debe ser realizado por dos médicos. En Italia es posible el aborto cuando "*el proceso patológico constituye una seria amenaza a la salud física o mental de la mujer, como aquella asociado con anormalidades serias o malformaciones del feto que han sido diagnosticadas*"[409], sin limitación temporal, sujeto a la certificación de un médico y realizado en un establecimiento médico autorizado.[410] Francia, como los países anteriores, no establece ninguna limitación temporal para el aborto terapéutico, que se determina como el aborto cuando "*existe una gran posibilidad de que el menor a nacer sufrirá de una afección particularmente grave reconocida como incurable al momento del*

---

[408] Código Penal Belga. "(…)4. Después de la doceava semana de embarazo, bajo las condiciones previstas en los numerales 1, b), 2 y 3, la interrupción voluntaria del embarazo no podrá ser practicada a menos que la continuación del embarazo ponga en grave peligro la salud de la mujer o que sea seguro que el niño a nacer sufrirá una afección de una gravedad particular y reconocida como incurable al momento del diagnóstico. En dicho caso, el médico solicitado se asegurará del diagnóstico con un segundo médico lo que será adjuntado a la historia clínica. (…)."

[409] Una mujer que desee practicarse un aborto debe solicitarlo a una agencia de salud autorizada o a un médico de su escogencia. La agencia debe examinar las posibles soluciones al problema con la mujer y debe darle todo el apoyo para ayudarla a resolver su problema. Si la solicitud se dirige a un médico, éste debe darle toda la información pertinente sobre sus derechos y sobre y las facilidades de la seguridad social. Si la mujer continúa con su decisión de terminar el embarazo, el médico debe expedir un certificado firmado por él y por la mujer que contenga la solicitud de terminación del embarazo. La mujer debe cumplir con un periodo de reflexión de siete días después de los cuales, con el certificado, puede acercarse a una agencia médica autorizada para que le sea practicada la intervención. El periodo de reflexión puede ser obviado en casos de urgencia. Si la mujer es menor de 18 años, se debe tener el consentimiento de los padres, a menos que existan serias razones que hagan la autorización imposible. En dicho caso y si los padres se rehúsan a dar su consentimiento se puede solicitar al magistrado encargado de los asuntos de patria potestad.

[410] Ley 194 del 22 de mayo de 1978 sobre la protección social de la maternidad y la terminación voluntaria del embarazo (Gaceta oficial de la Republica Italiana, Parte I, mayo 2 de 1978, No. 140, p. 3642-3646)

"(…)

6. La terminación voluntaria del embarazo podrá realizarse después de los primeros 90 días de embarazo cuando:

a) el embarazo o el parto acarreen una seria amenaza a la vida de la mujer;

b) el proceso patológico constituye una seria amenaza a la salud física o mental de la mujer, como aquella asociado con anormalidades serias o malformaciones del feto que han sido diagnosticadas.

7. El proceso patológico al que se refiere en la anterior sección deberá ser diagnosticado y certificado por un médico que haga parte del departamento de ginecología y obstetricia en donde se ha solicitado la terminación del embarazo. El médico podrá solicitar la ayuda de especialistas. El medico deberá remitir la documentación al igual que su certificado al director médico del hospital para que la terminación sea realizada inmediatamente.

Cuando la terminación del embarazo sea necesaria debido a una amenaza inminente a la vida de la mujer, podrá ser realizada sin cumplir con los procedimientos referidos en la sección 8. en aquellos casos, el médico deberá notificar al oficial médico provincial.

Cuando sea probable la viabilidad del feto, el embarazo solo podrá ser interrumpido en el caso referido en el inciso a de la sección 6, y el médico que realiza la intervención deberá tomar las acciones necesarias para salvar la vida del feto.

8. Las interrupciones del embarazo deberán ser realizadas por médicos del departamento de obstetricia y ginecología de un hospital general de acuerdo a la sección 20 de la Ley 132 del 12 de febrero de 1968; este médico deberá confirmar que no existen contraindicaciones médicas.

También podrán realizarse interrupciones del embarazo en hospitales públicos especializados, en las instituciones y establecimientos referidos en el penúltimo párrafo de la sección 1 de la Ley 132 del 12 de febrero de 1968, y las instituciones referidas en la Ley 817 del 26 de noviembre de 1973 y el Decreto 754 del 18 de junio de 1958 del Presidente de la República, y en cualquier lugar donde las autoridades administrativas competencias lo soliciten.

(…)"

diagnostico"[411], pero si establece que para que proceda el aborto lícito la necesidad debe ser certificada por un equipo pluridisciplinario (si se realiza después de las primeras doce semanas de embarazo)[412].

España también regula explícitamente la justificación de aborto por malformaciones fetales. La norma establece que el aborto no es punible cuando se realiza por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando "*se presuma*

---

[411] Ley 2001-588 del 5 de julio de 2001. Artículo L2213-1.

[412] Ley 2001-588 del 5 de julio de 2001. Artículo L2213-1. "La interrupción voluntaria del embarazo puede ser practicada en todo momento si dos miembros de un equipo pluridisciplinario certifican que, después de que el equipo haya realizado su consulta, la continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o que existe una gran posibilidad de que el menor a nacer sufrirá de una afección particularmente grave reconocida como incurable al momento del diagnostico.
Cuando la interrupción del embarazo se deba a que la continuación de este pone en grave peligro la salud de la mujer, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la solicitud de la mujer debe contar con al menos tres personas que sean un médico calificado en ginecología obstétrica, un médico escogido por la mujer y una persona calificada y sujeta al secreto profesional que puede ser un asistente social o un psicólogo. Los dos médicos deben ejercer su actividad en un establecimiento público de salud o en un establecimiento privado que satisfaga las condiciones del artículo L. 2322-1.
Cuando la interrupción del embarazo se deba a que a que existe un fuerte probabilidad de que el menor a nacer sufra de una afección particularmente grave reconocida como incurable al momento del diagnostico, el equipo pluridisciplinario encargado de examinar la solicitud de la mujer debe ser de un centro pluridisciplinario de diagnostico prenatal. Cuando el equipo del centro se reúna, un médico escogido por la mujer puede ser parte de la evaluación.
En los dos casos, con anterioridad a la reunión del equipo multidisciplinario competente, la mujer interesada o la pareja puede, si así lo quiere, ser escuchada por todos o parte de los miembros del equipo.
Artículo L2213-2. Las disposiciones de los artículos L. 2212-2 y L. 2212-8 al L. 2212-10 son aplicables a la interrupción voluntaria del embarazo practicado por un motivo médico.
Artículo L2213-3. Las condiciones de aplicación del presente capítulo son determinadas mediante decreto del Consejo de Estado."
Texto original: "Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 10 art. 11 Journal Officiel du 7 juillet 2001
Chapitre 3: Interruption de grossesse pratiquée pour motif médical
Article L2213-1. L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.
Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend au moins trois personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie obstétrique, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Les deux médecins précités doivent exercer leur activité dans un établissement public de santé ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux conditions de l'article L. 2322-1.
Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation.
Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.
Article L2213-2. Les dispositions des articles L. 2212-2 et L. 2212-8 à L. 2212-10 sont applicables à l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif médical.
Article L2213-3. Les conditions d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto."[413] En Alemania no se contempla explícitamente el aborto eugenésico, sin embargo, no es punible el aborto hasta la semana 22 de embarazo cuando **"***el aborto ha sido practicado bajo el asesoramiento de un médico***"**[414].

La justificación de aborto eugenésico en Portugal tiene una limitación temporal de 16 semanas de embarazo y procede cuando "*existan serios motivos para creer que el niño sufrirá de una enfermedad grave o incurable o de una malformación*". Al igual que en las otras circunstancias que permiten el aborto éste debe ser realizada por un médico en una institución médica autorizada, con el consentimiento escrito de la mujer, que debe ser suscrito mínimo tres días antes de la intervención, y las circunstancias que motivan el aborto deben ser certificadas por un médico.

En Hungría se contemplan varios tipos de indicación de aborto lícito eugenésico de acuerdo a un sistema de plazos. Así, es posible el aborto durante las doce primeras semanas de embarazo cuando "*es médicamente probable que el feto sufra de una deficiencia seria o de cualquier otro daño*". La anterior limitación temporal se amplía hasta la dieciochoava semana de embarazo cuando la mujer es incapaz o no se dio cuenta de que estaba embarazada por negligencia médica. Finalmente, se permite el aborto terapéutico hasta la veinteava semana de embarazo cuando la probabilidad de daño genético fetal exceda el 50%.[415]

---

[413] Código Penal Español. Artículo 417 bis.

[414] Código Penal alemán. Artículo 218A. "(...)(4) La mujer no será sancionada de acuerdo con el art. 218, luego de la asesoría respectiva, y no han transcurrido más de 22 semanas desde la concepción. El juez puede prescindir de la pena cuando la mujer embarazada realizó el aborto en un estado de angustia."

[415] Ley para la Protección de la Vida Fetal, 1992. Traducción libre:
"Sección 6. (1) un aborto puede ser realizado hasta la 12 semana de embarazo si:
a) se justifica debido a una causa que ponga en peligro seriamente la salud de la mujer;
b) es médicamente probable que el feto sufra de una deficiencia seria o de cualquier otro daño;
c) el embarazo es el resultado de un acto criminal;
d) la mujer embarazada se encuentra en una situación de crisis seria.
(2) Un aborto puede ser realizado hasta la semana 18 de embarazo sujeto a los criterios establecidos en el inciso 1 si la mujer embarazada:
a) es incapaz o se encuentra incapacitada
b) no se dio cuenta de que estaba embarazada antes debido a un error médico o debido a una causa médica por fuera de su responsabilidad, o si se excede el término temporal establecido en el inciso 1 por un error de la institución médica o a una autoridad.
Sección 12. inciso (6). Una situación de crisis seria se define como aquella que cause un "shock" físico o mental o una situación imposible en términos sociales y en consecuencia poniendo en peligro

En Polonia también se contempla la posibilidad de aborto eugenésico con una limitación temporal: hasta el momento de la viabilidad del feto. Así, es posible realizar un aborto en un establecimiento de salud autorizado cuando "*un diagnóstico prenatal de dos médicos diferentes al que lleva a cabo la intervención referida en la subsección 1 haya demostrado la presencia de un defecto serio e irremediable en el feto.*" [416]

En India, donde en la primera etapa de la gestación existe un sistema de libertad, la indicación de aborto eugenésico opera entre la doceava y la veinteava semana de embarazo, cuando dos médicos consideren que "*existe un riesgo sustancial de que el niño que nazca podría sufrir de una anormalidad física o mental que devenga en una discapacidad grave*". [417] Sudáfrica presenta un esquema parecido al Hindú, en el que es posible el aborto eugenésico después de la doceava semana y hasta la veinteava semana se embarazo cuando "*existe un riesgo sustancial de que el feto sufra de una anormalidad severa física o mental*". Después de la veinteava semana es posible la terminación del embarazo si en la opinión de dos médicos o practicantes de la medicina la continuación del embarazo i) resultaría en una severa malformación del feto; ii) existe un riesgo de lesión para el feto, o (iii) existe un peligro para la vida de la mujer[418].

---

el desarrollo saludable del feto. La mujer embarazada verifica la existencia de una situación de crisis seria con la firma de la solicitud."

El texto original de la sección 12 de la Ley para la Protección de la Vida Fetal es el siguiente:

SECTION 6 para. (1) Abortion may be procured until the 12th week of pregnancy if

a) it is justified by a cause seriously endangering the pregnant woman's health;

b) it is medically probable that the foetus suffers from a serious deficiency or any other damage;

c) the pregnancy is the result of a criminal act, and

d) the pregnant woman is in a situation of serious crisis.

(2) Abortion may be procured until the 18th week of pregnancy subject to the criteria specified in paragraph 1 if the pregnant woman

a) is of restricted disposing capacity or is incapacitated;

b) did not realise her pregnancy earlier due to a medical error or a health-related cause beyond her scope of responsibility, or if exceeding the period of pregnancy specified in paragraph 1 was caused by the default of a healthcare institution or an authority."

SECTION 12 para. (6) A situation of serious crisis is one which causes physical or mental breakdown or a subsequent impossible situation in social terms, thus endangering the healthy development of the foetus. The pregnant woman verifies the existence of the situation of serious crisis by signing the application form.

[416] Ley del 7 de enero de 1993 sobre planeación familiar, protección de fetos humanos y las condiciones bajo las cuales es permisible la terminación del embarazo. El Código Penal reformado por la inserción, después de la sección 149 de las nuevas secciones 149ª y 149b.

[417] Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformado por la Ley 64 de 2002. Artículo 3.

Los abortos deben ser realizados en un hospital público o en un hospital o centro médico acreditado por el gobierno. Si la mujer es menor de 18 años o es incapaz se requiere el consentimiento de su guardián o representante legal.

[418] Traducción libre. Ley de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996: ". "2. (1) un embarazo puede ser interrumpido:

a) Cuando una mujer los solicite y se encuentre dentro de las primeras doce semanas de embarazo.

En resumen, las modalidades que se encuentran para la justificación del aborto lícito por motivos eugenésicos son: i) Aborto lícito sin límite temporal (Bélgica, Italia, Francia); ii) Aborto lícito con limitación temporal. El límite temporal varía entre la doceava semana de embarazo (Hungría), el momento de viabilidad del feto (Polonia) y la semana 22 de embarazo (España). Adicionalmente, se ha contemplado la ampliación de dicha limitación temporal cuando se encuentre una probabilidad mayor de malformación (Hungría) o cuando exista peligro para la vida de la mujer (Sudáfrica); las siguientes modalidades surgen como combinaciones de las anteriores: i) aborto lícito con descripción del tipo de afección (Bélgica, Italia, Francia, España, Hungría, India, Sudáfrica, Portugal); ii) aborto lícito con necesidad de certificación médica (Alemania, Bélgica, Italia, Francia, Polonia, Portugal, India); y iii) aborto lícito con trámites adicionales (médico autorizado, hospital público, consejería, etc) (Italia, España, Polonia, Portugal). La calificación del problema detectado en el feto varía ampliamente

---

b) Entre la semana treceava y venteaba de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado con la mujer, es de la opinión que:
i) La continuación del embarazo pueda significar un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer; o
ii) Exista un riesgo substancial de que el feto pueda sufrir de una anormalidad severa física o mental; o
iii) El embarazo sea el resultado de una violación o incesto; o
iv) La continuación del embarazo podría afectar las circunstancias sociales o económicas de la mujer; o
c) Después de la veinteava semana de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado a otro practicante médico o a una partera registrada, es de la opinión que continuar con el embarazo:
i) Podría poner en peligro la vida de la mujer;
ii) Resultaría en una severa malformación del feto; o
iii) Podría poner en peligro de daño al feto.
2. La terminación del embarazo solo puede ser realizada por un practicante médico, excepto en los embarazos referidos en la subsección (1)(a), que también pueden ser realizados por una partera registrada que ha completado el curso de entrenamiento prescrito."
El texto original del Acto de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996 es el siguiente: "Choice on Termination of Pregnancy Act, 1996.
2. (1) A pregnancy may be terminated-
(a) upon request of a woman during the first 12 weeks of the gestation period of her pregnancy;
(b) from the 13th up to and including the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with the pregnant woman, is of the opinion that-
(i) the continued pregnancy would pose a risk of injury to the woman's physical or mental health; or
(ii) there exists a substantial risk that the fetus would suffer from a severe physical or mental abnormality; or
(iii) the pregnancy resulted from rape or incest; or
(iv) the continued pregnancy would significantly affect the social or economic circumstances of the woman; or
(c) after the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with another medical practitioner or a registered midwife, is of the opinion that the continued pregnancy-
(i) would endanger the woman's life;
(ii) would result in a severe malformation of the fetus; or
(iii) would pose a risk of injury to the fetus.
(2) The termination of a pregnancy may only be carried out by a medical practitioner, except for a pregnancy referred to in subsection (1)(a), which may also be carried out by a registered midwife who has completed the prescribed training course."

(incurable, severo, irremediable, etc.) así como la apreciación del impacto del defecto (inviabilidad, discapacidad, etc.).

3. Aborto lícito por violación, incesto u otro acto criminal.

Esta indicación, llamada ética, también es menos común que la terapéutica. En Bélgica, Francia e Italia no se establece una indicación explicita de aborto lícito por violación o incesto.

El Código Penal Argentino contempla la posibilidad de aborto cuando el embarazo haya resultado de un acto criminal, sin limitación temporal explícita, si el aborto se realiza por un médico, con el consentimiento de la mujer cuando "*el embarazo es el resultado de una violación o de un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente*"[419]. En Brasil no es punible el aborto, con consentimiento de la mujer o del representante legal en caso de ser incapaz, y sin limitación temporal explícita, cuando el embarazo es el resultado de violación o estupro.[420]

En Alemania es posible el aborto por violación o incesto hasta la doceava semana de embarazo con el consentimiento de la mujer siempre que un médico certifique que la conducta punible fue la razón del embarazo. España comparte la limitación temporal de doce semanas, pero regula el aborto lícito por violación, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 429 del Código penal, siempre que el delito haya sido denunciado[421]. Hungría también comparte la limitación temporal de doce semanas de embarazo cuando el embarazo sea el resultado de un acto criminal, pero la limitación temporal se amplía hasta la dieciochoava semana de embarazo cuando la mujer es incapaz o no se dio cuenta de que estaba embarazada por negligencia médica. [422]

---

[419] Código Penal Argentino. **Artículo 86.** Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.
El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:
1°) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2°) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

[420] Código Penal Brasilero de 1940. Artículo 128. No es punible el aborto practicado por un médico:
Aborto necesario
i. Si no existe otro medio para salvar la vida de la gestante;
Aborto en caso de embarazo resultante de estupro.
ii. Si el embarazo es el resultado de un estupro y el aborto es precedido del consentimiento de la gestante o cuando la gestante sea incapaz de su representante legal."

[421] Para este caso, regulado por el artículo 417 del Código Penal, el aborto debe realizarse por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada.

[422] Ley para la Protección de la Vida Fetal, 1992. Traducción libre:
Sección 6. (1) un aborto puede ser realizado hasta la 12 semana de embarazo si:

En Polonia se contempla la posibilidad de aborto por violación hasta el momento de la viabilidad del feto. Así, es posible realizar un aborto en un establecimiento de salud autorizado cuando "*existan razones válidas, confirmadas por la declaración de un oficial del procurador, que sospeche que el embarazo es el resultado de un acto ilegal.*"[423]

El Código Penal portugués establece que es posible realizar un aborto cuando "*existan serios indicios de que el embarazo es el resultado de un crimen contra la libertad y la autodeterminación sexual*"[424], cuando no se hayan excedido las primeras doce semanas de embarazo. La interrupción del embarazo debe ser realizada por un médico en una institución médica autorizada, con el consentimiento escrito de la mujer, que debe ser suscrito mínimo tres días antes de la intervención, y las circunstancias que motivan el aborto deben ser certificadas por un médico.

En India, donde hay un sistema de libertad en la etapa inicial de la gestación, la justificación de aborto por violación se encuentra asociada a un peligro para la mujer, el cual incluye un peligro para su salud mental. Así, es posible el aborto por violación entre la semana treceava y

---

a) se justifica debido a una causa que ponga en peligro seriamente la salud de la mujer;
b) es médicamente probable que el feto sufra de una deficiencia seria o de cualquier otro daño;
c) el embarazo es el resultado de un acto criminal;
d) la mujer embarazada se encuentra en una situación de crisis seria.
(2) Un aborto puede ser realizado hasta la semana 18 de embarazo sujeto a los criterios establecidos en el inciso 1 si la mujer embarazada:
a) es incapaz o se encuentra incapacitada
b) no se dio cuenta de que estaba embarazada antes debido a un error médico o debido a una causa médica por fuera de su responsabilidad, o si se excede el término temporal establecido en el inciso 1 por un error de la institución médica o a una autoridad.
Sección 12. inciso (6). Una situación de crisis seria se define como aquella que cause un "shock" físico o mental o una situación imposible en términos sociales y en consecuencia poniendo en peligro el desarrollo saludable del feto. La mujer embarazada verifica la existencia de una situación de crisis seria con la firma de la solicitud.
El texto original de la sección 12 de la Ley para la Protección de la Vida Fetal es el siguiente:
"SECTION 6 para. (1) Abortion may be procured until the 12th week of pregnancy if
a) it is justified by a cause seriously endangering the pregnant woman's health;
b) it is medically probable that the foetus suffers from a serious deficiency or any other damage;
c) the pregnancy is the result of a criminal act, and
d) the pregnant woman is in a situation of serious crisis.
(2) Abortion may be procured until the 18th week of pregnancy subject to the criteria specified in paragraph 1 if the pregnant woman
a) is of restricted disposing capacity or is incapacitated;
b) did not realise her pregnancy earlier due to a medical error or a health-related cause beyond her scope of responsibility, or if exceeding the period of pregnancy specified in paragraph 1 was caused by the default of a healthcare institution or an authority."
SECTION 12 para. (6) A situation of serious crisis is one which causes physical or mental breakdown or a subsequent impossible situation in social terms, thus endangering the healthy development of the foetus. The pregnant woman verifies the existence of the situation of serious crisis by signing the application form."

[423] Ley del 7 de enero de 1993 sobre planeación familiar, protección de fetos humanos y las condiciones bajo las cuales es permisible la terminación del embarazo. El Código Penal reformado, secciones 149ª y 149b.

[424] Código Penal portugués. Artículo 142.

veinteava de embarazo cuando "*la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo a la vida de la mujer o cause un grave daño en la salud física o mental de la mujer*"[425], donde el daño en la salud mental se puede entender como la angustia derivada de la violación.[426]

En Sudáfrica es posible la terminación del embarazo después de la doceava semana y hasta la veinteava semana de embarazo cuando éste sea el resultado de una violación o incesto. [427]

---

[425] Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformado por la Ley 64 de 2002.
Artículo 3. Explicación I Cuando se alegue que el embarazo fue el producto de una violación, se entenderá que la angustia causada por ese tipo de embarazo constituye un daño severo en la salud mental de la mujer embarazada."

[426] Los abortos deben ser realizados en un hospital público o en un hospital o centro médico acreditado por el gobierno. Si la mujer es menor de 18 años o es incapaz se requiere el consentimiento de su guardián o representante legal.

[427] Traducción libre. Ley de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996: ". "2. (1) un embarazo puede ser interrumpido:
a) Cuando una mujer los solicite y se encuentre dentro de las primeras doce semanas de embarazo.
b) Entre la semana treceava y venteaba de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado con la mujer, es de la opinión que:
i) La continuación del embarazo pueda significar un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer; o
ii) Exista un riesgo substancial de que el feto pueda sufrir de una anormalidad severa física o mental; o
iii) El embarazo sea el resultado de una violación o incesto; o
iv) La continuación del embarazo podría afectar las circunstancias sociales o económicas de la mujer; o
c) Después de la venteaba semana de embarazo si el practicante médico, después de haber consultado a otro practicante médico o a una partera registrada, es de la opinión que continuar con el embarazo:
i) Podría poner en peligro la vida de la mujer;
ii) Resultaría en una severa malformación del feto; o
iii) Podría poner en peligro de daño al feto.
2. La terminación del embarazo solo puede ser realizada por un practicante médico, excepto en los embarazos referidos en la subsección (1)(a), que también pueden ser realizados por una partera registrada que ha completado el curso de entrenamiento prescrito."
El texto original del Acto de Determinación de Terminación del Embarazo de 1996 es el siguiente: "Choice on Termination of Pregnancy Act, 1996.
2. (1) A pregnancy may be terminated-
(a) upon request of a woman during the first 12 weeks of the gestation period of her pregnancy;
(b) from the 13th up to and including the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with the pregnant woman, is of the opinion that-
(i) the continued pregnancy would pose a risk of injury to the woman's physical or mental health; or
(ii) there exists a substantial risk that the fetus would suffer from a severe physical or mental abnormality; or
(iii) the pregnancy resulted from rape or incest; or
(iv) the continued pregnancy would significantly affect the social or economic circumstances of the woman; or
(c) after the 20th week of the gestation period if a medical practitioner, after consultation with another medical practitioner or a registered midwife, is of the opinion that the continued pregnancy-
(i) would endanger the woman's life;
(ii) would result in a severe malformation of the fetus; or
(iii) would pose a risk of injury to the fetus.
(2) The termination of a pregnancy may only be carried out by a medical practitioner, except for a pregnancy referred to in subsection (1)(a), which may also be carried out by a registered midwife who has completed the prescribed training course."

En resumen, el aborto se considera lícito cuando el embarazo fue el resultado de un acto criminal (violación, incesto, estupro, incesto, etc) en varios países, pero ha sido regulado de diferentes maneras: i) aborto lícito sin limitación temporal (Argentina, Brasil); ii) aborto lícito con limitación temporal. La limitación temporal oscila desde la doceava semana de embarazo (Alemania, España, Hungría, Portugal), pasando por la veinteava semana de embarazo (India, Sudáfrica) hasta el momento de viabilidad del feto (Polonia). Sin embargo, en algunos países se ha contemplado la ampliación del término cuando el origen del embarazo es desconocido por causas ajenas a la mujer (Hungría). Las anteriores modalidades se combinan con los siguientes criterios: i) aborto lícito solo por violación (España); ii) aborto lícito con descripción más amplia de la indicación que incluye otros delitos (Argentina, Brasil, Hungría, Polonia, Portugal, Sudáfrica), iii) aborto lícito por violación o incesto sujeto a la denuncia penal (Brasil, España, Polonia); y vi) aborto lícito con trámites adicionales (intervención de un médico) (Alemania, Argentina, Brasil, Portugal, Polonia).

4. Aborto lícito por motivos de angustia/crisis severa.

En Argentina, Chile, Irlanda, Brasil, España, Italia, Polonia y Portugal no se contemplan un indicador por motivos de angustia o crisis severa, al igual que en India y Sudáfrica con la diferencia de que en éstos dos últimos países se contempla un sistema de libertad durante el primer trimestre de embarazo.

En Alemania, se establece que cuando la mujer embarazada realiza el aborto en un estado de angustia, luego de la asesoría respectiva, dentro de las 22 semanas desde la concepción, ella no será sancionada. El juez puede en este caso prescindir de la pena, lo cual no es, en sentido estricto, equivalente a admitir que el aborto fue lícito.

En Bélgica es posible el aborto por motivos de angustia con una limitación temporal de doce semanas, siempre que se cumplan con ciertos requisitos: Debe ser practicado en buenas condiciones médicas, en un establecimiento que deberá informar a la mujer sobre todos sus derechos y las ayudas garantizadas por la ley, la posibilidad de dar en adopción el niño y la ayuda sicológica que, solicitada por la mujer o por su médico, puede ser proveída para resolver sus problemas sicológicos y sociales de acuerdo a su situación. El médico que practica la interrupción del embarazo debe informar a la mujer sobre los riesgos médicos de la intervención, de todas las posibilidades y ayudas para la mujer además de cerciorarse de su determinación de terminar el embarazo, decisión que siempre debe ser respetada. La norma también contempla un tiempo de espera mínimo de seis días después de solicitada la interrupción. La

determinación debe ser hecha por escrito y hace parte de la historia clínica[428].

En Francia se contempla el aborto lícito hasta la doceava semana cuando "*su estado la ponga en una situación de angustia*".[429] El aborto debe ser practicado por un médico en un hospital aprobado cuando una mujer se encuentre en una situación de apuro o angustia en razón a su embarazo. El médico debe informar a la mujer sobre los riesgos que implican la interrupción del embarazo y los posibles efectos secundarios, además de informarla sobre la guía sobre los derechos y la asistencia que la ley otorga para la interrupción voluntaria del embarazo y las opciones de adopción. Igualmente, la mujer debe hablar con una trabajadora social y si después de los anteriores procedimientos aún decide terminar el embarazo, debe solicitar el aborto por escrito en un lapso de tiempo no menor a una semana después de la primera solicitud. Sin embargo, si el periodo de tiempo de espera llegara a sobrepasar la doceava semana, se acepta que el periodo de espera sea disminuido a un lapso no menor a dos días. Los certificados de consentimiento escrito, al igual que las justificaciones de cumplimiento de las disposiciones de regulación, deben ser guardados por los médicos por un tiempo mínimo de un año después

---

[428] Código Penal Belga. Título VII. De los crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública.
"Capítulo I. Del Aborto
350. Aquel que mediante alimentos, brebajes, medicamentos o por cualquier otro medio haga abortar a una mujer que haya consentido será condenado a una pena privativa de la libertad de tres meses a un año y a una multa de cien francos a quinientos francos.
De todas maneras, no habrá infracción cuando la mujer embarazada se encuentre en una situación de angustia y haya solicitado a un médico que interrumpa el embarazo de acuerdo a las siguientes condiciones:
1. a) La interrupción debe darse dentro de las primeras doce semanas de embarazo;
b) debe ser practicada bajo buenas condiciones médicas, por un médico, en un establecimiento donde exista un servicio de información que recibirá a la mujer embarazada y que le dará toda la información pertinente sobre las circunstancias, derechos, ayudas y ventajas garantizadas por la ley y el decreto de familia, a las madres solteras o no, a sus hijos, así como sobre las posibilidad ofrecidas para la adopción del niño que nacerá y que acordará una asistencia y consejería sobre los medios con los que podrá tener los recursos para resolver los problemas sicológicos y sociales derivados de su situación.
2. El médico que haya sido solicitado por una mujer para la interrupción de su embarazo deberá:
a) informarle de los riesgos médicos actuales o futuros que puede devenir de la interrupción del embarazo;
b) recordarle las diversas posibilidades de ayuda al menor a nacer y hacer el llamado sobre el caso al personal de servicios referido en 1 (b) del presente artículo para acordar la asistencia y dar la consejería ahí contemplada; c) asegurarse de la determinación de la mujer de terminar su embarazo.
La apreciación de la determinación y del estado de angustia de la mujer embarazada que hacen al médico aceptar la terminación del embarazo, es soberana mientras que las condiciones previstas en este artículo sean respetadas.
3. El médico no podrá practicar la interrupción del embarazo en un tiempo menor de seis días después de la primera consulta y después de que la mujer haya declarado por escrito el día de la intervención y su determinación de proceder a realizarla.
Esta declaración será adjuntada a la historia médica.
(...)"

[429] Ley 2001-588 del 4 de julio de 2001. Texto original: Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 1 art. 5 Journal Officiel du 7 juillet 2001). Artículo L2212-1. La mujer embarazada que su estado la ponga en una situación de angustia puede solicitar a un médico la interrupción de su embarazo. Esta interrupción solo puede ser practicada antes de la finalización de la doceava semana de embarazo.

de practicado el aborto. Si la mujer es menor de edad, el consentimiento debe ser dado por uno de los padres, por quien ejerza la patria potestad o por su representante legal, pero la norma aclara que el consentimiento de la menor debe ser dado sin la presencia de los padres o representante legal[430].

---

[430] Ley 2001-588 del 4 de julio de 2001. Texto original: Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 1 art. 5 Journal Officiel du 7 juillet 2001)
Artículo L2212-2. La interrupción del embarazo solo puede ser practicada por un médico. Solo puede ser realizada en un establecimiento de salud, público o privado que cumpla con las disposiciones del artículo L. 2322-1, o en el marco de un contrato entre el practicante un establecimiento de esa naturaleza, bajo las condiciones establecidas por el Consejo de Estado mediante decreto.
Artículo L2212-3. El médico solicitado por la mujer embarazada deberá, desde la primera visita de la mujer, informarla de los métodos médicos y quirúrgicos para la interrupción del embarazo además de los riesgos y los potenciales efectos secundarios.
Le deberá facilitar un folleto-guía, actualizado al menos una vez al año, que contenga las disposiciones de los artículos L. 2212-1 y L. 2212-2, la lista y las direcciones de los organismos mencionados en el artículo L. 2212-4 y los establecimientos donde se realizan interrupciones del embarazo.
Las direcciones departamentales de asuntos sanitarios y sociales deben asegurar la realización y difusión de los folletos-guía destinados a los médicos.
Artículo L2212-4. Está sistemáticamente dispuesto para la mujer mayor, antes y después de la interrupción del embarazo, una consulta con una persona que cumpla con una formación calificada en consejo conyugal o toda otra persona calificada en un establecimiento de información, de consejería o de consejo familiar, un centro de planificación o de educación familiar, un servicio social o cualquier otro organismos agregado. Esta consulta comprende una entrevista particular en la que se debe dar asistencia o consejos apropiados para el estado de la mujer.
Las personas de los organismos mencionados en el primer inciso se encuentran sujetas a las disposiciones de los artículos 226-13 y 226-14 del Código Penal.
Cada vez que sea posible, la pareja participará de la consejería y de la decisión a tomar.
Artículo L2212-5. Si la mujer vuelve a solicitar la interrupción del embarazo, después de la consejería prevista en los artículos L. 2212-3 y L. 2212-4, el médico le debe solicitar una declaración escrita de su consentimiento; dicha confirmación no puede ser aceptada sino después de un periodo de espera de una semana después de la primera solicitud, menos en el caso en que el término de doce semanas vaya a expirar. Esta confirmación no puede ser aceptada sino después de que hayan pasado al menos dos días después de la entrevista prevista en el artículo L. 2212-4, esta espera puede ser incluida en aquella de una semana prevista en este artículo.
Artículo L2212-6. En caso de confirmación, el mismo médico puede practicar la interrupción del embarazo bajo las condiciones establecidas en la décima línea del artículo L. 2212-2. Si el médico que conoció de la solicitud no práctica la intervención debe entregar a la mujer su solicitud para que ella la remita al médico que escoja, éste emitirá un certificado que establezca que se han cumplido las disposiciones de los artículos L. 2212-3 y L. 2212-5.
El director del establecimiento de salud donde la mujer ha solicitado la admisión para la interrupción voluntaria del embarazo debe registrar y conservar las declaraciones que justifican que se ha cumplido con las conserjerías dispuestas en los artículos L. 2212-3 à L. 2212-5.
Artículo L2212-7. Si la mujer es menor y no ha sido emancipada, se requiere el consentimiento de uno de sus padres o de su representante legal. Este consentimiento debe adjuntarse a la solicitud que se presenta al médico sin la presencia de cualquier otra persona.
Si la mujer menor no emancipada decide guardar el secreto, el médico debe esforzarse, de acuerdo al interés de la menor, de obtener su consentimiento para que el o los titulares de la patria potestad o el representante legal sean consultados o debe verificar que le sea planteado en la entrevista dispuesta en el artículo L. 2212-4.
Si la menor no quiere realizar este trámite o si el consentimiento no se obtiene, la interrupción voluntaria del embarazo como los actos médicos ligados pueden ser practicados a solicitud de la interesada, presentada de acuerdo a las condiciones previstas en el primer inciso. En ese caso la menor debe estar acompañada de una persona mayor de su escogencia.
Después de la intervención es obligatorio que la menor asista a una nueva entrevista para darle información sobre métodos anticonceptivos.
Artículo L2212-8. Un médico nunca está obligado a practicar una interrupción voluntaria del embarazo pero debe informar, sin demora, a la interesada de su negativa además de comunicarle inmediatamente el nombre de practicantes susceptibles de realizar esta intervención de acuerdo a las modalidades previstas en el artículo L. 2212-2.

Hungría comparte la limitación temporal de doce semanas para justificar el aborto debido a una situación de "crisis severa". La crisis severa se entiende como "*un estado de "shock" físico o psicológico severo o una situación social imposible*".[431] Adicionalmente, para realizar un aborto se debe cumplir con una consejería previa, un periodo de reflexión, y una solicitud por escrito de la mujer. El aborto debe realizarse en una institución médica. Como se anotó, la Corte Constitucional húngara en su decisión de 1998 había establecido que era inconstitucional la norma que permitía el aborto por una crisis severa, pero su determinación respondió a que en la regulación anterior no se definía lo que se entendía como "crisis severa" por lo que concedió un plazo al legislador hasta el año 2000 para que expidiera la norma correspondiente conforme a los parámetros sentados en su sentencia, como efectivamente lo hizo el parlamento, el cual expidió la Ley LXXXVII de 2000 que reforma la Ley LXXIX sobre la Protección de la Vida Fetal.

Los países que han regulado el aborto con un indicador por motivos de angustia o de crisis severa todos comparten una limitación temporal de 12 semanas de embarazo y todos han contemplado trámites adicionales como la consejería, el periodo de reflexión, la certificación médica y la realización del aborto por un médico y en una institución acreditada, entre otros. Las diferencias en la regulación subyacen en la definición del estado de angustia o crisis severa que en algunos casos es explícita (Hungría) y en otros no lo es (Francia, Bélgica).

5. Aborto lícito por motivos socioeconómicos

Ninguna partera, enfermera, enfermera, auxiliar médico o cualquiera que sea se encuentra obligado a participar en una interrupción voluntaria del embarazo.
Un establecimiento de salud privado puede negarse a que se practiquen interrupciones voluntarias del embarazo en su establecimiento.
De todas maneras, en el caso en el que el establecimiento al que le sea solicitado participar de la ejecución del servicio público hospitalario o haya celebrado un contrato de concesión, en aplicación de las disposiciones de los artículos L. 6161-5 à L. 6161-9, se niegue, éste no puede ser oponible a menos que otros establecimientos puedan responder a las necesidades.
Las categorías de establecimientos públicos que están obligados a dar los medios para practicar las interrupciones voluntarias del embarazo serán fijadas mediante decreto.
Artículo L2212-9. Todo establecimiento en el que sea practicada una interrupción voluntaria del embarazo, debe asegurar, después de la intervención, la información de la mujer en materia de regulación de nacimientos.
Artículo L2212-10. Toda interrupción de un embarazo debe ser objeto de una declaración establecida por el médico y dirigida al establecimiento donde es practicada al médico inspector regional de salud pública; esta declaración no debe hacer ninguna mención a la identidad de la mujer.
Artículo L2212-11. Las condiciones de aplicación del presente capítulo son determinadas mediante decreto del Consejo de Estado."

[431] Ley LXXXVII de 2000 que reforma la Ley LXXIX sobre la Protección de la Vida Fetal.
Artículo 5: (1) Un aborto solo puede ser realizado en caso de una emergencia o de una crisis severa de la mujer embarazada de acuerdo a las demás disposiciones de esta Ley. (2) una crisis severa se define como una situación que causa un "shock" físico o psicológico o una situación social imposible". Traducción libre: "Article 5: (1) An abortion can only be performed in the case of an emergency or of the severe crisis of the pregnant woman in accordance with the provisions of the present act. (2) a severe crisis is a situation causing bodily or psychological shock or an impossible social situation."

En Alemania, Argentina, Chile, Irlanda, Brasil, España, Hungría, Polonia y Portugal no se contempla un indicador que justifique el aborto por motivos socioeconómicos, al igual que en India y Sudáfrica con la diferencia de que en estos dos últimos existe un sistema de libertad durante el primer trimestre de embarazo.

En Italia se permite el aborto por motivos socioeconómicos con una limitación temporal de doce semanas. La norma establece la justificación del aborto cuando "*la continuación del embarazo, el parto o la maternidad podrían poner en peligro seriamente su salud mental o física, de acuerdo a su estado de salud, sus circunstancias económicas, sociales o familiares, las circunstancias en que ocurrió la concepción, o la probabilidad de que el niño nazca con malformaciones o anormalidades.*"[432] Una mujer que desee practicarse un aborto debe solicitarlo a una agencia de salud autorizada o a un médico de su escogencia. La agencia debe examinar las posibles soluciones al problema con la mujer y debe darle todo el apoyo para ayudarla a resolverlo. Si la solicitud se dirige a un médico, éste debe darle toda la información pertinente sobre sus derechos y sobre las facilidades derivadas de la seguridad social. Si la mujer continúa con su decisión de terminar el embarazo, el médico debe expedir un certificado firmado por él y por la mujer que contenga la solicitud de terminación del embarazo. La mujer debe cumplir con un periodo de reflexión de siete días después de los cuales, con el certificado, puede acercarse a una agencia médica autorizada para que le sea practicada la intervención. El periodo de reflexión puede ser obviado en casos de urgencia. Si la mujer es menor de 18 años, se debe tener el consentimiento de los padres, a menos que existan serias razones que hagan la autorización imposible. En dicho caso y si los padres se rehúsan a dar su consentimiento se puede solicitar al magistrado encargado de los asuntos de patria potestad.

En Hungría es posible un aborto debido a una situación de "crisis severa". La crisis severa se entiende como "*un estado de "shock" físico o psicológico severo o una situación social imposible*",[433] lo que se

---

[432] Ley 194 del 22 de mayo de 1978 sobre la protección social de la maternidad y la terminación voluntaria del embarazo (Gaceta oficial de la Republica Italiana, Parte I, mayo 2 de 1978, No. 140, p. 3642-3646).

4. Para practicarse una terminación del embarazo durante los primeros 90 días de embarazo, las mujeres deben estar en una situación en que la continuación del embarazo, el parto o la maternidad podrían poner en peligro seriamente su salud mental o física, de acuerdo a su estado de salud, sus circunstancias económicas, sociales o familiares, las circunstancias en que ocurrió la concepción, o la probabilidad de que el niño nazca con malformaciones o anormalidades, y deberán aplicar a un centro de consejería de los establecidos bajo el inciso a) de la sección 2 de la Ley 405 del 29 de Julio o a una agencia de servicios medico sociales autorizada en la región, o a un médico de su escogencia.

[433] Ley LXXXVII de 2000 que reforma la Ley LXXIX sobre la Protección de la Vida Fetal.

Artículo 5: (1) Un aborto solo puede ser realizado en caso de una emergencia o de una crisis severa de la mujer embarazada de acuerdo a las demás disposiciones de esta Ley. (2) una crisis severa se define

interpreta como una justificación de aborto por motivos socioeconómicos. Adicionalmente, para realizar un aborto se debe cumplir con una consejería previa y un periodo de reflexión. El aborto debe ser solicitado por escrito por la mujer y debe realizarse en una institución médica.

Los países que han regulado el aborto por motivos socioeconómicos comparten una limitación temporal de 12 semanas de embarazo y todos han contemplado trámites adicionales, como la consejería, el periodo de reflexión, la certificación médica y la realización del aborto por un médico y en una institución acreditada, entre otros. Sin embargo, se debe anotar que muchas veces la justificación no es explícita pero se entiende, en la práctica, que de una situación socioeconómica difícil puede derivarse una situación de angustia que justifique el aborto, por lo que se entendería comprendida dentro de la justificación por motivos de angustia en aquellos países que la contemplan.

6. Conclusión

De la descripción anterior se deduce que la Corte en la presente sentencia, al enunciar el condicionamiento al artículo 122 acusado, se limitó a comprender las circunstancias extremas en las cuales se presentaría una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer al exigirle continuar con su embarazo. Además de estas hipótesis, el legislador puede avanzar en la determinación de otras siempre que se respeten estos mínimos y no se sobrepasan los linderos constitucionales consistentes en el respeto de la mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos así como en la no desvalorización de la vida que el Estado tiene el deber de proteger.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

ANEXO (23 páginas)
Cuadro I: Orientación básica de los tribunales constitucionales en las diferentes decisiones sobre el aborto (Págs. 1-4 del anexo).

---

como una situación que causa un "shock" físico o psicológico o una situación social imposible". Traducción: "Article 5: (1) An abortion can only be performed in the case of an emergency or of the severe crisis of the pregnant woman in accordance with the provisions of the present act. (2) a severe crisis is a situation causing bodily or psychological shock or an impossible social situation."

Cuadro II: Parámetros sentados por los tribunales constitucionales y la legislación sobre aborto (Págs. 5-14 del anexo).
Cuadro III: Sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de libertad durante el primer trimestre de embarazo (Págs. 15-16 del anexo).
Cuadro IV: Sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de indicadores durante el primer trimestre de embarazo (Págs. 17-20 del anexo).
Cuadro V: Sistemas legislativos con aborto lícito de acuerdo al régimen de indicadores después del primer trimestre de embarazo (Págs. 21-23 del anexo).

ANEXO

CUADRO I

ORIENTACIÓN BÁSICA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

País	Orientación básica de la Corte	Norma legal Juzgada/caso	Condiciones/trámites en que es lícito abortar	Derechos/intereses/ valores en colisión	
				Mujer	Embrión/Feto
Alemania	Corte prohíbe despenalización total del aborto pero admite el aborto en circunstancias excepcionales y establece requisitos	1. Ley de Reforma del Aborto" de 1974. (libertad en las primeras 12 semanas + indicadores) 2. Ley de Reforma de Aborto de 1992. (Libertad con trámite en las primeras 12 semanas + indicadores) 3. "Ley de Ayuda a la Mujer Embarazada" en el Estado de Baviera. (restricción de número de abortos realizados en hospitales, requisitos para hospitales)	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo por: 1. Circunstancias médicas; 2. Circunstancias eugenésicas; 3. Circunstancias penales; 4. Circunstancias sociales: siempre que se cumpla con una consejería previa y un periodo de espera de tres días. Ambos trámites deben ser certificados. La consejería tiene como objetivo persuadir a la mujer para que lleve a término el embarazo y concientizarla de su responsabilidad además de advertir que el feto tiene un derecho a la vida.	1. Derecho a la vida; 2. Derecho a la salud; 3. Derecho a la autodeterminación.	1.Derecho a la vida; 2. Deber del Estado de protección al feto. 3. Dignidad humana
Canadá	Corte despenaliza	1. Sección 251 del Código Penal. (criminaliza aborto menos cuando exista peligro para la vida de la mujer + trámite)	Es libre la decisión de la mujer de abortar durante el primer trimestre de embarazo. El aborto debe ser posible, aun después del primer trimestre, cuando la vida o la salud de la mujer se encuentren en peligro de continuar el embarazo.	1. Derecho a la seguridad personal; 2. Libertad de conciencia	Interés estatal en proteger la vida del no nacido
España	Corte permite	1. Artículo 417 del Código	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de	1.Derecho a la vida;	Interés del Estado de

País	Orientación básica de la Corte	Norma legal Juzgada/caso	Condiciones/trámites en que es lícito abortar	Derechos/intereses/ valores en colisión	
				Mujer	**Embrión/Feto**
	despenalización por el legislador en circunstancias excepcionales	Penal. (Criminaliza con excepción de presencia de indicadores que justifiquen abortar)	embarazo cuando: 1. La vida de la mujer o su salud física o mental se encuentre en peligro; 2. El embarazo sea producto de una violación y haya sido denunciada; y 3. Se presuma que el feto nacerá con malformaciones físicas o psíquicas. No existe limitación temporal para abortar cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la mujer. Es posible el aborto cuando sea probable que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas hasta la semana 22 de embarazo.	2. Derecho a la salud; 3. Dignidad humana; 4. Derecho al libre desarrollo de la personalidad; 5. Derecho a la intimidad; 6. Derecho a la integridad física y moral	proteger la vida del no nacido.
Estados Unidos	Corte despenaliza y revisa detalles de requisitos para ejercer derecho a abortar	1. Ley de aborto en el Estado de Texas (1973) (Criminaliza menos por amenaza a vida de la mujer); 2. Doe v. Bolton 3. Ley de aborto en el Estado de Pennsylvania (1992) (Requisitos de trámite para aborto legal); 4. Ley de aborto en el Nebraska (2000) (Prohibición de tipos de intervenciones quirurgicas); 5. Ley de aborto de New Hampshire (2005) (requisito de	El derecho de la mujer a abortar no se puede limitar con una carga indebida o inapropiada para la mujer. Durante el primer trimestre es libre y se permiten las siguientes condiciones: 1. Periodo de espera de 24 horas (Pennsylvania); 2. Consejería médica que educa sobre viabilidad del feto (Pennsylvania); 3. Consentimiento de los padres cuando se es menor (Pennsylvania; New Hampshire). 4. Obligación de llevar archivo sobre interrupciones de embarazos guardando la confidencialidad de la paciente (Pennsylvania). Durante el segundo trimestre de embarazo caben restricciones al derecho a abortar para proteger vida o salud de la mujer. Después de la viabilidad del feto es posible penalizar el aborto.	Derecho a la intimidad	Interés estatal en proteger la vida potencial

País	Orientación básica de la Corte	Norma legal Juzgada/caso	Condiciones/trámites en que es lícito abortar	Derechos/intereses/ valores en colisión	
				Mujer	Embrión/Feto
		consentimiento de padres para menores).			
Francia	Corte permite despenalización por el legislador	Ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo 1975. (Sistema de indicadores)	Es posible acceder a un aborto sin sujeción a condiciones en las primeras doce semanas de embarazo por motivos de angustia. Después de ese periodo se permite, sin limitación temporal por peligro para la vida o salud de la mujer o por malformaciones en el feto.	Derechos de autonomía	Derecho a la salud del menor
Hungría	Corte permite despenalización en circunstancias excepcionales descritas con precisión por el legislador.	1. Decreto 76 de 1988; (sistema de indicadores) 2. Ley para la Protección de la Vida Fetal 1996. (Sistema de indicadores)	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo por: 1. Amenaza a la salud de la mujer; 2. Probabilidad de serio defecto o daño del feto; 3. Embarazo es producto de un acto criminal. Es posible acceder a un aborto lícito hasta la 18 semana de embarazo cuando: 1. Mujer es incapaz 2. No supo de su embarazo por error médico.	1. Derecho a la vida; 2. Derecho a la salud; 3. Derecho a la autodeterminación.	Interés de proteger la vida fetal
Irlanda	Corte admite excepción a la penalización del aborto por riesgo para la vida de la mujer	Attorney General contra X, 1992	Solo es posible acceder a un aborto lícito ante un riesgo real y sustancial para la vida de la mujer.	Derecho a la vida	Derecho a la vida
Italia	Corte ordena despenalización en circunstancias donde la vida o salud de la mujer se encuentre amenazada.	1. Artículo 546 del Código Penal de 1975 (criminaliza sin excepción)	Es posible acceder a un aborto lícito cuando de acuerdo a una certificación médica se establezca que la salud o vida de la mujer se encuentra en peligro con la continuación del embarazo.	1. Derecho a la vida; 2. Derecho a la salud;	Interés estatal de salvaguarda del embrión.

País	Orientación básica de la Corte	Norma legal Juzgada/caso	Condiciones/trámites en que es lícito abortar	Derechos/intereses/ valores en colisión	
				Mujer	Embrión/Feto
Polonia	Corte prohíbe despenalización pero admite circunstancias excepcionales.	Ley de Planeaci Familiar, Protección Fetos Humanos y las Condiciones bajo las cuales se puede Interrumpir el Embarazo 1996. (sistema de indicadores)	Es posible acceder a un aborto lícito hasta la viabilidad del cuando: 1. Exista una amenaza para la vida o salud de la mujer; 2. Existan malformaciones del feto o defectos físicos o mentales severos; y 3. El embarazo sea el producto de un delito.	1. Derecho a la vida; 2. Derecho a la salud.	Deber de proteger la vida desde la concepción y en todas las etapas del desarrollo del feto.
Portugal	Corte permite despenalización por el legislador	Ley 6 de 1984 (siste de indicadores)	Es posible acceder a un aborto lícito cuando: 1. La terminación del embarazo sea la única manera de eliminar el riesgo de muerte o un daño severo permanente para la salud física o mental de la madre; 2. La continuación del embarazo ponga en riesgo de muerte o de daño severo la salud mental o física de la mujer, siempre que la intervención se haga durante las primeras doce semanas de embarazo; 3. Existan motivos sustanciales para creer que el niño a nacer sufriera de una enfermedad seria o incurable o de malformaciones, y el procedimiento se realiza durante las primeras 16 semanas de embarazo; 4. Existan indicios significativos de que el embarazo era el resultado de una violación, y el procedimiento se realiza durante las primeras doce semanas de embarazo. Trámite común: 1. Consentimiento escrito de la mujer o de su representante lega en caso de ser menor de 16 años o incapaz. (Mínimo tres días antes de la intervención) 2. La intervención debe ser realizada por un médico o bajo su	1. Derecho a la vida 2. Derecho a la salud 3. Derecho al buen nombre y reputación 4. Derecho a una maternidad conciente 5. Dignidad	Protección a la vida intrauterina

País	Orientación básica de la Corte	Norma legal Juzgada/caso	Condiciones/trámites en que es lícito abortar	Derechos/intereses/ valores en colisión	
				Mujer	Embrión/Feto
			dirección 3. La intervención debe realizarse en un establecimiento de salud autorizado. 4. Certificación médica de las circunstancias para que proceda un aborto lícito (es obviado en caso de urgencia).		

CUADRO II

PARAMETROS SENTADOS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA REGULACIÓN SOBRE ABORTO

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
Alemania	Corte prohíbe descriminalización pero admite circunstancias excepcionales y establece requisitos	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo por: 1. Circunstancias médicas; 2. Circunstancias eugenésicas; 3. Circunstancias penales; 4. Circunstancias de necesidad: siempre que se cumpla con una consejería previa y un periodo de espera de tres días. Ambos trámites deben ser certificados. La consejería tiene como objetivo persuadir a la mujer para que lleve a término el embarazo y concientizarla de su responsabilidad además de advertir que el feto tiene un derecho a la vida.	Reforma al Código Penal 1995. Aborto lícito en las primeras doce semanas sin indicador pero sujeto a trámite. Trámite a) consejería con el objeto de persuadir y superar el conflicto generado por la situación de necesidad de la mujer. b) certificado de consentimiento de la mujer y de que se cumplió con la consejería. c) periodo de espera de tres días Aborto lícito sin sujeción temporal por indicador terapéutico si: Ante las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer Se hace necesario evitar un peligro para su vida o el peligro de un perjuicio grave para la salud corporal y espiritual de la mujer. Condición 1. Que los peligros no puedan evitarse de otra manera que sea exigible a la mujer. Aborto lícito por certificación médica de indicador ético-criminal dentro de las 12 semanas de embarazo. Aborto no punible (juez prescinde de la pena) hasta la semana 22 si practicado en razón al estado de angustia de la mujer certificado por el médico y después de asesoría.
Argentina	No hay fallo a nivel nacional	---	Código Penal de 1922. Reformado en 1984.

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			Aborto ilegal excepto: 1. Cuando la vida o salud de la mujer se encuentre en peligro, siempre que no exista otra manera para evitar este peligro; y 2. Cuando el embarazo es el resultado de una violación o de un atentado al pudor contra una mujer idiota o demente. Trámite: a) Los aborto debe ser realizados por un médico diplomado; b) Consentimiento de la mujer o de su representante legal, en el caso de la segunda excepción.
Canadá	Corte despenaliza	Es libre la decisión de la mujer de abortar durante el primer trimestre de embarazo. El aborto debe ser posible, aun después del primer trimestre, cuando la vida o la salud de la mujer se encuentren en peligro de continuar el embarazo.	No hay disposición vigente sobre aborto
Chile	No hay fallo	---	El aborto en Chile se encuentra totalmente prohibido
Bélgica	No hay fallo	---	Código Penal de 1867. Reformado en 1990. 1. Aborto lícito en las primeras 12 semanas de embarazo por motivos de angustia. Trámite: a) Establecimiento médico b) Deber de información y consejería sobre: derechos, opciones, intervención; c) Periodo de espera de 3 días; d) Consentimiento por escrito; e) Registro de historia clínica. 2. Después de la doceava semana de embarazo es posible llevar a cabo un aborto legal solo si: a) La continuación del embarazo representa un peligro grave

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			para la salud de la mujer; o b) El que va a nacer sufrirá de una afección particularmente grave y reconocida como incurable en el momento del diagnostico, que debe ser emitido por dos médicos.
Brasil	No hay fallo a nivel nacional[434]		Código Penal 1940 Aborto lícito: 1. Cuando la continuación del embarazo represente un peligro para la vida de la mujer siempre que no exista otro medio para salvar su vida; 2. Cuando el embarazo es el resultado de una violación o incesto. En el caso de violación o incesto, para que se realice el aborto, se requiere el consentimiento de la mujer o de su representante legal, en caso de ser incapaz. 3. Cuando la mujer que aborta es menor de 14 años, es incapaz mentalmente o cuando el consentimiento de la mujer fue obtenido mediante fraude, grave amenaza o violencia.
España	Corte permite despenalización en circunstancias excepcionales	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo cuando: 1. La vida de la mujer o su salud física o mental se encuentre en peligro; 2. El embarazo sea producto de una violación; y 3. Se presuma que el feto nacerá con malformaciones físicas o psíquicas.	Ley orgánica 9 de 1985 Aborto lícito: 1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá

[434] El Tribunal Supremo de Brasil conoció en el año 2004 de un recurso de habeas corpus contra la realización de un aborto eugenésico por anencefalia. El Tribunal, como medida provisional, decidió suspender todos los procesos contra abortos por anancefalia para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la materia. Finalmente, cuando el caso llego al Tribunal, el 4 de marzo de 2004, la mujer, Gabriela Oliveira Cordeiro, ya había tenido el bebé, que vivió solo 7 minutos. La Corte no se pronunció de fondo sobre el tema por carencia actual de objeto manteniendo la regulación del aborto como se encontraba, sin la posibilidad de realizar abortos legales terapéuticos.

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
		No existe limitación temporal para abortar cuando sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la mujer. Es posible el aborto cuando sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas hasta la semana 22 de embarazo.	prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso. 2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado. 3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.
Estados Unidos	Corte despenaliza y revisa detalles de requisitos para ejercer derecho a abortar	El derecho de la mujer a abortar no se puede limitar con una carga indebida o inapropiada para la mujer. Durante el primer trimestre es libre y se permiten las siguientes condiciones: 1. Periodo de espera de 24 horas (Pennsylvania); 2. Consejería médica que educa sobre viabilidad del feto (Pennsylvania); 3. Consentimiento de los padres cuando se es menor (Pennsylvania; New Hampshire). 4. Obligación de llevar archivo sobre interrupciones de embarazos guardando la confidencialidad de la paciente (Pennsylvania). Durante el segundo trimestre de embarazo caben restricciones al derecho a abortar para	Varía de acuerdo al estado

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
		proteger vida o salud de la mujer. Después de la viabilidad del feto es posible penalizar el aborto.	
Francia	Corte permite despenalización por el legislador	Es posible acceder a un aborto sin sujeción a condiciones en las primeras doce semanas de embarazo por motivos de angustia. Después de ese periodo se permite, sin limitación temporal por peligro para la vida o salud de la mujer o por malformaciones en el feto.	Código de Salud Pública, Ley 2001-588 del 7 de julio de 2001 y por el Código Penal francés. Aborto legal en las primeras 12 semanas de embarazo por: 1. Angustia de la mujer. Trámite: a) Realizado por médico b) Hospital acreditado c) Deber de información y consejería d) Periodo de espera de 7 días e) Declaración de consentimiento escrita f) Consentimiento de padres/representante/corte para menores Aborto legal después de 12 semanas de embarazo: i) Si la continuación del embarazo representa un peligro para la vida de la mujer; ii) Si el embarazo representa un grave peligro en la salud de la mujer; o iii) Si se encuentra que el niño sufrirá una enfermedad severa determinada como incurable. Trámite: a) Dos médicos miembros de un equipo pluridisciplinario deben certificar cualquiera de los casos.
Hungría	Corte permite despenalización en circunstancias excepcionales descritas con precisión por el legislador.	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo por: 1. Amenaza a la salud de la mujer; 2. Probabilidad de serio defecto o daño del feto;	Ley LXXXVII de 2000 que reforma la Ley LXXIX sobre la Protección de la Vida Fetal. Aborto legal en cualquier momento cuando: 1. Exista una amenaza a la vida de la mujer

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
		3. Embarazo es producto de un acto criminal. Es posible acceder a un aborto lícito hasta la 18 semana de embarazo cuando: 1. Mujer es incapaz 2. No supo de su embarazo por error médico.	Aborto legal en las primeras 12 semanas de embarazo cuando: 1. Exista una amenaza a la salud de la mujer; 2. Sea probable que el feto sufra una severa deficiencia médica u otra clase de lesión médica; 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una violación; y 4. Cuando la mujer embarazada se encuentra en estado de crisis severo. Trámite: a) Deber de información y consejería con el objetivo de persuadir b) Periodo de espera de 3 días Aborto legal hasta la semana 18 cuando: 1. Mujer incapaz Aborto legal hasta la semana 24 cuando: 1. Probabilidad de daño genético fetal exceda el 50% Requisito para todas las excepciones: a) Ciudadanas húngaras; o b) Estadía en el país mínima de 2 meses con permiso de estadía; o c) Refugiada; o d) Solicitando estatus de refugiada; o e) Si bajo las normas internacionales no pueden ser expulsadas del territorio.
India	No hay fallo		Ley sobre la Terminación Médica del Embarazo, 1972 Aborto legal en las primeras 12 semanas sin condiciones Aborto legal hasta las 22 semanas de embarazo cuando: 1. La continuación del embarazo represente un peligro para la salud física o mental de la mujer; 2. Exista un grave riesgo de que el feto sufra anormalidades

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			físicas o mentales; 3. Violación; 4. Falla un método anticonceptivo usado por una mujer casada o su esposo para controlar el número de hijos que desean tener. Aborto legal hasta la semana 20 cuando: i) la continuación del embarazo podría involucrar un riesgo a la vida de la mujer o cause un grave daño en la salud física o mental de la mujer; o ii) existe un riesgo sustancial que el niño que nazca podría sufrir de una anormalidad física o mental que devenga en una discapacidad grave. Trámite: a) Certificación de los indicadores por dos médicos que puede ser desconocida en caso de emergencia. Requisitos generales: a) Los abortos deben ser realizados en un hospital público o en un hospital o centro médico acreditado por el gobierno; b) Si la mujer es menor de 18 años o es incapaz se requiere el consentimiento de su guardián o representante legal.
Italia	Corte ordena despenalización en circunstancias donde la vida o salud de la mujer se encuentre amenazada.	Es posible acceder a un aborto lícito cuando de acuerdo a una certificación médica se establezca que la salud o vida de la mujer se encuentra en peligro con la continuación del embarazo.	Ley 194 de 1978. Aborto legal en las primeras 12 semanas cuando: 1. La continuación del mismo cree un grave peligro a la salud mental o física de la mujer, teniendo en consideración su estado de salud, y su situación económica, social o familiar, las circunstancias bajo las cuales ocurrió la concepción o la probabilidad de que el no nacido pueda sufrir de malformaciones o anormalidades. Trámite: a) Los abortos deben realizarse en establecimientos autorizados

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			por médico u obstetra; b) Deber de información y consejería; c) Certificación de consentimiento y consejería; d) Periodo de espera de siete días, desconocido en casos de urgencia; e) Consentimiento de padres/representante legal/corte para menores. Aborto legal después de las primeras doce semanas cuando: 1. Vida de la mujer esté en grave peligro; 2. Salud de la mujer esté en grave peligro; 3. Feto sufrirá de malformaciones. Trámite: a) previo diagnostico de un médico ginecólogo u obstetra 8se desconoce por urgencia) b) Consentimiento de padres/representante legal/corte para menores.
Irlanda	Corte admite excepción a la penalización del aborto por riesgo de vida de la mujer	Solo es posible acceder a un aborto lícito ante un riesgo real y sustancial para la vida de la mujer.	No hay norma posterior
Polonia	Corte prohíbe despenalización pero admite circunstancias excepcionales.	Es posible acceder a un aborto lícito en el primer trimestre de embarazo cuando: 1. Exista una amenaza para la vida o salud de la mujer; 2. Existan malformaciones del feto o defectos físicos o mentales severos; y 3. El embarazo sea el producto de un delito.	Ley del 7 de enero de 1993 sobre Planeación Familiar, Protección de Fetos Humanos y las Condiciones bajo las cuales se puede Interrumpir el Embarazo. Aborto legal hasta que el feto pueda sobrevivir de manera independiente de la madre cuando: 1. El embarazo esté amenazando la vida de la mujer seriamente o poniendo en peligro su salud, Trámite: previo diagnostico de dos médicos diferentes al que realizará la intervención. El diagnóstico es innecesario si la amenaza a la vida de la madre debe ser eliminada

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			inmediatamente; 2. Exista un defecto serio e irremediable en el feto. Trámite: a) Diagnóstico prenatal de dos médicos diferentes al que lleva a acabo la intervención; 3. El embarazo sea el resultado de una violación Trámite a) Declaración de un oficial del procurador de que existen razones válidas para sospechar que el embarazo es el resultado de un acto ilegal.
Portugal	Corte permite despenalización	**Es posible acceder a un aborto lícit cuando:** 1. La terminación del embarazo sea la única manera de eliminar el riesgo de muerte o un daño severo permanente para la salud física o mental de la madre; 2. La continuación del embarazo ponga en riesgo de muerte o de daño severo la salud mental o física de la mujer, siempre que la intervención se haga durante las primeras doce semanas de embarazo; 3. Existan motivos sustanciales para creer que el niño a nacer sufriera de una enfermedad seria o incurable o de malformaciones, y el procedimiento se realiza durante las primeras 16 semanas de embarazo; 4. Existan indicios significativos de que el embarazo era el resultado de una violación, y el	Ley 6 de 1985 **Es posible acceder a un aborto lícito cuando:** 1. La terminación del embarazo sea la única manera de eliminar el riesgo de muerte o un daño severo permanente para la salud física o mental de la madre; 2. La continuación del embarazo ponga en riesgo de muerte o de daño severo la salud mental o física de la mujer, siempre que la intervención se haga durante las primeras doce semanas de embarazo; 3. Existan motivos sustanciales para creer que el niño a nacer sufriera de una enfermedad seria o incurable o de malformaciones, y el procedimiento se realiza durante las primeras 16 semanas de embarazo; 4. Existan indicios significativos de que el embarazo era el resultado de una violación, y el procedimiento se realiza durante las primeras doce semanas de embarazo. Trámite común: 1. Consentimiento escrito de la mujer o de su representante lega en caso de ser menor de 16 años o incapaz. (Mínimo tres días

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
		procedimiento se realiza durante las primeras doce semanas de embarazo. Trámite común: 1. Consentimiento escrito de la mujer o de su representante lega en caso de ser menor de 16 años o incapaz. (Mínimo tres días antes de la intervención) 2. La intervención debe ser realizada por un médico o bajo su dirección 3. La intervención debe realizarse en un establecimiento de salud autorizado. 4. Certificación médica de las circunstancias para que proceda un aborto lícito (es obviado en caso de urgencia).	antes de la intervención) 2. La intervención debe ser realizada por un médico o bajo su dirección 3. La intervención debe realizarse en un establecimiento de salud autorizado. 4. Certificación médica de las circunstancias para que proceda un aborto lícito (es obviado en caso de urgencia).
Sudáfrica	No hay fallo		Ley de Terminación del Embarazo de 1996. Aborto legal en las primeras 12 semanas: 1. Motivos libres y sin trámite. Aborto legal hasta la venteaba semana: 1. Si la continuación del embarazo constituye una amenaza a la salud física o mental de la mujer; 2. Si existe un riesgo de que el feto sufra de una anormalidad física o mental; 3. Si el embarazo es el resultado de una violación o incesto; y 4. Si la continuación del embarazo puede afectar significativamente las condiciones socioeconómicas de la mujer. Aborto legal después de la venteaba semana cuando la continuación del embarazo: 1. Puede poner en peligro la vida de la mujer; 2. Desencadena una severa malformación del feto; o

País	Orientación básica de la Corte	Condiciones/trámites en que es lícito abortar admitidas por la Corte de acuerdo a lo juzgado	Regulación vigente posterior a la juzgada por la Corte
			3. Puede poner en riesgo de lesiones al feto. Trámite a) Certificación de cualquiera de los indicadores por dos médicos o practicantes de la medicina. Requisitos generales: a) Los abortos debe ser realizados en hospitales o centros autorizados por el gobierno; b) Los abortos debe ser realizados médicos o parteras con formación especial; c) Consentimiento de la mujer; d) Consentimiento del esposo o representante legal cuando la mujer es incapaz; e) Registro de abortos con guarda de confidencialidad de la mujer.

CUADRO III.

SISTEMAS LEGISLATIVOS CON ABORTO LÍCITO DE ACUERDO AL RÉGIMEN DE LIBERTAD EN EL PRIMER TRIMESTRE

País	Libre	Deber de información sobre procedimiento, ayudas/consejería	Oportunidad de persuadir	Periodo de reflexión	Certificación de consentimiento o trámite	Consentimiento familiar para menores	Notificación al padre	Deber de registro de historias clínicas sobre abortos	Particularidades
Alemania	No[435]	---	---	---	---	---	---	---	
Argentina	No	---	---	---	---	---	---	---	
Canadá	Si	Posible	No	Posible	Posible	Posible	No	Posible	Regulación especial para cada provincia o sin regulación.
Chile	No	--	---	---	---	---	---	----	
Bélgica	No	---	---	---	---	---	---	---	
Brasil	No	---	---	---	--	--	---	---	
España	No	---	---	---	---	---	---	---	
Estados Unidos	Si	Posible	No	Posible	Posible	Posible	No	Posible	Regulación varía en cada estado.
Francia	No	---	---	---	---	---	---	----	
Hungría	No	---	---	---	---	---	---	----	
India	Si	No	No	No	Si	Si	No	No	Los abortos deben realizarse en una clínica certificada por un médico registrado

[435] Las normas vigentes permiten que la mujer aborte dentro de las primeras 12 semanas de embarazo si mediante una consejería no se logra disuadirla convenciéndola de que la situación de necesidad invocada por ella puede ser superada de tal forma que no exista un conflicto con la importancia de garantizar la vida del nascituros (Art. 219 Código Penal denominado “Asesoría a la mujer en una situación de necesidad y conflicto”). Se requiere la certificación del consejero en el sentido de que se no se pudo superar el conflicto. Algunos interpretan que este requisito previo es un trámite menor lo cual justificaría clasificar Alemania como un sistema de libertad.

Italia	No	---	---	---	---	---	---	---	
Irlanda	No	---	---	---	---	---	---	---	
Polonia	No	---	---	---	---	---	---	---	
Portugal	No	---	---	---	---	---	---	---	
Sudáfrica	Si	No	No	No	Si	No	No	Si	

CUADRO IV
SISTEMAS LEGISLATIVOS CON ABORTO LÍCITO DE ACUERDO AL RÉGIMEN DE INDICADORES EN EL PRIMER TRIMESTRE DE EMBARAZO

País	Otro	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
Alemania	Estado de necesidad	Si	Si	Si	No	Si	No[436]	El aborto es permitido durante las primeras doce semanas de embarazo de acuerdo a un estado de necesidad de la embarazada. Sin embargo, la posibilidad de abortar se encuentra sujeta a que la mujer asista a una consejería donde tratarán de persuadirla de su decisión y de ayudarla a sobrellevar su estado de necesidad. El aborto solo procede con la certificación correspondiente para que sea considerado lícito. Durante las primeras 12 semanas de embarazo se contempla la posibilidad de abortar de acuerdo al indicador ético- criminal sin consejería.
Argentina	No	Si	Si	Si	No	Si	No	El aborto por violación solo se establece para mujeres dementes o incapaces
Canadá	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Regulación especial para cada provincia o sin regulación.
Chile	No	---	---	---	---	---	---	---
Bélgica	Angustia	Si	Si	Si	Si	No[437]	No[438]	La regulación para un aborto legal en el primer trimestre solo hace referencia a condiciones de angustia pero se permite el aborto después de la doceava semana y sin limitación temporal si la continuación del embarazo pone en peligro la vida o salud de la mujer o si el niño nacerá con malformaciones por lo que se

[436] El estado de necesidad es tan amplio que puede comprender necesidades de origen socioeconómico.
[437] La indicación de aborto por violación no es explicita pero se entiende en la practica que de la violación puede derivarse una situación de angustia que justifique el aborto (el aborto por motivos de angustia se permite durante el primer trimestre de embarazo).
[438] La indicación de aborto por motivos socioeconómicos no es explicita pero se entiende en la practica que de una situación socioeconómica difícil puede derivarse una situación de angustia que justifique el aborto (el aborto por motivos de angustia se permite durante el primer trimestre de embarazo).

País	Otro	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
								entiende que dichos motivos son admisibles durante el primer trimestre de embarazo.
Brasil	No	Si	No	No	No	Si	No	En el caso de violación o incesto se requiere el consentimiento de la mujer o de su representante legal, si la mujer es incapaz..
España	No	Si	Si	Si	Si[439]	Si	No	Para que proceda el aborto por amenaza a la vida o salud de la mujer se requiere un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Para que proceda el aborto por violación o incesto se requiere denuncia penal. El aborto por malformaciones debe certificarse por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.
Estados Unidos	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	
Francia	Angustia	Si	Si	Si	Si[440]	No[441]	No[442]	No hay regulación sobre los indicadores diferentes al de la angustia pero la norma establece que es posible el aborto por peligro en la vida a o salud de la madre y por malformaciones en todo momento. Sin embargo, las anteriores justificaciones no requieren de un trámite adicional al establecido para los abortos por motivos de angustia durante las primeras doce semanas de

[439] Se entiende por malformación la presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas.
[440] Se entiende por malformación que el niño sufrirá una enfermedad severa determinada como incurable.
[441] La indicación de aborto por violación no es explicita pero se entiende en la practica que de la violación puede derivarse una situación de angustia que justifique el aborto (el aborto por motivos de angustia se permite durante el primer trimestre de embarazo).
[442] La indicación de aborto por motivos socioeconómicos no es explicita pero se entiende en la practica que de una situación socioeconómica difícil puede derivarse una situación de angustia que justifique el aborto (el aborto por motivos de angustia se permite durante el primer trimestre de embarazo).

País	Otro	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
								embarazo.
Hungría	Situación de crisis seria	No es explicito	Si	Si	Si[443]	Si	Si	Las personas que no sean ciudadanos húngaros solo podrán realizarse un aborto en Hungría si llevan dos meses en el país con permiso de estadía, si son refugiadas o están solicitando dicho estatus o si bajo las normas internacionales no pueden ser expulsadas del territorio.
India	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Siempre debe mediar el consentimiento de la mujer. Cuando el embarazo sea el resultado de fallas de cualquier método anticonceptivo usado por una mujer casada o por su marido con el propósito de limitar el número de hijos se entenderá que la angustia causada por ese embarazo no deseado es un daño severo a la salud mental de la mujer embarazada.
Italia	No	Si	Si	Si	Si	Si	Si	Trámite para todos los casos: a) Los abortos deben realizarse en establecimientos autorizados; b) Deber de información y consejería; c) Certificación de consentimiento y consejería; d) Periodo de espera de siete días, salvo en casos de urgencia; e) Consentimiento de padres/representante legal/corte para menores.
Irlanda	No	No[444]	No	No	No	No	No	Es posible viajar a otro estado donde el aborto sea legal cuando la continuación del embarazo presente un riesgo real y sustancial a la vida de la mujer.
Polonia	No	Si	Si	Si	Si[445]	Si	No	Todas las razones deben ser justificadas por dos médicos. La que se refiere a violación debe ser confirmada por autoridad pública competente. (Hay motivos serios para creer que fue violada.)
Portugal	No	Si	Si	Si	Si	Si	No	Trámite para todos los casos:

[443] Se entiende por malformación que sea médicamente probable que el feto sufra de una deficiencia seria o de cualquier otro daño.
[444] La ley no ha regulado la excepción fijada por la Corte Suprema de Justicia.
[445] Se entiende por malformación un defecto serio e irremediable en el feto.

País	Otro	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
								a) Certificación médica de las circunstancias b)Periodo de reflexión de 3 días c) consentimiento escrito de la mujer (o del representante legal en caso de ser menor de 16 o incapaz) d) la intervención debe realizarse en una institución autorizada y por un médico o bajo su dirección. La indicación de peligro a la vida o salud de la mujer tiene un límite temporal de 12 semanas a menos que el aborto sea el único medio para evitar la muerte de la mujer o una lesión irreversible, circunstancia en que no existe limitación temporal. La indicación por malformaciones tiene un límite temporal de 16 semanas. La indicación por violación tiene una limitación temporal de 12 semanas.
Sudáfrica	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Libre	Puede ser realizado por un médico o partera.

CUADRO V
SISTEMAS LEGISLATIVOS CON ABORTO LÍCITO DE ACUERDO AL RÉGIMEN DE INDICADORES DESPUÉS DEL PRIMER TRIMESTRE DE EMBARAZO

País	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
Alemania	Si	Si	Si	No	No	No	La norma no establece una limitación temporal para abortar cuando el aborto es practicado por un médico con el consentimiento de la embarazada y esto ha sido aconsejado por el médico, en razón de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer, para evitar un peligro para su vida o el peligro de un perjuicio grave para la salud corporal y espiritual de la mujer, siempre y cuando esos peligros no puedan evitarse de otra manera que sea exigible a la mujer.
Argentina	Si	Si	Si	No	Si	No	La regulación es igual a la del primer trimestre.
Canadá	Si	Si	Si	No hay disposición	No hay disposición	No hay disposición	Las indicaciones no tienen un límite temporal establecido ni existe regulación nacional al respecto.
Chile	No	No	No	No	No	No	La regulación es igual a la del primer trimestre.
Bélgica	Si	Si	Si	Si[446]	No	No	En los dos casos contemplados como aborto legal (peligro a la vida o salud de la mujer y malformaciones fetales) se deben cumplir los mismos trámites que cuando se decide terminar el embarazo por motivos de angustia.
Brasil	Si	No	No	No	Si	No	En el caso de violación o incesto se requiere el consentimiento de la mujer o de su representante legal, en caso de que la mujer sea incapaz..
España	Si	Si	Si	Si[447]	No	No	Es la misma regulación que en el primer trimestre con excepción del aborto por violación o incesto que no se permite durante el segundo

[446] Se entiende por malformación que el que va a nacer sufrirá de una afección particularmente grave y reconocida como incurable en el momento del diagnostico, que debe ser emitido por dos médicos.
[447] Se entiende por malformación del feto que nacerá con graves taras físicas o psíquicas.

País	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
							trimestre y el límite al aborto eugenésico es de 22 semanas.
Estados Unidos	Libre hasta viabilidad del feto	Libre hasta viabilidad del feto	Libre hasta viabilidad del feto	Libre hasta viabilidad del feto	Libre hasta la viabilidad del feto	Libre hasta la viabilidad del feto	Se restringe la libertad para que la mujer, al abortar, no ponga en peligro su vida o salud.
Francia	Si	Si	Si	Si[448]	No	No	A diferencia del primer trimestre dos médicos miembros de un equipo pluridisciplinario deben certificar cualquiera de los anteriores casos. El aborto debe realizase en un hospital acreditado
Hungría	Si	No	No	Si[449]	No	No	A diferencia del primer trimestre solo operan las indicaciones de aborto por peligro a la vida de la madre y por malformaciones fetales pero con un límite temporal, en el primer caso, hasta la semana 18 cuando la mujer sea incapaz y en el segundo caso hasta la semana 24 de embarazo.
India	Si	Si	Si	Si[450]	Si	No	A diferencia del primer trimestre operan los indicadores señalados y deben ser certificados por dos médicos y existe un límite temporal de 20 semanas. Cuando el embarazo sea el resultado de la falla de cualquier método anticonceptivo usado por una mujer casada o por su marido con el propósito de limitar el número de hijos se entenderá que la angustia causada por ese embarazo no deseado es un daño severo a la salud mental de la mujer embarazada. Siempre debe constar el consentimiento de la mujer.
Italia	Si	Si	Si	Si[451]	No	No	A diferencia del primer trimestre en este periodo no se permite el aborto por violación o incesto ni por razones socioeconómicas y la

[448] Se entiende por malformación que el niño sufrirá una enfermedad severa determinada como incurable.
[449] Se entiende por malformación la probabilidad de un daño genético fetal que exceda el 50%.
[450] Se entiende por malformación que exista un riesgo sustancial que el niño que nazca podría sufrir de una anormalidad física o mental que se derive en una discapacidad grave.
[451] Esta excepción se entiende como un proceso patológico que constituya una seria amenaza a la salud física o mental de la mujer, como aquella asociada con anormalidades serias o malformaciones del feto que han sido diagnosticadas.

País	Vida de la madre	Salud mental de la madre	Salud física de la madre	Malformación del feto	Violación o incesto	Razones socioeconómicas	Particularidades
							malformación o amenaza en la salud de la mujer deberá ser diagnosticada y certificada por un médico y remitida al director del hospital. Admite obviar el de trámite por urgencia. Menores requieren consentimiento de padres/representante legal.
Irlanda	No[452]	No	No	No	No	No	Misma regulación que durante el primer trimestre.
Polonia	Si	Si	Si	Si[453]	Si	No	Misma regulación que durante el primer trimestre pero con límite temporal hasta la viabilidad del feto.
Portugal	Si	Si	Si	Si	No	No	Se mantienen las condiciones de trámite del primer trimestre. La indicación por malformaciones fetales tiene un límite temporal de 16 semanas de embarazo mientras que la indicación de peligro para la vida o salud de la mujer no tiene límite temporal si el aborto es el único medio para salvar la vida de la mujer o la continuación del embarazo cause un daño irreversible en su salud física o psíquica.
Sudáfrica	No es explicito	Si	Si	Si[454]	Si	Si	A diferencia del primer trimestre operan los indicadores señalados hasta la venteaba semana. Cualquiera de las circunstancias debe ser certificada por un médico.El aborto solo puede ser realizado por un médico. Sin embargo, es posible realizar un aborto después de la veinteava semana cuando dos médicos certifiquen que la continuación del embrazo: i) resultaría en una severa malformación del feto; ii) existe un riesgo de lesión para el feto, o iii) existe un peligro para la vida de la mujer.

[452] La ley no ha regulado la excepción fijada por la Corte Suprema de Justicia.
[453] Se entiende por malformación un defecto serio e irremediable en el feto.
[454] Se entiende por malformación que exista un riesgo sustancial de que el feto pueda sufrir de una anormalidad severa física o mental.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MARCO GERARDO MONROY CABRA Y RODRIGO ESCOBAR GIL A LA SENTENCIA C-355/06

COSA JUZGADA MATERIAL-Inexistencia/**PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**-Desconocimiento (Salvamento de voto)

En lo que respecta al asunto de si en el presente asunto existía o no cosa juzgada material, los suscritos compartimos la decisión mayoritaria conforme a la cual tal fenómeno no se daba, pero entendemos que la ratio decidendi que llevó a la adopción de la Sentencia C-133 de 1994, y a otros pronunciamientos posteriores proferidos tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, subsistía como un precedente jurisprudencial que no podía ser ignorado por la Corte en este caso, y que exigía exponer una carga argumentativa sobre un cambio científico y sociológico constatable, que no se dio en la presente oportunidad.

VIDA HUMANA-Protección desde el momento de la concepción (Salvamento de voto)

VIDA HUMANA-Carácter de derecho fundamental y no simple bien constitucionalmente relevante (Salvamento de voto)

Los magistrados que salvamos el voto consideramos constitucionalmente inaceptable la distinción planteada en la Sentencia, según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un "bien jurídico", al paso que la vida de las personas capaces de vida independiente sí constituye un derecho subjetivo fundamental. A nuestro parecer, la vida humana que aparece en el momento mismo de la concepción constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un "bien jurídico", al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano.

VIDA HUMANA-Determinación del momento a partir del cual se inicia (Salvamento de voto)

Los datos científicos que demuestran que la vida humana empieza con la concepción o fertilización ya habían sido admitidos por esta Corporación como conclusiones válidas obtenidas por la ciencia contemporánea. Ciertamente, como se vio, en la Sentencia C-133 de 1994 la Corte había definido que la vida humana comienza con la concepción y que desde ese momento merece protección estatal; y lo había hecho con base en datos científicos que sirvieron de fundamento

probatorio a la providencia. Por lo cual, sostener lo contrario en una Sentencia posterior, cambiando el sentido de la jurisprudencia, exigía desplegar una carga argumentativa científicamente soportada, que demostrara claramente que la vida humana no empieza en ese momento, cosa que no hizo la Sentencia.

NASCITURUS-Titular del derecho a la vida/**DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-** Derecho a la vida del que está por nacer (Salvamento de voto)

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, en su artículo 6° dice lo siguiente: "Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica." Para los suscritos, la norma internacional transcrita señala con precisión que una vez que aparece la vida humana en cabeza de un ser biológicamente individualizado, como según la ciencia lo es el nasciturus, en él se radica la personalidad jurídica, es decir, la efectiva titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el primero y principal, la vida, así como la aptitud para ser titular de otra categoría de derechos. En el mismo orden de ideas, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica) señala que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana", en una clara alusión a que todo ser humano es titular de los derecho humanos que reconoce el Derecho Internacional. Con más claridad aún, el numeral 2° del artículo 1° de esta misma Convención dice así: 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Por lo anterior, estiman los suscritos que conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no cabía duda respeto a que el ser humano que está por nacer tiene derecho a ser reconocido como persona, y en tal virtud es titular del derecho a la vida, por lo cual los artículos de la Constitución Política relativos a este derecho debieron ser interpretados a la luz de esta premisa fundamental.

NASCITURUS-Titularidad plena de derechos (Salvamento de voto)

NASCITURUS-Autonomía ontológica (Salvamento de voto)

Siendo la vida un proceso unitario desde la concepción hasta la muerte, y siendo evidente que en las etapas posteriores al nacimiento se trata de un proceso biológico autónomo y propio, es forzoso concluir que la vida desde su inicio se debe reputar autónoma en cuanto a la existencia

(autonomía ontológica), o más precisamente, que desde el comienzo de su vida el ser humano cuenta con un principio vital que le es propio. En tal virtud, desde este estadio el ser humano es un individuo ontológicamente diferenciado de su madre, cuyos derechos, por lo tanto, se distinguen de los de ella.

PRINCIPIO PRO HOMINE-Concepto (Salvamento de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Integración/**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD *STRICTO SENSU*-**Integración (Salvamento de voto)

Conforme a la reiterada jurisprudencia sentada por la Corte, el bloque de constitucionalidad stricto sensu se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Por su parte, el bloque de constitucionalidad lato sensu está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Entre ellas, los tratados sobre derechos humanos, las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, las leyes estatutarias. Los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad, como tampoco las normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos, por no estar mencionadas como prevalentes por la Carta.

TRATADO INTERNACIONAL-Concepto (Salvamento de voto)

RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-No integran el bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

En cuanto a las recomendaciones emanadas de los órganos de control y monitoreo de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, no existe una jurisprudencia uniforme contenida en una sentencia de constitucionalidad o de unificación proferida por esta Corporación que establezca su carácter vinculante, ni menos su incorporación al bloque de constitucionalidad. Tampoco la jurisprudencia de los organismos judiciales internacionales ha definido tal asunto. Además, por ser normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos, al no estar mencionadas como prevalentes por la Carta, no pueden considerarse como integrantes del bloque de constitucionalidad.

RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-Presupuestos para establecer carácter vinculante (Salvamento de voto)

Para establecer si una resolución o recomendación emanada de un organismo internacional es vinculante, en primer lugar debe acudirse al tratado constitutivo de las mismas, pues tal obligatoriedad debe desprenderse de dicho acto. (iv) Adicionalmente a lo anterior, para ser creadoras de derecho internacional las resoluciones deben cumplir estos requisitos: (a) ser una manifestación de la voluntad de la organización, adoptada conforme al tratado constitutivo; (b) no depender de la aceptación de otro sujeto internacional; (c) ser una manifestación de voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo, y no a exhortar, aconsejar, sugerir, instar a adoptar una conducta, solicitar colaboración, etc; (d) no desconocer normas de "jus cogens" o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto.

JURISPRUDENCIA DE INSTANCIAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS-Pauta relevante para interpretación de tratados y derechos constitucionales (Salvamento de voto)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Importancia (Salvamento de voto)

CONFLICTO EN INTERPRETACION DE TRATADO INTERNACIONAL-Organo que lo resuelve (Salvamento de voto)

Los suscritos entienden que son los Estados parte de un tratado internacional los llamados a producir su interpretación; y que, en caso de conflicto en la interpretación de un tratado de esta naturaleza, si el mismo no prevé la existencia de una corte llamada a aplicarlo o a interpretarlo, la Corte Internacional de Justicia sería la competente para ello.

RECOMENDACIONES DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS ENCARGADO DE MONITOREAR EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-Valor (Salvamento de voto)

RECOMENDACIONES DEL COMITE DE LA CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-

Carácter no vinculante de la Recomendación General No. 24 sobre "La Mujer y la Salud" (Salvamento de voto)

RECOMENDACIONES DEL COMITE ENCARGADO DE MONITOREAR LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO-Carácter no vinculante (Salvamento de voto)

RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ABORTO-No integran bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

Las recomendaciones relativas al aborto o los derechos de la mujer en materia de salud sexual y reproductiva emanadas de organismos internacionales no constituían normas de derecho internacional que crearan obligaciones jurídicas para Colombia, no era posible entender que las mismas formaban parte del bloque de constitucionalidad, de tal manera que constituyeran normas frente a las cuales fuera necesario confrontar las que se demandaban. Por otra parte, destacan los suscritos que tales recomendaciones, aparte de que estaban dirigidas al legislador y no a los órganos judiciales, no eran tampoco obligatorias de manera concreta para Colombia, por cuanto no se referían a ningún caso denunciado que hubiera sido tramitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o el Comité de los Derechos Humanos. Adicionalmente, destacan que, a la fecha, no hay opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de ninguna corte internacional, que reconozca el derecho al aborto, ni aun en casos excepcionales.

ESTATUTO DE ROMA-No emana obligación de despenalizar aborto (Salvamento de voto)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción (Salvamento de voto)

Del Derecho Internacional no emanaba ninguna obligación internacional de despenalizar el aborto, menos aun contenida en alguna fuente que pudiera considerarse constitutiva del bloque de constitucionalidad, y que ni siquiera era claro que de las instancias internacionales emanaran pautas relevantes en tal sentido. Antes bien, entienden que los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad expresamente reconocen el derecho a la vida de todos los seres humanos desde el momento mismo de la concepción.

DIGNIDAD HUMANA-Concepto (Salvamento de voto)

DIGNIDAD HUMANA-Fuente inmediata de los derechos fundamentales (Salvamento de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-No pueden ser desconocidos en aras del bien general (Salvamento de voto)

CONFLICTO DE DERECHOS-Criterios para resolver (Salvamento de voto)

CRITERIO DE JERARQUIZACION DE DERECHOS-Concepto/**CRITERIO DE JERARQUIZACION DE DERECHOS**-Circunstancias en que se utiliza (Salvamento de voto)

En ciertas circunstancias cobra importancia la utilización de este criterio. En efecto, la jerarquización es el método de resolución de conflictos de derechos en el cual se da prevalencia a uno sobre otro u otros, tras la demostración de que uno de ellos tiene mayor valía, y que por lo tanto su ejercicio debe prevalecer sobre el ejercicio de los demás. Tal sucede con el derecho a la vida, respecto del cual la Carta política parece referirse abstractamente a la mayor jerarquía de tal derecho, cuando en el artículo 11 enuncia: "El derecho a la vida es inviolable". Tal afirmación, no recogida respecto de los demás derechos, indica el carácter improfanable de la vida humana entendida como derecho. Y ello obedece a varias razones en las cuales vale la pena reparar.

METODO DE PONDERACION-Concepto (Salvamento de voto)

TEST DE PROPORCIONALIDAD-Pasos (Salvamento de voto)

ABORTO TERAPEUTICO-No supera test de proporcionalidad (Salvamento de voto)

El requisito de proporcionalidad en sentido estricto no se cumple. Ciertamente, el sacrificio o afectación de derechos del feto resulta superior al beneficio obtenido, que sería evitar el peligro de muerte de la madre. Pues el sacrificio de derechos del feto es el máximo posible que un ser humano pueda experimentar, si se tiene en cuenta que siendo la vida el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás derechos, su aniquilamiento no sólo desconoce ese primer derecho fundamental, sino todos los otros. Además, en este caso tal sacrificio se da con carácter de certeza, pues la acción médica que culmina con el aborto terapéutico es una acción directamente occisiva, encaminada a causar

intencionalmente la muerte del ser humano no nacido. Frente a este sacrificio en grado de intensidad máximo, el beneficio obtenido es evitar el riesgo o amenaza de muerte de la madre, es decir de una muerte eventual o probable, mas no cierta. En otra palabras, frente a la eventual muerte de la madre se yergue la cierta muerte de su hijo, de modo que la ponderación de derechos acaba haciéndose a partir de una situación fáctica de riesgo de muerte de la madre, a la que se opone la situación fáctica de certeza de muerte del feto. En definitiva, el llamado aborto terapéutico no supera el llamado test de proporcionalidad, básicamente porque no hay una proporcionalidad estricta entre el sacrificio de derechos del feto (muerte segura) y los beneficios obtenidos en la órbita de los derechos de la madre (evitar un riesgo o amenaza de muerte, es decir de una muerte eventual).

ABORTO DIRECTO Y ABORTO INDIRECTO-Diferencias (Salvamento de voto)

ABORTO INDIRECTO-No tipificación por el art. 122 del Código Penal (Salvamento de voto)

El llamado aborto indirecto, esto es el que es consecuencia no buscada sino padecida de un tratamiento o procedimiento médico o quirúrgico cuyo fin no consiste en eliminar al feto sino en preservar la salud y la vida de la madre en grave peligro de muerte, no caía bajo las previsiones del artículo 122 del Código Penal antes de la Sentencia, pues esta norma consagraba un tipo penal doloso. En efecto, la doctrina del derecho penal señala que cuando en el tipo penal no se establece la modalidad específica de culpa o preterintención, debe entenderse que el título de imputación es exclusivamente el dolo.

ABORTO DIRECTO-Dolo como requisito fundamental (Salvamento de voto)

ESTADO DE NECESIDAD-Concepto (Salvamento de voto)

ABORTO TERAPEUTICO Y ESTADO DE NECESIDAD-Incumplimiento del requisito de proporcionalidad estricta para que se configure causal de justificación (Salvamento de voto)

ABORTO TERAPEUTICO-Atentado contra la igualdad/**ABORTO TERAPEUTICO**-Supone la relativización del principio de dignidad humana (Salvamento de voto)

En el aborto terapéutico la causa del actuar del agente que lo provoca, esto es el riesgo de muerte que padece la madre, no resulta

proporcionada al daño cierto que se verifica en la esfera de los derechos del no nacido. Así, el aborto en este caso constituye un daño mayor, porque la elección se hace entre un daño cierto y un daño eventual. Lo anterior revela que detrás de la práctica de esta forma de aborto lo que verdaderamente subyace es la utilización de la vida del feto para erradicar el riesgo de muerte de la madre. En efecto, si la vida para el viviente es su mismo ser, el aborto terapéutico implica la utilización de un ser humano para los fines de otro, lo cual equivale a desigualar el derecho a la vida de la madre frente al derecho a la vida del hijo, concediéndole preponderancia al primero de estos derechos. El aborto terapéutico, así visto, se erige en un atentado contra la igualdad. Pero adicionalmente, el aceptar que la necesidad de salvar una vida justifique una acción directamente occisiva sobre la vida de un tercero, que por lo demás se encuentra en total estado de indefensión, supone una relativización tácita del principio de dignidad humana que, como se ha visto anteriormente, es uno de los principios fundantes del orden jurídico colombiano.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Ejercicio no puede llevarse a cabo sin ponderar el derecho a la vida del *nasciturus* (Salvamento de voto)

Ciertamente, las mujeres gozan en toda circunstancia de estos derechos, que no son sino un aspecto del más general derecho a la salud, en ocasiones conexo con la vida, con la dignidad o con el libre desarrollo de la personalidad. Lo que sucede es que el ejercicio de derechos a la salud reproductiva no puede llevarse a cabo sin ponderar adecuadamente la afectación de los derechos ajenos en juego, en particular el derecho subjetivo fundamental a la vida en cabeza del nasciturus, que en ocasiones puede entrar en conflicto con aquel.

DIGNIDAD HUMANA-No depende de la calidad de vida del ser humano (Salvamento de voto)

La dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella se derivan como exigencia, entre ellos el derecho a la vida como primero y principal, no dependen de la calidad de vida que las circunstancias personales de cada ser humano le permiten vivir.

ABORTO POR MALFORMACIONES GENETICAS-No puede asimilarse al homicidio por piedad (Salvamento de voto)

La Corte ha estimado que causar la muerte a otro movido por la piedad puede estar justificado. Empero, ha exigido que para que se configure tal causal de justificación, debe estar de por medio "la voluntad libre del

sujeto pasivo del acto". Es más, ha puesto énfasis en que deben existir regulaciones "destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino". Visto lo anterior, debe estimarse que no es posible asimilar el homicidio pietístico justificado (eutanasia consentida) al aborto que se practica en caso de detección de malformaciones genéticas, pues en este último el sujeto pasivo de la acción (el feto), no ha dado su consentimiento ni está en condiciones de hacerlo, sin que tampoco pueda razonablemente entenderse que su progenitora puede consentir por él, en asunto tan fundamental como el concerniente a la disposición de su vida.

ABORTO EUTANASICO-Prohibición constitucional (Salvamento de voto)

Entendiendo que en el Estado social de derecho la dignidad y la vida de los seres humanos malformados nacidos o no nacidos tiene igual valía que la de los que no padecen de malformaciones, los suscritos encuentran que ciertamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre se veía intensamente restringido cuando el artículo 122 del Código Penal examen le impedía abortar respecto de un embarazo que ella ya no aceptaba por razón de la inviabilidad del feto. Sin embargo, frente a esta restricción muy fuerte de derechos aparecía la mayor restricción de derechos del hijo no nacido, cuya vida se afectaba por el aborto en grado absoluto, en cuanto se veía anulada de forma total. Adicionalmente, dado que la vida es presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho en cabeza del feto, todos estos se veían igualmente afectados hasta su desconocimiento total, cosa que no sucedía en el caso de la madre, a quien la continuación del embarazo sólo restringía temporalmente su libertad. A lo anterior se sumaba que desde el criterio de la jerarquización de derechos, la vida del no nacido tiene mayor entidad jurídica que la libertad. Por todo lo cual, el conflicto de derechos que planteaba el llamado aborto eutanásico, debió haber sido resuelto a favor de su proscripción constitucional.

ABORTO EN CASO DE VIOLACION, INSEMINACION ARTIFICIAL O TRASFERENCIA DE OVULO NO CONSENTIDA-Supone la relativización del principio de dignidad humana (Salvamento de voto)

ABORTO EN CASO DE VIOLACION, INSEMINACION ARTIFICIAL O TRASFERENCIA DE OVULO NO CONSENTIDA-Penalización no elimina el derecho de autodeterminación reproductiva (Salvamento de voto)

En relación con la prohibición general del aborto y el derecho a de la mujer a decidir libremente el número de hijos que desea tener y el momento correspondiente, derecho al cual se le denomina autodeterminación reproductiva. Ciertamente, como se dijo anteriormente, el embarazo forzado producto de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida constituyen delitos que atengan contra este derecho fundamental de las mujeres. Sin embargo, es menester tener en claro que el sujeto causante de la violación de derechos mencionada no es el Estado que en defensa del derecho a la vida del no nacido, y por las razones de jerarquización y ponderación de derechos que se acaban de estudiar, decide penalizar el aborto, sino el agente del delito. Como tampoco lo es el ser humano concebido como fruto de la comisión de la conducta ilícita, cuya vida se protege con la penalización mencionada. Por las obvias razones anteriores, la penalización de aborto en los casos anteriores no elimina el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Simplemente implica que dicho derecho no puede ser exigible aun a costa de la vida del ser humano concebido como fruto de un accionar delictivo.

ABORTO-Penalización no desconoce dignidad de la mujer (Salvamento de voto)

ABORTO-No señalamiento de límite temporal para practicarlo en casos excepcionales (Salvamento de voto)

ABORTO-Causado a mujer menor de catorce años (Salvamento de voto)

Respecto de la decisión de declarar la inexequibilidad de la expresión "o en mujer menor de catorce años" contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000, los suscritos magistrados disentimos de la mayoría, pues consideramos que tal expresión ha debido mantenerse dentro del ordenamiento. En efecto, los mismos argumentos esgrimidos en el presente salvamento de voto, con los cuales se explicó por qué la vida humana del niño que está por nacer no puede ser eliminada para hacer prevalecer otros derechos o intereses con menor valor constitucional en cabeza de su madre, obran para excluir que el aborto practicado por un tercero sobre una mujer menor de catorce años pueda estar despenalizado. Los suscritos estimamos que, independientemente de la edad de la mujer, por las razones extensamente expuestas en las líneas anteriores, en ningún caso la conducta directamente occisiva sobre un individuo no nacido de la especie humana se pude justificar en aras de la prevalencia de los derechos de su madre.

Referencia: expedientes D-6122, 6123 y 6124.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial) 124 y 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2004 (Código Penal).

Magistrados ponentes:
Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA y
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Los suscritos magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil compartimos la declaración de exequibilidad del numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pero salvamos el voto respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 122 de la misma ley, así como de las declaraciones de inexequibilidad del artículo 124 y de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Lo anterior, por las razones jurídicas que pasamos a explicar, siguiendo para ello el mismo orden en que son expuestos los argumentos de la parte considerativa de la Sentencia.

Aclaramos que estas razones se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes.

1. Cuestión previa: inexistencia de cosa juzgada material, pero subsistencia de la *ratio decidendi* con base en la cual se adoptó la Sentencia C-133 de 1994.

1.1 Los suscritos compartimos los argumentos que se exponen en la Sentencia, según los cuales, en estricto sentido, no se cumplen los requisitos jurisprudenciales que determinan la presencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional material, respecto de lo decidido mediante la Sentencia C-133 de 1994, que declaró exequible, por las razones expuestas en esa decisión, el artículo 343 del Decreto 200

de 1980. De manera particular, comparten que las diferencias entre el enunciado de los artículos 343 del Decreto 200 de 1980 y el 122 de la Ley 599 de 2000 implican que los contenidos normativos de las dos disposiciones no sean idénticos. Así mismo, estiman que respecto de la expresión "o en mujer menor de catorce años", contenida en artículo 123 de la Ley 599 de 2000, como del inciso único del artículo 124, no ha habido pronunciamiento de constitucionalidad alguno, como bien lo explica la Sentencia.

1.2 Empero, estiman que las consideraciones vertidas en la Sentencia C-133 de 1994, especialmente en aquella parte que constituyó la *ratio decidendi* de ese pronunciamiento, no podían ser ignoradas en esta oportunidad, como en efecto sucedió. Ciertamente, la jurisprudencia ha sostenido que para que se presente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada material es menester que la norma jurídica examinada con anterioridad, con contenido normativo igual al que nuevamente se propone para examen, haya sido previamente declarada inexequible, cosa que no sucede ahora, pues la mencionada Sentencia estableció la exequibilidad del tipo penal de aborto a que se refería el artículo 343 del Decreto 200 de 1980. No obstante, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha venido explicando, el juez constitucional debe ser respetuoso de sus propias decisiones previas, por razones que tocan con los más elementales postulados de seguridad jurídica, igualdad, justicia y confianza legítima. Por ello, según lo reitera el mismo fallo del que ahora nos apartamos, *"la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones."* [455] De esta manera, si bien es posible que respecto de decisiones de exequibilidad, el carácter dinámico de la interpretación constitucional lleve a la Corte a redefinir o a modificar la jurisprudencia sentada por ella en algún asunto, para producir este cambio le corresponde esgrimir razones muy poderosas, que tengan fundamento en cambios sociológicos, económicos, políticos o ideológicos que sean constatables con gran facilidad.[456]

---

[455] Sentencia C-447 de 1997

[456] Ciertamente, la Corte ha admitido que *"de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios*

1.3 En la Sentencia C-133 de 1994, la Corte hizo una interpretación de varios artículos constitucionales, en especial del artículo 11 de la Carta y de sus alcances frente al concebido pero no nacido, interpretación que la llevó a concluir que la vida del *nasciturus* merecía desde la concepción la protección constitucional dispensada en ese artículo 11 y en las demás normas constitucionales mencionadas en tal fallo. Esta argumentación constituyó la *ratio decidendi* del fallo. Véase:

"La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre..."

"...

"En virtud de lo anterior, **el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales,** que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

"**El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.**

…

"En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos", debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida,

---

constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica" Sentencia C-477 de 1997

esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento.

"Lo anterior, no implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana." **(Negrillas fuera el original)**

Adicionalmente, dentro de la *ratio decidendi* que llevó a la Corte al fallo que pronunció en aquella ocasión, estuvo el reconocimiento del hecho científicamente comprobado de que la vida humana existe desde el momento mismo de la concepción; dicho criterio científico fue presentado así:

"El doctor Jéröme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes[1] , en punto a la determinación del momento en que comienza la vida humana, expresó:

"¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Trataré de dar la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su progenie por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. **La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción.**

"El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. **Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a**

[1] "El aborto, implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y políticas". Procodes. Editorial Presencia, Bogotá, pag. 5a.

los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido."

1.4 En la presente ocasión, en la Sentencia de la cual nos apartamos los suscritos echamos de menos la presentación de razones poderosas que expliquen que los anteriores criterios científicos carecen de validez, o que han sido sustituidos por otros, o rebatidos de alguna forma. Simplemente, sin mayor argumentación se deja de lado en este punto la *ratio decidendi* que llevó a la Corte adoptar el fallo contenido en la Sentencia C-133 de 1994, argumentando tan solo que *"determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se le han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional".* Explicación esta que, al parecer de quienes nos apartamos de la mayoría, no satisface las exigencias mínimas requeridas para abandonar un precedente jurisprudencial tan claro.

De otro lado, la Sentencia de la cual nos apartamos tampoco cumple con la carga argumentativa de demostrar que han cambiado las concepciones sociológicas respecto de la forma de entender y aplicar los valores, principios y reglas constitucionales involucrados en el asunto del respeto a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción, de manera que ciertamente pueda hablarse de un consenso social no mínimo sino máximo, respecto de la nueva lectura de la Carta en este punto. Es de anotar que la interpretación histórica de la Carta revela que la Asamblea Nacional Constituyente descartó el posible derecho de la mujer a abortar y se ratificó la inviolabilidad de la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Al respecto, resultan elocuentes las actas correspondientes a las sesiones en las que el asunto se debatió y se votó[457], que revelan que dicha Asamblea sí rechazó expresamente el

---

457 ***Extracto del Acta correspondiente a la reunión de la Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, que tuvo lugar el día 14 de junio de 1991***

"- Señor Presidente.
- He terminado Señor Presidente, quiero agradecer a usted, a la Asamblea y felicitar a los niños de Colombia. Muchas gracias.
Perdón, hay una adición que evidentemente fue presentada a tiempo, que dice cómo,
la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad conforme a la ley.
-Entonces se somete a votación por supuesto.
-Moción de orden.
-Constituyente Zafra.

-Yo quisiera que el doctor Iván Marulanda nos volviera a aclarar si el sentido de la norma es el de permitir el aborto.

...

... -Señor Presidente, hay una propuesta de la Presidencia para que hablen las compañeras, las mujeres, que aquí no han tenido ninguna posibilidad, aquí estamos hablando de abortos, de cómo se siente el parto, y la mayoría de los que estamos aquí somos hombres, y no hay la mujer que tiene el derecho de hablar aquí, hay una propuesta para que hablen.

...

-No se entiende muy bien doctor Marulanda, usted es un hombre claro, por qué no nos dice a los Asambleístas…

-Porque ya lo dije aquí, porque ya lo dije…

-Pues repítalo doctor Marulanda.

-Podría hacer le favor de repetirlo.

-Porque es fuera de reglamento.

-Queda claro entonces que …

-Si usted es un hombre tan claro, por qué no le dice a la Asamblea si esta proponiendo el aborto o no.

-Señor Presidente por qué no votamos.

-Estamos en eso, vamos a someter a votación secreta ya el artículo aditivo propuesto, por favor Señor Secretario empiece la llamada a lista. Nombramos como escrutadores al Constituyente Esguerra, al Constituyente Zafra y al Constituyente Marulanda.

-(…) sepa en que consiste el artículo (…)

-Debe ser inconfesable.

-Eso es, y tiene que ser en secreto.

-Yo le solicito al Constituyente Esguerra que nos acompañe en (…) usted sabe muy bien lo que quiere decir aunque Marulanda no lo diga, por favor.

...

-Se va a iniciar la votación. Pérez González- Rubio Jesús.

-Si no hay escrutadores yo me ofrezco Señor Presidente.

-Tenga la bondad.

-Yo también me ofrezco Señor Presidente.

-Yo también Señor Presidente.

-Ya están aquí los escrutadores.

-Ya están los escrutadores en su puesto, muchas gracias.

-Ya están aquí los escrutadores, doctor Rojas.

-Perry Rubio Guillermo, Pineda Salazar Héctor, Plazas Alcid Guillermo, Ramírez Cardona Augusto, Ramírez Ocampo Augusto, Reyes Reyes Cornelio, Rodado Noriega Carlos, Rodríguez Céspedes Abel, Rojas Birry Francisco…

-Señor, mi voto afirmativo.

Rojas Niño Germán, Salgado Vásquez Julio Simón, Santamaría Dávila Miguel, Serpa Uribe Horacio, Toro Zuluaga José Germán, Trujillo García Carlos Colmes, Uribe Vargas Diego, Vásquez Carrizosa Alfredo, Velasco Guerrero José María…

-Mi voto es negativo.

-Verano de la Rosa Eduardo, Villa Rodríguez Fabio de Jesús.

-El mío es positivo y esta firmado.

Yepes Arcila Hernando,…

Mi voto negativo esta firmado.

Yepes Parra Miguel Antonio, Yepes Parra, Zafra Roldán Gustavo, Zalamea Costa Alberto, Abella Esquivel Aida Yolanda, Abello Roca Carlos Daniel, Arias López Jaime, Benitez Tobón Jaime, Cala Hederich Alvaro Federico, Benitez Tobón Jaime, Carranza Coronado María Mercedes,…

-Mi voto es en voz alta y firmado, si.

Carrillo Flórez Fernando, Castro Jaime, Cuevas Romero Tulio. Chalita Valenzuela Marco Antonio, Echeverri Uruburu Alvaro, Emiliani Román Raimundo, Esguerra Portocarrero Juan Carlos, Espinoza Facio-Lince Eduardo, Fajardo Landaeta Jaime, Fals Borda Orlando, Fernándes Renowisky Juan B., Galán Sarmiento Antonio, Garcés Lloreda María Teresa, Garzón Angelino, Giraldo Angel Carlos Fernando, Gómez Hurtado Alvaro, Gómez Martínez Juan.

-***Voto no al aborto.***

Guerrero Figueroa Guillermo, Herrán de Montoya Helena, Herrera Vergara Hernando, Holguín Armando, Hoyos Naranjo Oscar, Lemos Simmonds Carlos, Leyva Durán Alvaro, Londoño Jiménez Hernando, Lleras de la Fuente Carlos, Lloreda Caicedo Rodrigo, Llorente Martínez Rodrigo, Marulanda Gómez Iván, Mejía Agudelo Dario, Mejía Borda Arturo, Molina Giraldo Ignacio, Muelas Hurtado Lorenzo, Navarro Wolf Antonio José, Nieto Roa Luis Guillermo, Ortiz Hurtado Jaime, Ospina Hernández Mariano, Ossa Escobar Carlos, Pabón Pabón Rosemberg,…

derecho de la mujer al aborto, presentado bajo la iniciativa de la libertad de la mujer para optar por la maternidad, y sí consideró que la protección de la vida humana como derecho debía otorgarse al no nacido desde el momento mismo de la concepción. Ante esta realidad histórica, la Sentencia tendría que haber demostrado que el nuevo entendimiento de la "constitución viviente", según el cual la vida humana no se concibe ahora como un derecho subjetivo fundamental que debe ser efectivamente protegido desde el momento de la concepción, sino tan sólo como un bien jurídico constitucionalmente relevante que en ciertas circunstancias no puede ser oponible al supuesto derecho de la mujer a abortar, provenía no de una fracción de la sociedad colombiana, o de la simple opinión de la mayoría de los magistrados, sino de un evidenciable y contundente cambio en la construcción colectiva y democrática de los valores y principios en esta materia.

-Sí y esta firmado.
-Palacio Rudas Alfonso, Patiño Hormaza Otty, Benítez Tobón Jaime… Señor Presidente me …
-Eso no suena ¿Sí?
-Señor Presidente.
-Cuál es el resultado de la votación.

Nos permitimos informar el resultado de la votación, ha sido el siguiente: 25 votos afirmativos, 40 votos negativos, 3 abstenciones." *(Negrillas fuera del original)*
Extracto del Acta corresponderte a la Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente llevada a cabo el día 28 de junio de 1991

Expone el constituyente Ramírez Ocampo: …

-Yo creo que en materia de la Carta de Derechos, tanto el trabajo de la Comisión Primera como el de la Asamblea misma han generado una de las cartas de derechos humanos probablemente más completas que puedan leerse en constitución alguna vigente. El debate fue arduo entre quienes consideraban que el solo enunciado de algunos de ellos hubiera sido suficiente, y quienes consideramos que la tarea pedagógica de la Constitución colombiana bien ameritaba el esfuerzo de poder incluir de una manera casi de enseñanza, didáctica, cuáles son esos derechos fundamentales del hombre colombiano. Desde luego, nos inspiramos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas y en el Pacto de San José y todo el sistema interamericano que nos rige, y por ello, tanto en los derechos como en los principios, dejamos consagrada esa norma que inspirará –esperamos así- lo que es la conducta de los colombianos, o sea el respeto a la vida y su inviolabilidad. Ese respeto y esa inviolabilidad se hizo más patente desde el momento en que los distintos debates que aquí se produjeron, con el propósito explícito de abrirle el campo a la llamada opción de la maternidad, fueron sistemáticamente derrotados por una amplísima mayoría de esta Asamblea; y, ***por lo tanto, pensamos que la norma y la cláusula consagrada de que la vida es inviolable amparará por mucho tiempo lo que es la sabiduría del Pacto de San José, del cual hace parte Colombia, por virtud de la cual la vida es y tiene que ser respetada desde el momento de su concepción****."* (Negrillas y subrayas fuera del original)

Al parecer de los sucritos, dentro del texto del fallo no está demostrado ni suficientemente probado que se presenten las circunstancias que hagan necesario acoger una interpretación evolutiva de la Constitución, que implique dejar de lado su clara interpretación histórica, ni aquellos argumentos que constituyeron la *ratio decidendi* en la Sentencia C-133 de 1994. La Sentencia tendría que haber suministrado argumentos muy fuertes, que demostraran que la interpretación constitucional expuesta en aquel fallo carecía de fundamento, o era insostenible en las circunstancias actuales, en vista de la existencia de un consenso social en contrario. Como no lo hace, incumple las exigencias que la misma Corte ha sentado al respecto.

Así pues, para los suscritos la Sentencia no demuestra que las circunstancias valorativas utilizadas en la Sentencia de 1994 hayan cambiado hasta tal punto que hoy en día exista un consenso social sobre el tema del derecho de la mujer a abortar y el abandono de la idea de que el *nasciturus* es desde la concepción sujeto de derechos, entre ellos el derecho a la vida, prepuesto fáctico de todos los demás. Antes bien, es constatable la existencia de una fuerte corriente social que, como es de públicamente conocido, aduce la necesidad de defender desde la concepción la vida del *nasciturus*. Corriente social que se hizo presente dentro del presente expediente con la intervención directa de un representativo número de ciudadanos, lo que excluía entender que era socialmente imperativo modificar la interpretación constitucional respecto de la protección a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción.

1.5 De otro lado, los suscritos hacen ver que la interpretación constitucional conforme a la cual la vida humana merece protección desde el momento mismo de la concepción no estaba recogida únicamente en la Sentencia C-133 de 1994, sino que sostenidamente la jurisprudencia de esta Corporación había defendido esta postura tanto en sede de constitucionalidad como de tutela. De manera especial, había vinculado la protección especial que la Constitución dispensa a la mujer embarazada, con la garantía de la vida humana del *nasciturus*. En este sentido pueden leerse las siguientes consideraciones vertidas en varias sentencias provenientes de la Sala Plena o de todas las salas de revisión de la Corporación, como pasa a mostrarse:

- Sentencia C-013 de 1997[458].

"En torno al aborto, la Corte Constitucional, al interpretar el sentido de las normas fundamentales, en especial la consagrada en el artículo 11 de

[458] M.P José Gregorio Hernández Galindo

la Constitución Política, ha establecido una doctrina que ahora se reitera, cuyos elementos básicos se exponen a continuación:
"1) La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física.
"2) La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional. (…)
"3) Para la Corte, el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el Derecho, no en la ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección -como lo destaca esta sentencia- no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico. (…)
"4) En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital. (…)
"5) Ningún criterio de distinción es aceptable, a la luz del Derecho, para suponer que esa protección constitucional tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento de la persona, o que deba ser menos intensa durante las etapas previas al alumbramiento. (…)
"6) La mujer -considera esta Corte- no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él. (…)
"7) Dedúcese de lo dicho que, si la defensa de la vida humana en todos sus estadios es obligación y responsabilidad de las autoridades (Preámbulo y artículos 2 y 11 de la Constitución Política), es plenamente legítima y constitucional la decisión del órgano competente en el sentido de penalizar el aborto provocado en cuanto, en esencia e independientemente de las motivaciones subjetivas de quien lo ocasiona -las cuales, desde luego, pueden dar lugar a la disminución de la pena y al establecimiento de causales de justificación del hecho o de exculpación, como en todos los delitos-, es agresión, ataque, violencia contra un ser vivo, de tal magnitud que, al perpetrarse, corta definitivamente, de modo arbitrario, el proceso vital y representa, ni más ni menos, la muerte de la criatura. (…)

"8) La norma del artículo 345 del Código Penal, materia de proceso, contempla, como ya se dijo, una forma atenuada del delito de aborto. Mantiene la penalización de la conducta pero contempla para ella una pena menos rigurosa, en consideración a la diferencia evidente que existe entre una mujer que aborta en condiciones normales y la que hace lo propio habiendo sido víctima de los actos violentos o abusivos descritos en la disposición legal: mientras al aborto en su forma no atenuada se le asigna una pena de uno a tres años de prisión, para la forma atenuada, en caso de violación o inseminación artificial no consentida, por cuya virtud se haya causado el embarazo sin la anuencia de la mujer, la pena señalada es de arresto entre cuatro meses y un año. (…)"

- C-591 de 1995:

En este pronunciamiento, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil que establecen la existencia legal de la persona con el nacimiento la Corte manifestó:

"De las dos normas anteriores se deduce que la existencia legal comienza en el momento del nacimiento; y la vida, en el momento de la concepción. Pero el comienzo de la vida tiene unos efectos jurídicos, reconocidos por algunas normas, entre ellas, los artículos 91 y 93, demandados.

"En el período comprendido entre la concepción y el nacimiento, es decir, durante la existencia natural, se aplica una regla del Derecho Romano, contenida en este adagio: "Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitar", regla que en buen romance se expresa así: **"El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable".** (Negrillas fuera del original)

- Sentencia T-223 de 1998[459]:

"La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la

[459] M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales.[460] La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así, que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (Art. 343 Código Penal), y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (Art. 91 Código Civil).

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada unos de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predican exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aun no ha dejado el vientre materno.

"Algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca", lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron." Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento.

---

[460] Cfr. Sentencia T-179/93

"14. De todo lo dicho puede concluirse que los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado". (Negrillas fuera del original)

Sentencia T-373 de 1998[461]:

"De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2º, 11 y 44), a tal punto que, **como esta Corte ya lo ha destacado, el nasciturus recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento**. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es. (Negrillas fuera del original)

- Sentencia T- 727 de 2005[462], Sala Tercera de Revisión:

"Esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades[463] que la mujer en embarazo *"conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado"*[464]. Esta conclusión deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, **como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del *nasciturus***, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género." (Negrillas fuera del original)

- Sentencia T- 639 de 2005[465], Sala Quinta de Revisión:

---

[461] M.P Eduardo Cifuentes Muñoz
[462] M.P Manuel José Cepeda Espinosa
[463] Sentencias C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-800/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-199/99 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-232/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.
[464] Sentencia C-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[465] M.P Rodrigo Escobar Gil

"En reiterada jurisprudencia[466], esta Corporación ha destacado la especial protección constitucional que tiene la mujer durante la gestación y dentro del periodo de lactancia, por cuanto, debido a las particulares condiciones en que se encuentra en esta etapa, **puede ser objeto de violaciones no solamente de sus derechos fundamentales, sino también de los del *nasciturus***." (Negrillas fuera del original)

-Sentencia T-128 de 2005[467], Sala Novena de Revisión:

"En varias oportunidades esta Corporación ha considerado que la especial protección que se le debe a la mujer, bajo las circunstancias descritas en la anterior disposición, garantizan la igualdad real y efectiva a la que se refiere el artículo 13 Superior, los derechos del recién nacido y la familia. Al respecto, en la sentencia T-501 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se advirtió que la importancia de hacer efectiva la especial protección a la mujer durante y después del embarazo, *"deviene también en el amparo de derechos tales como la consecución de la igualdad real y efectiva entre los sexos (artículo 2, 13 de la C.P.),* la protección de los derechos fundamentales del nasciturus *(artículo 44 de la C.P.), y de la familia (artículos 5 y 42 de la C.P.), derechos que en su conjunto conforman un plus normativo de carácter superior".* (Negrillas fuera del original)

T-872 de 2004[468], Sala Sexta de Revisión:

"Esta protección, que indudablemente beneficia a la madre, también se dirige a la conservación de los derechos del que está por nacer, pues como lo dice la Corte Constitucional, *"la mujer es portadora y dadora de vida, merece toda consideración desde el mismo instante de la concepción. Así es que por la estrecha conexión con la vida que está gestando, toda amenaza o vulneración contra su derecho fundamental es también una amenaza o vulneración contra el derecho del hijo que espera"*[469]. Así, al evitar que la madre sea despedida por razón del embarazo, la Corte, por interpretación de la Constitución, **garantiza la protección de la vida del *nasciturus*** (art. 11 C.P.)[470] y, por esa vía,

---

466 Ver entre otras, las sentencias: T-232/99, T-315/99, T-902/99, T-375/00, T406/00, T-899/00, T-1473/00, T-040A/01, T-154/01, T-231/01, T-255A/01, T-352/01 y T-367/01.

467 M.P Clara Inés Vargas Hernández

468 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

469 Sentencia T-179 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

470 El numeral 1º del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1992 dice, *"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*

proyecta hacia el futuro la protección necesaria para garantizar la integridad de los derechos de los niños (art. 44 C.P.), que prevalecen sobre los derechos de los demás." (Negrillas fuera del original)

Sentencia T-501 de 2004[471], Sala Novena de Revisión:

"3. Carácter constitucional de la protección a la maternidad.

"Sabido es que la maternidad, como creadora de vida, es una condición física y mental de la mujer que merece una especial protección. Tal protección debe ser prodigada por la familia, la sociedad y el Estado en procura de garantizar que la vida que se está gestando pueda desarrollarse plenamente bajo el amparo de su progenitora. El artículo 43 Superior, reconoció en favor de la mujer en estado de embarazo este deber de protección, confiriéndole el citado carácter especial y señalando que "*durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada*".

"Este artículo, al lado de las normativas internacionales, con fuerza vinculante en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, establecen el citado deber de protección especial y la necesidad de incorporar en los ordenamientos internos mecanismos para hacerla exigible, conformando un *"fuero especial de maternidad"*.

"…

"La protección especial a la condición materna deviene también en el amparo de derechos tales como la consecución de la igualdad real y efectiva entre los sexos (artículo 2, 13 de la C.P.), **la protección de los derechos fundamentales del nasciturus** (artículo 44 de la C.P.), y de la familia (artículos 5 y 42 de la C.P.), derechos que en su conjunto conforman un plus normativo de carácter superior." (Negrillas fuera del original)

Sentencia T-063 de 2004[472], Sala Octava Revisión:

---

ser privado de la vida arbitrariamente". Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la legislación interna mediante Ley 12 de 1991 y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1.989, prescribe en su preámbulo: *"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".*

[471] M.P Clara Inés Vargas Hernández

[472] M.P Álvaro Tafur Gálvis

"Han sido numerosas las decisiones de esta Corporación en donde se ha reiterado[473] que la mujer en estado de embarazo, *"conforma una categoría social que por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado"*[474]. Es el mandato constitucional que se deriva de la interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución, según los cuales, la mujer como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que **en ella se integra la defensa de la vida del *nasciturus***, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género."

1.6 En conclusión, en lo que respecta al asunto de si en el presente asunto existía o no cosa juzgada material, los suscritos compartimos la decisión mayoritaria conforme a la cual tal fenómeno no se daba, pero entendemos que la *ratio decidendi* que llevó a la adopción de la Sentencia C-133 de 1994, y a otros pronunciamientos posteriores proferidos tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, subsistía como un precedente jurisprudencial que no podía ser ignorado por la Corte en este caso, y que exigía exponer una carga argumentativa sobre un cambio científico y sociológico constatable, que no se dio en la presente oportunidad.

2. La vida como derecho subjetivo fundamental de todo ser humano desde el momento mismo de la concepción, y no como simple bien constitucionalmente relevante.

En las siguientes líneas, los suscritos explicamos las razones por la cuales nos oponemos enérgicamente a las consideraciones vertidas en la Sentencia, conforme a las cuales la vida humana en formación es un *"bien constitucionalmente relevante"* que se diferencia del derecho subjetivo fundamental a la vida, diferenciación ésta que le permitió a la mayoría concluir que el *nasciturus* no es, desde el momento mismo de la concepción, titular de este derecho fundamental.

Los argumentos que utiliza la Sentencia son en extremo ambiguos. Consisten en reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana del *nasciturus*, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el

---

[473] Corte Constitucional. Sentencias C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-800/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-199/99 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-232/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.
[474] Corte Constitucional. Sentencia C-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

titular de la misma, en este caso el *nasciturus*, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes.

De esta manera, la diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana tiene como principal objetivo dar una pretendida fundamentación teórica a la desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de terceros. En efecto, la vida del *nasciturus* entendida sólo como un "bien" o "cosa" y no como un verdadero derecho puede entonces ser objeto de disposición por parte de otros: justamente por aquellos cuyos derechos entran en conflicto con tal vida humana.

Lo más grave de esta diferenciación entre la vida como bien y la vida como derecho es que puede ser extendida no solo a los casos de la vida humana naciente, como se hizo en la presente oportunidad, sino a otros supuestos de hecho, como por ejemplo el de la vida al término del ciclo vital, lo cual permite que los intereses de los más fuertes se impongan sobre los más débiles.

Así pues, los magistrados que salvamos el voto consideramos constitucionalmente inaceptable la distinción planteada en la Sentencia, según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un *"bien jurídico",* al paso que la vida de las personas capaces de vida independiente sí constituye un derecho subjetivo fundamental. A nuestro parecer, la vida humana que aparece en el momento mismo de la concepción constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un *"bien jurídico",* al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano.

Lo anterior por las razones científicas y jurídicas que a continuación pasan a exponerse:

2.1 El momento en el que comienza la vida humana. Perspectiva científica.

Como se dijo, el fallo del cual disentimos sostiene que, en cuanto al asunto del momento en el que se inicia la vida humana, las respuestas son ambiguas, puesto que "*determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se le han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de*

los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional".

2.1.1 En relación con lo anterior, los suscritos magistrados rechazamos enfáticamente esas afirmaciones, por varias razones. En primer lugar, porque frente a la supuesta ambigüedad o indeterminación científica respecto del momento en que empieza la vida humana, a que alude la Sentencia, se yerguen las conclusiones precisas e incontrovertibles provenientes de estudios genéticos e inmunológicos suficientemente conocidos hoy en día, conclusiones que pueden resumirse de la siguiente manera:

a. La vida humana comienza con la unión de dos células llamadas *gametos***,** una de procedencia femenina, el óvulo, y otra de procedencia masculina, el espermatozoide.
b. La unión de estas dos células recibe el nombre de fertilización o concepción. [475]

---

[475] Sobre la equivalencia entre los significados de las palabras fertilización y concepción, Herrera Jaramillo dice:
"No todos ven con claridad que la vida humana comienza desde la *fertilización*. Unos dicen que la vida humana comienza desde la *concepción*, arguyendo que concepción y fertilización no son lo mismo, ya que la 'concepción' alude al momento de la implantación del blastocito en el endometrio, y fundamentan su argumentación en la etimología: 'concepción' deriva del latín 'cum' o 'con' y 'capare' (asir, prender, capturar); y de ahí pasan a que 'concepción' se define como "el hecho de ser concebido en el útero", añadiendo que lo principal es "recibir, recoger, retener". Con esto –escribe María Antonia Carrascosa- quieren dar a entender, aunque no se atreven a afirmarlo claramente, que la vida empieza en el momento de la implantación, atribuyendo arbitrariamente al término concepción el significado de *captura* del blastocito por el endometrio. Pero poco importa que traten de retorcer la explicación llamando concepción a la implantación, porque lo que no pueden negar es que el comienzo de la vida está justamente en la fecundación, lo que implica que la vida de una persona empieza aproximadamente una semana antes de la implantación. Y cuando se dice lo contrario no pasa de afirmaciones confusas para disculpar la multiplicación de los efectos abortivos que se vienen provocando en la fase inicial del embarazo.
Al argumento dado por la autora citada, me permito complementar esto: la 'captura' –o concepción- se da en el momento de la fertilización, que es cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, se trata, pues, de una acogida, por parte del óvulo, de toda la información bioquímica del espermatozoide, es decir, "cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado allí trazada la totalidad de las instrucciones que dirigen el desarrollo del ser que empieza a vivir"; es, pues, la autentica concepción, por ser la primera captura –la implantación puede ser también captura, pero es posterior a la fecundación-.
No se puede decir que la vida humana comienza desde el momento de la implantación, ya que el blastocito ya *es* ser humano –lo es desde hace seis días-. Además, la implantación no añade nada al nuevo ser humano; tan sólo comienza una dependencia ambiental, no sustancial, del nuevo ser humano con respecto a su madre. "Por la anidación en el endometrio, y las funciones de la placenta que se desarrolla después, el embrión del mamífero dispone de un medio adecuado que le garantiza el aporte de sustancias nutritivas y la respiración celular. Pero esto no es nada esencial con respecto a la predeterminación y potencialidad del desarrollo, según el plan establecido en la fertilización. En términos de fisiología animal, a nadie se le ha ocurrido pensar que el embrión no vive propiamente hasta la anidación, porque suponer tal cosa sería absurdo como suponer que el feto de mamífero no vive hasta que respira aire atmosférico".

De la misma manera, hay quienes niegan que la vida humana comienza desde el momento de la fertilización, y ponen como ejemplo el caso de los embriones gemelos, ya que la individualización de éstos se produce horas después de la fertilización –en la primera división del cigoto-. <Cuando ocurre

c. Por la fecundación (o concepción) el óvulo y el espermatozoide se funden en un nuevo ser vivo llamado en esa fase *cigoto*.
d. Cuando no hay fecundación, el óvulo y el espermatozoide tienen una vida muy limitada. Producida la ovulación, si no es fecundado, el óvulo vive sólo un día, y luego sufre un proceso de regresión y desaparece. El espermatozoide, de un modo parecido, cuando ya se encuentra fuera de las cavidades del aparato genital femenino, al cabo de poco más de un día, también deja de ser una célula viva.
e. Con lo anterior queda claro que los gametos (óvulo y espermatozoide) no son seres con una vida propia independiente, ya que su existencia es encaminada únicamente a la fertilización, a diferencia del cigoto (ser que aparece por la unión del óvulo y el espermatozoide), que ya tiene una finalidad distinta: desarrollarse hasta cumplir todo el ciclo vital del ser humano.
f. Cuando los gametos se unen en la fertilización, constituyen desde entonces un organismo de características genéticas, estructurales y bioquímicas únicas (el cigoto).
g. Como consecuencia de los procesos bioquímicos producidos, en la nueva célula ha quedado marcado todo el futuro desarrollo del nuevo ser humano, que inicia su multiplicación celular.
h. Las relaciones funcionales entre el organismo de la madre y del feto no afecten en nada a este determinismo ni esta multiplicación celular o desarrollo del cigoto, como está demostrado en la experimentación. En efecto, en la fertilización *in vitro*, la fertilización y el inmediato proceso subsiguiente de división celular se inician fuera del cuerpo de la madre.[476]

---

así, el comienzo de la vida individualizada de los dos embriones hay que situarlo dentro del mismo plazo que si fuera embrión único, es decir, prácticamente en las 24 horas siguientes a la ovulación>. Pero, de todas maneras, desde el momento de la fertilización hay vida humana, luego no se puede impedir el desarrollo de ese nuevo ser humano. Lo que parece ocurrir en el caso de los embriones gemelos, a tenor de los datos que actualmente se poseen, es que de un ser vivo se forma otro ser vivo. <Al referirnos a especies de *reproducción sexual*, por ejemplo, de las que se dividen por escisión o por segmentación, cuando observamos uno de estos organismos decimos que allí hay un ser vivo. Al comprobar que el animal que había antes de la división era idéntico a los dos que encontramos después, no diríamos (es de sentido común) que los que había antes de la división no era un ser vivo. Igual tendríamos que expresarnos en el supuesto del desarrollo gemelar humano, al tratar de los posibles cambios durante las primeras fases. Diríamos que a partir de la fecundación existe un ser vivo que hemos de considerar como una persona humana, y desde el momento de la *división gemelar* existe un nuevo ser vivo que es otra persona humana, formada por células que se han separado del organismo inicial>"

[476] Estrella Rosemberg, MSc y Maria Teresa Olivieri, MSc Biólogas especializadas en reproducción humana explican así la fertilización in vitro:

Fertilización in vitro o Bebé Probeta:

Desde el nacimiento de Louise Brown la primera bebé probeta en el mundo en 1978, la **Fertilización in vitro** se ha transformado en una parte integral de la terapia de la infertilidad. Este método consiste en que los espermatozoides del hombre y los ovocitos de la mujer se combinan fuera del cuerpo en un plato de laboratorio y son colocados en una incubadora. Luego que ocurre la fertilización, el embrión resultante es transferido al útero materno donde se implantará. Esta técnica consta de varios pasos:

i. El material genético de los cromosomas, el DNA, -la secuencia de bases- es lo que determina las características genéticas del nuevo ser. Este material es distinto del de la madre.
j. Los cromosomas son específicamente humanos y las proteínas que forman la estructura del organismo se diferencian específicamente de las proteínas de cualquier otro animal.
k. Todo este proceso de fecundación, aparición del cigoto y configuración genética particular e independiente es anterior a la anidación en el útero de la madre.
l. El proceso desde la ovulación hasta la anidación es el siguiente: tan pronto se ha producido la ovulación, el óvulo va de la cavidad del folículo a la trompa de Falopio, dirigiéndose hacia el útero. El músculo liso que se encuentra en las paredes de la trompa de Falopio va teniendo contracciones rítmicas que ayudan al óvulo a pasar hacia el interior del útero. Como la vitalidad del óvulo después de la ovulación es tan limitada, la fecundación ha de producirse de 12 a 24 horas después de la

---

Fertilización in vitro o Bebé Probeta

Desde el nacimiento de Louise Brown la primera bebé probeta en el mundo en 1978, la **Fertilización in vitro** se ha transformado en una parte integral de la terapia de la infertilidad. Este método consiste en que los espermatozoides del hombre y los ovocitos de la mujer se combinan fuera del cuerpo en un plato de laboratorio y son colocados en una incubadora. Luego que ocurre la fertilización, el embrión resultante es transferido al útero materno donde se implantará. Esta técnica consta de varios pasos:

a) La estimulación del ovario: Consiste en inducir en el ovario la producción de múltiples ovocitos. Esta estimulación se logra mediante inyecciones de diferentes hormonas entre las cuales se encuentran: la hormona folículo estimulante (FSH), gonadotrofina menopáusica humana (hMG), gonadotrofina coriónica humana (hCG). En algunos casos se usan análogos de la GnRH como el acetato de leuprolide, que suprime la función normal del ovario para poder controlar mejor la ovulación usando hormonas externas. Es fundamental una coordinación exacta para predecir el momento adecuado de la aspiración y recolección de los ovocitos. Esto se logra mediante un seguimiento frecuente por ultrasonido del crecimiento de los folículos y determinaciones de estradiol en la sangre, cuyos valores aumentan a medida que los folículos se desarrollan.

b) Recuperación de los ovocitos: Se realiza mediante la punción transvaginal de los folículos y aspiración de los líquidos foliculares. Estos líquidos son transportados de inmediato al laboratorio donde los ovocitos son recuperados, clasificados según su grado de madurez, colocados en platos de laboratorio con medio de cultivo y en la incubadora, que tiene características de ambiente y temperatura similares al cuerpo de la mujer, donde continuarán su maduración.

c) Inseminación de los ovocitos: Luego de la recuperación de los ovocitos, el hombre toma una muestra de semen y la entrega al laboratorio. Los espermatozoides son separados mediante lavados y gradientes de densidad donde los móviles son seleccionados. Estos espermatozoides se colocan con cada uno de los ovocitos en los platos de laboratorio y de nuevo a la incubadora hasta el día siguiente donde se comprobará la fertilización.

d) Cultivo de los embriones: Los ovocitos fertilizados se dividen formándose embriones de 2 a 8 células, que son transferidos vía transcervical al útero de la mujer 44 a 72 hrs luego de la recuperación de los ovocitos o 5 días después en el estadío de blastocisto.

e) Transferencia embrionaria: Los mejores embriones (un promedio de 3), se seleccionan para ser transferidos al útero materno dentro de una cánula especial. El número de embriones a transferir varía de acuerdo a la edad de la mujer, para lograr el mejor equilibrio entre la tasa de embarazo y el riesgo de embarazo múltiple.

f) Congelación de embriones: Los embriones que no se transfieran, pueden criopreservarse y utilizarse en un intento posterior.

Tomado de http://www.embarazada.com/Mujer010D.asp

ovulación; de lo contrario, el óvulo muere, siendo, entonces, imposible la fertilización. La fecundación del óvulo por el espermatozoide se produce en la trompa de Falopio, y para ello es necesario que el óvulo se encuentre en un medio en el que haya millones de espermatozoides. Unas seis horas después de la fertilización –es decir, 30 horas después de la ovulación- se produce la primera división del cigoto.

m. Es en esta fase cuando se presenta la individualización de los embriones gemelos, o gemelos homocigóticos. Algunos utilizan este hecho para afirmar que la fertilización no produce la inmediata individualización del ser humano, y que por lo tanto no es posible entender que la fertilización produce un nuevo *individuo* de la especie humana. Este argumento se refuta diciendo que la fertilización sí produce un individuo (un primer cigoto), y que la división gemelar subsiguiente es una forma de reproducción similar a la clonación. Por lo tanto, en la división gemelar lo que se tiene es un individuo que genera otro.)[477]
n. A los cinco días de la fertilización, el embrión se encuentra en fase de blastocisto, próximo al endometrio.
o. Finalmente, aproximadamente al sexto día de la fertilización, el blastocisto se fija en el endometrio (implantación), que es cuado comienza la relación entre el organismo de la madre y del nuevo ser humano que tan sólo mide en ese momento un milímetro y medio.
p. Para entonces la individualidad genética no sólo está comprobada, sino que en ese momento es el nuevo ser el que determina su propio destino:

---

[477] - “La naturaleza plenamente humana del embrión, desde su constitución como cigoto, está atestiguada por la genética moderna, la cual "ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ese ser viviente"[13]: desde la fertilización, efectivamente, el cariotipo del embrión está constituido por moléculas de DNA que contienen secuencias polidesoxirribo-nucleótidas específicamente humanas, inmediata pero gradualmente expresadas en las células embrionales[14]. A este dato, actualmente indiscutible, algunos contraponen que el embrión en las fases iniciales de su desarrollo -hasta el 7°-8° día, según algunos; según otros, el 14°-15° día- estaría dotado de una identidad e individualidad genética, pero no todavía de una determinada individualidad organísmica: en sentido ontogenético no nos encontraríamos frente al mismo individuo humano que reconocemos sucesivamente en el embrión implantado, en el feto y en el recién nacido. Y al no estar definida la individualidad sustancial, faltaría así uno de los dos requisitos de la persona humana. Aquí nos estamos refiriendo a las conocidas objeciones que se refieren a la totipotencialidad de las células embrionales, los gemelos homocigóticos y la fusión quimérica, las cuales no son insuperables, sin embargo, sí se recurre a una argumentación racional que tengan en cuenta todos los factores de la realidad biológica de un ser vivo[15]. Una argumentación semejante se basa teóricamente en la unidad e individualidad diacrónica del ciclo vital de un organismo, la cual no excluye, sino que más bien implica, la posibilidad del devenir en la forma del generar (dar origen a) y del degenerar (cesar de existir como), y se fundamenta empíricamente en modelos de interpretación de los fenómenos arriba citados que son lógicamente no contradictorios y biológicamente compatibles con los actuales datos científicos. Algunos de estos modelos, como el que interpreta la formación de los gemelos homocigóticos monocoriales mediante un *splitting* de la masa celular interna del blastocito, proceso análogo al de la gemelación en la reproducción agámica de algunos organismos pluricelulares, han encontrado una confirmación experimental, por ejemplo, mediante la observación microcinematográfica directa de un blastocito de mamífero durante el *hatching[16]*. El modelo de *splitting* de la masa celular interna puede explicar algunos casos de gemelaridad monocigótica humana como consecuencia de una fertilización *in vitro[17]*.” *Roberto Colombo en “La naturaleza y el estatuto del embrión humano”.*

por un mensaje químico que emite, estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario y suspende el ciclo menstrual de su madre.

q. Como otro dato que corrobora la individualidad del nuevo ser, la inmunología ha descubierto que los glóbulos blancos del cuerpo de la madre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo, y que cuando el embrión en fase de blastocito se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico de la madre reacciona para expulsar al intruso, pero el nuevo ser humano está dotado de un de un delicado método de defensa ante esta reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera, y el nuevo ser humano es expulsado mediante un aborto espontáneo.[478]

2.1.2 Ahora bien, las definiciones anteriores sobre el inicio de la vida humana desde el momento mismo de la concepción, han recibido el aval expreso de reconocidos científicos. Entre ellos cabe citar, por ejemplo, al Colegio Americano de Pediatría, cuyas conclusiones a continuación se transcriben:

"Por espacio de 30 años, los pediatras han estudiado al niño desde su concepción. Del mismo modo, durante los últimos 20 años, los pediatras han exigido reconocimiento total de los derechos del niño antes de su nacimiento, incluidos los derechos a ser aceptado por la familia y la sociedad, el derecho a ser amado y cuidado y el derecho a crecer y desarrollarse lejos de peligros ambientales o de agresiones.

"La comunidad pediátrica reafirma el valor intrínseco de todo niño y lo considera como el legado más sólido y vulnerable; al tiempo que estima que su misión es la de lograr la salud física, mental y social de los niños, y el bienestar de los infantes, los adolescente y los jóvenes adultos. Durante generaciones, los pediatras han utilizado la palabra "*niño*" como referida a toda forma de vida desde la concepción.

"En 1996, la Academia Americana de Pediatría estableció, como una de sus políticas, el soporte de la diversidad e igualdad de oportunidades y promovió la enseñanza de la aceptación de la diversidad de los niños, en oposición a la discriminación de los pacientes basada en criterios de raza, ancestros, nacionalidad, religión, género, estado marital, orientación sexual, edad (se subraya) o discapacidad tanto de pacientes como de sus padres o tutores. Esta organización científica invita a sus miembros a

[478] Sobre el tema de comienzo de la vida humana, vide: J. Lejeune,"El comienzo del ser humano." G.B Anderson, Fertilization, Early Developement and Embryo Transfer, en "Reproduction in domestic Animals" (Nueva York 1977. Bancrof, biological Determinats of Sexual Behavior, en Hormones and sexual behavior in human, Nueva york 1977. Mishell, Ovulation in human (Londres 1976) etc, citado por Herrera Jatramillo Francisco José en El Derecho a la Vida y el Aborto. U del Rosario, 1999.

seguir estas líneas de manera consistente en el manejo de todos los pacientes. La definición de la edad y sobre todo el uso del término "niño", fue específicamente confirmada en 1971. Así las cosas, por lógica inferencia, la política de no discriminación se extiende hasta el no nacido desde el momento de la concepción.

"A lo anterior se suma que se ha establecido como una política del gremio de los pediatras que los médicos deben oponerse al rechazo de la madre respecto de la práctica de una intervención recomendada, si existe certeza razonable de que sin la intervención el feto sufriría un daño irremediable y sustancial (en la medida en que la intervención se considere efectiva y el riesgo de la salud y el bienestar de la paciente sea mínimo).

"Después de 13 meses de seguimiento de las políticas pediátricas que abogan por la responsabilidad en la atención de los niños, el juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Harry Blacmun, aparentemente ignorante de dichos esfuerzos, redactó la posición mayoritaria que resolvió la demanda en contra de la vida del no nacido en el caso de Roa contra Wade. Para el juez Blacmun: "No necesitamos resolver el difícil problema de cuándo comienza la vida". El juez se refirió a disciplinas como la medicina, la filosofía y la teología como disciplinas incapaces de llegar a un consenso en la materia. Como profesor emérito de Embriología Humana de la facultad de medicina de la Universidad de Arizona, el Dr. Ward Kischer precisó: "Desde 1973, cuando el caso Roe contra Wad fue repartido, muchos intereses socio legales se han creado alrededor del problema del embrión humano. Aborto, aborto parcial, fertilización in vitro, estudios del tejido fetal, investigaciones del feto humano (embriónica), investigaciones de células madre, clonación e ingeniería genética son temas centrales en la embriología humana. Cada uno de estos temas se centran en el problema de determinar cuándo comienza la vida. Y la cuestión es tan importante hoy en este medio, como lo fue en 1973".

"La Corte Suprema en el caso Roe contra Wade denegó la personalidad del feto debido a su falta de viabilidad independiente. Tal como lo estableció la Corte: *"Con el respeto debido al importante y legítimo interés del Estado por proteger la vida potencial, el punto determinante es el de la viabilidad de la vida. Esto es así porque el feto sólo presumiblemente tiene la capacidad de sobrevivir por fuera del útero de la madre. La regulación del Estado, que protege la vida del feto después de verificada su viabilidad está lógica y biológicamente justificada. Si el Estado está interesado en proteger la vida del feto después de comprobada su viabilidad, debe proscribir en consecuencia el aborto*

durante ese periodo, excepto cuando sea necesario abortar para prevenir la salud o la vida de la madre".

"El ímpetu detrás de los intentos por definir la vida humana con fundamento en la viabilidad fue denunciado por el Dr. Norm Fost, profesor de Ética y pediátrica de la Universidad de Winsconsin Madison en 1980. El médico sostuvo que muchos de los intentos por definir la viabilidad fetal están motivados en la necesidad de predecir la supervivencia del feto con el fin de establecer políticas en materias como el aborto, la resucitación y el cuidado intensivo. Aceptar la viabilidad implicaría dejar de adelantar recientes terapias fetales de naturaleza médica, quirúrgica y genética que ofrecen esperanzas de salvar la vida de aquellos que sufren patologías incurables o muy difíciles de curar después del tratamiento. Para el doctor Fost, *"si definimos la viabilidad a la luz de lo que nosotros, los mejores médicos podemos hacer, el término de la viabilidad debe retroceder cada vez más hacia la concepción".* En 1973 el límite de la viabilidad fue estimado en 28 semanas, algunas veces 24. Con la tecnología actual, los neonatólogos reportan menores que sobreviven con menos o con sólo 22 semanas de concebidos. Adjudicar la personalidad por la teoría de la viabilidad preocupa también en cuanto a lo que se conoce como "*sentiencia*", es decir, el estado de conciencia elemental indiferenciada. Como lo señala el Dr. Francis J. Beckwith, profesor de Filosofía, cultura y ley de la Universidad internacional de Trinity, si la *sentiencia* es el criterio de existencia de un ser humano, entonces los estados comatosos, la inconciencia momentánea y el sueño podrían dar lugar a declara a un individuo, no persona.

"Todos los seres humanos dependen de otras personas y del medio ambiente (oxígeno, comida, calor) para sobrevivir a lo largo de diferentes periodos de la vida, desde la fertilización hasta la muerte natural. Si uno acepta la teoría de la viabilidad (independencia de supervivencia) como el estandar, ¿no deberían entonces catalogarse como vidas indignas de ser vividas las de los incapacitados o menores de edad? (recordando las palabras *untermenschen; Lebens unwertenleben* sugeridas por la Alemania nazi de 1930?) [18]

"En palabras del eticista Renée Mirjes, *"cuando ocurre el perfeccionamiento del proceso de fertilización, cuando los protonucleos del hombre y la mujer se juntan, se hacen indistinguibles, perdiendo sus coberturas nucleares. La criatura humana emerge como un todo, genéticamente distinta, individualizada como el cigoto de un organismo humano. Este organismo humano individualizado tiene de hecho la capacidad natural de realizar actividades que definen a una persona, como razonar, querer, desear y otras relativas. El individuo humano posee también la capacidad natural, real, de desarrollarse y evolucionar*

continuamente hasta la conformación de un organismo maduro (máximamente diferenciado) con las funciones de un adulto humano, el desarrollo de la estructura orgánica que es capaz de tener el control de sus centros de desarrollo primordiales que comienzan con la definición del ADN del genoma y, eventualmente, que se convierten en el sistema nervioso central, especialmente en un cerebro completamente desarrollado, con corteza cerebral. El nuevo cigote es un miembro de la especie de los homosapiens, con un diseño propio (el de su especificidad genética), completamente unificado y organizado, esto es, formado o dotado de vida gracias al principio de vida –el alma y todos las potencias que definen a una persona-. Es un todo, viviente, humano, una persona. La diferencia entre el individuo adulto y el cigótico no es su personalidad humana, sino el grado de desarrollo".

"El Doctor Dennos M Sullivan, profesor asociado de Biología de la Universidad de Cedarville concluye: *"Existen fuerzas que buscan cambiar el concepto de humanidad. Existen muchos beneficios aparentes que pueden obtenerse de esa redefinición, desde la eliminación de los defectos genéticos hasta la cura de muchas enfermedades a través de la manipulación de las células madre que están depositadas en los embriones. Sin embargo, en todas nuestras discusiones acerca de la naturaleza humana, nunca debemos sucumbir a la objetivación o cosificación de las persona. No podemos permitir que el frío cálculo utilitarista influya en nuestro heredado, intrínseco entendimiento de quienes y qué somos. Esta época de confusión moral implora por una reafirmación de lo que hace a un ser humano único y valioso. Estas pretensiones metafísicas no son ridículas, sino que constituyen la única base de nuestra dignidad humana".*

"En 1975 la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos Objeto de Investigaciones Biomédicas y de Comportamiento recomendaron que el feto, sujeto humano, merece cuidado y respeto. Que la preocupación moral debería extenderse a todo aquel que comparta el legado genético humano. Y que el feto, independientemente de sus expectativas de vida, debe ser tratado con respeto y dignidad.[21] Como lo anota el doctor Kischer: *"Virtualmente, cada embriologistas y cada libro de embriología humana establece que la fertilización marca el inicio de la vida del ser humano."*[22]

"El Colegio Americano de Pediatría coincide con el acervo de la evidencia científica que indica que la vida humana comienza con la concepción-fertilización. Esta definición ha estado expuesta desde el principio en el caso Roe contra Wade, pero no fue viable para la Corte Suprema de Justicia en 1973. Descubrimientos médicos y científicos de

los últimos treinta años no han hecho más que confirmar esta sólida e inveterada verdad."[479]

2.1.3 De otro lado, como arriba se explicó ampliamente, los datos científicos que demuestran que la vida humana empieza con la concepción o fertilización ya habían sido admitidos por esta Corporación como conclusiones válidas obtenidas por la ciencia contemporánea. Ciertamente, como se vio, en la Sentencia C-133 de 1994 la Corte había definido que la vida humana comienza con la concepción y que desde ese momento merece protección estatal; y lo había hecho con base en datos científicos que sirvieron de fundamento probatorio a la providencia. Por lo cual, sostener lo contrario en una Sentencia posterior, cambiando el sentido de la jurisprudencia, exigía desplegar una carga argumentativa científicamente soportada, que demostrara claramente que la vida humana no empieza en ese momento, cosa que no hizo la Sentencia.

2.1.4 Finalmente, si de cualquier manera no se aceptaran los argumentos científicos que demuestran que la vida humana comienza con la concepción, arguyendo que existen otros de igual categoría y envergadura que sostiene otro momento de inicio de tal vida, la solución reclamada por el constitucionalismo y el principio *pro homine*[480], de cara a la protección jurídica del derecho a la vida, llevaría al jurista a resolver la duda a favor de la posibilidad de que empiece con la concepción. En efecto, la sana lógica parece afirmar que cuando un acto (en este caso el aborto) implica una posible violación de derechos, la actitud más prudente no es su permisión, puesto que esto último equivale prácticamente a dejar al azar la lesión del derecho.

Por todo lo anterior, los suscritos magistrados disidentes estimamos que la Corte ha debido iniciar el análisis de la constitucionalidad de las normas acusadas partiendo de la premisa científica de la existencia de la vida humana desde el momento mismo de la concepción.

2.2 La sola presencia de vida humana biológica independiente determina que, desde el momento de la concepción, exista la titularidad del derecho fundamental a la vida en cabeza del ser humano no nacido.

2.2.1 Las líneas siguientes pretenden demostrar que desde una perspectiva constitucional, la vida humana en sus fases iniciales no es tan

---

[479] Tomado de http://www.corazones.org/moral/vida/vida_comienzo.htm

[480] El principio *pro homine* es un criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las norma la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva, cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos. A *contrario sensu*, debe optarse por la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones o suspensiones al ejercicio de tales los derechos.

sólo un *bien jurídico*, o simplemente un *interés* objeto de protección jurídica, como lo consideró la decisión mayoritaria que adoptó la Corte, sino un derecho fundamental que sólo existe y se manifiesta *en cabeza de un ser vivo*, sujeto al que llamamos *ser humano o persona*:

Prima facie parecería que la Constitución Política no establece claramente el momento en que se adquiere la titularidad de derechos, y especialmente el derecho a la vida, dada la textura abierta de las normas directamente relevantes. Así por ejemplo, el texto constitucional parece ser demasiado amplio en disposiciones como el artículo 11, en donde simplemente se establece que *"el derecho a la vida es inviolable"*, sin determinar en qué casos la vida humana se puede considerar un derecho, o si la expresión *"derecho a la vida"* se confunde sin más con la vida humana como hecho biológico. Así mismo, el artículo 44 de la Carta no es lo suficientemente preciso en la definición del alcance los derechos de los niños, al omitir una referencia expresa a lo que ha de entenderse por *"niño"* para efectos constitucionales, y por consiguiente de si tal derecho cobija al no nacido. Igualmente, existe cierta vaguedad respecto del artículo 43 de la Constitución, por cuanto no es del todo claro si la protección especial a la mujer embarazada, consagrada en él, implica o no la protección directa al *nasciturus*.

Siendo ésta pues la perspectiva que plantea la exégesis meramente textual de la Carta Política, a juicio de los suscritos magistrados disidentes se hacía imperativo acudir a criterios de interpretación complementarios, que permitieran esclarecer el significado real de los artículos constitucionales en cuestión.

2.2.2 El primer criterio al que debió haberse acudido, por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución[481], es aquel el que emana de lo que al respecto dicen los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así pues, los suscritos acuden a este tipo de convenios en búsqueda de la definición relativa al momento en el cual aparece la titularidad de derechos en cabeza del ser humano. Al respecto encuentran que la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, en su artículo 6° dice lo siguiente:

"Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

---

[481] C.P. Artículo 93: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

Para los suscritos, la norma internacional transcrita señala con precisión que una vez que aparece la vida humana en cabeza de un ser biológicamente individualizado, como según la ciencia lo es el *nasciturus*, en él se radica la personalidad jurídica, es decir, la efectiva titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el primero y principal, la vida, así como la aptitud para ser titular de otra categoría de derechos.

En el mismo orden de ideas, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica) señala que *"los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana",* en una clara alusión a que todo ser humano es titular de los derecho humanos que reconoce el Derecho Internacional.

Con más claridad aún, el numeral 2° del artículo 1° de esta misma Convención dice así:

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

Por lo anterior, estiman los suscritos que conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no cabía duda respeto a que el ser humano que está por nacer tiene derecho a ser reconocido como persona, y en tal virtud es titular del derecho a la vida, por lo cual los artículos de la Constitución Política relativos a este derecho debieron ser interpretados a la luz de esta premisa fundamental.

2.2.3 El segundo criterio al que debió haberse acudido para establecer el momento en que se adquiere la titularidad de derechos desde la perspectiva de la Constitución Política era el criterio sistemático, a la luz del marco axiológico y los principios fundamentales de la Carta. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que a partir de los artículos primero superior, relativo al principio de dignidad humana[482], quinto, referente a la primacía de los derechos inalienables de la persona humana[483], 94 que acepta como fundamentales todos los derechos inherentes a la persona humana[484], y 14 que afirma que toda persona tiene derecho al

---

[482] **ARTICULO 1.** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[483] **ARTICULO 5.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

[484] **ARTICULO 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

reconocimiento de su personalidad jurídica, puede afirmarse que el Constituyente de 1991 entendió los derechos fundamentales, no como un acuerdo político o una elaboración conceptual, sino como una consecuencia y manifestación directa de la dignidad especialísima del ser humano, de su indisponibilidad, y de su no pertenencia al "reino de las cosas", que el Estado no puede más que *reconocer y garantizar*.

Lo anterior se ve claramente plasmado en el artículo primero, en el que se establece que el Estado colombiano se funda sobre el pilar del respeto a la *dignidad humana*, esto es sobre el reconocimiento de una especial excelencia o bondad *(dignidad)* que es inherente a la humanidad, es decir, a la mera condición de ser humano, y que genera verdaderas exigencias de conducta para todos los protagonistas del orden jurídico. Es especialmente importante destacar en este punto, que la Constitución no se refiere genéricamente a *la dignidad* como pilar fundamental de la convivencia jurídica y política, sino que la adjetiva, señalando que se trata de la dignidad *humana*, para señalar que la excelencia que se estatuye como principio de principios no puede ser otra que la derivada de la mera condición de hombre.

Más adelante, la Constitución reitera su carácter instrumental, como medio de protección de una realidad anterior a ella, que ya de por sí tiene valía, al establecer en su artículo 14 que *"toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*. En este caso parece desprenderse del articulado constitucional que la *"personalidad jurídica"*, esto es la titularidad de derechos, es la consecuencia o manifestación de una forma más radical de personalidad, cuya definición escapa en principio del campo jurídico. En otras palabras, el artículo sugiere que se es persona en sentido jurídico, esto es, titular de derechos y potencial sujeto de obligaciones, en virtud de que se es persona sin más, es decir, en cuanto se es ser humano.

Igualmente, el artículo 94 de la Carta Política establece que los derechos fundamentales *"son inherentes"* a la calidad de *"persona"* en sentido primigenio, es decir a la condición de ser humano, y el artículo 5° reitera que, en virtud de su relación directa con esta condición, los derechos fundamentales resultan inalienables.

Así pues, si como se ha visto la Constitución Política se limita a *reconocer* la personalidad jurídica en cabeza de quien es persona, es decir, ser humano, esta realidad ha debido bastar para que la Corte admitiera la existencia del derecho a la vida del no nacido desde el momento mismo de la concepción.

2.2.4. En efecto, la identidad entre el concepto constitucional de persona y la noción de ser humano, y la subsiguiente consecuencia según la cual todo ser humano (toda persona) tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (C.P Art. 14), se derivan de las características mismas de la vida humana. Ciertamente, lo único en lo que todos los seres humanos coinciden, sin que haya diferencia alguna de modo o intensidad, es en el hecho mismo de la pertenencia a la especie humana, mientras que en lo relativo a todo cuanto manifiesta o se sigue de esta condición, las diferencias pueden ser bastante significativas. Y así por ejemplo, mientras que es indudable que un infante de seis meses y un hombre maduro son igualmente individuos de la especie humana, no se puede afirmar lo mismo en lo que respecta al uso de la razón o al desarrollo físico, así como tampoco es posible predicar la misma sensibilidad de una persona sana, que de quien por hallarse en estado de coma ha perdido la capacidad sensitiva.

De este modo hay que concluir que la fundamentación de la personalidad jurídica en aspectos que pueden variar notablemente de un hombre a otro sólo puede conducir a la aceptación de una gradación en los derechos fundamentales con prevalencia de los derechos de los más fuertes. Piénsese por ejemplo en el supuesto de que el criterio determinante de la personalidad jurídica sea la autoconciencia o el uso de razón. En este caso, sería forzoso concluir que, además del *nasciturus*, los infantes, dementes y las personas afectadas por una disminución mental no serían plenamente personas, y por ende carecerían de derechos o serían titulares de derechos débiles, en el mejor de los casos. Así mismo, de aceptarse que el desarrollo físico fuera sustento y fuente de la personalidad, la única conclusión aceptable sería que la protección de los derechos humanos avanzara gradualmente en relación al grado de desarrollo físico, y por lo tanto de la personalidad, de modo que los derechos de los adultos resultarían prevalentes sobre los de los niños. Igualmente, si se aceptara que el paso de la mera potencialidad de derechos a la efectiva titularidad de los mismos puede ser definida por la ley, habría que aceptar entonces la absoluta relatividad de todos los derechos y su absoluta disposición por parte del legislador, por lo que ninguna ley podría ser inconstitucional por razones materiales.

Indudablemente, las conclusiones arriba enunciadas sólo son compatibles con un modelo de Estado estamental, en donde la carta de derechos no es universal sino que varía notablemente de acuerdo con la clase o casta de cada sujeto, y en el que el principio de protección a los débiles queda esencialmente excluido. El Estado Social y democrático de derecho, fundado en los principios de la dignidad humana (valía intrínseca del ser humano), de igualdad y de solidaridad parece pugnar frontalmente con estos supuestos.

En este punto se hace necesario distinguir previamente entre la condición humana y sus diversas manifestaciones, como por ejemplo, la aptitud para cumplir determinadas funciones físicas, la sensibilidad, la autoconciencia, el pleno uso de razón o el hecho de poseer una determinada apariencia. En efecto, aunque todas estas manifestaciones son *propias* de la condición humana y constituyen en muchos casos su estado *normal*, ni se identifican con la humanidad sin más, ni son causa de la misma, pudiendo perfectamente existir casos en los que tales manifestaciones no se presenten, sin que se altere la condición humana de un sujeto. Por ejemplo, si bien es innegable que la autoconciencia es algo propio de la condición humana, parece también fuera de toda duda que no se pierde la humanidad por el hecho de dormir, y por ende, de perder temporalmente la conciencia, o que los infantes que no tienen uso de razón siguen siendo plenamente humanos.

Y es que en sana lógica, tanto las acciones (uso de razón, ejercicio de la libertad), como las funciones (sensibilidad, u otras actividades fisiológicas) y los estados (grado de desarrollo físico) no pueden ser concebidas sin un sujeto que las realice y las soporte. Es decir, el dato primario es el sujeto, y los datos subsiguientes las operaciones que éste realiza y los estados en los que éste se encuentra. De ahí que haya que afirmar que si se actúa como ser humano es porque *se es humano;* las funciones, los estados y actuaciones que se consideran típicamente humanas son pues manifestaciones o consecuencias de la humanidad, pero ésta (la humanidad) se predica exclusivamente del sujeto que las realiza, el cual, al ser dinámico e histórico va manifestando su humanidad gradualmente durante todo su proceso vital.

Debe hacerse énfasis en el hecho de que el individuo humano es viviente, y que la vida es de suyo un proceso, un irse manifestando en el tiempo, un continuo desarrollo. Siendo la vida humana *un único proceso*, y no una sucesión de vidas de distinta entidad, hay que concluir que la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y *estados del proceso vital*. En este sentido, la apariencia, el grado de desarrollo, el grado de sensibilidad y demás características de una etapa específica de la vida humana, son tan humanos como las características que el individuo humano adquiere en las etapas antecedentes y subsiguientes del proceso vital.

De ahí que sea falaz afirmar que las características del ser humano en un determinado estado de su proceso vital (la madurez plena) sean las únicas características humanas, y que en consecuencia quien no tenga desarrollados ciertos órganos o no pueda desarrollar ciertas funciones, no sea humano. ¿Acaso no todos los seres humanos no han pasado por las

etapas de embrión, y feto? ¿Cómo se puede esperar que de algo que no es humano, se produzca un desarrollo autónomo hacia lo humano? ¿No sería esto una transformación ontológica...?

Las anteriores reflexiones demuestran fehacientemente que la vida en sus fases iniciales no es tan sólo un *bien jurídico*, o simplemente un *interés* objeto de protección jurídica, como lo consideró la decisión mayoritaria que adoptó la Corte. La vida sólo existe y se manifiesta *en cabeza de un ser vivo*, y cuando se trata de la vida humana, este ser vivo es un sujeto al que llamamos ser humano o persona. En cuanto la vida para el viviente es su mismo ser, la vida del ser humano, desde que ella aparece con la concepción o fertilización, hasta la muerte biológica, constituye, más que un bien jurídico, un verdadero derecho sujetivo de carácter fundamental, por cuanto, conforme al artículo 14, *toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica,* esto es, al reconocimiento de su aptitud para ser titular de derechos, entre ellos el primero y principal: la vida.

2.2.5. Finalmente, es preciso recordar que siendo la vida un proceso unitario desde la concepción hasta la muerte, y siendo evidente que en las etapas posteriores al nacimiento se trata de un proceso biológico autónomo y propio, es forzoso concluir que la vida desde su inicio se debe reputar autónoma en cuanto a la existencia (autonomía ontológica), o más precisamente, que desde el comienzo de su vida el ser humano cuenta con un principio vital que le es propio. En tal virtud, desde este estadio el ser humano es un individuo ontológicamente diferenciado de su madre, cuyos derechos, por lo tanto, se distinguen de los de ella.

La Sentencia de la cual nos apartamos parece confundir esta independencia ontológica del *nasciturus*, con la dependencia ambiental que el mismo puede presentar en ciertas circunstancias respecto de su madre, de otra mujer, o de algún ambiente artificial creado por el hombre. En efecto, dado que ampliamente se ha comprobado empíricamente la posibilidad de que la vida humana inicie por fuera del vientre materno (fertilización *in vitro*) y que se desarrolle parcialmente en ambientes artificiales, como por ejemplo una incubadora, o en cuerpos femeninos distintos del de su madre genética, forzoso es concluir que si bien puede darse una cierta dependencia del embrión respecto de la madre, no se trata más que de una *dependencia ambiental* que en nada difiere de la que tienen los ya nacidos respecto de la atmósfera o del alimento.

Visto pues que el *nasciturus* es individuo de la especie humana y que por lo tanto posee plena titularidad de derechos, siendo entonces persona en sentido jurídico, forzoso era concluir que el Estado estaba en la obligación constitucional de proteger su vida como derecho subjetivo y

fundamental en cabeza suya, pues al tenor de la Carta *"(l)as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida..."*.

3. La vida humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.1 La vida en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Dice la Sentencia de la cual nos apartamos, que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la noción de ser humano es un concepto indeterminado, cuya precisión corresponde a los Estados y a los organismos encargados de interpretar el alcance de los tratados. Los suscritos discrepamos de esta conclusión, pues estimamos que diversas normas, recogidas en tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, son precisas al señalar que todo ser humano es persona, y en tal virtud, desde la concepción, es titular de derechos fundamentales amparados por el Derecho Internacional.

Para empezar, como arriba se dijo, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, adoptada y proclamada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1948, en sus artículos 3º y 6° dice lo siguiente:

"Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

"...

"Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

Al parecer de los suscritos, las disposiciones anteriores no consagran conceptos jurídicos indeterminados que deban ser precisados por los Estados o por los organismos internacionales, sino el claro y preciso mandato de reconocimiento de titularidad de derechos en cabeza de todo ser humano individual, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo histórico en que se encuentre.

Por su parte, como se dijo anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica en 1969, en el

numera 2º del artículo 1º de la Parte I, indica con toda claridad lo siguiente:

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

Para quienes nos apartamos de la posición mayoritaria, la anterior disposición no deja margen a los Estados para interpretar la norma internacional en un sentido diferente al que con claridad arroja su lectura literal: este sentido es el de la identidad entre las nociones de ser humano y de persona, de la cual se deriva que el no nacido, como ser humano que es, sea titular de los derechos amparados por esa Convención.

Adicionalmente, el artículo 4º de esa misma Convención señala:

"Artículo 4º:

"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."(Negrillas fuera del original)*

En el mismo sentido, en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991, se lee:

"Preámbulo:

*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "****el niño****, por su falta de madurez física y mental,* ***necesita protección*** *y cuidado especiales, incluso la debida protección legal,* ***tanto antes como después del nacimiento",***

…

"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.*

…

"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."(Negrillas fuera del original)

La interpretación armónica del Preámbulo y los artículos primero y sexto de la Convención en cita, lleva a concluir que la misma entiende que la expresión "niño" comprende a los seres humanos no nacidos, y que respecto de ellos se extiende la protección especial de derechos que dispensa el Tratado, entre ellos el derecho a la vida.

Así pues, para quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria, no es posible sostener, como lo hace la Sentencia, que el derecho internacional de los derechos humanos no establezca con precisión que todo ser humano, desde la concepción, es titular del derecho a la vida.

Ahora bien, aun aceptando que la expresión *"en general",* contenida en el artículo 4° del la Convención Americana sobre Derechos Humanos, admite dos interpretaciones posibles: (i) una, acogida en la Sentencia, según la cual tal expresión debe ser entendida en el sentido que arroja la historia de su consagración, que indica que la expresión *"en general",* introducida en la redacción que en definitiva fue aprobada, fue una fórmula de transacción que, si bien protegía la vida desde el momento del nacimiento, dejaba a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comenzaba y merecía protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento; y (ii) otra según el cual la expresión *"en general"* alude a que sin excepción la protección de la vida humana se extiende al *nasciturus* en todos los casos, los suscritos estiman que, entre estas dos posibles interpretaciones, era aceptable jurídicamente optar por la segunda. Lo anterior en virtud de la vigencia del principio *pro homine*, que como es sabido es un criterio de interpretación del derecho de los derechos humanos, según el cual se debe dar a las normas la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva cuando ellas reconocen derechos internacionalmente protegidos.

3.2 El aborto en el Derecho Internacional.

Ahora bien, los suscritos aceptan que otras fuentes del Derecho Internacional, distintas de los tratados internacionales que se acaban de transcribir en algunos de sus artículos, sugieren que frente al derecho a la

vida del no nacido, reconocido claramente en tales tratados, estaría un posible derecho al aborto en cabeza de la mujer. Dichas fuentes alternas consisten principalmente en recomendaciones de diversos organismos de monitoreo de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que en su momento exhortaron a Colombia a revisar su legislación sobre aborto, las cuales, por las razones que a continuación se exponen, ni pertenecen al bloque de constitucionalidad, ni resultan jurídicamente vinculantes para Colombia, de manera que pudieran considerarse relevantes para el examen de constitucionalidad que adelantó la Corporación. Pasa a explicarse tal asunto:

3.2.1. El bloque de constitucionalidad y las diversas fuentes del Derecho Internacional.

3.2.1.2 Los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Conforme a la reiterada jurisprudencia sentada por la Corte, el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Por su parte, el bloque de constitucionalidad *lato sensu* está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.[485] Entre ellas, los tratados sobre derechos humanos, las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, las leyes estatutarias. Los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad, como tampoco las normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos, por no estar mencionadas como prevalentes por la Carta.[486]

Ahora bien, un tratado internacional, de conformidad con las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados es "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados o entre estos y

---

[485] El bloque de constitucionalidad *stricto y lato sensu* conforman categorías jurídicas diferentes, pues las normas y principios que conforman el primero, cuando son de orden interno, no pueden ser variadas sino mediante el mecanismo de reforma constitucional, cosa que no sucede con los que sólo conforman el bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Además, cuando la jurisprudencia se refiere a aquellas normas que solamente pertenecen a este último bloque, entiende que la mismas obran únicamente como datos o factores que deben ser tomados en cuenta para efectos de analizar la constitucionalidad de una disposición (pues esto quiere decir la palabra *parámetro*[485]), pero no que tales normas deban ser confrontadas directamente con las que han sido acusadas, para efectos de establecer su conformidad sustancial o material.

[486] La evolución de la jurisprudencia constitucional relativa a los conceptos del bloque de constitucionalidad, bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, y bloque de constitucionalidad *lato sensu* puede ser estudiada en las sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-358 de 1997, C- 191 de 1998, C-400 de 1998, C-708 de 1999, T-483 de 1999, C-1022 de 1999, C-038 de 2004 y T-979 de 2004.

organizaciones internacionales y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular." La obligatoriedad de dichos tratados, y su incorporación al derecho interno, exigen según las normas de la Constitución Política, que el Presidente de la República los haya negociado, el Congreso de la Republica los haya aprobado mediante ley, la Corte Constitucional haya declarado la conformidad del tratado y de la ley aprobatoria con la Constitución, y finalmente, el Presiente haya manifestado intencionalmente la voluntad de obligarse. Así las cosas, cuando el artículo 93 se refiere a que los derechos consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales, hace alusión a lo prescrito en acuerdos formalmente aprobados e incorporados al derecho interno según el trámite descrito en las líneas anteriores, y no a cualquier otra categoría de actos de derecho internacional.

3.2.1.3. Las recomendaciones de los órganos internacionales y el bloque de constitucionalidad. En cuanto a las recomendaciones emanadas de los órganos de control y monitoreo de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, no existe una jurisprudencia uniforme contenida en una sentencia de constitucionalidad o de unificación proferida por esta Corporación que establezca su carácter vinculante, ni menos su incorporación al bloque de constitucionalidad.[487] Tampoco la jurisprudencia de los organismos judiciales internacionales ha definido tal asunto. Además, por ser normas internacionales distintas de los tratados de derechos humanos, al no estar mencionadas como prevalentes por la Carta, no pueden considerarse como integrantes del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, tampoco el carácter jurídicamente vinculante para los Estados, de las resoluciones proferidas los organismos internacionales es una regla general. En efecto, del estudio de los instrumentos internacionales que se refieren al asunto y de la doctrina internacional pertinente al tema, se concluye al respecto lo siguiente: (i) Los documentos internacionales que enumeran las fuentes del derecho internacional, en especial el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al indicar a qué normas y criterios debe acudir ese Tribunal para resolver los asuntos sometidos a su consideración, no

---

[487] Sobre este punto puede consultarse, de manera especial, la jurisprudencia sentada frente al valor jurídico de las recomendaciones de la OIT, contenida en las sentencias C-562 de 1992, C-147 de 1994, T-568 de 1999, T-1211 de 2000, T-603 de 2003, T-979 de 2004, cuya lectura evidencia que la jurisprudencia relativa al posible carácter vinculante de algunas recomendaciones de la OIT, en especial de las proferidas su comité de Libertad Sindical, no es uniforme y los precedentes judiciales en la materia no han sido proferidos por la Sala Plena de esta Corporación. Tampoco puede afirmarse que exista una doctrina consistente recogida en un fallo de constitucionalidad o en una sentencia de unificación, conforme a la cual el posible carácter vinculante de tales recomendaciones de la OIT hiciera que las mismas entraran a conformar el bloque de constitucionalidad.

incluye los actos jurídicos unilaterales ni las resoluciones de las organizaciones internacionales. (ii) No obstante lo anterior, existen algunas resoluciones y recomendaciones que, por su carácter vinculante, pueden ser tenidas como fuente del derecho internacional.[488] (iii) Para establecer si una resolución o recomendación emanada de un organismo internacional es vinculante, en primer lugar debe acudirse al tratado constitutivo de las mismas, pues tal obligatoriedad debe desprenderse de dicho acto. (iv) Adicionalmente a lo anterior, para ser creadoras de derecho internacional las resoluciones deben cumplir estos requisitos: (a) ser una manifestación de la voluntad de la organización, adoptada conforme al tratado constitutivo; (b) no depender de la aceptación de otro sujeto internacional[489]; (c) ser una manifestación de voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo, y no a exhortar, aconsejar, sugerir, instar a adoptar una conducta, solicitar colaboración, etc; (d) no desconocer normas de *"jus cogens"* o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto.

3.2.1.4. La jurisprudencia de las cortes internacionales. Por su parte, la jurisprudencia de las cortes creadas por tratados internacionales sobre

---

[488] En cuanto al carácter vinculante o no vinculante de las *resoluciones* de las Organizaciones Internacionales, debe reseñarse que éstas empiezan a producirse a fines del Siglo XIX, cuando nacen las primeras Organizaciones de esta naturaleza. Desde entonces progresivamente les ha sido reconocida una cada vez mayor importancia como normas programáticas de Derecho Internacional, es decir como pautas jurídicas que fijan propósitos o metas a sus destinatarios, sin carácter propiamente obligatorio. Empero, cabe distinguir aquí las resoluciones que son producto de la competencia normativa interna de las Organizaciones internacionales, de aquellas otras que provienen de su competencia normativa externa. Las primeras están llamadas a regular el propio funcionamiento y administración interna de la Organización o de sus órganos, al paso que las segundas se dirigen a destinatarios externos a ella. Aquellas son jurídicamente vinculantes cuando emanan de un órgano de la Organización que está en relación de superioridad jerárquica o funcional respecto del órgano destinatario de la resolución.[488] Éstas, es decir las que son provenientes de la competencia normativa externa, son las llamadas *"recomendaciones",* que son enviadas por la Organización o por uno de sus órganos internos a uno o varios destinatarios externos a ella, y que implican una invitación a adoptar un comportamiento determinado[488]. Así pues, en principio no tienen carácter vinculante, salvo que su obligatoriedad esté reglamentada por el mismo tratado constitutivo de la Organización internacional que la profiere. Es decir, es en la constitución de cada Organización en donde se debe buscar la fuerza obligatoria o no obligatoria de las resoluciones de la Organización respectiva. No obstante lo anterior, la doctrina señala que como regla general las *recomendaciones* carecen de obligatoriedad jurídica. Para tales instrumentos que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes, se ha acuñado el concepto de soft law. (Ver Herdegen, Matthías. Derecho Internacional Público, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Autónoma de México, México 2005, p. 164.

[489] Este procedimiento es conocido como "contracting out" y consiste en lo siguiente: " la organización internacional adopta una resolución y la notifica a los Estados miembros. Estos disponen de cierto plazo dentro del cual pueden oponerse a la resolución en cuestión y, si así lo manifiestan, ella no será válida respecto de los Estados que se han opuesto. Entre las organizaciones internacionales que prevén este sistema pueden mencionarse la O.M.S., la O. A.C.I. y la O.M. M. (julio a. Barberis, op. Cit Pág. 162)

derechos humanos tiene relevancia para la interpretación de tales tratados, en cuanto esos órganos judiciales son los intérpretes autorizados de esos tratados. En efecto, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-010 de 2002[490], se vertieron al respecto los siguientes conceptos:

"Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales[491]."

Por fuera de esta interpretación judicial auténtica y jurídicamente relevante, los suscritos entienden que son los Estados parte de un tratado internacional los llamados a producir su interpretación; y que, en caso de conflicto en la interpretación de un tratado de esta naturaleza, si el mismo no prevé la existencia de una corte llamada a aplicarlo o a interpretarlo, la Corte Internacional de Justicia sería la competente para ello.

Por último, sobre este punto observan los suscritos que no existe a la fecha jurisprudencia ni consultiva ni contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del sistema interamericano de derechos humanos, a quien compete llevar a cabo la interpretación oficial de la Convención Americana de Derechos

---

[490] M.P. Alejandro Martínez Caballero
[491] Ver, entre otras, la sentencia C-406 de 1996.

Humanos[492], que le atribuya carácter obligatorio a las recomendaciones de los órganos de monitoreo de los tratados sobre derechos humanos.

En conclusión, sólo los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción conforman el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, y en tal virtud deben ser considerados como normas de valor constitucional para efectos del control de constitucionalidad. No así las recomendaciones emanadas de órganos de monitoreo de tales tratados. En cuanto a la jurisprudencia de las cortes creadas por tratados internacionales sobre derechos humanos, ella sí tiene relevancia para la interpretación de tales tratados.

Visto lo anterior, pasan los sucritos a referirse a las diversas recomendaciones emanadas de órganos de monitoreo de tratados sobre derechos humanos, que de alguna manera sugirieron a Colombia revisar su legislación sobre aborto.

3.2.1.5. Recomendaciones emanadas de organismos de derecho internacional que sugirieron a Colombia revisar su legislación sobre aborto:

a. Las recomendaciones a Colombia del Comité de los Derechos Humanos (CDH), encargado de monitorear el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, proferidas en mayo de 1997 y mayo de 2005, en donde, respectivamente, se expresa la preocupación de ese Comité *"por la alta tasa de mortalidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos"* y se sugiere que Colombia *"debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada",* para que en los casos de mujeres víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo, ellas no sean procesadas penalmente. En relación con las anteriores recomendaciones, *prima facie* se trata de sugerencias dirigidas al órgano legislativo colombiano que en su autonomía soberana las puede o no aceptar.

Ahora bien, una de las demandas señalaba también que alguna decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecía que

---

[492] El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica al respecto lo siguiente:
Artículo 64
1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

la prohibición del aborto, cuando existieran graves malformaciones fetales, constituía una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrado en el artículo 7º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[493]. Al respecto, al parecer de los suscritos, dicha decisión, en cuanto no proviene de un órgano judicial, no constituye jurisprudencia emanada de un tribunal internacional que pueda ser entendida como interpretación judicial auténtica y jurídicamente relevante. Los efectos de la decisión no son *erga omnes*, sino que sólo extienden sus efectos al caso examinado.

b. Las recomendaciones del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en especial la Recomendación General Número 24 sobre "La Mujer y la Salud", en donde ese Comité afirma que constituyen barreras para el apropiado acceso de las mujeres al cuidado de la salud aquellas leyes que *"criminalizan los procedimientos médicos que sólo necesitan las mujeres y castigan a aquellas que se los practican"*, y la Recomendación especial para Colombia de febrero de 1999, en donde el mismo Comité afirma que *"nota"* con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado de manera general como un acto ilegal. Al parecer de los sucritos, la Recomendación General mencionada no era directamente vinculante para Colombia, por dos razones: en primer término, por cuanto las normas de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) no confieren al Comité de dicha Convención facultades para proferir este tipo de reglas obligatorias de derecho internacional.[494] En segundo lugar, porque por los términos de la misma,

---

[493] Decisión del Comité de los Derechos Humanos en el caso Llontoy vs. Perú.

[494] Las normas de la CEDAW que se refieren a las facultades del comité, son las siguientes:

"Artículo 17

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 18

1. Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido:

a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate;

b) En lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite.

Se podrán indicar en los informes los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente Convención.

...

Artículo 21

1. 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

ella contiene la expresión de observaciones, preocupaciones y solicitudes o pedidos al Gobierno de Colombia, pero no manifestaciones de voluntad imperativas dirigidas a crear normas de derecho internacional.[495]

c. Recomendaciones a Colombia del Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño (CRC), y particularmente las observaciones hechas a Colombia por dicho organismo en octubre de 2000, cuya obligatoriedad se descarta, por cuanto el texto de las mismas contiene la expresión de una inquietud o preocupación, pero no la manifestación de una voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional[496]. Además, por cuanto de la Convención 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.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá los informes del Comité a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para su información.

Artículo 22

Los organismos especializados tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que correspondan a la esfera de las actividades. El Comité podrá invitar a los organismos especializados a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las áreas que correspondan a la esfera de sus actividades.

Artículo 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:
a) La legislación de un Estado Parte; o
b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

Artículo 24

Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

[495] En este punto se debe aclarar que el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" recientemente aprobado por el Congreso de la República, pretende que los Estados parte de dicha Convención que ratifiquen el documento adicional reconozcan con ello la competencia del Comité de la CEDAW para recibir y considerar comunicaciones por parte de personas o grupos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte, que aleguen ser víctimas de una violación de derechos protegidos por la convención. Como resultado de lo cual el Comité puede formular observaciones y recomendaciones al Estado concernido. Ahora bien, dichas recomendaciones, por las mismas razones antes explicadas relativas a las competencias que la Convención misma le reconoce al Comité de la CEDAW, no tendrían la virtualidad de resultar internacionalmente vinculantes para Colombia, y por lo tanto se excluiría su integración al bloque de constitucionalidad. Amén de que, a la fecha de la Sentencia de la Corte, el Estado colombiano no ha manifestado consentimiento en obligarse internacionalmente por el citado Protocolo.

[496] Este texto es el siguiente:

> *"**Preocupan** también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de éstas a los servicios de*

Derechos del Niño, que crea el Comité que formula la anterior observación, se deduce que dicho órgano de monitoreo tiene facultades para formular sugerencias y recomendaciones, pero no que las mismas sean vinculantes para los Estados a que se refieren. A esta conclusión se llega a partir de la lectura del artículo 44 de dicha Convención.[497]

---

asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, ***es inquietante*** *que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna". (Negrilla fuera del original)*

[497] Artículo 44
1. Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes 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:
a) En el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la presente Convención;
b) En lo sucesivo, cada cinco años.
2. Los informes preparados en virtud del presente artículo deberán indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deberán asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.
3. Los Estados Partes que hayan presentado un informe inicial completo al Comité no necesitan repetir, en sucesivos informes presentados de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del párrafo 1 del presente artículo, la información básica presentada anteriormente.
4. El Comité podrá pedir a los Estados Partes más información relativa a la aplicación de la Convención.
5. El Comité presentará cada dos años a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, informes sobre sus actividades.
6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos.
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:
a) Los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de su mandato. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los sectores que son de incumbencia de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de aquellas disposiciones de la presente Convención comprendidas en el ámbito de sus actividades;
b) El Comité transmitirá, según estime conveniente, a los organismos especializados, al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, o en los que se indique esa necesidad, junto con las observaciones y sugerencias del Comité, si las hubiere, acerca de esas solicitudes o indicaciones;
c) El Comité podrá recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos del niño;
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.

d. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a Colombia, en especial el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, de 26 de febrero de 1999, que tras expresar algunas observaciones, preocupaciones y exhortaciones, formuló algunas recomendaciones a Colombia, dentro de las cuales ninguna se refiere de manera concreta a la obligación en que estaría el Estado colombiano de despenalizar el aborto.[498]

De lo anterior concluyen los suscritos que, en cuanto las recomendaciones relativas al aborto o los derechos de la mujer en materia de salud sexual y reproductiva emanadas de organismos internacionales no constituían normas de derecho internacional que crearan obligaciones jurídicas para Colombia, no era posible entender que las mismas formaban parte del bloque de constitucionalidad, de tal manera que

---

[498] Estas recomendaciones son las siguientes:
"Teniendo en cuenta el análisis efectuado en el presente capítulo, la Comisión formula las siguientes recomendaciones al Estado colombiano:
"1. Que adopte medidas adicionales para difundir información referente a la Convención de Belém de Pará, los derechos protegidos por la misma, y los mecanismos de supervisión.
2. Que asegure la vigencia efectiva y plena de la legislación nacional que protege a las mujeres contra la violencia, asignando a tal efecto los recursos necesarios para la realización de programas de entrenamiento vinculados con dichas normas.
"3. Que garantice la disponibilidad y rapidez de las medidas especiales previstas en la legislación nacional para proteger la integridad mental y física de las mujeres sometidas a amenazas de violencia.
"4. Que estudie los mecanismos y procedimientos vigentes en materia de trámites judiciales para obtener protección y reparación por delitos sexuales, a fin de establecer garantías efectivas para que las víctimas denuncien a los perpetradores.
5. Que desarrolle programas de entrenamiento para funcionarios policiales y judiciales, acerca de las causas y consecuencias de la violencia por razón de género.
6. Que adopte las medidas necesarias para prevenir, castigar y erradicar hechos de violación, abuso sexual, y otras formas de tortura y trato inhumano por parte de agentes del Estado. Específicamente, en cuanto a las mujeres privadas de su libertad, dichas medidas deberán incluir: un trato acorde con la dignidad humana; la supervisión judicial de las causas de la detención; el acceso a un abogado, a los familiares, y a servicios de salud; y las salvaguardas apropiadas para las inspecciones corporales de las detenidas y sus familiares.
7. Que garantice la debida diligencia para que en todos los casos de violencia por razón del género, sean objeto de medidas investigativas prontas, completas e imparciales, así como el adecuado castigo de los responsables y la reparación a las víctimas.
8. Que provea información a la población sobre las normas básicas relacionadas con la salud reproductiva.
9. Que adopte medidas adicionales a nivel estatal, tendientes a la incorporación plena de la perspectiva de género en el diseño e implementación de sus políticas;
10. Que desarrolle sistemas que permitan recopilar los datos estadísticos necesarios para la formulación de políticas adecuadas, basadas en cuestiones de género.
11. Que tome las acciones necesarias a fin de que la sociedad civil esté representada en el proceso de formulación e implementación de políticas y programas en favor de los derechos de la mujer.
12. Que gestione la obtención de medios adicionales para que los recursos humanos y materiales dedicados a avanzar el papel de las mujeres en la sociedad colombiana sean compatibles con la prioridad asignada a dicho desafío.
13. Que en seguimiento de los progresos en materia de combate al analfabetismo en general, implemente programas orientados a reducir dicho problema en las poblaciones en situación de mayor desventaja, donde las tasas son mayores para las niñas y mujeres.
14. Que lleve adelante iniciativas educacionales para personas de todas las edades, con el objetivo de cambiar actitudes y estereotipos, y que simultáneamente inicie la modificación de prácticas basadas en la inferioridad o subordinación de las mujeres."

constituyeran normas frente a las cuales fuera necesario confrontar las que se demandaban.

Por otra parte, destacan los suscritos que tales recomendaciones, aparte de que estaban dirigidas al legislador y no a los órganos judiciales, no eran tampoco obligatorias de manera concreta para Colombia, por cuanto no se referían a ningún caso denunciado que hubiera sido tramitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o el Comité de los Derechos Humanos. Adicionalmente, destacan que, a la fecha, no hay opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de ninguna corte internacional, que reconozca el derecho al aborto, ni aun en casos excepcionales.

3.2.1.6. Las conferencias internacionales y el aborto:

Por último, en lo relativo a la posible obligación internacional de despenalizar el aborto aunque fuera en casos excepcionales en que podría eventualmente estar el Estado colombiano, los sucritos recuerdan con particular énfasis, que en el año 1994 se llevó a cabo en El Cairo la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en donde se planteó a la Asamblea la conveniencia de que los Estados asumieran la obligación de legalizar el aborto. Tal proposición fue rechazada por la mayoría de los Estados, que en cambio aprobó al respecto el siguiente texto, que aparece en el párrafo 8.25 del informe de dicha Conferencia internacional:

*"**En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia**. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas (definidas en una nota de pie de página) como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. **Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional**."(Negrillas fuera del original)*

Por su parte, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing, China, en 1995, también auspiciada por la ONU, la propuesta sobre la necesidad de legalización del aborto se presentó como un derecho sexual y reproductivo de la mujer, posiblemente integrante de los llamados derechos sexuales y reproductivos. No obstante, dicha conferencia de Beijing tampoco aceptó la legalización del aborto ni la obligación de los Estados de legislar en este sentido. En la plataforma de acción que surgió de aquella Conferencia, dice:

"La aplicación de las medidas que se han de adoptar contenidas en la sección relativa a la salud son un derecho soberano de cada país y deben ajustarse a las leyes nacionales *y las prioridades de desarrollo, respetar plenamente los distintos valores religiosos y éticos y las tradiciones culturales de sus poblaciones y observar los derechos humanos internacionales reconocidos universalmente." ."(Negrillas fuera del original)*

Finalmente, en la Conferencia de Beijing llevada a cabo en el año 2000 tampoco se aprobó por la Asamblea General ninguna proposición en el sentido de obligar a los países reunidos a legalizar el aborto.

3.2.1.7. El aborto en el Estatuto de Roma.

Por último los suscritos observan que dentro de los argumentos vertidos en la sentencia, se sugiere que la penalización general del aborto sería inconstitucional, entre otras razones, porque el Estatuto de Roma considera el embarazo forzado como un crimen de lesa humanidad. En cuanto tal tratado pertenece al bloque de constitucionalidad, el legislador no podría penalizar el aborto, porque ello equivaldría a forzar el embarazo.

Al respecto los suscritos detectan que lo que en el Estatuto de Roma se entiende por "embarazo forzado" es la siguiente conducta:

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. ***En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno***

relativas al embarazo;”(Numeral 2 del artículo 7 del Tratado de Roma.) (Negrillas fuera del original)

A nuestro juicio, la sola lectura de la anterior definición despeja toda duda acerca de que, en virtud de lo dispuesto por ella, pueda existir una obligación internacional de despenalización del aborto, ya sea de manera general o en casos especiales.

3.2.1.8. Conclusión. Por todo lo anterior, los suscritos infieren que del Derecho Internacional no emanaba ninguna obligación internacional de despenalizar el aborto, menos aun contenida en alguna fuente que pudiera considerarse constitutiva del bloque de constitucionalidad, y que ni siquiera era claro que de las instancias internacionales emanaran pautas relevantes en tal sentido. Antes bien, entienden que los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad expresamente reconocen el derecho a la vida de todos los seres humanos desde el momento mismo de la concepción.

De otro lado, si no existía obligación internacional convencional ni de derecho consuetudinario de legalizar total o parcialmente el aborto, tampoco existía jurisprudencia de un tribunal internacional en tal sentido, y no podía decirse que las recomendaciones de los órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos sobre el tema fueran vinculantes, entonces no existían límites internacionales a la soberanía legislativa del Congreso de la República que pudieran ser tenidos en cuenta como pauta para efectos de llevar a acabo el examen de constitucionalidad respecto de las normas legales demandadas.

No obstante todo lo anterior, la Sentencia de la cual nos apartamos concluye que de las disposiciones del Derecho Internacional no se desprende un deber absoluto de protección incondicional de la vida en gestación, pues los distintos textos recogidos en los tratados internacionales a los que arriba se hizo referencia, en particular el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Preámbulo y el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo ninguna posibilidad interpretativa podían ser entendidos en el sentido según el cual existe un derecho absoluto a la vida en cabeza del *nasciturus*, o el deber estatal de adoptar medidas para proteger tal derecho, que pueda ser oponible al derecho de la madre a llevar a cabo el aborto en ciertas circunstancias.

De esta manera, frente a la conclusión de los sucritos según la cual el Derecho Internacional protege la vida del no nacido desde la concepción,

lo que conlleva la obligación estatal de adoptar medidas legislativas efectivas que hagan realidad dicha protección, se yergue la de la mayoría, según la cual el Derecho Internacional no reconoce tal derecho ni impone tal obligación. A su parecer, como se recuerda, la vida humana en gestación es tan sólo un bien jurídicamente relevante, más no un derecho subjetivo de rango fundamental.

Empero, es claro que, en cualquier caso, las decisiones aprobadas por las asambleas generales de las conferencias internacionales de la ONU en las cuales el tema se discutió indicaban con meridiana claridad que el asunto de la despenalización del aborto, en cualquier circunstancia, constituía una decisión librada a la soberanía de cada país. Así, aun admitiendo, en gracia de discusión, que fuera correcta la interpretación mayoritaria sobre la no existencia en el Derecho Internacional del derecho a la vida del no nacido desde la concepción, ni la obligación estatal de protección de la vida del *nasciturus* desde ese momento, el solo hecho de que tan claramente las conferencias internacionales mencionadas hubieran deferido el asunto de la penalización o despenalización del aborto a la soberanía de cada nación, excluía la posibilidad de que la Corte llegara a la concusión de que la penalización del aborto en algunos casos resultaba contraria a los postulados del derecho internacional o a sus interpretaciones. Tal interpretación mayoritaria hubiera podido llegar a concluir que, de cara al Derecho internacional, el legislador nacional estaba en libertad de definir el asunto, pero no que la penalización desconociera los estándares del derecho internacional.

4. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política y en el Derecho internacional.

4.1 Bajo este título, la Sentencia de la cual discrepamos expone que la Constitución Política de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y sus relaciones con el Estado. También se refiere al lugar que los derechos de las mujeres han venido ocupando en el Derecho Internacional, y cómo han sido destacados en las conferencias mundiales sobre el tema, convocadas por la ONU. De manera especial, evoca los llamados *derechos a la salud sexual y reproductiva*, como una categoría de los derechos humanos que ha sido reconocida en los tratados internacionales, categoría dentro de la cual debe estar incluido el derecho femenino a la autodeterminación reproductiva en condiciones de igualdad con el hombre.

Ahora bien, aunque en contrario de lo que se expone en las consideraciones vertidas en la Sentencia en torno de la interpretación del Derecho Internacional en materia de aborto, en esta parte la mayoría

admite que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto, aduce en cambio que la libertad de configuración del legislador en la materia estaría restringida por los derechos de la mujer a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación reproductiva, así como por la dignidad humana.

Los suscritos comparten las apreciaciones de la mayoría en torno al reciente desarrollo de los derechos de la mujer tanto en el constitucionalismo colombiano como en el Derecho Internacional. Así mismo, aceptan que la libertad de configuración del legislador en materia penal no es absoluta, y que encuentra límites en los derechos fundamentales y en la dignidad humana. Sin embargo, no comparten las consideraciones vertidas en la sentencia conforme a las cuales no resultaba proporcionado ni razonable que el Estado colombiano impusiera a una persona la obligación de sacrificar su salud o su libertad en aras de la protección de intereses de terceros, aun cuando estos últimos fueran jurídicamente relevantes, es decir en aras de la protección de la vida del no nacido entendida como *"bien"* constitucionalmente relevante. Consideraciones estas últimas que llevaron a la Corte a establecer la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta de aborto, por cuanto la penalización del aborto en toda circunstancia implicaría la preeminencia absoluta de tal bien jurídico, con el supuesto sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

Para quienes nos apartamos de la decisión mayoritaria, la ponderación de valores, principios y derechos en juego implicados en el tema del aborto no podía hacerse en los anteriores términos, sino reconociendo tanto la dignidad y los derechos fundamentales de la mujer, como la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano no nacido; y entendiendo que la vida humana, en toda circunstancia, no es tan solo un *bien* difuso existente en la naturaleza, y reconocido como valioso por la Constitución, sino una realidad biológica que solo se manifiesta en los seres humanos, lo cual determina que en el mundo jurídico se origine *per se* la titularidad del derecho subjetivo fundamental correspondiente.

4.2 La dignidad humana, la armonización de los derechos que de ella dimanan, y la protección del derecho a la vida del que está por nacer.

Así pues, establecido como se dejó anteriormente en este mismo salvamento, que el *nasciturus* es individuo de la especie humana y que por lo tanto posee plena titularidad de derechos, siendo entonces persona en sentido jurídico, forzoso era concluir que el Estado estaba en la obligación constitucional de proteger efectivamente su vida como

derecho subjetivo y fundamental en cabeza suya, y no simplemente como un bien jurídico.

Ahora bien, observando que la Sentencia afirma que en ciertos casos la penalización del aborto conduce a un desconocimiento de la dignidad de la mujer, los suscritos magistrados consideran necesario referirse al principio de dignidad humana, a fin de demostrar que la penalización general del aborto en ningún supuesto originaba tal desconocimiento, como tampoco el de ninguno de sus derechos fundamentales.

4.2.1 La noción de dignidad humana. En el lenguaje corriente, hablar de dignidad supone hacer referencia a un especial merecimiento que se deriva de un estatus de superioridad; a una exigencia que emana directamente de la especial condición del sujeto. En este sentido, la expresión *dignidad humana*, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, en su sentido natural y obvio se refiere a una forma de *dignidad intrínseca* que se tiene en virtud de la condición humana. Es decir, el reconocimiento de la dignidad humana debe entenderse como la constatación de una valía propia del ser humano, que existe con independencia de la condición en que éste se encuentre y del mérito de sus acciones. Así por ejemplo, aunque el delincuente pueda ver disminuida su dignidad moral, no pierde por ese hecho la dignidad intrínseca que se predica de su mera condición humana, y en virtud de ello no pierde las garantías y derechos que se derivan de ella, razón por la cual está proscrita la pena de muerte, las penas crueles o degradantes, la tortura, etc.

El reconocimiento de la dignidad humana implica, por tanto, la aceptación de que el sólo hecho de ser humano confiere al individuo un estatus que lo sitúa por encima del orden de las cosas y le hace acreedor de un trato diferenciado de aquello que pertenece al mundo de los objetos. Significa que el individuo humano, sea cual sea su condición o circunstancia, es de suyo un ser *merecedor de un trato adecuado a su especial estatus,* y que en consecuencia es un *ser exigente ante el derecho*. Significa, además, que por su especial jerarquía y superioridad respecto de las demás cosas, no puede recibir el mismo trato que se da a estas, y que, en consecuencia, no puede hallarse bajo ningún otro dominio que aquel que él mismo ejerza sobre su propio ser.

Para los suscritos, la afirmación de que la dignidad humana comporta la exigencia de dar al individuo humano un trato adecuado a su estatus de superioridad respecto de otros seres reviste especial importancia debido a que, en virtud de lo anterior, se puede afirmar que la dignidad humana es el fundamento o supuesto inmediato de los derechos fundamentales. En efecto, dado que la condición humana *tiende*, o mejor, *está de suyo*

orientada a los actos de dominio del propio ser mediante la libertad, el trato que se debe dar al ser humano debe ser adecuado a esta especial forma de dominio, y por ende debe respetar (i) la no disponibilidad *de aquello que constituye al ser humano en su ser e integridad*, como su vida e integridad física y moral; (ii) el dominio del ser humano sobre sus propios actos bajo los parámetros de la coexistencia -derechos de libertad- (iii) y el legítimo derecho al propio perfeccionamiento y a todo aquello que contribuya a este fin.

De otra parte, la expresión *dignidad*, referida al ser humano, ha de entenderse como manifestación de que el individuo de la especie humana constituye un fin en sí mismo y posee un valor intrínseco. En virtud de ello, ha de considerarse contrario al orden jurídico y social todo aquello que contribuya a la instrumentalización de la humanidad, esto es, a la reducción de cualquier individuo humano a la categoría de medio, esto es, de ser disponible y utilizable para la consecución de los fines de otros. Ha de tenerse en cuenta que la dignidad humana no solamente comporta la exigencia de un trato determinado, de respeto a ciertos derechos llamados fundamentales, sino que también supone que los actos lesivos de dichos derechos sean *efectivamente reparados.*

Como epílogo de todo lo anteriormente dicho, se podría intentar resumir las notas fundamentales de la dignidad humana en los siguientes puntos:

1) La dignidad humana es una excelencia inherente a la condición humana, y por lo tanto se puede predicar de todos los hombres con igual intensidad.
2) Por ser inherente a la condición humana, la dignidad no puede llegar a perderse en ninguna circunstancia.
3) La dignidad humana es la fuente inmediata de los derechos fundamentales.
4) Todo acto contrario a la dignidad humana, es decir a los derechos que de ella se derivan, comporta un deber de reparación.

Congruente con las anteriores conclusiones, el artículo primero de la Constitución Política hace reposar en la dignidad humana la noción misma de Estado según la cláusula Social de Derecho.

4.2.2 La dignidad de la persona humana y la coexistencia de los derechos fundamentales. Ahora bien, el ser humano es un ser insertado en la sociedad. Su condición de *socio* de sus congéneres le obliga a vivir en convivencia con ellos, de lo cual resulta que los derechos que dimanan directamente de su dignidad como exigencias de ésta, es decir los derechos fundamentales, puedan en ciertos casos entrar en conflicto con iguales derechos de los demás, e incluso con objetivos sociales

considerados como de *bien común*. Así, compete a la ciencia jurídica, no sólo reconocer tales derechos dimanantes directamente de la dignidad humana, sino lograr su coexistencia.

A diversos criterios acude el Derecho para solucionar el conflicto o tensión que puede presentarse entre los derechos fundamentales de los seres humanos, y entre éstos y el bien común. En primer lugar, respecto de éste último punto, los valores y principios que sirven de fundamento al concepto de Estado Social de Derecho permiten afirmar que el bien común prevalece sobre el bien particular, pero que para conseguirlo no es posible apelar al desconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, reconocidos como exigencia de su dignidad intrínseca, como bien claramente ha sido señalado por la Corte:

"En el texto constitucional colombiano, **el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental.** En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general"[499]. (Negrillas fuera del original)

Así pues, a tal punto resulta intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales, que los mismos no pueden ser desconocidos en aras del bien general. Pueden sí, verse restringidos para el logro de esa categoría de objetivos comunes, pero no erradicados o desconocidos en tal contenido esencial, como así mismo ha sido explicado por la jurisprudencia:

"El análisis precedente no significa que la Corte deba desestimar el interés general si éste entra en conflicto con un derecho fundamental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala deberes a las personas (CP art. 95), pues la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es más: es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado."[500]

---

[499] Sentencia C-606/92. MP Ciro Angarita Barón
[500] Sentencia C-251 de 2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

4.2.3 Criterios para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales de las personas, en el entendido de que todas ellas se revisten de igual dignidad.

En cuanto a los criterios para resolver los conflictos entre los derechos fundamentales de las personas, en el entendido de que todas ellas se revisten de igual dignidad, y que por lo tanto, respecto de un mismo derecho se encuentran en igual posición, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado los siguientes:

a) El criterio de la jerarquización de derechos:

Prima facie, entendidos como principios los derechos fundamentales no admitirían jerarquización, pues el constitucionalismo contemporáneo se asienta en la idea comúnmente admitida según la cual el concepto de constitución se edifica sobre un catálogo de valores y principios que proviene de un consenso social mínimo sobre la mejor manera de organizar la convivencia y alcanzar los fines colectivos. Así, todos y cada uno de los valores y principios superiores, entre ellos los derechos fundamentales, en cuanto son el fundamento o base de la organización social, tendrían igual importancia, de manera que lo que correspondería al juez constitucional en caso de conflicto no sería escoger entre derechos enfrentados, sino lograr la aplicación de todos ellos mediante un ejercicio de ponderación que, partiendo de la base de que no existen derechos absolutos, pues todos ellos admiten restricciones o límites, lograra el reconocimiento en el mayor grado posible de todos los derechos enfrentados, y evitara restricciones que acabaran en el desconocimientos del contenido esencial de cualquiera de los derechos implicados en el conflicto.

Empero, en ciertas circunstancias cobra importancia la utilización de este criterio. En efecto, la jerarquización es el método de resolución de conflictos de derechos en el cual se da prevalencia a uno sobre otro u otros, tras la demostración de que uno de ellos tiene mayor valía, y que por lo tanto su ejercicio debe prevalecer sobre el ejercicio de los demás. Tal sucede con el derecho a la vida, respecto del cual la Carta política parece referirse abstractamente a la mayor jerarquía de tal derecho, cuando en el artículo 11 enuncia: *"El derecho a la vida es inviolable"*. Tal afirmación, no recogida respecto de los demás derechos, indica el carácter improfanable de la vida humana entendida como derecho. Y ello obedece a varias razones en las cuales vale la pena reparar.

En primer lugar, la vida para el ser humano viviente es su mismo ser; en tal virtud, es el presupuesto fáctico de la titularidad y vigencia de todos

los demás derechos fundamentales, sin excepción. Por lo cual el desconocimiento del derecho a la vida implica de suyo el desconocimiento subsiguiente e inmediato de todos los demás que de él dependen. La anterior afirmación resulta tan obvia y evidente, que no merece más consideraciones. Pero, adicionalmente, la vida humana entendida como derecho no admite gradaciones o restricciones. Ciertamente, no se puede estar más o menos vivo. Simplemente se está vivo o se está muerto. Cosa que no sucede respecto de los demás derechos que, por su estructura y modo de ejercicio, pueden reconocerse en mayor o menor grado respecto de su titular. Así por ejemplo, como es sabido, la libertad o la igualdad admiten restricciones (no su desconocimiento), en aras del logro de objetivos constitucionales relevantes.

La vida en cambio es *inviolable*, consecuente con ello, no admite nuestra Constitución la pena de muerte. Podría la ley exigir que la vida se ponga en *riesgo* a fin de lograr objetivos constitucionalmente importantes, como de hecho puede en ciertas circunstancias suceder en el ejercicio de ciertas profesiones como la médica o la militar, o en el cumplimiento de deberes constitucionales, como el de prestar servicio militar. Pero el sacrificio mismo de la vida en aras de cualquier otro objetivo externo al sujeto, por loable que sea, no es exigible en derecho.

Ahora bien, sobre la necesidad de acudir a criterios de jerarquización para resolver conflictos entre derechos, la Corte constitucional ya se había pronunciado así:

"Si el conflicto entre los intereses en juego - en sus respectivos ámbitos garantizados por la Constitución - se lleva hasta sus últimas consecuencias, habrá de ensayarse un criterio de jerarquización que resulte plausible. **Entre los bienes jurídicamente protegidos, la vida y la integridad física, como supuestos de los restantes derechos, tienen carácter primario**. En consecuencia, su salvaguarda debe ser prioritaria."[501] (Negrillas fuera del original)

b) El criterio de ponderación de derechos.

El otro criterio al que usualmente acude la ciencia constitucional para resolver conflictos de derechos es el criterio de la ponderación. La ponderación de derechos, entendidos como principios, parte de la base de que las normas que los reconocen son mandatos de optimización. En este sentido dice Alexy: *En tanto tales, son normas que ordenan que algo se*

[501] Sentencia C-041 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios".[502]

La ponderación consiste en determinar el peso que debe tener en un caso concreto un derecho, frente a otro que entra en tensión con él. Para ello el juez constitucional utiliza prevalentemente el principio de proporcionalidad. De cualquier manera, la finalidad de este método es similar al de jerarquización, pues persigue evidenciar qué ejercicio de derechos puede ser calificado de legítimo, dada la importancia que reviste o peso que tiene, en relación con los otros que se encuentren implicados. Sin embargo, la ponderación también puede llevar al juez a establecer restricciones correlativas de derechos en tensión, a fin de lograr su efectividad coetánea, pero limitada.

Por último, debe resaltarse que la dignidad intrínseca de cada ser, es decir su mayor valía en cuanto tal frente al mundo de las cosas, en manera alguna puede ser ponderada, graduada o relativizada. La gradación, ponderación o jerarquización a que acaba de aludirse, se predica únicamente de los derechos que, como exigencias de dignidad, se radican en cabeza de cada ser humano. Pues como arriba se hizo ver, la dignidad *humana* es una excelencia inherente a la condición humana, y por lo tanto se puede predicar de todos los hombres con *igual intensidad* en toda circunstancia. Además, por ser inherente a la condición del hombre, la dignidad *humana* no puede llegar a perderse en ninguna circunstancia y todo acto contrario a ella, comporta un deber de reparación.

Con fundamento en las premisas anteriores, los suscritos magistrados pasan a explicar por qué en ninguno de los casos excepcionales en que la mayoría consideró inconstitucional la penalización del aborto, era posible extraer esa conclusión.

4.2.4. Por qué el aborto terapéutico no resultaba constitucionalmente admisible por no resistir un test de proporcionalidad.

A la base de la justificación del llamado aborto terapéutico, se encuentra un conflicto de derechos: el derecho a la vida de la madre frente al derecho a la vida del hijo. Entre la muerte de uno de los dos, la Sentencia

---

[502] Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994. pág 75

mayoritariamente adoptada sostuvo que debía optarse por la vida de la madre frente al *"bien jurídico"* representado en la vida del hijo.

A juicio de los suscritos, partiendo de la base de que la vida del hijo no es sólo un bien jurídico sino un verdadero derecho, en el conflicto de derechos que se acaba de plantear, no se podía optar por la vida de la madre, como tampoco por la del hijo.

En efecto, tanto la Constitución Política como los tratados de derechos humanos consagran la protección del derecho a la vida en condiciones de igualdad para todo ser humano, es decir sin distinción de raza, sexo, edad, o cualquier otra circunstancia accidental. Adicionalmente, la vida de la madre y la del hijo se revisten de igual dignidad, y constituyen, las dos, el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás derechos fundamentales de ambos sujetos. Por esa razón, ni aun considerando que la Constitución Política hace prevalentes los derechos de los niños, y que la palabra *niño*, de conformidad con lo expresado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, incluye a los seres humanos no nacidos[503], resulta posible optar por la vida de ninguno de los dos.

Al parecer de los suscritos, el tipo penal básico de aborto contenido en el artículo 122 del Código Penal se ajustaba a esa neutralidad jurídica que exigía no "escoger" entre la vida de uno o del otro; en efecto, la norma prohibía toda acción directamente occisiva dirigida contra la vida del hijo (aborto), tendiente a defender la vida de la madre, pero una lectura sistemática del Código Penal revelaba que otras disposiciones prohibían idéntica acción directamente occisiva dirigida en contra de la vida de la madre (homicidio), intentada para defender la vida del hijo. Por lo anterior no era cierto, como lo afirmaba la demanda y aceptó la Corte, que en el artículo 122 del Código Penal el legislador consagraba una norma que sólo se ocupaba de defender la vida del feto, olvidándose de la protección que también debía dispensar a la madre.

4.2.4.1. El conflicto de derechos implícito en el aborto terapéutico, y la manera de resolverlo:

La situación fáctica en que se halla la madre en el caso del llamado aborto terapéutico es aquella en la cual su vida está amenazada o corre riesgo, y el aborto de la criatura que lleva en el vientre haría desaparecer,

---

503 ***Convención sobre los Derechos del Niño***
"Preámbulo:
*"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "**el niño**, por su falta de madurez física y mental, **necesita protección** y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, **tanto antes como después del nacimiento", …"***

o al menos menguar, ese riesgo de muerte. Así las cosas, a la hora de estudiar si tal aborto resulta posible desde la perspectiva del respeto de los derechos involucrados, la ciencia jurídica se enfrenta ante el evidente conflicto de derechos que se da entre la vida de la madre y la del hijo, derechos ambos de la misma jerarquía.

La Constitución no prohíbe la restricción de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, reiteradamente la Corte ha afirmado que el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior no impide que la ley establezca tratos diferentes, sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable. De manera general, la jurisprudencia ha admitido que la restricción de los derechos fundamentales es constitucionalmente admisible, siempre y cuando supere el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintas etapas. En efecto, en la aplicación de dicho test, el juez constitucional debe superar varios pasos: el primero consiste en verificar si la restricción del derecho fundamental persigue un objetivo constitucionalmente válido. Determinado lo anterior, debe examinar si la medida para lograr dicho objetivo es "adecuada" para ello, es decir si resulta idónea para alcanzar el propósito constitucional de que se trata. Establecida la idoneidad de la medida, debe constatarse que la misma sea necesaria o indispensable para ese propósito, es decir debe verificarse que no existan otros medios alternativos para lograr el mismo objetivo, que no impliquen restricción de derechos fundamentales. Por último, el juez debe realizar un análisis de "proporcionalidad en estricto sentido" que consiste en establecer si el sacrificio del derecho fundamental implicado no resulta excesivo frente a la realización de los logros o beneficios obtenidos.[504]

Así pues, para justificar constitucionalmente el aborto terapéutico, como lo hizo la decisión de la que nos apartamos, era necesario determinar si la restricción de derechos de que es objeto el feto en este tipo de aborto, en aras de la vida de su madre, superaba el aludido test de proporcionalidad. Para los suscritos, dicho aborto terapéutico no superaba el referido escrutinio de proporcionalidad, como pasa a demostrarse:

En cuanto al objetivo perseguido con esta modalidad de aborto –salvar la vida de la madre-, ciertamente el mismo se ajusta a la Carta, que define que todas las personas tienen derecho a la vida y que las autoridades de la República están construidas para defender este derecho. Así pues, el aborto terapéutico persigue un fin constitucionalmente válido. Adicionalmente, la medida escogida puede estimarse adecuada, pues una vez determinado médicamente que la muerte y extracción del feto llevarían al reestablecimiento de la salud materna y a conjurar el peligro

[504] Ver, entre otras, las Sentencias C-221 de 1992, C-430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996. T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C-112 de 2000 C-093 de 1991, etc.

de muerte que sobre ella pesa, la idoneidad de tal medida aparece demostrada. Así mismo, en ciertos casos tal procedimiento puede revelarse como necesario para conjurar el riesgo de muerte, en el sentido de no existir otro tratamiento, medicamento o procedimiento alternativo que conduzca a los mismos resultados.

Empero, el requisito de proporcionalidad en sentido estricto no se cumple. Ciertamente, el sacrificio o afectación de derechos del feto resulta superior al beneficio obtenido, que sería evitar el peligro de muerte de la madre. Pues el sacrificio de derechos del feto es el *máximo* posible que un ser humano pueda experimentar, si se tiene en cuenta que siendo la vida el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás derechos, su aniquilamiento no sólo desconoce ese primer derecho fundamental, sino todos los otros. Además, en este caso tal sacrificio se da con carácter de *certeza*, pues la acción médica que culmina con el aborto terapéutico es una acción directamente occisiva, encaminada a causar intencionalmente la muerte del ser humano no nacido. Frente a este sacrificio en grado de intensidad máximo, el beneficio obtenido es evitar el riesgo o amenaza de muerte de la madre, es decir de una muerte eventual o probable, mas no cierta. En otra palabras, frente a la eventual muerte de la madre se yergue la cierta muerte de su hijo, de modo que la ponderación de derechos acaba haciéndose a partir de una situación fáctica de riesgo de muerte de la madre, a la que se opone la situación fáctica de certeza de muerte del feto.

En definitiva, el llamado aborto terapéutico no supera el llamado test de proporcionalidad, básicamente porque no hay una proporcionalidad estricta entre el sacrificio de derechos del feto (muerte segura) y los beneficios obtenidos en la órbita de los derechos de la madre (evitar un riesgo o amenaza de muerte, es decir de una muerte eventual).

4.2.4.2. Una precisión necesaria: Aborto directo y aborto indirecto

En este punto, los suscritos consideran necesario referirse a las diferencias entre las nociones de aborto directo y aborto indirecto, pues el artículo 122 del Código Penal, antes de la presente sentencia, solamente penalizaba la primera de estas conductas. En efecto, en esa disposición el legislador no prohibía llevar a cabo todos los tratamientos y procedimientos al alcance del cuerpo médico, que tuvieran por objeto directo preservar la vida de la madre, incluso si como consecuencia indirecta de ellos se llegaba a producir la muerte del feto. Ciertamente, el artículo 122 del Código Penal de manera general penalizaba la conducta que consistía en causar el propio aborto o permitir que otro lo causara, o en realizar en una mujer embarazada el aborto. Es decir, la conducta tipificada como delito era aquella directamente occisiva, intentada por

cualquier medio y en cualquier momento en contra del ser humano no nacido. El llamado aborto indirecto, esto es el que es consecuencia no buscada sino padecida de un tratamiento o procedimiento médico o quirúrgico cuyo fin no consiste en eliminar al feto sino en preservar la salud y la vida de la madre en grave peligro de muerte, no caía bajo las previsiones del artículo 122 del Código Penal antes de la Sentencia, pues esta norma consagraba un tipo penal doloso. En efecto, la doctrina del derecho penal señala que cuando en el tipo penal no se establece la modalidad específica de culpa o preterintención, debe entenderse que el título de imputación es exclusivamente el dolo.

Para explicar de mejor manera lo anterior, se hace necesario detenerse a precisar cuál es la conducta que configuraba (y aun configura) el delito de aborto. Al respecto, debe observarse que el aborto que el artículo 122 del Código Penal prohibía de manera general al elevarlo a la categoría de delito era el ***aborto directo intencional***, que consiste en la provocada y dolosa interrupción del embarazo de la madre, cuando el feto no es viable extrauterinamente, causando la muerte de éste. Como puede verse, para que pudiera hablarse de aborto criminal era necesario un requisito fundamental: ***el dolo***, esto es la intención positiva de causar la muerte a un ser humano no nacido, cuya vida no es viable extra uterinamente. En efecto, dentro de los elementos del delito, la doctrina unánimemente menciona la necesidad de que concurra el *"animus feticida",* es decir, que la conducta esté conscientemente dirigida a la destrucción o expulsión del feto no viable. En otras palabras, la conducta penalmente reprimida era (y aun es) la conducta intencional o voluntaria. No existe, por tanto, el aborto culposo.

La anterior explicación permite entender porqué el llamado *aborto indirecto* no caía bajo la descripción típica que consagra el artículo 122 del Código Penal, ahora bajo examen. Esta clase de aborto se produce como efecto no inmediato de un medicamento o procedimiento médico que tiene por objeto procurar la salud de la madre y salvar su vida en caso de riesgo inminente de muerte para ella. Barrientos Restrepo, siguiendo a J.Mc Fadden, lo define así: "realización de tratamiento u operación médica con miras a una finalidad por entero distinta del aborto, pero que, incidental y secundariamente, ocasiona la expulsión del feto… el feto no es el objeto directo de la acción. En él, la destrucción de la vida del feto es un efecto secundario, que se sigue del uso de medios dirigidos hacia orto objetivo. En este caso los medios usados tienden de suyo a procurar la salud de la madre cuando está en riesgo de muerte, y el motivo que los induce a ponerlos en práctica es su bienestar."[505]

---

[505] Samuel Barrientos Restrepo. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL. Ed. Bedout, pág. 268.

Las diferencias radicales entre el aborto directo y el indirecto son varias: (i) en el primero, la acción es directamente occisiva, es decir enderezada a cometer un acto ilícito cual es la destrucción de una vida humana; en el aborto indirecto, en cambio, la acción directamente intentada no es ilícita, porque aquí tal actuar directo consiste en una intervención médica o quirúrgica encaminada a preservar la salud de la madre, y a conjurar así el riesgo de muerte inminente que ella padece; (ii) en el aborto indirecto la intención del agente no es matar, o violar la ley penal (no hay dolo), en cambio en el aborto directo si se da tal designio criminal; (iii) en el aborto directo, el efecto inmediato de la acción del agente es la muerte de un ser humano viable no nacido, al paso que en el aborto indirecto el efecto inmediato no es éste, sino la salud de la madre; la muerte del feto se produce mediatamente, como un efecto no querido, sino padecido por el agente; y aunque puede darse el caso de que ambos efectos (la muerte del feto y la salud de la madre) sean simultáneos, en el aborto indirecto no hay intención de matar sino de curar, lo cual excluye de suyo el dolo, elemento esencial para que se configure el delito; (iv) por último, en el aborto indirecto la causa que lleva al agente a intentar su acción curativa, causa que es el riesgo de muerte de la madre, resulta estrictamente proporcionada al daño eventual que tal acción puede producir, es decir al riesgo de muerte del feto. En otras palabras, en el aborto indirecto la ponderación de derechos se da a partir de dos riesgos: el riesgo de muerte de la madre y el riesgo de muerte del hijo. En cambio, en el aborto directo, como arriba se vio, la ponderación de derechos en conflicto se da a partir del riesgo de muerte de la madre, frente a la certeza de muerte del hijo, por lo cual en este último la causa de la acción no es proporcionada al daño que ciertamente se ha de producir.

Ahora bien, a juicio de los suscritos, la adecuada comprensión de las diferencias entre las figuras del aborto directo y elaboro indirecto permitían entender por qué no era cierto el cargo de inconstitucionalidad conforme al cual el legislador no protegía los derechos de la madre frente a los del hijo, cuando el embarazo implicaba un riesgo para su vida y su salud. Ciertamente, establecido que el aborto indirecto era tolerado por el artículo 122 del Código Penal, ha debido concluirse que, en el anterior conflicto, el personal médico y sanitario sí estaba autorizado para atender las necesidades de salud de la madre, siempre y cuando se excluyera la acción directamente occisiva intentada contra el feto.

4.2.4.3. El estado de necesidad y el llamado aborto terapéutico.

Conforme lo prescribe el numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, *"(n)o habrá lugar a responsabilidad penal cuando… 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado*

intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar."

De la anterior manera consagra el Código la causal de justificación llamada "estado de necesidad". De manera general, se entiende por estado de necesidad "una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona."[506]

Para que pueda hablarse de estado de necesidad se requieren tres supuestos: (i) que esté en peligro un bien jurídico protegido del agente; (ii) que ese peligro sea grave e inminente; (iii) que la necesidad no se pueda imputar a la culpa del agente. (iv) que no existan medios alternativos de proteger el bien jurídico que se trata de preservar; (v) que la conducta sea proporcionada, es decir haya adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente; (vii) que el peligro no deba afrontarse por obligación profesional.[507]

En cuanto al requisito de proporcionalidad, enunciado como la necesidad de que haya equivalencia o adecuación entre el peligro corrido y la conducta del agente, la exigencia incluye dos dimensiones: una es la relativa al valor de los bienes jurídicos que entran en juego, y la otra es la referente a la certeza de la afectación de dichos bienes.

En el caso del llamado aborto terapéutico, los bienes jurídicos son equivalentes, es decir la vida de la madre y la del hijo tienen el mismo valor o jerarquía. No así la certeza respecto de la afectación de dichos bienes. Pues en el evento en el cual el embarazo ocasione un riesgo grave para la vida de la madre, mientras la continuación del embarazo sólo supone el aumento de dicho riesgo, incluso hasta en un grado muy alto, el aborto terapéutico, como forma de aborto directo, siempre implica la certeza de la muerte del *nasciturus*, es decir la seguridad de afectación máxima del bien jurídico en cabeza de suya. Así pues, aunque existe una equivalencia de bienes jurídicos, la anulación cierta de uno no se justifica por la mera probabilidad de la afectación del otro.

Por lo anterior, para los suscritos nuevamente se demuestra que en el aborto terapéutico no se cumplía a cabalidad el requisito de proporcionalidad estricta, que debe darse para que se configure la causal

---

[506] CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Ed. Bosch, Barcelona, 1960. pág. 368. citado por REYES ECHANDÌA ALFONSO. Derecho Penal, parte general. Publicaciones universidad Externado de Colombia, 1976. pág 174.

[507] Ver: REYES ECHANDÌA ALFONSO. Derecho Penal, parte general. Publicaciones universidad Externado de Colombia, 1976. Pág. 175.

de justificación por estado de necesidad, por lo cual esta modalidad de aborto no podía considerase amparada por esta figura, como lo consideró la mayoría.

4.2.4.4. El aborto terapéutico, la igualdad y la dignidad humana.

Ahora bien, en las líneas anteriores se ha explicado que en el aborto terapéutico la causa del actuar del agente que lo provoca, esto es el riesgo de muerte que padece la madre, no resulta proporcionada al daño cierto que se verifica en la esfera de los derechos del no nacido. Así, el aborto en este caso constituye un daño mayor, porque la elección se hace entre un daño cierto y un daño eventual.

Lo anterior revela que detrás de la práctica de esta forma de aborto lo que verdaderamente subyace es la utilización de la vida del feto para erradicar el riesgo de muerte de la madre. En efecto, si la vida para el viviente es su mismo ser, el aborto terapéutico implica la utilización de un ser humano para los fines de otro, lo cual equivale a desigualar el derecho a la vida de la madre frente al derecho a la vida del hijo, concediéndole preponderancia al primero de estos derechos. El aborto terapéutico, así visto, se erige en un atentado contra la igualdad.

Pero adicionalmente, el aceptar que la necesidad de salvar una vida justifique una acción directamente occisiva sobre la vida de un tercero, que por lo demás se encuentra en total estado de indefensión, supone una relativización tácita del principio de dignidad humana que, como se ha visto anteriormente, es uno de los principios fundantes del orden jurídico colombiano. En efecto, la acción propia del aborto terapéutico supone necesariamente la instrumentalización del ser humano, es decir, su reducción categoría de medio y la consecuente negación de la dignidad, por cuanto en estricto sentido se llama medio a aquello que, no pudiendo ser tenido como fin en sí mismo (ser digno), puede ser utilizado para la consecución de necesidades o fines que le son externos.

Despojar al ser humano de su estatuto jurídico propio, negar su indisponibilidad frente a terceros, equivale a negar su condición de sujeto de derechos, y no habiendo en el Derecho más categoría que la de sujeto de derechos propios u objeto de derechos ajenos, supone necesariamente el reconocimiento del principio de que un ser humano puede, por razones temporales, funcionales o circunstanciales (el peligro de muerte de otro sujeto de derecho) ser considerado *propiedad ajena*, por cuanto sólo es posible disponer de lo que es propio. De esta manera, el reconocimiento del derecho a *disponer de alguien* así sea por la realización del más loable de los fines, supone de suyo la aceptación de una forma sutil de esclavitud, y por lo tanto está en abierta contradicción con el artículo 17

de la Carta Política, que proscribe toda forma de esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos.

La aceptación del aborto, aún en casos excepcionales y extremos, implica de suyo, un retorno a modelos jurídicos en los que se aceptaba la distinción de los seres humanos entre *personas* (sujetos de derecho) y *no personas o esclavos*, es decir seres que se encuentran bajo el *dominio* de otro.

Así pues, a juicio de los magistrados disidentes, la penalización del aborto aun en circunstancias en que el embarazo representa un riesgo para la vida de la madre, lejos de constituir un atentado contra la dignidad de está, se erigía en un mecanismo para proscribir la utilización del feto, y por ende el desconocimiento de su dignidad.

Ciertamente, al parecer de los suscritos el Derecho tiene como función aliviar los padecimientos humanos y procurar el bienestar de los asociados. Sin embargo, esta finalidad no puede ser entendida en términos absolutos, porque al Derecho sólo le es dado perseguir estos fines en cuanto sea posible alcanzarlos a través de medios *lícitos*, es decir no contrarios a los derechos de terceros. En caso contrario, no queda más que padecer o tolerar ciertos males, que comparados con el daño jurídico que supone el quebrantamiento de derechos fundamentales de otros, y con ello del orden social justo, deben ser considerados males menores.

Finalmente, los suscritos aclaran que el examen anterior no tiene el alcance de descartar la existencia de los llamados derechos a la salud sexual y reproductiva de la madre, los que se refieren ciertas fuentes del Derecho Internacional, y que tuvieron especial reconocimiento en la Conferencia mundial sobre población y desarrollo que tuvo lugar en El Cairo en el año 1994. Ciertamente, las mujeres gozan en toda circunstancias de estos derechos, que no son sino un aspecto del más general derecho a la salud, en ocasiones conexo con la vida, con la dignidad o con el libre desarrollo de la personalidad. Lo que sucede es que el ejercicio de derechos a la salud reproductiva no puede llevarse a cabo sin ponderar adecuadamente la afectación de los derechos ajenos en juego, en particular el derecho subjetivo fundamental a la vida en cabeza del *nasciturus*, que en ocasiones puede entrar en conflicto con aquel.

Por último, debe también ponerse de presente que, aunque las fuentes del Derecho Internacional mencionan la existencia de los derechos femeninos a la salud sexual y reproductiva, y exhortan a los Estados a velar por su eficacia, en ningún momento determinan la obligatoriedad de despenalizar el aborto de manera absoluta o en ciertas circunstancias, como un medio para la realización plena de tales derechos. La misma

Sentencia de la cual nos apartamos reconoce expresamente que tal mandato de despenalización no existía.

4.2.5. El aborto eugenésico, eutanásico o aborto en las circunstancias excepcionales de malformación del feto incompatible con la vida extrauterina.

Como se explicó anteriormente, para los suscritos magistrados disidentes el único concepto filosófico de *persona* compatible con los valores del constitucionalismo moderno y, concretamente, del Estado Social y Democrático de Derecho, es aquel que fundamenta la personalidad en el solo hecho de ser individuo de la especie humana, pues otros criterios que pueden variar notablemente de un hombre a otro, como el mayor desarrollo físico, la mayor o menor sensibilidad, la auto conciencia o uso de razón, o la apariencia física, sólo puede conducir a la aceptación de una gradación en los derechos fundamentales, con prevalencia de los derechos de los más fuertes.

Además, como también se explicó atrás, es necesario distinguir entre la *condición humana* y sus diversas *manifestaciones*, como por ejemplo, la aptitud para cumplir determinadas funciones físicas, la sensibilidad, la autoconciencia, el pleno uso de razón o el hecho de poseer una determinada apariencia, circunstancias estas que ni se identifican con la humanidad, ni son causa de la misma, pudiendo perfectamente existir casos en los que tales manifestaciones no se presenten, sin que se altere la condición humana de un sujeto.

De otro lado, en líneas anteriores de este salvamento se hizo hincapié en que siendo la vida humana *un único proceso*, y no una sucesión de vidas de distinta entidad, hay que concluir que la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y *estados del proceso vital*. Por último, se debe recordar que la evidencia científica demuestra que el principio de vida del feto es independiente al de la madre, de lo cual se debe concluir que el *nasciturus* es individuo autónomo de la especie humana y por lo tanto posee plena titularidad de derechos.

Sobre estos presupuestos pasan los suscritos a referirse a las razones por las cuales no era posible considerar, como lo hizo la mayoría, que el aborto eugenésico, cuando las malformaciones del feto lo hacen inviable, estaba constitucionalmente justificado.

4.2.5.1. La dignidad humana y las malformaciones

Se dijo arriba y ahora se reitera, que la dignidad *humana* o dignidad *intrínseca*, es decir aquella que se tiene en virtud de la condición humana, equivale a la constatación de una valía propia del ser humano, que existe con independencia de la condición en que éste se encuentre y del mérito de sus acciones, y que en este sentido todos los hombres son igualmente dignos. De igual manera, se explicó que la forma o apariencia externa de la persona no determina su condición humana, pues tal forma externa constituye sólo una manifestación de la personalidad, pues esta consiste simplemente en ser individuo de la especie humana. Así pues, la dignidad humana es por definición una circunstancia abstracta. Ahora bien, de esta especial valía del ser humano, es decir de su dignidad abstracta, se deriva la exigencia de dar al individuo humano un trato adecuado a su estatus, es decir se deriva la necesidad de reconocer sus derechos fundamentales.

Visto lo anterior, se extrae la siguiente primera conclusión lógica: si la dignidad se tiene por la sola condición humana, y si la condición humana no radica en la apariencia física, que es sólo su manifestación, las malformaciones en el desarrollo, entendidas en sentido amplio como defectos estructurales o anatómicos, o alteraciones fisiológicas, no conllevan la indignidad de quien las padece. Así pues, la presencia de malformaciones o alteraciones fisiológicas no hace carente de dignidad al malformado, por lo cual también él es sujeto de derechos fundamentales, dado que la dignidad humana es el fundamento de toda exigibilidad jurídica. Ahora bien, las malformaciones o alteraciones del hijo en modo alguno representan tampoco una fuente de indignidad para su madre, pues tampoco su estatus de persona humana y las exigencias que de ello se derivan dependen de la apariencia externa o de la particular fisiología del hijo que lleva en el vientre, o que ya ha nacido.

4.2.5.2. Las malformaciones estructurales y la vida en condiciones dignas.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que la dignidad exige el reconocimiento de ciertas condiciones de vida al ser humano, conjunto de condiciones que ha llamado *"vida digna"*. Las cuales comprenderían aquellas circunstancias mínimas de orden material, moral y cultural, que le permitirían a la persona vivir de conformidad con la especial valía que tienen por el solo hecho de su pertenencia a la especie humana. Dentro de estas condiciones materiales, la salud física ha sido vinculada a los requerimientos de la vida en condiciones dignas.

¿Significa lo anterior que si las malformaciones estructurales o las alteraciones fisiológicas que padece un ser humano afectan su *"vida digna"*, entendida en los términos que se acaban de explicar, esta

circunstancia haga que la persona que padece de tales malformaciones vea afectada por ese hecho su dignidad?

Los suscritos respondemos en forma categóricamente negativa el anterior interrogante. La *dignidad intrínseca* de cada ser humano no depende de la *calidad de vida* que sus circunstancias personales le permiten disfrutar. Como se dijo arriba, la dignidad es una noción abstracta equivalente a un especial valor, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana.

Ahora bien, el concepto de *vida digna* (o si se quiere *calidad de vida*), responde al reconocimiento o aceptación de que la dignidad humana genera verdaderas exigencias de conducta para todos los protagonistas del orden jurídico, tendientes a reconocer en todos los hombres seres de especial valía, independientemente de su situación fáctica. Por ello, tal concepto lejos de significar que quien no tiene *"calidad de vida"*, o no vive una *"vida digna",* carece de dignidad, constituye más bien un apremio para que, en la medida de lo naturalmente posible, ese mínimo de circunstancias acordes con la dignidad abstracta le sean efectivamente suministradas a quien no goza de ellas.

En este sentido, el principio constitucional de solidaridad adquiere una especial relevancia, en cuanto se orienta a establecer una exigencia jurídica de cooperación de todos los asociados, para la creación de condiciones que favorezcan el mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos. Compromiso colectivo de solidaridad, que se hace más exigente aún con los más débiles y que se funda, a su vez, en el reconocimiento constitucional del principio de dignidad de todo ser humano.

De lo dicho anteriormente, se obtienen una segunda conclusión relevante: la dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella se derivan como exigencia, entre ellos el derecho a la vida como primero y principal, no dependen de la calidad de vida que las circunstancias personales de cada ser humano le permiten vivir.

4.2.5.3 El aborto como medio para terminar los padecimientos físicos del feto que padece malformaciones incompatibles con la vida extrauterina carece de justificación constitucional.

De las consideraciones expuestas se han obtenido hasta ahora dos conclusiones relevantes: las malformaciones en el desarrollo, cuando constituyen defectos estructurales o anatómicos, o alteraciones fisiológicas, no conllevan la indignidad de quien las padece, sea éste un ser humano nacido o por nacer, como tampoco la de su madre. Además, la dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella se derivan

como exigencia, entre ellos el derecho a la vida como primero y principal, no dependen de la calidad de vida que las circunstancias personales de cada ser humano le permiten disfrutar. Lo anterior permite a los suscritos establecer, como aserto o proposición subsiguiente, que el título jurídico que origina el derecho a la vida no se ve suspendido o terminado por el hecho de que se detecten en el feto malformaciones.

Empero, el asunto del aborto puede proponerse como una forma de aliviar o acabar con los padecimientos que dichas malformaciones le acarrean o le traerán en un futuro al mismo feto, y simultáneamente con correlativos padecimientos morales que afectaran a la madre por ese mismo hecho de la malformación de su hijo. Así planteado, el aborto presentaría cierta analogía con el homicidio por piedad, de tal manera que podría ser llamado "aborto eutanásico".

La eutanasia u homicidio por piedad es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro; así, el sujeto pasivo del delito es la persona que se encuentra padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, según los términos del artículo 106 del Código Penal.[508] De esta manera, la conducta típica guardaría cierta similitud con el aborto que se practica para evitar padecimientos al feto, derivados de las lesiones o malformaciones que padece, o de las alteraciones de su fisiología que se hayan podido detectar.

La Corte en la Sentencia C-239 de 1997[509] dejó definido que *"(q)uien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista",* no obstante lo cual *"la conducta ... sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta."* Ha añadido que en el homicidio simple, *"la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia."*

Ahora bien, como es sabido, en la misma Sentencia en cita la Corte estimó que el Estado no podía oponerse a la decisión del individuo que

---

[508] Artículo 106. Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

[509] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

no deseaba seguir viviendo y que solicitaba que le ayudaran a morir, cuando sufría de una enfermedad terminal que le producía dolores insoportables, *"incompatibles con su idea de dignidad"*. En tal virtud, declaró la exequibilidad del artículo 326 del antiguo Código Penal, entonces acusado, con *"la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada."*

Así pues, la Corte ha estimado que causar la muerte a otro movido por la piedad puede estar justificado. Empero, ha exigido que para que se configure tal causal de justificación, debe estar de por medio *"la voluntad libre del sujeto pasivo del acto".* Es más, ha puesto énfasis en que deben existir regulaciones *"destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino".*

Visto lo anterior, debe estimarse que no es posible asimilar el homicidio pietístico justificado (eutanasia consentida) al aborto que se practica en caso de detección de malformaciones genéticas, pues en este último el sujeto pasivo de la acción (el feto), no ha dado su consentimiento ni está en condiciones de hacerlo, sin que tampoco pueda razonablemente entenderse que su progenitora puede consentir por él, en asunto tan fundamental como el concerniente a la disposición de su vida.

4.2.5.4. El aborto eugenésico en el caso en que las malformaciones del feto lo hacen inviable extrauterinamente.

En el fallo el cual nos apartamos la Corte ha considerado que el aborto eugenésico está constitucionalmente justificado solamente cuando las malformaciones son de tal magnitud que harían imposible la vida extrauterina. A juicio de los suscritos, la circunstancia de que las malformaciones detectadas en el feto sean incompatibles con la vida extrauterina no hacían diferente la cuestión de la ilegitimidad del aborto eugenésico, es decir no justifican la conducta abortiva. En efecto, también la eutanasia no consentida es de suyo la forma de anticipar en mayor o menor grado la muerte, y de esta manera ahorrar padecimientos a otro. Empero, ello no exime, según la doctrina de la Corte, el que la justificación de la conducta eutanásica siga pendiendo de la aceptación del sujeto pasivo. Y la razón es obvia: la vida, como derecho primero y supuesto de todos los demás, es un bien jurídico indisponible.

Así pues, siguiendo la propia jurisprudencia de la Corte, los suscritos magistrados disidentes rechazamos que el aborto eugenésico, cuando las malformaciones del feto lo hagan incompatible con la vida extrauterina, pueda estar justificado por la sola decisión o voluntad de la madre del

niño por nacer que viene afectado de tales malformaciones. Ello significa simplemente dejar en manos de la madre, por razones de supuesta piedad, la disposición sobre la vida de su hijo. De allí a justificar en cualquier caso el homicidio por piedad de personas nacidas, prescindiendo de la voluntad de quien padece los sufrimientos incurables, no hay sino un pequeño paso; lo anterior por cuanto tan ser humano es la persona malformada nacida como la no nacida, por lo cual la eutanasia no consentida, como el aborto eutanásico o eugenésico, implican en ambos casos la misma conducta: la de disponer impunemente de la vida de un ser humano indefenso.

4.2.5.5. El aborto eugenésico o eutanásico y los derechos de la madre.

Puede argüirse, como de hecho lo hace la Sentencia de la cual discrepamos, que la prolongación del embarazo no parece justificada frente a los derechos de la madre, quien no tendría por qué verse sometida a soportar las incomodidades que de la gestación se derivan para ella, cuando es un hecho cierto que el hijo que alberga morirá inexorablemente debido a sus malformaciones. Tales incomodidades incluso se asimilan en el fallo a tratos crueles y degradantes.

Este argumento de tipo pragmático mira entonces a los derechos de la madre, en particular al derecho al libre desarrollo de su personalidad, y propone que éste, en tales circunstancias, debe ser prevalente frente al derecho a la vida del hijo, que se juzga precario dada la situación de malformación detectada.

Así las cosas, procedería acudir a cualquiera de los métodos de resolución de conflictos de derechos, a fin de determinar si en estas circunstancias podría configurarse un derecho a abortar, que prevaleciera sobre el derecho a la vida del hijo no nacido.

No obstante, antes de proceder a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en cuanto la dignidad y los derechos fundamentales que de ella se derivan como exigencia, entre ellos en primer lugar el derecho a la vida, no dependen de la *calidad de vida* del sujeto, para resolver el conflicto de derechos propuesto en el párrafo anterior no era posible considerar que el feto fuera titular de un derecho a la vida de *menor valía* en razón de las malformaciones padecidas. Esta consideración resultaría contraria a la noción de dignidad compatible con la condición humana, que exige reconocer dignos a todos los hombres sin excepción. Solo sobre el supuesto anterior, hubiera podido pasar a ponderarse, es decir a dar peso o valor a los derechos de la madre y del feto implicados en el caso del aborto eutanásico.

Partiendo de lo anterior, es decir entendiendo que en el Estado social de derecho la dignidad y la vida de los seres humanos malformados nacidos o no nacidos tiene igual valía que la de los que no padecen de malformaciones, los suscritos encuentran que ciertamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre se veía intensamente restringido cuando el artículo 122 del Código Penal examen le impedía abortar respecto de un embarazo que ella ya no aceptaba por razón de la inviabilidad del feto. Sin embargo, frente a esta restricción muy fuerte de derechos aparecía la mayor restricción de derechos del hijo no nacido, cuya vida se afectaba por el aborto en grado absoluto, en cuanto se veía anulada de forma total. Adicionalmente, dado que la vida es presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho en cabeza del feto, todos estos se veían igualmente afectados hasta su desconocimiento total, cosa que no sucedía en el caso de la madre, a quien la continuación del embarazo sólo restringía temporalmente su libertad.

A lo anterior se sumaba que desde el criterio de la jerarquización de derechos, la vida del no nacido tiene mayor entidad jurídica que la libertad. Por todo lo cual, el conflicto de derechos que planteaba el llamado aborto eutanásico, debió haber sido resuelto a favor de su proscripción constitucional.

No era posible justificar la eliminación de una persona humana no nacida afectada de malformaciones, bajo el argumento según el cual la anticipación de su muerte reduciría la afectación de la libertad de otro ser humano: su madre. Este argumento pragmático supone justificar constitucionalmente la eliminación anticipada de los más débiles, en aras de no incomodar a aquellos que están, por razones fácticas, en situación de superioridad física material. La aceptación de esta posibilidad pone en riesgo los más preciados fundamentos del Estado y del Derecho, como son la igualdad humana sin distinción de condiciones, y la solidaridad que exige responder con acciones concretas, tendientes a la defensa de los derechos fundamentales de los más débiles. La decisión mayoritaria abre las puertas a la aceptación de la eliminación de aquellos seres que, de una u otra forma, por su especial condición de minusvalía restringen la órbita de nuestra libertad, al exigirnos, por motivos constitucionales de solidaridad, atender a sus necesidades vitales.

4.2.6. El aborto ético o aborto en caso de embarazo fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida.

Para la mayoría la penalización de aborto en caso de violación o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

representa no sólo la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, del cual se desprendería el derecho a decidir su maternidad, sino también del derecho a la dignidad, supuestamente desconocida por razón del embarazo producido en tales circunstancias.

Al respecto, los suscritos no dudan en afirmar que el simple acceso carnal o acto sexual llevado a cabo respecto de una mujer que no ha consentido en ello, o el llevado a cabo abusando de sus circunstancias, así como la inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, se erigen en una de las más graves formas de vulneración de la dignidad de la mujer, por desconocer uno de los bienes más valiosos para su desarrollo integral: su libertad y pudor sexuales; por ello es elevada a la categoría de delito por Código Penal, y castigada con la respectivas penas privativas de la libertad. [510]

Ahora bien, si como consecuencia el delito se sigue un embarazo, la lesión de derechos en cabeza de la mujer es aun más grave, pues implica el desconocimiento del derecho que le asiste para decidir si quiere ser madre, derecho llamado de auto determinación reproductiva que, la Corte Constitucional ha definido que no puede ejercerse sino antes de la concepción o fertilización. En tal virtud, el acceso carnal o el acto sexual violento, seguido de embarazo, obliga al mujer a ser madre, en un claro y muy grave atentado contra su derecho al libre desarrollo de su personalidad, es decir, a la facultad que le asiste de elegir autónomamente para sí el modelo y programa de vida que estime le conviene, según sus intereses, conveniencias, aspiraciones, creencias, convicciones o posibilidades.

Por todo lo anterior, la penalización de la conducta que representa tal vulneración de derechos es la forma mínima de protección a la dignidad y

---

[510] El Código Penal reprime dichas conductas así:
Artículo 205. ***Acceso carnal violento*****.** El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.
Artículo 206. ***Acto sexual violento*****.** El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.
A**rtículo 207.** ***Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir*****.** El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años.
Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de tres (3) a seis (6) años.
Artículo 208. ***Acceso carnal abusivo con menor de catorce años*****.** El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.
Artículo 209. ***Actos sexuales con menor de catorce años*****.** El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.
Artículo 210. ***Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir*****.** El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.
Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

libertad de mujer, siendo necesario, además, que el Estado y la sociedad implementen medidas adicionales, educativas o de seguridad, que impidan con cierto grado alto de eficacia, que tal categoría de actos de injusticia se perpetren. Además, resulta ineludible que la ley diseñe mecanismos efectivos para que la mujer que así ha visto desconocidos sus derechos, encuentre los cauces adecuados para ver reparado el enorme daño sufrido en la esfera de sus más caros derechos fundamentales.

Para los suscritos, el problema jurídico que plantea el aborto en caso de violación tiene que ver con este último asunto mencionado: el de la manera de reparar los daños que producen el acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos actos llevan al estado de embarazo. Para la mayoría, postulados de justicia y equidad indicaban que el legislador tenía permitir el aborto en tales circunstancias, como modo de restauración de la dignidad de la mujer y del aludido derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifestado en la facultad autónoma de decidir su propia maternidad (autonomía reproductiva). Desde otro punto de vista, el aborto, en estos casos, fue entendido por la mayoría como la manera jurídica de resolver el conflicto o tensión que se presenta entre los derechos de auto determinación reproductiva de la madre y a la vida del hijo entendida como un simple bien jurídico, mas no como un derecho subjetivo.

De manera entonces que lo que era necesario estudiar para determinar la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal era si el aborto podía llegar a ser tenido como: (i) una forma de restauración o de reparación de los derechos de la mujer desconocidos por el delito, o (ii) una manera jurídica de resolver el conflicto de derechos de la madre y el feto.

4.2.6.1. ***El aborto como posible forma de restauración, reparación o compensación del daño sufrido por la mujer que es víctima del delito.***

La jurisprudencia de la Corte, siguiendo la tradición jurídica, ha explicado que la reparación de un daño puede darse en forma restitutoria (devolución del mismo bien o restablecimiento de la situación afectada por la acción dañosa), reparadora (entrega de algo equivalente al daño causado) o compensatoria (entrega de un bien que no repara el daño en su integridad pero mitiga sus efectos negativos)511. Visto lo anterior, cabe preguntarse si el aborto puede ser considerado como una cualquiera de las tres formas de reparación del daño causado por el delito de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o inseminación

[511] Ver Sentencia C- 531 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos actos llevan al estado de embarazo.

Para resolver el problema jurídico que se acaba de plantear, *prima facie* se aprecia que la verificación de la conducta típica en los delitos mencionados representa, en la órbita de los derechos de la mujer, un *daño consumado*, es decir, uno de aquellos daños en que no es posible la restauración o restablecimiento de la situación afectada por la acción dañosa, o la devolución del mismo bien (dignidad, libertad) desconocido. Ciertamente, el atropello que significan tales conductas no puede ser retrotraído en el tiempo, a fin de volver las cosas a su estado inicial, anterior a la verificación del delito, como si nada hubiese sucedido. El desconocimiento de la dignidad de la mujer al haber sido utilizada como medio para los fines sexuales (o de otra índole) del delincuente, es una daño físicamente y moralmente irretrotraíble. Igual cosa sucede con su libertad, al haber sido coaccionada a servir como *cosa* para los propósitos del agente. Y si el delito culmina en embarazo (supuesto de la demanda), la mujer se torna en madre sin haber dado su consentimiento.

Se destaca con particular énfasis esta última afirmación; ciertamente, en el terreno fáctico el embarazo como dato biológico puede provenir de la decisión libre de la madre, pero igualmente puede devenir de los resultados no buscados de una relación sexual, o del acto delictual de un tercero. En cualquiera de estos supuestos, dado que desde la concepción existe un ser humano independiente y ontológicamente autónomo, resulta claro que el embarazo de la mujer da lugar a su maternidad biológica (no necesariamente genética ni civil). Así, la mujer puede llegar a ser madre biológica sin su consentimiento, no obstante lo cual tal estado de maternidad constituye un *hecho verificado*. Ahora bien, cabe entonces preguntarse si es posible que quien ha llegado a ser madre en estas circunstancias, deje de serlo por razón de la muerte y extracción del feto cuando todavía no es viable, es decir, si *la maternidad como hecho biológico* puede ser erradicada por efectos del aborto.

Al parecer de los suscritos, el acceso carnal, el acto sexual o la inseminación artificial seguidas de embarazo, deseado o no, hacen a la mujer madre biológica y genética, sin que este hecho pueda ser anulado para efectos de volver a la situación inicial como si nada hubiese sucedido. La mujer que en estas circunstancias causa o permite la muerte del ser humano que lleva en su vientre es madre, y la muerte del feto la transformará en la madre de un ser humano muerto; la circunstancia de la maternidad no es retrotraíble, y en tal virtud el acceso carnal violento seguido de embarazo, o la inseminación artificial que llevan a igual resultado, representan un daño consumado en la esfera de los derechos

de la mujer a decidir su propia maternidad. El aborto no tiene la virtualidad de devolver a la madre la libertad de decidir, libertad cuyo ejercicio le fue injustamente coartado.

La anterior realidad está directamente relacionada con el momento en el que puede ser ejercido el derecho a decidir la maternidad (autonomía reproductiva). Como la Corte lo ha dejado decidido, tal momento es *antes* de la concepción o fertilización; después de ese hecho, la mujer irremediablemente será madre, y el aborto consentido por ella solo tendrá el alcance de hacerla causante de la muerte de su hijo.

Por lo anterior, no es posible entender el aborto como posible acto de restauración, o restablecimiento de la situación afectada por el delito, o como la devolución o restitución de los bienes jurídicamente protegidos que resultaron afectados por el mismo, en este caso la dignidad y la libertad de la mujer violentada o abusada.

Tampoco es posible entender el aborto como una forma acción reparadora, es decir como una de aquellas formas de indemnización en que se entrega a la víctima algo equivalente al daño que se le ha causado. El aborto no entrega nada a la mujer, en términos materiales ni morales; finalmente, el aborto tampoco representa, por las mismas razones, una acción compensatoria equivalente a la entrega de un bien que, sin reparar el daño en su integridad, atenúa sus efectos negativos.

No obstante todo lo anterior, evidentemente el aborto libera a la mujer de la carga que ella no ha consentido, consistente en soportar el proceso de gestación. En este sentido, podría ser considerado como una forma de restitución a la situación de no embarazo, anterior a la comisión del delito, y en este sentido el aborto puede ser entendido como una forma de reparar, aunque sea parcialmente, el daño que se le ha infringido.

Empero, esta visión de las cosas choca con un elemento indispensable que proviene de las exigencias del orden justo que instaura la Constitución, acogido universalmente por la ciencia del derecho: dicho principio es aquel que vincula la carga de reparar o indemnizar, con la responsabilidad por el daño perpetrado.

Evidentemente, si a alguien correspondiera restaurar, reparar, indemnizar o compensar el daño producido por los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, seguidos de embarazo, es al agente de dichos delitos. A lo sumo, en determinadas circunstancias podría resultar implicada la responsabilidad de terceros, y aun del propio Estado, atribuibles a la culpa *in vigilando* que

eventualmente les pudiera ser imputada. Pero en modo alguno puede estimarse que la obligación de restituir los bienes jurídicos lesionados por el delito, o de indemnizar o compensar los daños que devienen de su afectación, corresponda al ser humano no nacido que la mujer lleva dentro de sí, y que, además, dicha compensación deba lograrse mediante el sacrificio de su propia vida.

Ciertamente, aunque el acceso carnal o acto sexual llevados a cabo respecto de una mujer que no ha consentido en ello, o en forma abusiva de sus circunstancias, representa una de las formas más radicales de atentar en contra de la dignidad y libertad del ser humano, pues consiste en la utilización de una persona para los fines de placer sexual de otra, y que tal desconocimiento de derechos es aun más grave si de él deviene un embarazo, pues erradica la libertad de la mujer de decidir su maternidad (autonomía reproductiva), lo cierto es que tal situación no es imputable sino al agente del delito. Por lo anterior, pretender hacer responsable de esa situación al ser humano no nacido no resulta posible, sin trastocar los más elementales postulados de justicia sobre los que se asienta la juridicidad. Similares conclusiones proceden del embarazo que proviene de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer.

Por todo lo anterior, los suscritos descartan la idea de que el aborto pueda ser considerado como una forma justa de reparación de los daños materiales y morales causados a la mujer por los delitos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, específicamente en el caso en que dichos delitos llevan al estado de embarazo.

4.2.6.2. El aborto en el evento en que el embarazo es producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer, como forma de resolver el conflicto entre los derechos de la madre y el hijo.

Descartado que el aborto pueda ser visto como una forma de restaurar, reparar o compensar los daños causados a la mujer por los delitos que atentan contra su libertad y pudor sexuales, pasa a estudiarse si puede ser estimado como una forma razonable de resolver el conflicto de derechos que el embarazo producido por estos comportamientos criminales origina, conflicto de derechos que se plantearía entre el libre desarrollo de la personalidad de la madre, bajo la forma de libertad de decidir su propia maternidad (autonomía reproductiva) y el derecho a la vida del feto.

Desde un criterio que atiende a la jerarquización de derechos en tensión, el juez constitucional se vería forzado a admitir que el derecho a la vida tiene mayor valía que el derecho el libre desarrollo de la personalidad de la madre, bajo su manifestación de autonomía reproductiva. El derecho a la vida representa para el viviente su mismo ser, y es, además, el presupuesto fáctico de verificación de todos los demás derechos, de manera que su vigencia supone la efectividad del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así pues, el derecho a la vida conlleva el derecho a la libertad, por lo cual vale más que este último aisladamente considerado. Este sólo criterio, por lo tanto, debería llevar sin más al juez de los derechos fundamentales a optar por la aplicación prevalerte de la vida del feto frente a la libertad de la madre.

Pero adicionalmente, desde el criterio de la ponderación de los derechos implicados se llega a la misma conclusión. Evidentemente, como arriba se dejó dicho, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre se ve intensamente restringido cuando la norma bajo examen le impide abortar respecto de un embarazo que ella no ha consentido y que, además, es fruto de los delitos mencionados. La mujer se ve forzada a ser madre en sentido biológico, y llevar la carga del embarazo durante todo el proceso de gestación (posteriormente puede optar por entregar el niño en adopción, por lo cual las obligaciones que a partir de entonces penden de la maternidad y el parentesco no le son necesariamente imputadas). Empero, frente a esta restricción muy fuerte de derechos se erige la más fuerte aun restricción de derechos del hijo. En efecto, la vida del no nacido se afecta por el aborto en grado absoluto, por cuanto se ve anulada de forma total. Además, en cuanto la vida como derecho resulta indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho, todos estos se ven igualmente afectados hasta su desconocimiento total, cosa que no sucede en cabeza de la madre, a quien la continuación del embarazo sólo restringe, sin anular, su libertad de autonomía reproductiva, que en adelante puede continuar ejerciendo. Así, el derecho a la vida del no nacido tiene mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, manifestado en la posibilidad de consentir o practicar su propio aborto.

4.2.6.3. El aborto en caso de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida y la dignidad humana:

En las líneas anteriores los magistrados disidentes hemos explicado por qué el aborto en los casos aludidos no soporta un examen de proporcionalidad, en cuanto el sacrificio absoluto de derechos en cabeza del no nacido supera ampliamente la restricción de derechos en cabeza de la madre. Lo anterior lleva a aceptar que la necesidad de preservar el

derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede justificar la acción directamente occisiva sobre la vida de un tercero, menos aun cuando éste se encuentra en total estado de indefensión. Ello nuevamente supondría una relativización tácita del principio de dignidad humana que, como se ha hecho ver, es uno de los principios fundamentales del Estado, según la cláusula social de Derecho. Ciertamente, la acción propia del aborto en caso de violación y delitos similares supone la necesaria instrumentalización del ser humano, es decir, su reducción categoría de medio, y la consecuente negación de su dignidad. Equivale a despojarlo de su estatuto jurídico propio, negar su indisponibilidad frente a terceros, su condición de sujeto de derechos, y la admisión absurda de que ser humano puede, por razones temporales, funcionales o circunstanciales, ser considerado *propiedad ajena*, lo cual supone de suyo la aceptación de una forma de esclavitud, en abierta contradicción con el artículo 17 de la Carta Política.

4.2.6.4. El aborto en caso de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida y la autodeterminación reproductiva.

Un último punto debe ser aclarado en relación con la prohibición general del aborto y el derecho a de la mujer a decidir libremente el número de hijos que desea tener y el momento correspondiente, derecho al cual se le denomina autodeterminación reproductiva.

Ciertamente, como se dijo anteriormente, el embarazo forzado producto de violación, inseminación artificial o trasferencia de óvulo no consentida constituyen delitos que atengan contra este derecho fundamental de las mujeres. Sin embargo, es menester tener en claro que el sujeto causante de la violación de derechos mencionada no es el Estado que en defensa del derecho a la vida del no nacido, y por las razones de jerarquización y ponderación de derechos que se acaban de estudiar, decide penalizar el aborto, sino el agente del delito. Como tampoco lo es el ser humano concebido como fruto de la comisión de la conducta ilícita, cuya vida se protege con la penalización mencionada.

Por las obvias razones anteriores, la penalización de aborto en los casos anteriores no elimina el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Simplemente implica que dicho derecho no puede ser exigible aun a costa de la vida del ser humano concebido como fruto de un accionar delictivo.

Por todas las razones expuestas en las líneas anteriores, los suscritos no compartimos que la penalización del aborto en los tres casos que se acaban de estudiar desconociera la dignidad ni los derechos de la mujer.

5. La penalización general del aborto frente a la libertad de configuración legislativa

Ahora bien, aparte de lo anterior, los magistrados disidentes estimamos que el legislador estaba en la obligación constitucional de penalizar el aborto aun en las tres circunstancias que se acaban de estudiar, pues su libertad de configuración legislativa en materia penal no es ilimitada, y le imponía adoptar medidas de esta índole que garantizaran de manera efectiva el derecho a la vida del no nacido.

En efecto, el legislador puede, mientras respete la Constitución, crear o suprimir tipos penales y graduar la penas aplicables según la ponderación que haga de la gravedad de las conductas y del daño que las mismas pueden ocasionar a la sociedad. No obstante, esta libertad configurativa del legislador en materia penal no puede entenderse absoluta, pues tanto en la descripción de las conductas punibles como en señalamiento de las penas correspondientes, debe ajustarse a los valores y principios constitucionales y asegurar también la vigencia de los derechos fundamentales. Además, al establecer lo delitos y las penas, el legislador debe observar de manera especial el principio de proporcionalidad. A esto habría que agregar que está obligado a asegurar las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos fundamentales de los asociados.

Si bien es cierto que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *última ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivas, la tradición jurídica universal sostenidamente ha considerado que, por razones elementales de necesaria protección de las personas y para garantizar la convivencia social, los atentados contra la vida humana deben ser penalizados y castigados de manera ejemplar. Lo anterior obedece a que la penalización de las conductas homicidas, entre ellas el aborto, define en concreto la vigencia efectiva del núcleo esencial el derecho a la vida. Por su contenido material, este derecho no encuentra otra forma efectiva de ser protegido.

En este sentido, en la Sentencia C-133 de 1994, con razón la Corte había dicho lo siguiente.

“El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del

ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte."

En esta oportunidad, la Sentencia de la cual nos apartamos adopta una posición ambigua respecto del deber constitucional del legislador de adoptar medidas efectivas que protejan la vida de todas las personas, deber que implica la necesaria consagración de sanciones penales para las conductas que directamente atentan contra este derecho fundamental. La ambigüedad deviene de considerar que efectivamente existe un deber de las autoridades de defender la vida como *"bien constitucionalmente protegido"*, pero al mismo tiempo sostener que en ciertas circunstancias, como durante la gestación, la vida no es propiamente un derecho fundamental. En efecto, al considerar la Corte que, en los tres supuesto especiales que estudió, el ejercicio pleno de los derechos de la madre debía prevalecer sobre el bien jurídico de la vida humana en formación, por lo cual el aborto en estos tres casos era inconstitucional, separó indebidamente las categorías de persona y vida humana protegible, anulando con ello la garantía jurídica de la vida del niño por nacer. Vida ésta constitutiva de un derecho subjetivo fundamental en cabeza suya, cuya protección el legislador con razón había dispuesto en las normas acusadas, en cumplimiento de su deber constitucional de garantizar la vida humana en general, sin distinciones de ninguna especie.

Así pues, el argumento para obviar la indiscutible obligación legislativa de proteger la vida en formación consistió en separar las nociones de persona humana y de vida humana, con el objeto de dar un supuesto fundamento constitucional a la desprotección jurídica del no nacido, en aras de la prevalencia de la autonomía, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad o la salud de la madre.

6. La indeterminación de las circunstancias en las cuales resulta lícito abortar.

Aunado a todo lo anterior, los suscritos hacen ver que la decisión adoptada por la mayoría arroja un margen amplio de indeterminación acerca de las circunstancias en las cuales el aborto puede considerarse lícito en los tres casos examinados, aparte de una laxitud excesiva en lo referente a la prueba de tales circunstancias, que conlleva que la desprotección jurídica del derecho a la vida del no nacido sea aun más grave.

En efecto, dentro de las consideraciones vertidas respecto de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en caso de embarazo producto de conducta constitutiva de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, así como de incesto, la Sentencia parece exigir como única prueba de estas circunstancias, el que el hecho punible haya sido denunciado en forma debida ante las autoridades, pero descarta expresamente que el legislador, al regular el asunto, establezca medidas complementarias tendientes a demostrar tales delitos, como por ejemplo la prueba forense de los delitos sexuales. Así las cosas, los magistrados disidentes nos preguntamos cuál es la garantía del derecho a la vida del *nasciturus,* ante la falta de exigencia de comprobación de las circunstancias que supuestamente justificarían su eliminación. ¿El aborto procede entonces con fundamento en una simple denuncia temeraria?

Por su parte, respecto de la licitud del aborto llevado a cabo en aras de la salud de la madre, que la mayoría justificó al considerar que la vida formada debía prevalecer sobre la vida en formación, es de observar que la Corte estimó que la hipótesis cobijaba tanto la afectación de la salud física de la madre, como la de su salud mental, médicamente certificadas. Respeto de la salud física, no hizo ninguna alusión al grado en el cual tal afectación debía presentarse para que estuviera justificada la conducta abortiva; respecto de la salud mental, sí precisó que debía tratarse de una afectación severa o grave, certificada médicamente. En todo caso, se presenta una indeterminación a cerca de las calidades profesionales del médico que expida la certificación sobre la afectación de la salud mental o física, y tampoco se dice nada a cerca de la incompatibilidad que naturalmente debería establecerse entre la posibilidad de expedir tal tipo de certificaciones y al mismo tiempo ofrecer y practicar el procedimiento abortivo. Nuevamente estas indeterminaciones obran en contra de la garantía del primero y principal de los derechos del ser humano no nacido, cual es la vida humana en cabeza suya.

Por último, respecto del aborto eugenésico, la Sentencia señala que estaría justificado en el caso de malformaciones cuya gravedad determine la inviabilidad del niño que está por nacer. No obstante, dicha inviabilidad no está definida temporalmente, lo cual es grave porque no todas las malformaciones determinan la muerte inmediata del ser humano después del parto, siendo posible la sobrevivencia durante plazos más o menos extensos, incluso de años. Y al tratar de precisar el tipo de malformaciones a las que se refiere, la Sentencia introduce una confusión aun mayor, cuando señala que se trata de hipótesis distintas a las de enfermedades curables antes o después del parto. Cabe preguntarse si las enfermedades incurables que no obstante permiten a la persona

sobrevivir durante lapsos de tiempo variables, incluso de años, están comprendidas dentro de la categoría de malformaciones que la Corte encontró que justificaba la eliminación de los seres humanos. Se preguntan los suscritos si, por ejemplo, el síndrome de Down cae bajo la categoría de malformación a la que la Corte se refirió.

De otro lado, la Sentencia nada dice acerca del límite temporal dentro del cual puede practicarse el aborto en los tres casos excepcionales. Es decir, no señala un momento de la gestación a partir del cual se excluya esta posibilidad, de tal modo que debe entenderse que incluso en el último día de los nueve meses del embarazo puede llevarse a cabo. Tampoco se hacen indicaciones a cerca de las condiciones técnico científicas y sanitarias en las cuales debe ser practicado. Con lo anterior, el fallo tolera abortos con altísimos grados de inseguridad para la madre gestante, pues son públicamente conocidos los graves peligros que para ella significan los abortos en los últimos meses del embarazo, y en cualquier tipo de condiciones médico sanitarias.

Ahora bien, a la gravedad de las indeterminaciones señaladas, se añade que la Sentencia consideró que desde un punto de vista constitucional, bastaba que se reunieran los mencionados requisitos de certificación médica o de denuncia penal para que pudiera procederse al aborto en los tres casos en que lo encontró justificado, sin que fuera necesaria una reglamentación legislativa de tales hipótesis. Al respecto, los suscritos consideramos que hubiera sido necesaria una regulación legal para precisar las anteriores determinaciones.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, los suscritos discrepan de la decisión de exequibilidad condicionada que se adoptó respecto del artículo 122 del Código Penal, así como de la decisión de inexequibilidad adoptada respecto el artículo 124 del mismo estatuto, determinada por el hecho de que las circunstancias de atenuación punitiva consignadas en esta última norma constituyen ahora situaciones en las cuales la conducta abortiva no se considera punible.

7. La inconstitucionalidad de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Respecto de la decisión de declarar la inexequibilidad de la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000, los suscritos magistrados disentimos de la mayoría, pues consideramos que tal expresión ha debido mantenerse dentro del ordenamiento.

En efecto, aunque compartimos con la mayoría las consideraciones según las cuales la jurisprudencia ha reconocido en los menores de edad la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos en intervenciones sobre su cuerpo, y también aceptamos que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, no son los únicos determinantes para establecer la relevancia jurídica del consentimiento libremente formulado por los menores, discrepamos en cuanto a que estas consideraciones puedan ser fundamento suficiente para estimar que el aborto practicado por un tercero en una mujer menor de catorce años, aun en las tres circunstancias especiales a las que se refirió la sentencia, pueda ser una conducta no punible.

En efecto, los mismos argumentos esgrimidos en el presente salvamento de voto, con los cuales se explicó por qué la vida humana del niño que está por nacer no puede ser eliminada para hacer prevalecer otros derechos o intereses con menor valor constitucional en cabeza de su madre, obran para excluir que el aborto practicado por un tercero sobre una mujer menor de catorce años pueda estar despenalizado. Los suscritos estimamos que, independientemente de la edad de la mujer, por las razones extensamente expuestas en las líneas anteriores, en ningún caso la conducta directamente occisiva sobre un individuo no nacido de la especie humana se pude justificar en aras de la prevalencia de los derechos de su madre.

En los términos anteriores, los suscritos magistrados dejamos expuestas las razones de nuestra discrepancia parcial respecto de la decisión adoptada por la Corte mediante la Sentencia C-355 de mayo 10 de 2006.

Fecha *ut supra*,

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA C-355 DE 2006

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN SENTIDO LATO-Integración/**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD STRICTO SENSU**-Integración (Salvamento de voto)

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-Integración a la legislación interna (Salvamento de voto)

CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO RATIFICADO POR COLOMBIA-Determinación de los que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Importancia (Salvamento de voto)

RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-Valor jurídico (Salvamento de voto)

Cabe indicar que según se ha aceptado, podría darse el caso de algunas resoluciones y recomendaciones que ostenten carácter vinculante y ser tenidas como fuente del derecho internacional. Para estos efectos, en primer lugar debe acudirse al tratado constitutivo pues tal obligatoriedad debe desprenderse de dicho acto. Adicionalmente, para ser creadoras de derecho internacional la resoluciones deben cumplir estos requisitos: (i) ser una manifestación de la voluntad de la organización, adoptada conforme al tratado constitutivo; (ii) no depender de la aceptación de otro sujeto internacional; (iii) ser una manifestación de voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo, y no a exhortar, aconsejar, sugerir, instar a adoptar una conducta, solicitar colaboración, etc.; (iv) no desconocer normas de "jus cogens" o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto. En armonía con los anteriores enunciados, se tiene, entonces, que las resoluciones o recomendaciones que, por no cumplir con los anteriores requisitos, no son vinculantes, no se convierten en obligatorias sino después de una aceptación expresa o tácita de los sujetos concernidos. Empero, si no llegan a tener efecto vinculante, sí pueden tener impacto político o efecto procedimental, o dar lugar a la consolidación de una nueva costumbre o fuerza declarativa del derecho consuetudinario preexistente.

RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-Requisitos para que hagan parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

El carácter vinculante de una recomendación no implica su necesaria inclusión en el bloque de constitucionalidad stricto o lato sensu. En efecto, para que una resolución o recomendación internacionalmente vinculante deba ser tenida como principio o norma de referencia para el control abstracto de constitucionalidad es necesario que, además, de cumplir con todos los requisitos anteriormente mencionados que determinan su carácter de fuente del derecho internacional, sea adoptada por un órgano de control de un tratado que consagre derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, es decir aquel que integre el llamado bloque de constitucionalidad stricto sensu; y para que tal categoría de fuentes pueda ser tenida como parámetro del examen de constitucionalidad se requiere que siendo internacionalmente vinculante, provenga de un órgano de control de un tratado que consagre derechos humanos, es decir que forme parte del bloque de constitucionalidad lato sensu.

RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE ABORTO-No cumplen requisitos para que formen parte del bloque de constitucionalidad (Salvamento de voto)

Luego de estudiar de manera particular (i) las recomendaciones a Colombia del Comité de los Derechos Humanos (CDH), encargado de monitorear el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, proferidas en mayo de 1997 y mayo de 2005, (ii) las recomendaciones del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en especial la Recomendación General Número 24 sobre "La Mujer y la Salud", (iii) las recomendaciones a Colombia del Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño (CRC), y particularmente las observaciones hechas a Colombia por dicho organismo en octubre de 2000, y (iv) las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia, de 26 de febrero de 1999, es necesario hacer las siguientes precisiones: (i) es evidente que distintos organismos encargados del seguimiento de los derechos humanos en Colombia han manifestado su preocupación en relación con la situación de la mujeres en el país y de manera particular han valorado negativamente la circunstancia de que cualquiera de ellas que recurra al aborto sea

procesada de manera indiscriminada; (ii) también es claro que varias de esas observaciones y recomendaciones pueden ser vinculantes para Colombia, en el sentido de que deberán ser tenidas en cuenta por los distintos órganos del estado cuando se formulen y apliquen las políticas relativas a las mujeres; (iii) a pesar de ello, para efectos del Control de Constitucionalidad ninguna de ellas cumple los requisitos antes explicados necesarios para considerarlas como integrantes del bloque de constitucionalidad.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA- Alcance de la protección del derecho a la vida (Salvamento de voto)

Resalta, por su especial aplicabilidad al asunto objeto de examen, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica ya que se refiere expresamente a la garantía de vida humana desde el momento mismo de su concepción. La forma como esta disposición ha sido redactada obvia las discusiones a las que se prestan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, mientras estos dos últimos instrumentos internacionales generan múltiples interrogantes en relación con el momento en que se entra a ser titular del derecho a la vida y por consiguiente se prestan a elucubraciones, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica arroja, a mi juicio, mayor claridad sobre el momento en el cual la vida se convierte en un valor intangible en el contexto americano. Así se lee en esa disposición que: "1. 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." Se trata de una normativa claramente aplicable a uno de los extremos jurídicos debatidos: el de la vida de quien está por nacer. Ahora bien, es necesario destacar que las expresiones "en general" que contiene el artículo 4º trascrito equivalen a vocablo "siempre" y que la frase "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" pueden interpretarse en el sentido de que están ligadas a situaciones donde se puede llegar a justificar la pena de muerte, a interpretar esta disposición con fundamento en el artículo 29 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 21 de marzo de 1986, aprobada por la Ley 406 de 1997. Es decir, conforme a su significado corriente, es forzoso concluir que la expresión "en general" que se viene analizando no excluiría excepciones a la garantía de la vida desde el momento de la concepción.

ABORTO-Antecedentes en Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (Salvamento de voto)

ABORTO-Carácter excepcional/**ABORTO-**Carácter estrictamente reglado/**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-**Alcance (Salvamento de voto)

Luego de haber aclarado el carácter excepcional de la posibilidad de interrupción anticipada del embarazo por medios no naturales dentro del ámbito de aplicación del Pacto de San José de Costa Rica que impone concluir su carácter estrictamente reglado y ajeno cualquier discrecionalidad de las autoridades, de la gestante o de las personas allegadas a ésta, y de haber establecido que ninguno de los instrumentos internacionales objeto de análisis establecen el derecho a acceder al aborto de una manera clara, es forzoso concluir que en Colombia sólo el legislador puede desarrollar una normativa coherente sobre el tema, que además de la política criminal comprenda aspectos concernientes con la dignidad y la vida de la mujer, así como con los recursos y las políticas necesarias para que el estado garantice en condiciones adecuadas a la mujer el goce responsable de su sexualidad, de su potencial maternidad y a quienes están por nacer condiciones adecuadas de desarrollo, aún en aquellos supuestos de embarazos no deseados. Dentro de esta línea de análisis, la penalización del aborto es, en principio, necesaria en cualquier política relacionada con la protección del derecho a la vida, dentro del sistema normativo aplicable en Colombia, en la medida en que así se asegura el principio general de garantía del derecho a la vida en los términos del Pacto de San José de Costa Rica; no obstante, también es evidente que el legislador dentro del marco jurídico expresado no podría aferrarse a una prohibición absoluta, si ella entraña el sacrificio de principios que como el de la dignidad son también elementos fundantes del Estado Social de Derecho.

ABORTO-Consecuencias de la legalización (Salvamento de voto)

Legalizar el aborto sin tener en cuenta las políticas de salud pública, de educación y de protección a los derechos de la mujer, en un momento dado puede, por ejemplo, soslayar la importancia de acciones dirigidas a la prevención del embarazo, a la información sobre métodos anticonceptivos, a la lucha contra enfermedades determinantes de embarazos de alto riesgo. Razones todas, cuya valoración además, es por completo ajena al ámbito funcional de la Corte Constitucional.

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS-Prevalencia (Salvamento de voto)

Es necesario reafirmar que en el ámbito del derecho interamericano las decisiones de las mujeres respecto del aborto no son absolutas y que las circunstancias en que éste puede llegar a ser admisible deben estar claramente regladas y ser excepcionales. Dentro de éste ámbito normativo, parece indudable que ha de primar la garantía del derecho a la vida de quien está por nacer, frente al derecho a la libre determinación de la mujer que desea poner fin a una gestación que no desea. En este contexto, no puede afirmarse que disposiciones prohibitivas del aborto puedan equivaler a un poder el Estado "para obligar a las mujeres a dar sus cuerpos contra su voluntad con el fin de entregar a los niños su protección legal". Tampoco puede interpretarse una política legislativa restrictiva del aborto como una garantía orientada exclusivamente a garantizar la vida del nasciturus. Las mismas restricciones pueden encontrar su razón de ser en la indispensable necesidad de estructurar líneas de acción que fortalezcan a las mujeres como únicas dueñas y responsables de su sexualidad y de la decisión de engendrar o no un hijo y que conduzcan a reformular los patrones de opresión que suelen presentarse en las relaciones entre hombres y mujeres.

ABORTO-Penalización no desconoce dignidad de la mujer (Salvamento de voto)

Ni del texto de la Constitución, ni de los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad, ni de la jurisprudencia que en torno de la garantía y protección a la vida y a los derechos de la mujer gestante puede llegarse a concluir que tipificar el aborto como conducta punible pueda atentar contra la dignidad de la mujer. Al contrario, la jurisprudencia de la Corte y de manera muy especial la proferida en sede de tutela revindican la condición de la mujer gestante aún en condiciones en que de conformidad con las tradiciones y los estereotipos sociales el embarazo es motivo de censura por parte de la comunidad y la familia. Tampoco es un atentado a la intimidad de la mujer que el legislador haya consagrado una política criminal como la que contiene el Código Penal vigente y de la cual forma parte la norma demandada; todo depende de otras políticas que el Estado a través del órgano idóneo establezca y desarrolle para fortalecer a la mujer de manera integral.

Referencia: expedientes D-6122, D-6123 y D-6124.

Demandas de inconstitucionalidad contra los arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000 Código Penal.

Demandantes: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Magistrados Ponentes:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte reitero suscintamente las manifestaciones que hice durante la discusión del proyecto de fallo en cuanto a los fundamentos que me llevaban a apartarme de la decisión mayoritaria teniendo en cuenta, como corresponde, los aspectos propuestos en la ponencia presentada a consideración de la Sala. En ese sentido en el presente salvamento no se abarcan aspectos no incluidos en dicha ponencia y que, por ende, no constituyeron materia de análisis o discusión por la Sala Plena, como por ejemplo los relativos a temas trascendentales de especial incidencia como la improcedencia de la llamada objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad de la sentencia, en forma inmediata y sin la necesaria reglamentación por el órgano constitucionalmente competente.

Como al preparar la ponencia que me correspondió dentro del expediente N° 5764 en el cual la Corte resolvió declararse inhibida tuve ocasión de plantearle a la Sala las consideraciones que me llevaban a formular como conclusión la exequibilidad de las normas pertinentes del código penal en esta ocasión como se está básicamente ante los mismos argumentos expuestos por la misma demandante estimo necesario reiterar lo expuesto en aquel proyecto que tuve ocasión de reiterar en la nueva discusión.

De antemano es necesario enfatizar que de manera general la Corte ha sostenido la imposibilidad, en el juzgamiento y decisión de la Constitucionalidad o inconstitucionalidad de entrar a modificar elementos estructurales de los tipos penales en tanto se desplace la competencia

reconocida al Congreso para fijar la política criminal y se vulnere el principio de legalidad penal. Ha dicho la Corte:

> *"Por otra parte, la exequibilidad condicionada no puede conducir a la introducción o elaboración de elementos estructurantes del tipo. Ello, por la estricta reserva legal que existe en la materia y por cuanto ello no implica un desarrollo del principio de conservación del derecho, sino una producción de derecho. En efecto, si faltare alguno de los elementos estructurantes del tipo, se estaría frente a una violación del principio "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa", por la falta de certeza en la descripción típica. La Corte no podría definir o inferir legítimamente cuál es la ratio legis y, de esta manera, integrar el tipo.*
>
> *Tampoco puede operar la exequibilidad condicionada en esta materia cuando ello implica una reducción de la amplia libertad de configuración del legislador. El principio de conservación del derecho en armonía con la reserva legal en materia de tipicidad, no autorizan al juez constitucional a reducir de manera drástica el margen de apreciación del legislador. Si la descripción resulta en extremo amplia, ambigua o indeterminada, la Corte no puede reducir dichos defectos, pues entraría a definir en detalle los elementos descriptivos del tipo, por encima de la voluntad legislativa. Cosa distinta ocurre cuando el legislador está frente a un asunto en el cual carece (o es en extremo reducida) de amplia libertad de configuración, en cuyo caso la Corte podrá integrar el tipo penal, a fin de adecuarlo a la Constitución. Se trataría de eventos extremos en los cuales la definición legal del tipo impide la protección de bienes jurídicos constitucionales, de manera absoluta."*[512] (subrayas fuera de texto).

Consideraciones en relación con el bloque de constitucionalidad

En cuanto concierne al bloque de constitucionalidad es necesario reiterar que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional no todas las disposiciones de derecho internacional integran el conjunto de normas que ha de servir de referente en el juicio de constitucionalidad. En efecto, según jurisprudencia que se ha mantenido constante a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991, es posible concluir que la Corte Constitucional ha distinguido, de una parte, entre las disposiciones de

[512] Sentencia C-939/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido Ver la Sentencia C-016/04 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

carácter internacionalmente obligatorio y que integran el bloque de constitucionalidad, y de otra, los convenios o recomendaciones internacionales que no forman parte del bloque de constitucionalidad. Baste para estos efectos, tener presente la sentencia C–067 de 2003, donde se hace un recuento sobre el tema del bloque de constitucional en el sistema jurídico vigente; expresa así la Corte Constitucional:

> *"B. El bloque de constitucionalidad en la Carta de 1991*
> *"La promulgación de la Constitución de 1991 marcó una nueva pauta en el acoplamiento de las disposiciones internacionales al orden constitucional interno. Aunque no fue sino a partir del año 1995 que la Corte Constitucional adoptó sin ambages el concepto de bloque de constitucionalidad -tal como se utiliza hoy en día- muchos de los fallos producidos antes de ese año reconocieron ya la jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales.*
>
> *El primer elemento en contribuir a este cambio fue la introducción en el texto constitucional de seis importantes artículos que definirían los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno. Estos fueron:*
>
> *a) El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;*
>
> *b) El artículo 93, según el cual "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."*
>
> *c) El artículo 94, que establece que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."*
>
> *d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: "No podrán suspenderse los derechos*

humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario."

e) El artículo 53 que preceptúa: "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna", y

d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: "Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república".

Refiriéndose ahora al campo de la función jurisdiccional, uno de los primeros fallos en aplicar la normatividad constitucional referida y, por consiguiente, en hacer alusión a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia como legislación prevalente fue la Sentencia T-409 de 1992. En dicha providencia la Corte procedió a hacer el análisis de la tensión existente entre el deber de prestar el servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia a la luz del criterio de la obediencia debida. La Corte manifestó que en aplicación del artículo 93 de la Carta, la obediencia debida no podía interpretarse como una obligación ciega de cumplimiento de ordenes superiores, sino como una sumisión a la jerarquía militar sometida al concepto de orden justo. Dijo así la Corte en su Sentencia:

"Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sóla enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

"No podría interpretarse de otra manera el concepto de ***orden justo,*** *perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "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".*

> *"Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5ª. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones* ***graves,*** *contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).*
>
> *"Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense." (Sentencia T-409 de 1992 M.P. Drs. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz*)
> (Subrayas fuera del original)

Igualmente, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Plena, adoptada en sede de control abstracto de constitucionalidad, no es lo mismo el carácter vinculante de un instrumento internacional que su pertenencia al bloque de constitucionalidad. Tal como reiteradamente se ha sostenido, salvo remisión expresa de norma superior, sólo forman parte del bloque de constitucionalidad, en sentido estricto, aquellos Tratados[513] y Convenios Internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben la limitación de los mismos en estados de excepción (ii)[514]; cuando cumplen dichos requisitos, estos instrumentos se convierten en elementos integrantes de la normativa superior frente a lo cual ha de realizarse la confrontación que constituye la razón de ser del control de constitucionalidad.

Ello, sin perjuicio de que la jurisprudencia ha admitido como bloque de constitucionalidad en un sentido más amplio, integrado por: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos Tratados y

---

[513] Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[514] Al respecto pueden consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Convenios Internacionales de Derechos Humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas[515] y, (v) las leyes estatutarias[516].

Así, por ejemplo se lee en la sentencia C- 592 de 2005:

> *"Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto de la Constitución, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional[517] -bloque de constitucionalidad stricto sensu, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-"* [518]

Tampoco existe jurisprudencia de Sala Plena, en sede de control abstracto de constitucionalidad, que haya afirmado que las recomendaciones de los órganos de monitoreo de los Convenios sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad. Si bien en la Sentencia C–200 de 2002 se analizan las disposiciones relativas al debido proceso a la luz de la opinión consultiva 0C 9 de 1987, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este análisis se hace dentro del alcance que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 62, asigna a la función consultiva propia de este organismo, de manera que dicha opinión nunca fue considerada como integrante del bloque de constitucionalidad, tal como se desprende del texto que se transcribe a continuación:

> *"Esta Corporación debe precisar al respecto sin embargo que tanto el artículo 27-2 de la Convención, como el artículo 4° de la Ley estatutaria sobre estados de excepción, señalan que no podrán ser suspendidas las "garantías judiciales indispensables" para la protección de los derechos enunciados en cada uno de dichos artículos, por lo que sobre el particular esta Corporación considera oportuno recordar*

---

[515] Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993.
[516] Sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995.
[517] Entre otros los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación es los estados de excepción. (C-358 de 1997), los tratados limítrofes (C–191 de 1998) y los Convenios 87 y 88 de la O.I.T (T- 568 de 1999).
[518] Ver Sentencias C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-774-2001 M.P. Rodrigo Escobar.

lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos del Hombre, en la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre el tema de las garantías judiciales en estados de emergencia[20]*."*

Ahora bien, en cuanto a las alusiones que dentro del expediente y en la sentencia se formulan en relación con el bloque de constitucionalidad en materia laboral, es pertinente hacer las siguientes precisiones, dadas (i) la forma como la propia Constitución Política, en su artículo 53, se refiere a los Convenios Internacionales de Trabajo debidamente ratificados por Colombia como parte de la legislación interna y (ii) la redacción del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Dentro de este panorama aparecen dos interrogantes que deben ser resueltos para determinar la real fuerza vinculante de los tratados y recomendaciones que se proponen a la Corte como parámetro de confrontación constitucional: ¿Hasta dónde los Convenios Internacionales del Trabajo integran la noción de bloque de constitucionalidad? Y ¿hasta dónde las recomendaciones de ciertos Comités de la OIT se pueden aplicar como referentes de análisis de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución?

Respecto de la aptitud de los Convenios Internacionales del Trabajo para formar parte del bloque de constitucionalidad, luego de un análisis pormenorizado del tema, la Corte ha fijado su posición en sentencia C–401 de 2005, tal como se transcribe a continuación:

"17. De la exposición anterior se puede deducir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna – en armonía con lo establecido en el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se hizo una distinción entre ellos para señalar que algunos pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

"No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

"La pregunta que surge de la demanda y de las intervenciones es la de si todos los convenios internacionales del trabajo deben considerarse automáticamente incorporados no solo a la legislación interna sino, además, al bloque de constitucionalidad, sin ningún tipo de distinción o de sustentación. En este proceso se han planteado varias posiciones al respecto que inciden en la tesis del demandante y de los intervinientes sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expresión acusada -'los convenios'.

"La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto.

" ...

"19. Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias de que tratan….
"A la Corte también le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (C.P., art. 93, inciso 1) …."
(MP. Manuel José Cepeda. A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Araújo Rentería y Jaime Córdoba Triviño).

En cuanto a la fuerza vinculante de *"recomendaciones"* de los diversos organismos de seguimiento y garantía de tratados internacionales, se debe acudir a los pronunciamientos en decisiones de diversas salas de revisión de la Corte, que se refieren exclusivamente a la OIT entre las cuales es necesario hacer alusión a la sentencia T-568 de 1999 y al auto 078 de 1999, providencias éstas a través de las cuales, para un caso concreto y dentro del trámite previsto para ello en sus normas orgánicas, el Comité de Libertad Sindical de la OIT profirió una recomendación que quedó consignada en su informe 309, la cual fue tenida en cuenta por la Corte al aplicar el bloque de constitucionalidad para la defensa de los derechos de quienes presentaron la solicitud de amparo. Dentro de ese preciso contexto, primero en Sala de Revisión y luego en Sala Plena, esta corporación afirmó, según se lee en la primera de las providencias citadas:

> *"Esta Sala encuentra entonces que la posición asumida por las entidades demandadas es contraria al ordenamiento jurídico colombiano -en el que se incluyeron los Convenios 87 y 98 de la OIT-, y a los compromisos asumidos por nuestro Estado en el plano internacional, por lo que debe insistir en resaltar que las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares."*

En ese orden de ideas, es claro que cuando el artículo 93 se refiere a que los derechos consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales, hace alusión a lo prescrito en acuerdos formalmente aprobados e incorporados al derecho interno según el trámite descrito en la Constitución (negociación, aprobación mediante ley, revisión de constitucionalidad, expresión internacional del consentimiento en obligarse) y no a cualquier otra categoría de actos de derecho internacional, como las recomendaciones de los órganos de monitoreo.

Por el contrario el sistema jurídico vigente por principio no obliga a la Corte, cuando actúa en sede de control abstracto de constitucionalidad, a interpretar los deberes y derechos que consagra la Constitución Nacional de conformidad con lo indicado en resoluciones o recomendaciones emanadas de organismos internacionales, lo que no impide que esta obligatoriedad se imponga, de acuerdo con las previsiones de cada tratado en particular, en casos concretos a los jueces de la República, como ocurre con la tutela, a la administración y al legislador.

Ahora bien, si un Tratado Internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano judicial autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la Corte Constitucional, aún cuando no forme parte del bloque de constitucionalidad, para la interpretación de tales derechos y deberes. Sin embargo, se debe destacar que en esos casos sobre el hecho de que se trata de manera exclusiva de la jurisprudencia de un órgano judicial, facultado para interpretar un Convenio Internacional sobre Derechos Humanos, es decir la doctrina vertida en las sentencias proferidas por los tribunales internacionales, pero no a las observaciones, exhortaciones o indicaciones contenidas en recomendaciones proferidas en general por órganos de control o monitoreo de tratados sobre el mismo tema. Y en ese sentido cabe hacer énfasis sobre el hecho de que no existe a la fecha una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a quien compete llevar a cabo la interpretación oficial de la Convención Americana de Derechos Humanos[519], que le atribuya carácter obligatorio a las recomendaciones de los órganos de monitoreo de los Tratados sobre Derechos Humanos.

En cuanto al valor jurídico de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales en el Derecho Internacional, tema respecto del cual parece existe cierta imprecisión en la doctrina a la hora de definirlo resulta pertinente precisar hasta dónde, cuando aquellas no han sido incorporadas al derecho interno previo cumplimiento de los requisitos que exigen los artículos 189, ord. 2º; 224 y 241, ord. 240, pueden resultar

---

[519] El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica al respecto lo siguiente:

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

vinculantes en el análisis de constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho internacional.

Al respecto, cabe indicar que según se ha aceptado, podría darse el caso de algunas resoluciones y recomendaciones que ostenten carácter vinculante y ser tenidas como fuente del derecho internacional. Para estos efectos, en primer lugar debe acudirse al tratado constitutivo pues tal obligatoriedad debe desprenderse de dicho acto. Adicionalmente, para ser creadoras de derecho internacional la resoluciones deben cumplir estos requisitos: (i) ser una manifestación de la voluntad de la organización, adoptada conforme al tratado constitutivo; (ii) no depender de la aceptación de otro sujeto internacional; (iii) ser una manifestación de voluntad directamente dirigida a crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo, y no a exhortar, aconsejar, sugerir, instar a adoptar una conducta, solicitar colaboración, etc.; (iv) no desconocer normas de *"jus cogens"* o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto. En armonía con los anteriores enunciados, se tiene, entonces, que las resoluciones o recomendaciones que, por no cumplir con los anteriores requisitos, no son vinculantes, no se convierten en obligatorias sino después de una aceptación expresa o tácita de los sujetos concernidos. Empero, si no llegan a tener efecto vinculante, sí pueden tener impacto político o efecto procedimental, o dar lugar a la consolidación de una nueva costumbre o fuerza declarativa del derecho consuetudinario preexistente.

De cualquier manera, el carácter vinculante de una recomendación no implica su necesaria inclusión en el bloque de constitucionalidad *stricto o lato sensu*. En efecto, para que una resolución o recomendación internacionalmente vinculante deba ser tenida como principio o norma de referencia para el control abstracto de constitucionalidad es necesario que, además, de cumplir con todos los requisitos anteriormente mencionados que determinan su carácter de fuente del derecho internacional, sea adoptada por un órgano de control de un tratado que consagre derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, es decir aquel que integre el llamado bloque de constitucionalidad *stricto sensu*; y para que tal categoría de fuentes pueda ser tenida como parámetro del examen de constitucionalidad se requiere que siendo internacionalmente vinculante, provenga de un órgano de control de un tratado que consagre derechos humanos, es decir que forme parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*.

Consideraciones sobre la potestad de configuración del legislador en materia penal

En cuanto concierne al alcance del control por parte de la Corte Constitucional sobre las normas que consagran tipos penales y que contienen la política criminal del Estado, se ha de reiterar en esta parte del análisis que la garantía de potestad de conformación que al respecto radica la Constitución en el legislador no tiene límites distintos de los que impone el respeto por los derechos humanos. Así lo ha sentado la jurisprudencia constitucional en decisiones entre las cuales se revelan, como hitos importantes para el asunto en estudio, la propia sentencia C-133 de 1994, la sentencia C-013 de 1997 y en la sentencia C–647 de 2001, las tres relativas a la potestad de configuración del legislador en materia de aborto, y la sentencia C–420 de 2002 sobre algunos artículos del estatuto nacional de estupefacientes. En esta última se lee:

> *"De ese proceder del demandante surge un interrogante: ¿El criterio político-criminal del legislador, que le conduce a la tipificación del tráfico de estupefacientes, es susceptible de control constitucional?. En otros términos: ¿La decisión del legislador de tipificar el tráfico de estupefacientes, como un mecanismo de política criminal orientado a la prevención y represión de ese tipo de comportamientos, independientemente del alcance particular de cada una de las reglas de derecho promulgadas, puede ser objeto de confrontación con el Texto Superior para determinar su legitimidad o ilegitimidad?*
>
> *"Para responder ese interrogante debe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático*[520]*.*

---

[520] Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: "*Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se*

Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

"De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

"Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.

---

reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica". Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

"De acuerdo con ello, si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones. De allí que el cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas que tipifican el tráfico de estupefacientes no deba hacerse genéricamente cuestionando una política criminal que se estima equivocada sino específicamente, esto es, considerando cada una de las reglas de derecho contenidas en esas disposiciones y confrontándolas con el Texto Superior para evidenciar su incompatibilidad.

"Este enfoque permite colocar las cosas en su punto: Si el legislativo es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan.

Luego de estudiar de manera particular (i) las recomendaciones a Colombia del Comité de los Derechos Humanos (CDH), encargado de monitorear el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, proferidas en mayo de 1997 y mayo de 2005, (ii) las recomendaciones del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y en especial la Recomendación General Número 24 sobre *"La Mujer y la Salud",* (iii) las recomendaciones a Colombia del Comité encargado de monitorear la Convención de los Derechos del Niño (CRC), y particularmente las observaciones hechas a Colombia por dicho organismo en octubre de 2000, y (iv) las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia, de 26 de febrero de 1999, es necesario hacer las siguientes precisiones: (i) es evidente que distintos organismos encargados del seguimiento de los derechos humanos en Colombia han manifestado su preocupación en relación con la situación de la mujeres en el país y de manera particular han valorado negativamente la circunstancia de que cualquiera de ellas que recurra al aborto sea procesada de manera indiscriminada; (ii) también es claro que varias de

esas observaciones y recomendaciones pueden ser vinculantes para Colombia, en el sentido de que deberán ser tenidas en cuenta por los distintos órganos del estado cuando se formulen y apliquen las políticas relativas a las mujeres; (iii) a pesar de ello, para efectos del Control de Constitucionalidad ninguna de ellas cumple los requisitos antes explicados necesarios para considerarlas como integrantes del bloque de constitucionalidad.

En efecto, si bien tales recomendaciones han surgido dentro del marco de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en sí mismas carecen de la calidad y entidad que a éstos cabe reconocer y por esta razón no pueden formar parte del referente normativo propio del control abstracto de constitucionalidad. Así mismo es necesario resaltar que dichas recomendaciones se formulan dentro de amplios contextos de protección de los derechos humanos[521], y en los casos más restringidos, en el ámbito de la garantía general de los derechos de la mujer[522]; se trata de una característica que hace que estos instrumentos escapen a las posibilidades de valoración y aplicación propias de esta Corporación, en sede de constitucionalidad.

En ese orden de ideas cumplen con los requisitos para integrar el bloque de constitucionalidad en la materia objeto de la decisión de la cual me aparto, en cuanto *"reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción":* La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada mediante la Ley 16 de 1972, artículo 4º y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y aprobado mediante la Ley 74 de 1968, artículo 6º. Los demás instrumentos que se mencionan en la demanda carecen de los requisitos necesarios para integrar el marco normativo frente al cual ha de efectuarse el control.

De entre las normas enunciadas resalta, por su especial aplicabilidad al asunto objeto de examen, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica ya que se refiere expresamente a la garantía de vida humana desde el momento mismo de su concepción. La forma como esta disposición ha sido redactada obvia las discusiones a las que se prestan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, mientras estos dos últimos instrumentos internacionales generan múltiples interrogantes en relación con el

---

[521] En ese sentido, ver por ejemplo las OBSERVACIONES FINALES del Comité de Derechos Humanos, relativas a Colombia e identificadas como CCPR/C/79/Add. 76, de 5 de mayo de 1997 y CCPR/CO/80/COL de 26 de mayo de 2004.

[522] Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/54/38, y OEA, Capítulo XII, Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia (OEA/SER L /V/11/02/DOC 9/REV1).

momento en que se entra a ser titular del derecho a la vida y por consiguiente se prestan a elucubraciones, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica arroja, a mi juicio , mayor claridad sobre el momento en el cual la vida se convierte en un valor intangible en el contexto americano. Así se lee en esa disposición que :

> *"1. 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."*
>
> (…)

Se trata de una normativa claramente aplicable a uno de los extremos jurídicos debatidos: el de la vida de quien está por nacer. Ahora bien, es necesario destacar que las expresiones *"en general"* que contiene el artículo 4º trascrito equivalen a vocablo *"siempre"* y que la frase "*nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"* pueden interpretarse en el sentido de que están ligadas a situaciones donde se puede llegar a justificar la pena de muerte, a interpretar esta disposición con fundamento en el artículo 29 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 21 de marzo de 1986, aprobada por la Ley 406 de 1997.

En este orden de ideas y en consonancia con el artículo 31, numeral 1° de la Convención de Viena, cabe acudir al sentido corriente de la expresión *"en general":* Así, en el Diccionario de la Lengua Española, se lee: *"En general, o por general. Loc. Adv. En común, generalmente"* lo que conduce a indagar por el significado de *"generalmente"* que según el mismo diccionario es *"con generalidad",* expresión esta última que remite a *"con generalidad"* y por consiguiente a la primera acepción de la palabra *"generalidad": "mayoría, muchedumbre o casi totalidad de los individuos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particularidad".* (D.R.A.E. 21ª. Edición 1992). En el mismo sentido,, en el Diccionario de Uso del Español de María Moliner se indica que la expresión *"en general"* denota que la acción, estado, etc., de que se trata se refiere a la mayor parte de las cosas, casos o aspectos a que es aplicable, prescindiendo de excepciones, salvedades o detalles: *"En general, aunque algunas cosas me disgusten, estoy contento".* Generalmente: *"En Madrid hace un general un tiempo delicioso en otoño. Viene tarde en general".* Con referencia a todos, sin particularizar: *"No lo digo por ti sino en general".*

Es decir, conforme a su significado corriente, es forzoso concluir que la expresión *"en general"* que se viene analizando no excluiría excepciones a la garantía de la vida desde el momento de la concepción.

Ahora bien, si fuera insuficiente el análisis precedente sobre el alcance de la garantía que consagra el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica, bastaría para corroborarlo el estudio que sobre los documentos preparatorios de esta Convención hizo la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en la resolución 23/81, referida al caso 2141. Allí se explica el cabal alcance que los Estados signatarios quisieron dar a la disposición en análisis:

> *"19. La breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios, como puede inferirse de las siguientes informaciones y documentos:*
>
> *"a) De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.*
>
> *"b) El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (Novena Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, p. 449).*
>
> *"c) Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía: "Todo ser*

humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

"d) Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (Actas y Documentos, Vol. 5, pp. 474-484, 513-514).

"e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto—el derecho a la vida desde el momento de la concepción—habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica.

"f) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.l , 2 (casos A y B); Brasil - artículo 128 n I, II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A, B. y D); Ecuador - artículo 423 n. 1, 2 (casos A y B); México - Distrito y Territorios Federales—Artículos 332 e. y 334 (Casos A y B); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe

ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez); Venezuela - artículo 435 (caso A); Estados Unidos de América -véanse las leyes estatales y precedentes; Puerto Rico S S 266, 267 - caso A (Códigos Penales Iberoamericanos - Luis Jiménez de Asua, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II)*

"g) El 22 de abril de 1948, el nuevo artículo I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (Actas y Documentos, Vol. V, p. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297-298; Vol. I, p. 231, 234, 236, 260 y 261).

"h) En consecuencia, el Estados tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

"20. El segundo argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención elementos para interpretar la Declaración, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida.

"21. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

"22. El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes,

inclusive los trabajos iniciados en las Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a introducir el concepto de que "Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción." Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237).

"23. La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó que el Consejo de la OEA, en cooperación con la CIDH, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.

"24. El Consejo de la OEA, al considerar la Opinión emitida por la CIDH sobre el Proyecto de Convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, encomendó a la Comisión que estudiara dicho texto y elaborara otro definitivo para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José (Anuario, 1968, p. 73-93).

"25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción" (Anuario, 1968, p. 321).

"26. El relator propuso, en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera "...en general, desde el momento de la concepción". Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes en la mayoría de los Estados americanos, con la siguiente adición: "para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derecho

Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general" (Anuario 1968, p. 97).

"27. Sin embargo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en su Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el texto del párrafo 1, sin cambios (Anuario, 1968, p. 97).

"28. En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea: "en general, desde el momento de la concepción". La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos -Actas y Documentos -Washington, D.C. 1978, (reimpresa), p. 57, 121 y 160).

"29. La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras "en general". Por fin, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4, párrafo 1, de la Convención Americana (Actas y Documentos, p. 160 y 481).

"30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios."

Como surge del análisis precedente, la garantía del derecho a la vida en el ámbito interamericano no supone su defensa a ultranza y de manera absoluta; el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica ha sido

redactado de tal manera que otros valores y derechos puedan llegar a prevalecer sobre él, pero siempre de manera excepcional.

Entonces, resulta claro que en el contexto de los instrumentos llamados a integrar el bloque de constitucionalidad podrían establecerse excepciones legítimas a la garantía del derecho a la vida de quien está por nacer. Excepciones que obviamente tendrán que ser claramente regladas y ajenas a cualquier capricho, provenga éste del Estado, de la madre o de cualquier otra fuente.

Así mismo, las consideraciones que anteceden imponen indagar en los mismos tratados que conforman el bloque de constitucionalidad hasta dónde de ellos se pueden deducir previsiones que regulen el aborto de tal manera que no se convierta la interrupción de la gestación en una decisión arbitraria de la madre o de otra persona.

Adicionalmente, aún cuando no forman parte del bloque de constitucionalidad, se han verificado los siguientes tratados internacionales que por cumplir con los requisitos que exige la Constitución, son de obligatoria aplicación por parte de Colombia: (i) Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, aprobada por la Ley 51 de 1981; (ii) la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, aprobada por la Ley 35 de 1986, (iii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley 16 de 1972, y (v) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, aprobada por la Ley 248 de 1995. De esa verificación se llega a la conclusión que en el ámbito del derecho internacional que vincula al Estado Colombiano no existe norma alguna que con la claridad requerida permita resolver la tensión que surge entre los derechos del que está por nacer y los de la madre; nada en el ordenamiento internacional hace concluir cuándo los de esta última han de prevalecer frente a la preservación de la vida humana en gestación. Del panorama normativo que se desprende de estos instrumentos aparecen entonces como primordiales (i) la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; (ii) la lucha contra todas las formas de violencia que puedan recaer sobre la mujer; (iii) el acceso a la educación; (iv) el fortalecimiento de la mujer como actora de la vida social y política; (v) la garantía de condiciones adecuadas de salud para la madre durante y después del parto; (vi) el derecho de la mujer a desarrollar una sexualidad sana y en condiciones de seguridad. Se trata de un panorama donde el aborto no pasa de ser un procedimiento médico para el logro de los objetivos mencionados, el cual habrá de ser empleado por los distintos países junto con otras herramientas que garanticen a la mujer el pleno ejercicio de sus derechos como ser humano. Tal como la formación para

el ejercicio de una sexualidad responsable, la información sobre métodos anticonceptivos, la penalización de la violencia contra la mujer, el aborto carece de una regulación detallada sobre el cómo y el cuándo se justifica su aplicación en el orden interno y sobre la justificación que en el mismo pueden tener las excepciones a la garantía que se consagra a favor de la vida del nasciturus en el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica.

Consideraciones sobre los antecedentes de la Constitución de 1991 en materia de aborto

Para determinar el grado de amplitud que el legislador puede llegar a tener en la configuración normativa del tema del aborto surge, en primer lugar, la génesis de los artículos a través de los cuales la Asamblea Nacional Constituyente consagró los derechos del niño, de la mujer y de la familia, particularmente la de los artículos 42, 43 y 44. En efecto, en varios de los proyectos que fueron sometidos a consideración de las comisiones se planteó una propuesta normativa relacionada con la interrupción del embarazo; de esta manera, en las Gacetas Constitucionales constan proyectos que oscilan entre posiciones francamente restrictivas[523] hasta otras de marcada autonomía de la mujer respecto de la decisión de llevar o no a término un embarazo no deseado.

Entre las últimas resalta la del constituyente Iván Marulanda Gómez[524] que se reflejó en el informe de ponencia, a nivel de comisión, en los siguientes términos, según se lee en la Gaceta Constitucional[525]:

> *"Además se propone la opción de la mujer embarazada a la maternidad en los términos de la Ley. Puede ser que el Legislador autorice a la mujer elegir en cualquier caso o circunstancia, o que sólo permita hacerlo en los casos restringidos y específicos de violación o grave peligro para la vida de la madre o seria enfermedad congénita. Que se determine lo mejor para el País".*

Igualmente, en el informe de ponencia para primer debate de los artículos correspondientes a los derechos de la familia, la desaparición de la disposición sobre libre opción a la maternidad se explica en los siguientes términos:

---

[523] Ver por ejemplo el proyecto presentado por el constituyente Alfredo Vázquez Carrizosa, publicado en la Gaceta Constitucional del miércoles 20 de febrero de 1991.
[524] Gaceta Constitucional del martes 26 de marzo de 1991, página 4.
[525] Miércoles 17 de abril de 1991, Página 5.

> *"En el proyecto original presentado a la Comisión V se contemplaba 'la libre opción de la mujer a la maternidad en los términos de la ley', o sea el aborto; sin embargo, por tratarse de un tema de tanta trascendencia que necesariamente implica una extensa controversia, se excluyó del texto referido.*
> *"La permisibilidad que ha ocasionado la prohibición, ha llevado a hacer del aborto una empresa lucrativa a costa de la vida de un gran número de mujeres y a dejar en la orfandad a muchos niños, esto constituye un problema y una realidad del país. Luego el tema se transfiere al Congreso para que éste establezca un orden normativo que regule la situación de extrema gravedad de la mujer violada, a quien no sólo se le lesiona su integridad física y moral, sino que se le condiciona su futuro; igualmente cuando el embarazo acarrea peligro para la vida de la mujer; o el niño que está en gestación, deba llegar a la vida con una enfermedad congénita que le imposibilite el goce de la misma. Guardar la moral no puede ir más allá del derecho a la vida"*[526].

Finalmente, la propuesta de la libre opción de la mujer a la maternidad se presentó por el constituyente Marulanda Gómez como aditiva al artículo que regulaba los derechos de la mujer, en la sesión plenaria del 14 de junio de 1991, cuando se sometieron a votación las disposiciones sobre los derechos de la familia y fue rechazada por cuarenta votos en contra y veinticinco votos afirmativos[527].

De los antecedentes normativos transcritos es claro, entonces, que el Constituyente no rechazó el tema del aborto sino que prefirió dejar que fuera el Congreso de la República el encargado de ocuparse de un tema cuya gravedad reconoció desde el primer momento. Se trata de una posición ya analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-133 de 1994, cuando se ocupó de la tipicidad penal del aborto y concluyó que obedecía a la esfera de competencias del legislador y que lleva necesariamente a entender que aún a la luz del numeral 1º del artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica la terminación de la gestación de manera anticipada al parto, por medios no naturales, puede estar justificada en circunstancias realmente excepcionales; solamente podría así entenderse la expresión según la cual *"y en general"* la vida de las personas estará protegida desde la gestación.

Consideraciones acerca del alcance de la potestad de configuración normativa del legislador en el tema sub iudice

---

[526] Gaceta Constitucional del miércoles 29 de mayo de 1991, Página 8.
[527] Gaceta Constitucional del lunes 11 de noviembre de 1991, Página 9.

Luego de haber aclarado el carácter excepcional de la posibilidad de interrupción anticipada del embarazo por medios no naturales dentro del ámbito de aplicación del Pacto de San José de Costa Rica que impone concluir su carácter estrictamente reglado y ajeno cualquier discrecionalidad de las autoridades, de la gestante o de las personas allegadas a ésta, y de haber establecido que ninguno de los instrumentos internacionales objeto de análisis establecen el derecho a acceder al aborto de una manera clara, es forzoso concluir que en Colombia sólo el legislador puede desarrollar una normativa coherente sobre el tema, que además de la política criminal comprenda aspectos concernientes con la dignidad y la vida de la mujer, así como con los recursos y las políticas necesarias para que el estado garantice en condiciones adecuadas a la mujer el goce responsable de su sexualidad, de su potencial maternidad y a quienes están por nacer condiciones adecuadas de desarrollo, aún en aquellos supuestos de embarazos no deseados.

Dentro de esta línea de análisis, la penalización del aborto es, en principio, necesaria en cualquier política relacionada con la protección del derecho a la vida, dentro del sistema normativo aplicable en Colombia, en la medida en que así se asegura el principio general de garantía del derecho a la vida en los términos del Pacto de San José de Costa Rica; no obstante, también es evidente que el legislador dentro del marco jurídico expresado no podría aferrarse a una prohibición absoluta, si ella entraña el sacrificio de principios que como el de la dignidad son también elementos fundantes del Estado Social de Derecho.

Tampoco se puede dejar de lado que en la Constitución Política hay una serie de preceptos que si bien no refieren directamente al fenómeno de la gestación, hacen de la concepción y de la maternidad y la paternidad asuntos arraigados profundamente en la esencia misma del Estado Social de Derecho, lo mismo que la necesidad de garantizar la igualdad material de la mujer en todos los aspectos de su existencia y, entre ellos, el de portadora de vida. Por esta razón, el Legislador, al diseñar sus políticas no sólo en asuntos criminales, sino también en materia de salud pública, educación y búsqueda de la igualdad de la mujer, tiene que considerar la forma como la penalización del aborto se ha de armonizar con los valores y derechos que buscan hacer reales en Colombia no sólo el Estado Social de Derecho sino la familia y el desarrollo y fortalecimiento de las niñas y niños, así como de sus madres y padres.

Una vez aclarado que el legislador es el órgano que en Colombia ha de regular lo concerniente con el aborto, es necesario concluir que, por ende, a la Corte sólo corresponde determinar, desde su ámbito estricto del control judicial de constitucionalidad, si las definiciones y el tratamiento

adoptados por el legislador se avienen o no con las reglas superiores de estirpe constitucional .

Consideraciones sobre protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal

Al respecto es necesario poner de presente que la permisibilidad del aborto no es necesariamente el único medio llamado a garantizar el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer. Al contrario, como ya se ha expresado, debe considerársele como un mecanismo dentro de las muchos a los cuales puede y tiene que recurrir el Legislador en la formulación de políticas relacionadas con la mujer, considerada integralmente como sujeto de derecho que goza de una especial protección constitucional.

Es evidente que la evolución de la normatividad aplicable al aborto como tipo penal y que ha sido objeto de análisis para determinar si en este caso había lugar a declarar la cosa juzgada constitucional, muestra cómo el Legislador no ha sido ajeno a la necesidad de morigerar los efectos punitivos del aborto en determinados casos. En esa línea el órgano estatal competente ha diseñado, en distintas etapas de la legislación, unos mecanismos de protección para las mujeres que abortan en circunstancias especiales, que han de considerarse adecuados si se entiende que los cambios sociales son el producto de evoluciones paulatinas en el curso de las cuales es necesario hacer ajustes que garanticen de manera integral los fines impuestos precisamente por los distintos Tratados que buscan erradicar la desigualdad y la violencia que padecen las mujeres en distintos países.

Legalizar el aborto sin tener en cuenta las políticas de salud pública, de educación y de protección a los derechos de la mujer, en un momento dado puede, por ejemplo, soslayar la importancia de acciones dirigidas a la prevención del embarazo, a la información sobre métodos anticonceptivos, a la lucha contra enfermedades determinantes de embarazos de alto riesgo. Razones todas, cuya valoración además, es por completo ajena al ámbito funcional de la Corte Constitucional.

Consideraciones en torno de derecho a la igualdad y a estar libre de discriminación

Al respecto es necesario reafirmar que en el ámbito del derecho interamericano las decisiones de las mujeres respecto del aborto no son absolutas y que las circunstancias en que éste puede llegar a ser admisible deben estar claramente regladas y ser excepcionales. Dentro de éste ámbito normativo, parece indudable que ha de primar la garantía del

derecho a la vida de quien está por nacer, frente al derecho a la libre determinación de la mujer que desea poner fin a una gestación que no desea. En este contexto, no puede afirmarse que disposiciones prohibitivas del aborto puedan equivaler a un poder el Estado *"para obligar a las mujeres a dar sus cuerpos contra su voluntad con el fin de entregar a los niños su protección legal".*

Tampoco puede interpretarse una política legislativa restrictiva del aborto como una garantía orientada exclusivamente a garantizar la vida del nasciturus. Las mismas restricciones pueden encontrar su razón de ser en la indispensable necesidad de estructurar líneas de acción que fortalezcan a las mujeres como únicas dueñas y responsables de su sexualidad y de la decisión de engendrar o no un hijo y que conduzcan a reformular los patrones de opresión que suelen presentarse en las relaciones entre hombres y mujeres.

Consideraciones sobre el principio de la dignidad humana y a los derechos a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad

Al respecto cabe hacer énfasis en cuanto a que ni del texto de la Constitución, ni de los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad, ni de la jurisprudencia que en torno de la garantía y protección a la vida y a los derechos de la mujer gestante puede llegarse a concluir que tipificar el aborto como conducta punible pueda atentar contra la dignidad de la mujer.

Al contrario, la jurisprudencia de la Corte y de manera muy especial la proferida en sede de tutela revindican la condición de la mujer gestante aún en condiciones en que de conformidad con las tradiciones y los estereotipos sociales el embarazo es motivo de censura por parte de la comunidad y la familia. Tampoco es un atentado a la intimidad de la mujer que el legislador haya consagrado una política criminal como la que contiene el Código Penal vigente y de la cual forma parte la norma demandada; todo depende de otras políticas que el Estado a través del órgano idóneo establezca y desarrolle para fortalecer a la mujer de manera integral.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado