

SENTENCIA C-355 DE 2006 RESISTIR Y EMANCIPAR

Andrée Viana Garcés*

SUMARIO: 1. EL LEGISLADOR COLOMBIANO ANTE EL PROBLEMA DEL ABORTO. 2. JURISPRUDENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES SOBRE ABORTO. 3. CONCLUSIONES. DE LA RESISTENCIA A LA EMANCIPACIÓN.

La discusión acerca de la corrección constitucional del tipo penal del aborto es obligada en la actual coyuntura colombiana. Por primera vez en aproximadamente cien años, se despenaliza parcialmente el aborto inducido en casos en que obligar a la mujer a llevar a término su embarazo supone una carga desproporcionada en detrimento de sus derechos. Este importante cambio, en beneficio de los derechos de las mujeres, ha tenido lugar como consecuencia de una sentencia que la Corte Constitucional profirió el pasado 10 de mayo¹.

La prolija decisión quebró una línea jurisprudencial marcadamente influida por la doctrina católica y abrió una nueva puerta para la emancipación de la mujer colombiana. Para comprender la magnitud del cambio que este hecho puede suponer, tanto a nivel institucional como a nivel social en Colombia, es útil hacer un repaso por la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de aborto. Si bien el centro de atención de este escrito será la producción judicial en sede de constitucionalidad, es importante conocer, superficialmente al menos, la tendencia del legislador penal colombiano en el asunto. Por eso, el esquema de trabajo que seguiremos será el siguiente:

i) Haremos un recorrido por los preceptos legales que, desde el siglo XIX se han ocupado de tipificar el aborto voluntario como delito; ii) identificaremos las sentencias que ha proferido la Corte Constitucional valorando la exequibilidad de algunas de esas normas, para derivar de ellas las tendencias estructurales de la

* Licenciada en derecho por la Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). Master en “Protección de Derechos Humanos” por la Universidad Alcalá de Henares. Candidata a doctorado en Derecho por la Universidad Carlos III. Actualmente es becaria del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III.

¹ La decisión se dio a conocer mediante dos comunicados de prensa que contenían la parte resolutive de la sentencia y las razones básicas que la soportaban, pero sólo hasta el 5 de septiembre se publicó el texto completo de la providencia junto con un salvamento de voto y una aclaración

jurisprudencia en esta materia. Para eso, primero graficaremos la línea jurisprudencial y después explicaremos cómo se conforman las teorías que han servido de soporte para las dos posiciones radicalmente opuestas que se han sostenido dentro de la Corporación. iii) Por último, expondremos algunos comentarios finales a manera de conclusión

1. EL LEGISLADOR COLOMBIANO ANTE EL PROBLEMA DEL ABORTO

Colombia es uno de los pocos países del mundo que para el año 2006 aún tenía tipificado el aborto como tipo penal absoluto. Este dato diferencial de la legislación penal colombiana se mantuvo, con algunas variaciones, desde la época de la constitución de la República hasta el pasado 10 de mayo.

La ley vigente en Colombia en 1837 tipificaba como delitos tanto el aborto consentido como el no consentido, pero permitía el aborto terapéutico. El siguiente Código Penal de 1873 mantuvo esas normas sin modificarlas. Posteriormente, en el Código de 1890² se excluyó la imposición de pena en el caso del aborto terapéutico cuando su realización fuese necesaria para salvar la vida de la madre y sancionó el aborto como tipo general sólo en ciertas situaciones. En ese código se incluyó por primera vez el “aborto honoris causa” que fue concebido como atenuante del tipo penal principal. Era una causal fundada en la calificación del sujeto y en una especificación del móvil: la atenuación de la pena procedía para los casos en que el aborto lo cometiera una “mujer honrada y de buena fama” siempre que su móvil hubiese sido “encubrir su fragilidad”³.

En 1922, con la ley 109 se pretendió reformar el Código Penal del 73 eliminando la mención al aborto terapéutico pero conservando, en cambio, la atenuante en los casos de aborto “honoris causa”. La eliminación de la atenuante a favor de la salud y la conservación de la que favorecía el honor de la gestante implicaba un “extraño y sugerente cambio valorativo”⁴ en la política criminal respecto del asunto. Parecería poder leerse entre líneas, no muy oculto bajo la reforma que proponía esa ley, que el tipo penal del aborto responde a la necesidad

² La mujer embarazada que para abortar emplee, a sabiendas, o consisten que otro emplee alguno de los medios expresados sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses a un año si no resulta.

³ Ver Intervención del Defensor del Pueblo en el proceso que terminó con la sentencia C - 355 de 2006, pp 16 a 19. El Defensor explica que esta norma se tipificó en Colombia por influencia de la jurisprudencia española, y que luego fue codificada en la misma España, en Italia y posteriormente en otros países de América Latina

⁴ Ver Intervención del Defensor del Pueblo.

de sancionar a la mujer licenciosa o que no asume su natural rol de engendradora, de perpetuadora de la especie. Su salud o su vida pasan a un segundo plano, ceden ante el interés del Estado de proteger la vida en formación, a menos que pueda demostrar su honradez y debilidad de carácter.

Sin embargo, la ley 109 de 1922 nunca entró en vigor y el Código Penal de 1936, que rigió hasta 1980, mantuvo el tipo principal del aborto consentido en su artículo 386⁵ y conservó la atenuante para el aborto honoris causa⁶. Ese código fue derogado por el Decreto 100 de 1980, es decir, por el código penal que rigió hasta el año 2000 y cuyos textos en esta materia no eran muy diferentes a los de los artículos que motivaron el proceso de inconstitucionalidad que terminó con la sentencia C 355 de 2006.

Las normas del código vigente⁷, que penalizaban el aborto de manera absoluta y que fueron estudiadas en esa última sentencia son las siguientes:

“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”.

⁵ La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años. En la misma sanción incurrirá el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

⁶ El artículo 389 prescribía: 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 el perdón judicial.

⁷ LEY NÚMERO 599 DE 2000, reformada el artículo 14 de la ley 890 de 2004 que consagró un aumento de penas para los tipos penales de la parte especial del Código Penal.

Este breve repaso arroja una conclusión evidente. El legislador colombiano se mantuvo en la misma posición por más de cien años y repitió sin excepción la fórmula en la que resolvía el conflicto entre la vida en formación y los derechos de la mujer en una única dirección: el sacrificio absoluto de éstos últimos. Tras una especie de pantalla acústica, permaneció sordo a las nuevas voces del derecho internacional en materia de garantías y reconocimientos a favor de la igualdad, dignidad, integridad y libertad de la mujer, así como a los ya no tan recientes avances de la ciencia respecto del inicio y desarrollo de la vida.

La última sentencia de la Corte Constitucional, en ese contexto, es de suma importancia: abre la puerta al legislador para que se aparte de las doctrinas católicas y avance con miras a resolver el problema del aborto inseguro, armonizando el derecho penal con otros instrumentos que están a disposición del diseño de políticas públicas.

2. JURISPRUDENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES SOBRE ABORTO.

Si el legislador mantuvo una misma opción durante tantos años, la jurisprudencia constitucional no fue menos indolente. A partir de la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las distintas normas penales sobre el aborto, sumándose a las tesis que propugnaban por la protección absoluta de la vida del nasciturus.

Por su complejidad, el asunto de la constitucionalidad del aborto como tipo penal siempre ha dividido a la Corporación generando una línea jurisprudencial bastante uniforme, caracterizada por dos rasgos importantes:

a) Todas las sentencias sobre el tema, que preceden la C-355 de 2006, resuelven la tensión entre derechos e intereses propia de la penalización del aborto, optando por la absolutización de la protección a la vida del no nato. De hecho, en ninguna de esas providencias se hace un estudio sobre los derechos de la mujer, ni se intentan ejercicios de ponderación de bienes para relativizar las soluciones y minimizar el sacrificio de los derechos que ceden ante la protección del nasciturus.

b) Esta línea jurisprudencial está regida por una dinámica de polarización. La uniformidad de posición en las sentencias ha determinado una línea opuesta, conformada por los salvamentos (e incluso por aclaraciones de voto) de la minoría

de magistrados. Es decir, como se verá en el gráfico, la línea jurisprudencial que comentamos, en realidad, son dos líneas paralelas: Una, la mayoritaria, que llamaremos *línea dominante*, y la otra minoritaria, que llamaremos *línea marginal*. Ambas líneas, absolutamente refractarias la una ante la otra, denotan la tensión que padece el Derecho colombiano en materia de libertades sexuales y reproductivas de la mujer, sobre todo cuando reconocerlas y garantizarlas supone desmarcarse bruscamente de la Doctrina Católica, convertida en hegemónica, tradicionalmente obedecida e impuesta por las instituciones públicas nacionales, a costa del valor Constitucional que ordena la independencia del Estado respecto de cualquier organización o confesión religiosa.

La sentencia C-355 del pasado 10 de mayo es el gran logro de la *línea marginal*. El fallo encuentra en ella su precedente y hace suyos algunos apartes de aclaraciones y salvamentos de voto con los que la minoría de magistrados reaccionaba ante la *línea dominante*. Sin embargo, este nuevo punto del recorrido jurisprudencial en materia de aborto no es la excepción a la regla. También ahora, la Corte se ha regido por la dinámica de la polarización: la sentencia dio lugar a un salvamento de tres magistrados que anteriormente sostuvieron la línea que fue *dominante* hasta ahora. Así, la que fue *línea dominante* antes de la C-355/06 continúa como *línea marginal* con el salvamento de los magistrados Escobar Gil, Tafur Galvis y Monroy Cabra. El círculo da la vuelta.

A. La línea jurisprudencial

A continuación, intentaremos construir las estructuras teóricas que han resultado de la línea jurisprudencial que responde al problema jurídico que ahora nos ocupa. Para ello, estimamos conveniente hacer algunas aclaraciones metodológicas⁸ previas:

a) Para acotar el tema sobre el cual compondremos la *estructura narrativa* dentro de la cual se relacionarán los pronunciamientos de la Corte, es necesario formular el problema jurídico en el que nos vamos a concentrar. Lo haremos, entonces, en los siguientes términos:

¿Cómo resuelve la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tensión entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer gestante en el caso del aborto?

⁸ El método que utilizaremos será, a menos en lo básico, el propuesto por el profesor Diego López Medina. Ver. LOPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial*. Ediciones Uniandes, Legis, Bogotá, 2002.

b) Resulta útil, además, graficar una especie de mapa de la línea jurisprudencial para efectos de hacer más claras las tendencias y poder identificar los puntos que marca cada sentencia en cada una de las sub-líneas que hemos identificado. Para ello se propondrán dos posibles respuestas al problema jurídico, opuestas entre sí, y se ubicarán los pronunciamientos con respecto a ellas, de manera que cuánto más cerca estén a una u otra se identifican más o menos a lo que cada una propone.

c) Una vez graficado el mapa de la línea, expondremos sucintamente la estructura teórica de cada sub-línea, identificando las sentencias (en el caso de la línea dominante) y los salvamentos o aclaraciones (en el caso de la línea marginal) que contienen las tesis más importantes sobre el tema.

FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

Nº 12.

Año 2005/2006

¿Cómo resuelve la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tensión entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer en el caso del aborto?

<p>La vida del no nato es un bien protegido por la Constitución pero no es absoluto. Las medidas para su protección deben ser el resultado de la ponderación con los derechos de la madre, ante los cuales cederá en ciertas circunstancias específicas.</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Salvamento de voto a la C133/1994 Eduardo Cifuentes Muñoz Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez caballero</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>C-133/94 M.P Antonio Barrera Carbonell</p>	<p>La vida del nasciturus merece una protección absoluta. Ningún derecho de la madre puede justificar el sacrificio de la vida del no nato.</p>
	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Salvamento de voto a la C-013/97 Eduardo Cifuentes Muñoz Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez caballero</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>C-013/97 MP José Gregorio Hernández</p>	
	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Aclaración de voto a la C-647/01 Clara Inés Vargas Hernández Jaime Araujo Rentería Alfredo Beltrán Sierra Manuel José Cepeda Espinosa</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>C- 647/01 MP Alfredo Beltrán Sierra</p>	
	<p style="text-align: center;">*</p> <p>C-355/06 Clara Inés Vargas Alfredo Beltrán Sierra</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Salvamento devoto a la C-647/01 Rodrigo Escobar Gil Marco Gerardo Monroy Cabra</p>	
	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Aclaración de voto C-355/06 Manuel José Cepeda</p>	<p style="text-align: center;">*</p> <p>Salvamento devoto a la C-355/ Rodrigo Escobar Gil Marco Gerardo Monroy Cabra</p>	

B. Estructura teórica de la *línea dominante*⁹

En 1994, la Corte conoció una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 343 del Código penal entonces vigente¹⁰. La sentencia C 133 de 1994 fue la primera sentencia en que la Corte estudia el tema del aborto, y lo hace desde la perspectiva que prevalecería en las demás decisiones que componen esta línea: la sacralidad y absoluta prevalencia de la vida del nasciturus sobre cualquier derecho de la mujer gestante. A partir de este punto la Corporación quedará atrapada en un espiral conceptual de base metajurídica: el inicio de la vida humana y el momento en que merece la titularidad de derechos.

En esta sentencia la Corte declara la exequibilidad del artículo demandado¹¹. La Corporación soporta su decisión en que el derecho a la vida es el más valioso de los bienes reconocidos al individuo de la especie humana, y aclara que, si bien tal derecho es reconocido a las personas, eso no quiere decir que la vida humana latente en el nasciturus carezca de protección constitucional.

⁹ La llamamos *dominante* porque es la que más tiempo ha sido mayoritaria en la Corte, pero ha dejado de serlo el 10 de mayo de 2006 con la sentencia C-355/06

¹⁰ Decreto 100 de 1980 (código penal)

Artículo 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”.

Para completar la reglamentación penal sobre aborto, la Corte, en la sentencia, reseña las demás normas del código sobre el tema:

Art. 344 Aborto sin consentimiento: “ el que causare el aborto sin consentimiento de la mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años”

Art. 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”

¹¹ La Corte interpreta que según el demandante se han violado los siguientes preceptos constitucionales:

Inciso 2º del artículo 2º: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”.

Artículo 7º.: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”

Artículo 18: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Inciso 1º del artículo 19: “se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”.

Inciso 5º del artículo 42: “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

Sin embargo, en esta primera etapa, la Corporación es bastante prudente a la hora de reconocer personalidad jurídica al no nato. Para garantizar la protección de la vida en formación opta por una tesis según la cual tal protección no es concedida constitucionalmente porque el nasciturus sea persona, sino porque, de una parte, el feto es la encarnación de la esperanza de vida, porque su vida es en sí misma un valor fundamental; y de otra parte, porque el deber general de las autoridades de amparar y asegurar la vida de todas las *personas* se extiende “obviamente” a la vida durante su proceso de formación y desarrollo por ser condición para la viabilidad del nacimiento que da origen a la existencia legal de las personas. (Podrías dividir la frase en varias)

En efecto, dice la Corte, “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.” De allí que, en concepto de la Corporación, el reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluya, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar “la muerte de seres no nacidos”. Con ese fundamento, en la sentencia se declara que el legislador está autorizado constitucionalmente a penalizar los actos destinados a provocar la muerte del no nato.

Un segundo argumento que será recurrente a partir de ahora, es el de la supuesta voluntad del constituyente de excluir la permisión del aborto. La Corte fundamentará este argumento, repetidas veces, en que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente consta que ésta decidió no pronunciarse expresamente sobre el tema, de donde deduce que el constituyente colombiano entendió que el aborto debía prohibirse en favor del derecho a la vida.

El tercer pilar de la decisión, que también se repetirá casi invariablemente en las sentencias que siguen a esta como precedente, es el del bloque de constitucionalidad¹² (en adelante BC). Una de las características más marcadas de esta línea dominante es el sesgo con el que se constituye el BC, del cual quedan excluidos de entrada todos aquellos tratados, convenciones o artículos constitucionales que declaren o reconozcan derechos de la mujer. En efecto, el BC, para este caso queda conformado por los artículos 2, 5, 42, 43 y 44, el preámbulo de la CDN y el artículo 1 numeral 4 de la CADH.

¹² El bloque de constitucionalidad en Colombia está compuesto por todos los tratados o convenciones de derechos humanos, derecho internacional humanitario, los llamados derechos innominados, y las normas constitucionales que reconozcan derechos, así como las contenidas en leyes estatutarias u orgánicas

El cuarto nicho argumental de esta sentencia versa sobre los límites al derecho reconocido constitucionalmente (Art. 2) a la pareja de decidir libremente el número de hijos. La Corte entiende que, dado que el feto encarna el valor de la vida, el derecho comentado sólo puede ejercerse antes de la concepción y añade una anotación, cuando menos curiosa teniendo en cuenta su tradición activista¹³ y conociendo su rigor a la hora de aplicar los tests de proporcionalidad de las decisiones del legislador:

“no se descarta la posibilidad de eventuales conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del nasciturus; pero a juicio de la Corte no es su misión, sino tarea del legislador diseñar la política criminal, a través de la expedición de reglas que contribuyan a la solución de dichos conflictos”.

No se ofrece un análisis sobre los “eventuales conflictos” entre los derechos de la embarazada y la vida del no nato. Con la advertencia de que no le compete estudiarlos y la renuncia de su tarea como guardián de la Constitución, vuelve a las épocas en que se presumía que el legislador no podía hacer daño y deja en sus manos la solución, sin siquiera sugerir que ella debería ser proporcionada y respetar al máximo el núcleo esencial de los derechos comprometidos.

El quinto y último punto de análisis es el derecho a la libertad de conciencia y de culto, que, por cierto, despacha rápidamente afirmando que la penalización del aborto no viola tales libertades porque ellas están limitadas por el orden público, concepto dentro del cual incluye expresamente la moralidad como elemento constitutivo del concepto de orden público. Agrega, finalmente que, como todas, estas libertades encuentran su límite en el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus.

En el año 1997, la Corte vuelve a estudiar el tema con ocasión de una demanda contra varios artículos del Código Penal, entre los cuales estaba el 345, que consagraba circunstancias atenuantes para el delito de aborto en casos en que se cometiera por mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. En esta ocasión, en resumen, el

¹³ Ver, entre otros, RODRÍGUEZ, César. “Hermenéutica jurídica y activismo judicial”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*, 7, 1996; UPRIMNY, Rodrigo, GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César. “Entre el protagonismo y la rutina: Análisis sociojurídico de la justicia colombiana (1980-2005)”, en: Lawrence Friedman y Rogelio Pérez Perdomo, (eds.) *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin Europe and Latin America*, Stanford University Press, 2003. (Traducción al español: UNAM, 2004)

demandante consideró que se trataba de penas demasiado flexibles y que, por ello violaban el derecho a la vida reconocido en la Constitución.

Curiosamente, la ponencia original de esta sentencia pretendía la despenalización absoluta del aborto, pero, en cambio, la que triunfó ante la mayoría de la Corporación fue otra que dio como resultado una decisión en que la Corte abandona su imparcialidad y se compromete abiertamente con las posturas católicas. Casi para empezar su argumentación, se identifica con la acusación del demandante aunque admite que es una apreciación al margen de la constitucionalidad de la norma, como si tal opinión le fuera permitida en el marco de su función jurisdiccional. En efecto, dice reconocer que las sanciones impuestas por el legislador son en exceso benignas para lo que considera un acto en sí mismo reprochable, pero aclara que ello no hace inexecutable el precepto acusado. Y, a lo largo de la providencia, la Corte inserta duras sentencias morales y utiliza calificativos condenatorios más propios de las doctrinas clericales que de un estudio jurídico de interpretación constitucional.

De otra parte, nuevamente el bloque de constitucionalidad juega un papel importante en la argumentación de la Corte. Su construcción, si bien se hace de manera similar a como se hizo en la anterior providencia en el sentido de excluir absolutamente cualquier norma internacional o doméstica sobre derechos de la mujer, agrega un componente bastante atípico en la jurisprudencia de la Corte: un derecho innominado. A partir de una interpretación conjunta de los artículos 5, 11, 93 y 94 de la Carta, la Corte incluye dentro del BC el “derecho a la vida del nasciturus”. Éste es, probablemente, el salto conceptual más notorio con respecto a la sentencia anterior. Deja atrás la opción teórica de la sentencia del año 94, en que la Corte se cuidó de no convertir al feto en persona titular de derechos fundamentales, sino que se optó por proteger su vida basada en que la existencia del nasciturus no era indiferente al derecho. En efecto, ahora la Corporación hace frente al problema reconociendo expresamente un derecho fundamental en cabeza de no nato, es decir, recurriendo a su personificación para usarla como obstáculo a la vigencia de los derechos de la embarazada.

Posteriormente, con miras a fijar la intensidad de la protección a este nuevo sujeto de derechos, y por ende a determinar sus alcances como límite para los derechos de los demás, la sentencia se centra en el “valor intrínseco de la vida”. Introduce su estudio dando por sentado que el aborto es en sí mismo reprochable, y de allí deriva, sin más conectores lógicos, que ningún criterio de distinción es aceptable a la luz del derecho para suponer que la protección constitucional que merece la vida tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento, o que deba ser menos intensa antes del mismo. La vida, entonces, solamente para efectos

de esta línea jurisprudencial, cobra un valor absoluto siempre que su titular sea un no nato.

Para concretar sus razonamientos sobre los derechos del nasciturus en el análisis de la norma demandada, esta sentencia se refiere a los casos contemplados en ella y aclara que, aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente (que la viole, o la insemine artificialmente sin su consentimiento) nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen, nadie puede hacer justicia por su propia mano. Resulta jurídicamente inaceptable, en el concepto de la Corporación, que el fruto de la concepción pague el delito con su vida, que pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir.

Al final de la sentencia, la Corporación expone un razonamiento claramente clerical, de acuerdo con el cual resulta inadmisibles el argumento según el cual la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Para soportar su tesis, la Corte recurre a un argumento, por demás sexista, que pretende que la indignidad de una mujer víctima de un crimen sexual se remedia exaltando su feminidad mediante la asunción resignada de la maternidad. Que la víctima asuma como hijo el fruto del crimen que padeció, según esta postura, no perpetúa la violación de sus derechos, sino que la enaltece como mujer. Dice la Corte, pues, que alegar que la penalización del aborto vulnera la dignidad de la embarazada supone incurrir en una confusión que se resuelve distinguiendo el crimen del parto, y que, en todo caso, la pretensión de una hipotética protección a la dignidad de la mujer, no justifica en ningún caso el sacrificio del nasciturus:

“se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre (...) aún admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.”

En el año 2001, la Corte vuelve a conocer el tema con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo artículo 124 del nuevo Código Penal¹⁴,

¹⁴ Ley 599 de 2000
Por la cual se expide el Código Penal

que establece las circunstancias para la inaplicación de la pena en el delito de aborto. El demandante considera que no es constitucional prescribir causales tan amplias y dejar un indefinido margen de discrecionalidad al juez para inaplicar la pena, porque ello supone, en su concepto, dejar desprotegido el derecho a la vida del nasciturus.

El caso se resuelve en la sentencia C-647 de 2001, en la que no hay un aporte doctrinal importante para la *línea dominante*. Simplemente, dentro del contexto de la constitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, declara la constitucionalidad de la norma luego de explicar la diferencia entre exclusión y extinción de la pena para aclarar que el Estado, en el primer caso, que es el que se aplica en la norma penal del aborto, no pierde su potestad punitiva sino que, de acuerdo con una competencia judicial reglada, puede decidir no aplicar la sanción.

El aporte verdaderamente importante para la *línea dominante*¹⁵ lo hace un salvamento de voto de los magistrados Escobar Gil y Monroy Cabra. Consideran que la posición mayoritaria es equivocada y que debió declararse la inconstitucionalidad de la norma. En su concepto, la norma persigue una finalidad ilegítima como es la despenalización en prácticamente todos los supuestos del aborto en caso de embarazo por delito contra la libertad sexual “para asegurar la tranquilidad de la madre”. Es decir, porque, en su concepto, con esa norma se incumple la obligación de proteger prevalentemente la vida del nasciturus como lo manda la Constitución. Sin embargo, los magistrados no presentan un planteamiento del problema en términos de tensión entre bienes constitucionalmente protegidos. No se trata del conflicto entre la vida del nasciturus y los derechos de la embarazada, sino que, como en las sentencias más importantes de esta línea, se omite toda mención a los derechos de las mujeres, y se

Artículo 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.

El demandante considera que el parágrafo desconoce el derecho a la vida.

¹⁵ La sentencia da lugar a una aclaración de voto de cuatro magistrados que se ubica más en la línea marginal. Es curioso que eso haya sido una aclaración. Posiblemente se explique en el hecho de que para tomar esa decisión la Corte estuvo dividida de manera peculiar: cuatro aclaran el voto de una manera tal que ciertamente la despenalización del aborto podría haberse fundado en sus razonamientos; dos salvan el voto porque habrían preferido sacar del ordenamiento la causal de exclusión de la pena para garantizar que la penalización del aborto siempre tenga por efecto la imposición de la sanción; de manera que sólo dos magistrados estuvieron de acuerdo plenamente con el texto de la sentencia. Si uno sólo de estos dos, hubiese adherido a la posición de los cuatro magistrados que aclararon el voto, esa aclaración habría sido una sentencia de despenalización del aborto. En cualquier caso, esa aclaración de voto es una puerta importante para la posterior sentencia C-355 de 2006.

radicaliza la postura teórica con la opción de disminuirlos y privarlos de su categoría jurídica mediante su inclusión dentro de la idea de “tranquilidad de la madre”.

De otro lado, la supuesta tensión entre el derecho a la vida del feto y los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la madre quien se encuentra “en extraordinarias condiciones anormales de motivación” es resuelta por la norma con una solución que elimina la vida del primero. Consideran que en el caso de despenalizar el aborto, no se trataría de una restricción de derechos sino de una medida que tolera la desaparición absoluta del principal derecho, el derecho a la vida. Desde este punto de vista, la restricción a la protección a la vida del nasciturus es, en concepto de los dos magistrados absolutamente desproporcionada, además de innecesaria, dado que ya existen excluyentes de antijuridicidad en el Código Penal: trastornos mentales transitorios, enfermedad mental transitoria, etc.

Finalmente, la sentencia C-355 de 2006 hizo que los mismos magistrados que salvaron el voto en el año 2001 volvieran a hacerlo. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, se remiten a varias sentencias anteriores¹⁶, especialmente a la C-133 de 1994 y a la C-013 de 1997, vuelven a los planteamientos sobre los que se ha edificado la línea otrora dominante y refieren estudios médicos que soportan la tesis de que la vida humana empieza en el momento de la concepción. En su criterio, la Corte tenía que haber motivado su decisión en poderosas razones que desvirtuaran el valor de esos estudios, y en cambios sociológicos que legitimaran la modificación de la jurisprudencia.

En el último sentido anotado por los magistrados sorprende que no consideren relevantes sociológicamente los movimientos sociales que generó el proceso de constitucionalidad, o los cambios de posición de las instituciones estatales en materia de la penalización absoluta del aborto. Basta con revisar los

¹⁶ Los magistrados que salvan el voto traen a cuento extractos aislados de varias sentencias de tutela cuyos hechos materiales no permitirían incorporarlas en esta línea jurisprudencial, pues, en su mayoría son casos en los que las mujeres embarazadas demandan protección especial para ejercer su libertad de procreación y poder llevar a término por su voluntad el embarazo o para acceder a los servicios de salud que les permitan asegurar su salud y la del hijo que desean alumbrar. En resumen, se trata de sentencias que reiteran el derecho de la mujer embarazada a gozar de una protección reforzada por ser consideradas como una categoría social especial; en dichas sentencias además, suele resaltarse que en la protección a la que tiene derecho la embarazada se integra la protección del nasciturus. Ciertamente son pronunciamientos que no se refieren, para nada, al aborto voluntario, de manera que sus fundamentos teóricos no responden a la especial tensión entre los derechos de la embarazada y la vida del no nato, sino simplemente, a la necesidad de proteger a la mujer que quiere tener hijos y que para ello demanda la eficacia de los mecanismos de protección a los que tiene derecho. En resumidas cuentas, las sentencias de tutela en las que pretende sustentarse el salvamento de voto, han sido originadas en el supuesto de hecho opuesto a aquél que antecede a la interrupción voluntaria del embarazo.

procesos anteriores para notar que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General y los representantes del gobierno siempre estuvieron a favor de la exequibilidad de las normas que sancionaban absolutamente la interrupción voluntaria del embarazo. Esos mismos organismos, incluyendo el Ministerio de Protección Social, intervinieron en el proceso que terminó con la sentencia C-355 de 2006 resaltando la necesidad despenalizar el aborto en los casos en que obligar a la mujer a llevar a término su embarazo suponía una carga desproporcionada¹⁷.

En el salvamento, los magistrados se separan de la diferencia que propone la sentencia C-355/06 entre la vida humana en formación como bien constitucionalmente relevante, y el derecho subjetivo fundamental a la vida porque consideran que esta postura permitirá que los derechos de los más fuertes se impongan sobre los de los más débiles.

Centrando toda su argumentación en la necesidad de proteger la vida, como derecho fundamental desde la gestación, recurren a las normas internacionales y hacen una interpretación literal de varios apartes de convenciones y tratados internacionales, como el artículo 6 de la DUDH y del 2,1 de la CADH. Entienden que desde que existe el nasciturus debe reconocérsele titularidad de derechos fundamentales. Sostienen así, por primera vez en la línea que se comenta, que la protección a la vida del nasciturus tiene su fundamento en su personalidad jurídica. La idea básica de este argumento es la equiparación conceptual y jurídica de ser humano y persona. De allí parten para concluir que la personalidad jurídica no puede fundarse en hechos que pueden variar de una persona a otra, sino que sólo puede derivarse del único hecho que es idéntico en todos: la pertenencia al género humano. Así reconducen el discurso hacia un razonamiento que tiene más que ver con la diferencia filosófica entre agente moral y agente no-moral, en lugar de abordar la cuestión a partir de la concepción jurídica de vida digna que impone la vigencia del Estado social de derecho.

A continuación el salvamento de voto aborda el problema de la dignidad, informado por la concepción de persona que sostiene los magistrados de la minoría. Entienden que la única ponderación posible en el caso del aborto es la que incluya la dignidad y los derechos fundamentales de la mujer, y la dignidad y los derechos fundamentales del "ser humano no nacido", pero concluyen que, en todo

¹⁷ 1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y 3) 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).

caso, la dignidad intrínseca de los seres humanos jamás puede ser ponderada, graduada o relativizada, por lo que, en el caso del aborto terapéutico el conflicto entre el derecho a la vida del hijo y el derecho a la vida de la madre no podía ser resuelto optando sólo por una de las dos: por la vida de la madre.

Aseguran que éste es un caso en el que debería recurrirse al mecanismo de la jerarquización de derechos, dando absoluta prevalencia al derecho a la vida, que es de superior valía en la Constitución colombiana en la medida en que es el único respecto del cual se prevé literalmente que es “inviolable”. De allí que el derecho – antes de la sentencia de la que se apartan- protegiese por igual ambas vidas consagrando tipos penales que se ajustaran a la neutralidad jurídica que responde a la máxima de “no escoger” entre la vida del uno y la del otro. El fundamento normativo de esa afirmación se deriva de una lectura del Código Penal según la cual este ordenamiento protege ambas vidas mediante distintas previsiones: El tipo penal del aborto protege la vida del feto, y a su vez el del homicidio protege la de la madre:

“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”

A pesar de toda su argumentación anterior, los magistrados someten la norma al test de proporcionalidad y concluyen que la norma busca una finalidad constitucionalmente admisible (salvar la vida de la madre), que es adecuada y que en algunos casos es necesaria. Sin embargo, no resulta proporcionada, pues el sacrificio de los derechos del nasciturus es el máximo posible y además es certero: el aborto termina con la muerte del no nato. En cambio, el beneficio obtenido es menor en su criterio, porque simplemente logra evitar el riesgo o amenaza de muerte de la madre.

Finalmente, cuando estudian el compromiso de la dignidad, entienden que permitir el aborto, incluso en casos excepcionales, implica de suyo, volver a los 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. Y concluyen que:

“...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 ésta, se erigía en un mecanismo para proscribir la utilización del feto y por ende el desconocimiento de su dignidad”.

En cuanto al aborto por malformaciones graves e incompatibles con la vida extrauterina del nasciturus, los magistrados entienden que no se trata de un tipo penal similar al homicidio por piedad o eutanasia porque ésta involucra el consentimiento activo del que quiere morir y el aborto eugenésico no.

Finalmente, respecto del aborto en casos en que la mujer es víctima de un crimen contra su libertad sexual, se sostiene que la interrupción voluntaria del embarazo no tiene la virtualidad de reparar el daño padecido por la mujer a la que se han vulnerado sus derechos y que, en cambio, la convierte en madre de un ser humano muerto¹⁸. Si bien se reconoce que los actos de violación o abuso constituyen la vulneración del derecho a la libertad de procreación de la mujer, se considera que tras la concepción se pierde la posibilidad de ejercer este derecho. Es decir, la libertad de decidir sobre su maternidad se sitúa fuera del alcance de la mujer a partir del momento en que queda encinta, siendo jurídicamente imposible que la recupere hasta el nacimiento del niño que espera. El aborto, continúa el razonamiento, no constituye un acto de restauración o restablecimiento, no permite la devolución o restitución de los bienes afectados por el crimen que se ha perpetuado contra la futura madre. No puede, por tanto, justificarse ya que “no entrega nada a la mujer, en términos materiales ni morales”.

En resumen, esta línea de pensamiento de la Corte, que se impuso como dominante hasta el pasado 10 de mayo se prolonga en el tiempo con el último punto: el salvamento de voto que la convierte en línea marginal. Queda entonces abierta la tendencia –minoritaria a partir de ahora– que ha sostenido

¹⁸ El argumento se presenta textualmente, como sigue:

“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”.

invariablemente que la vida del nasciturus debía ser protegida de manera absoluta, dejando entrever a veces tácitamente a veces de manera expresa, que el amparo a los derechos de la mujer nunca justificaría el sacrificio de la vida en formación.

C. Estructura teórica de la *línea marginal*¹⁹

La primera pieza de la estructura teórica de esta línea que se mantuvo marginal hasta el pasado 10 de mayo, es el salvamento de voto de la sentencia C- 133 de 1994, formulado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

En este salvamento los magistrados hacen notar el error lógico y de interpretación en que incurre la mayoría de la Corte en su razonamiento referente al principio de la vida y a la protección que merece el no nato. En efecto, la sentencia sostiene que el derecho a la vida se reconoce a todo individuo de la especie humana, y que su existencia comienza a partir de su concepción, pero en todo caso declaran que, como el bloque de constitucionalidad reconoce el derecho a la vida del nasciturus, no es necesario ser persona humana para tener protección de la vida.

El error de la Corte, explican los magistrados en minoría, consiste en que no logra diferenciar la protección a la vida del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional (preámbulo, artículo 2) pero eso es diferente a la consagración del derecho fundamental a la vida (CP Art. 11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones. Insisten en que no por ello, la vida humana latente deba quedar desprotegida, sino que su amparo no debe ser necesariamente mediante la atribución de derechos fundamentales a quién no tiene titularidad jurídica para su goce y ejercicio.

Aclaran que si bien no se discute que el nasciturus sea un organismo viviente individual, y que sea humano (porque pertenece a la especie), de ello no se sigue el feto tenga derechos e intereses del tipo que el Estado está en el deber de proteger respecto de las personas. Resaltan, entonces, que esa sería una deducción errónea. Dicen que es precisamente el salto conceptual que llevaría a la Corte a equiparar el aborto a un asesinato, de manera que quitarle voluntaria y premeditadamente la vida al producto de la concepción, constituiría homicidio. “La licencia en el uso del lenguaje muestra la ambigüedad con que se emplea el vocablo **persona**, como

¹⁹ A partir de 10 de mayo de 2006 se ha convertido en *dominante*

sinónimo de individuo o de ser humano, de manera que se termina por dar igual tratamiento al no nacido que a las personas nacidas y titulares de derechos y obligaciones”.

Este salvamento trae un argumento que luego será utilizado a lo largo de toda la línea y que, incluso, es retomado en la sentencia C355 de 2006. Se trata de la tesis según la cual, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales al nasciturus presupone que el Estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. En su concepto, el recurso a la personificación jurídica –en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural- , se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales: el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, “se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrera al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada”.

Adicionalmente, respecto de la tesis sostenida por la Corte, según la cual la vida tiene un valor intrínseco, el salvamento de voto reformula la cuestión en los siguientes términos: “El punto de discusión no debe centrarse en la personalidad jurídica del nasciturus sino en la responder la pregunta sobre si el Estado puede legítimamente defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida”. A lo que responden que la imposición de una concepción al valor de la vida viola la libertad de conciencia y de religión.

Posteriormente dejan sentada su posición respecto del derecho a la autonomía procreativa, en el sentido en que es artificioso sostener, como lo hace la Corte, que este derecho sólo pueda ejercitarse en unas circunstancias pero no en otras; antes de la concepción sí, pero después no.

Finalmente formulan una serie de consideraciones de política criminal que sirven de argumento contra la penalización absoluta del aborto y que luego serán aducidas por los demandantes e incluso por el Ministerio de Protección Social dentro del proceso que terminó con la sentencia C 355 de 2006. Esos argumentos son, en resumen, la ineficacia del tipo penal que se desvela con cifras escandalosas cercanas a los 300 mil abortos anuales en circunstancias inseguras e insalubres para la mujer; la discriminación que genera la penalización del aborto entre mujeres de escasos recursos y mujeres con capacidad adquisitiva que no se ven en la necesidad de arriesgar sus vidas para interrumpir su embarazo porque pueden, incluso, viajar a países en los que el procedimiento es permitido; y finalmente, el hecho de que en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la injerencia en la vida privada de los asociados debe ser la mínima posible, de manera que el derecho penal,

además de que tendría que ser un código de requisitos mínimos que no puede incluir concepciones morales, debe ser el último recurso en el diseño de políticas públicas.

En 1997, ante la sentencia C-013/97, salvan el voto Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero, reiterando muchos de los argumentos expuestos en el salvamento del año 94 y agregando otras nociones que luego fueron retomadas en la sentencia C-355 de 2006. Por ejemplo, señalan que en ciertas ocasiones la obligación de tener un hijo impone una carga desproporcionada a la mujer. Mediante la intromisión estatal en la esfera más íntima de su personalidad, negándole el derecho a decidir, se causa a la mujer un perjuicio grave: Se le priva de su derecho a una vida digna y autónoma.

Probablemente el argumento más novedoso y fuerte de este salvamento sea el de *la carga desproporcionada no exigida jurídicamente*. Recurriendo a la doctrina constitucional en materia de deberes jurídicos ciudadanos²⁰, la minoría que salva el voto arguye que la prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de violencia o inseminación no consentida, tiene un significado anormalmente gravoso para la mujer que se ve obligada a soportarlo, por lo que la sanción de su conducta en este caso quebranta la Constitución Política:

“El embarazo criminal, en realidad, no alcanza a desplegar su entero potencial de daño con la violación carnal, sino que prosigue generando efectos no deseados para su víctima y su familia, como el de alumbrar un hijo contra la voluntad de la progenitora y tener que asumir forzosamente los consiguientes deberes de cuidado y crianza. La norma impide a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, que ponga término a la cadena de los demás daños que se ciernen sobre sus restantes derechos.”

Finalmente, añade otro argumento nuevo en la discusión referente al Derecho a la familia y a la libertad de procreación, en el sentido de que no es el violador el llamado a decidir por encima de la pareja, el número de los hijos e imponga los deberes de sostenimiento y crianza. Ningún pronunciamiento de la línea dominante asume la tarea de contra-argumentar este punto. Todo el esfuerzo que hace durante años la mayoría de la Corte para legitimar el sacrificio del derecho a la libertad de procreación se agota en esa especie de naturaleza intermitente que le adjudica a su ejercicio: puede ser ejercido solamente hasta el momento de la concepción y nunca durante el embarazo, y puede de nuevo ejercerse a plenitud antes de una nueva

²⁰ En especial a la sentencia C452 de 1993 que declara la inexequibilidad de la prohibición de pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada con base en que el secuestrado y sus allegados no tienen el deber jurídico de afrontar el peligro

concepción, momento el cual vuelve a hacerse *inexistente* hasta el final del embarazo, y así sucesivamente²¹.

En el año 2001, con la sentencia C-647 vino la aclaración de voto de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa, en la que señalan que la norma acusada (aquella en la que se prevén circunstancias para la exclusión de la pena) es un paso del legislador hacia la despenalización parcial del aborto.

Advierten que la constitución permite al legislador ir más lejos, que no le indica cómo hacerlo, pero que, en cambio, sí le impone como límites, de una parte, la prohibición de desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno, y la obligación consiguiente de debe tratarla como tal en lugar de convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana; y de otra parte, el deber del legislador de proteger el derecho a la intimidad de la mujer, que se ve invadido en cuanto otros deciden sobre su cuerpo. Insisten explicando que si como consecuencia del acto sexual violento o del procedimiento no consentido la mujer queda embarazada, todo su proyecto vital se ve modificado por causas ajenas a su voluntad y por la imposición estatal de no poder remediarlo. En ese sentido, los magistrados se oponen abiertamente a la concepción *dignificadora* de la maternidad de la violada o abusada expuesta en la sentencia de 1994, y dicen que el estado de gravidez no autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida.

Por último, como reacción a la expresa mención que se hace en la sentencia de que las circunstancias en las que procedería la inaplicación de la pena sólo pueden operar como tales cuando sean excepcionales respecto de otras mujeres de las mismas condiciones puestas en las mismas situaciones. Es decir, ante la insinuación de la sentencia de que las causales de atenuación punitiva (el embarazo ocasionado por un crimen contra la libertad sexual) son el punto de partida para medir la condición extraordinaria de la situación, la minoría propone una interpretación del artículo demandado según la cual el embarazo voluntariamente buscado es el punto de partida, es decir, es la medida de la normalidad. De allí que todos los casos de atenuación punitiva deban ser considerados como casos anormales de embarazo y su ocurrencia debe bastar para entender que la mujer se encuentra en circunstancias excepcionales respecto de las demás mujeres en estado de gravidez, por lo que el juez podría inaplicar la pena en cualquiera de los casos de la norma sin necesidad de más requisitos.

²¹ Sin embargo la Corte admite el uso de los preservativos como mecanismo para ejercer este derecho, pese a que muchos de ellos, algunos muy populares, operan después de la concepción (como el DIU).

Finalmente, el último punto de esta línea hace que la estructura teórica que la soporta deje de ser *marginal* para convertirse en *dominante*. La sentencia C-355 de 2006 retomó los puntos más importantes de la línea que la precede y los vertió en sus consideraciones, para fundamentar sus decisiones más importantes.

En esta sentencia la Corte Constitucional adoptó distintas decisiones. Las más importantes para lo que interesa en esta línea son las siguientes:

a) La Constitución prohíbe al legislador considerar como delito el aborto cuando éste sea practicado con el consentimiento de la mujer en tres hipótesis:

1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; 2) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y 3) 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

b) De acuerdo con la *ratio decidendi* en materia de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y mediante la declaración de inexecutable de la frase “o en mujer menor de 14 años” la Corte obliga al legislador a reconocer un valor preponderante a la voluntad de todas las mujeres, incluso cuando sean menores de catorce años;

c) Finalmente, la Corte aclaró al legislador que le está constitucionalmente permitido avanzar en el diseño de políticas públicas que respondan adecuadamente al problema del aborto inseguro e impliquen alternativas a la penalización. Además aclaró también que la aplicación de la decisión no necesita una regulación legal o reglamentaria, pero que si el legislador considera necesario hacerlo no puede exigir condiciones, trámites u otros requisitos que constituyan una carga excesiva para la mujer o que le impidan decidir abortar, al menos, en las hipótesis señaladas en la presente sentencia.²²

²² En su aclaración de voto, Manuel José Cepeda resalta que, 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.”

La Corte, en esta providencia corrige las posiciones anteriores o les da una nueva lectura que sea acorde con el texto constitucional. El primer cambio importante respecto de las sentencias anteriores es metodológico. Regresa a su tradición de ponderar los derechos en tensión²³. Aunque es cierto que no hace explícito el test de proporcionalidad en cada una de sus partes como solía hacerlo en la primera época, al menos explica las razones de la proporcionalidad de sus decisiones.

De allí que la Corte plantee tempranamente en la providencia que la primera tensión que conlleva el precepto acusado es entre dos grupos de derechos o intereses: de un lado, la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo, el libre desarrollo de su personalidad, su libertad de conciencia y religión, el derecho a la honra, entre otros; y por de otro lado, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad.

El segundo cambio es sustantivo. La Corte, por primera vez en la línea jurisprudencial sobre aborto, estudia a profundidad los derechos de la mujer, reconstruyendo de manera completa el bloque de constitucionalidad mediante la integración de normas internacionales que reconocen y garantizan su dignidad, libertad e integridad²⁴, así como pronunciamientos y recomendaciones de los comités y comisiones guardianes de los distintos pactos internacionales²⁵, específicamente sobre la problemática del aborto y del trato diferente y discriminado en razón al género²⁶.

Después de estudiar los artículos de las normas internacionales que podían dar pistas sobre el alcance del deber de protección a la vida en formación, la Corte concluye que de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación

²³ Ver, por ejemplo, el fundamento jurídico 5.1 de la sentencia C 355 de 2006

²⁴ La Corte, esta vez, incluyó en el BC normas como las siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) 1948

“Artículo 5º.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”; CEDAW “Artículos 1, 2, 3, 4, 7, la declaración de Beijing, el tratado de Roma, la CEDH, la CADH, el PDCP, entre otras

²⁵ Ver, por ejemplo, los fundamentos jurídicos 6.3 y 6.4, entre otros, de la C 355 de 2006

²⁶ Por ejemplo, las recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el Pacto de derechos civiles y políticos de mayo 5 de 1997, de mayo 26 de 2004, 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, la Recomendación a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW de febrero 3 de 1999, la Recomendación a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos de febrero 26 de 1999, entre otras

literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con los derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ello, el siguiente paso en el estudio de la Corte es el de definir los derechos fundamentales de las mujeres de acuerdo con el bloque de constitucionalidad para poder hacer debidamente el ejercicio de ponderación entre ellos y el deber de protección al nasciturus. Así, la Corte emprende por primera vez en esta línea jurisprudencial, un trabajo de identificación de los derechos de la mujer relevantes para el caso. Se trata de los derechos a la salud, a la salud sexual, a acceder a los procedimientos médicos y quirúrgicos especiales para la mujer, a la libertad reproductiva, a no ser objeto de delitos reproductivos y sexuales, a la intimidad, a la igualdad, a la no discriminación.

En primer lugar, la Corte retoma las diferenciaciones que hacía el salvamento de voto a la sentencia C-133 de 1994 entre el valor de la vida y el derecho fundamental a la vida, y hace un paralelo con el principio de la dignidad y el derecho fundamental a la dignidad para explicar 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). Con base en esto, la Corte termina su razonamiento al respecto haciendo suyo un argumento que se expuso por primera vez en la aclaración de voto de la sentencia C-647 de 2001, según el cual 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 especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

En segundo lugar, la Corte estudia los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Anota que el contenido de ese derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal, dentro de las cuales se encuentra la de ser madre, que no puede ser adoptada o impuesta arbitrariamente por terceros sin violar el derecho comentado. De allí que la jurisprudencia de la Corte haya sido insistente en rechazar como inconstitucionales las políticas perfeccionistas y haya indicado que para que una medida de protección no se convierta en una política de esa naturaleza, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, la Corte hace un completo análisis sobre el derecho a la salud, y recuerda que es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y que además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva. Este derecho, se aclara, no es sólo prestacional; impone deberes de abstención al Estado, que no puede cometer injerencias que lo amenacen o vulneren. De allí que, concluye, *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.

Finalmente, para concretar sus análisis teóricos sobre los alcances de los derechos en tensión, la Corte estudia el precepto demandado. Considera que el legislador decidió 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, resalta que de acuerdo con la norma, incluso en esas situaciones extremas de afectación de su dignidad y autonomía la mujer que aborta debe someterse a un juicio y ser condenada como delincuente.

La Corte determinó que una regulación en ese 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. Estas circunstancias de atenuación, en realidad tendrían que ser unas de las hipótesis en que la interrupción del embarazo no fuera constitutiva de delito de aborto, 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 Penal²⁷.

De otra parte, dice la Corte, 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 el embarazo significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, la dignidad que le es inherente como ser humano²⁸.

²⁷ Código Penal, artículos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

²⁸ La Corte recupera así 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

Con base en esos argumentos la Corte declara la constitucionalidad condicionada del artículo 122 en los términos que se reseñaron arriba. Asimismo, tras estudiar el derecho a la autodeterminación y de recordar la doctrina constitucional en materia del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, concluye que la mujer de catorce años no puede ser tratada por el legislador como si no tuviese voluntad ni capacidad suficiente para decidir sobre su vida, y declara la inconstitucionalidad de la frase “o en mujer menor de 14 años” del artículo 124.

En conclusión, de acuerdo con la estructura teórica que ha caracterizado esta línea, que se mantuvo marginal hasta la expedición de la sentencia C355 de 2006, la vida del nasciturus es un bien que debe ser protegido pero no puede ser objeto de un amparo absoluto e incondicional a costa de cualquier otro derecho que entre en tensión con él. Las medidas de protección que se le deben a la vida del no nato han de ser proporcionadas y no pueden ser idénticas en intensidad a aquéllas que se brindan a los derechos fundamentales de las personas, por lo que, en circunstancias especiales que supongan que llevar a término un embarazo resulta una carga desproporcionada en sacrificio de los derechos de la madre, la interrupción del mismo resulta permitida y legítima de acuerdo con la Constitución.

3. CONCLUSIONES. DE LA RESISTENCIA A LA EMANCIPACIÓN.

La sentencia C-355 de 2006 es, sin duda, un paso de la resistencia a la emancipación. Las mujeres en Colombia se han resistido tenazmente, durante años, a obedecer la prohibición penal de interrumpir sus embarazos no deseados (las más de las veces por las razones que hoy la Corte considera situaciones extremas que legitiman la conducta) arriesgando su integridad y su vida. Las cifras de muertes y lesiones irreversibles ocasionadas por la práctica de abortos inseguros demuestran la existencia de un movimiento silencioso de resistencia civil de las mujeres ante el sistema legal que penalizaba de manera absoluta el aborto. Así, la resistencia, que tradicionalmente ha venido de la mano del carácter inalienable de los derechos fundamentales, y de la idea de que la autoridad legítima es la que protege tales derechos, ha permanecido en Colombia por obra de mujeres injustamente sometidas a prohibiciones excesivas que les imponían cargas inconstitucionales.

llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

La sentencia de la Corte deja al descubierto que la legislación penal vigente hasta el pasado 10 de mayo constituía una grave ofensa que sistemáticamente padecieron las mujeres en condiciones más desafortunadas. Se reconoce así, tácitamente, que ellas no tenían la obligación general de obedecer el Derecho, pues además de que no las amparó ante la inminencia de los peores perjuicios, fue partícipe o responsable de tales daños²⁹. La providencia de la Corte, entonces, explica y quizá honra la resistencia opuesta por esas mujeres.

Además de asumir deberes no exigibles constitucionalmente, las mujeres de las que hablamos no han tenido opción de ser oídas, pues la amenaza de pasar meses o años en prisión acalla cualquier intento de reivindicar los propios derechos por la vía institucional. El Estado colombiano, sordo a las recomendaciones internacionales, fue indiferente ante los llamados de organismos supra-estatales y ONGs que le demandaban intervenciones para mermar el costo desmesurado (en libertad, derechos y dignidad) que suponía la penalización absoluta del aborto. Las mujeres que se veían en necesidad de interrumpir sus embarazos no tuvieron otra opción que desobedecer: Resistir para intentar salvarse de la carga desproporcionada que les imponía el Derecho.

Como ya es habitual en Colombia, los movimientos sociales, decepcionados por la falta de receptividad de los organismos representativos, exigieron a la Corte Constitucional una respuesta al complejo problema del aborto³⁰. Comprometida con la realización efectiva de la Constitución, la Corte vence por fin las trabas morales que le impidieron –hasta ahora– un progreso en ese ámbito y profiere una sentencia sensible al drama de las mujeres sometidas a un sistema penal excesivo y ciego a la cuestión de género, en la que declara la inconstitucionalidad del sistema penal en el asunto del aborto. La Corporación labra el escalón para que la mujer colombiana abandone la resistencia y alcance la emancipación.

La perseverancia de quienes han mantenido firme su posición garantista y laica dentro de la Corporación y el fuerte movimiento social que desató el último proceso judicial contra las normas penales que tipificaban el delito del aborto, unidos, lograron que las tesis otrora marginales ahora sean mayoritarias y vinculantes para todos los agentes involucrados en el problema del aborto inseguro. En efecto, de la sentencia se derivan varias instrucciones obligatorias, para diversos actores sociales.

²⁹ Ver, GARGARELLA, Roberto. *El derecho a resistir el derecho*. Ciepp, Miño Dávila, Buenos Aires, 2005, pp 13 - 46

³⁰ UPRIMNY, Rodrigo y VILLEGAS; Mauricio, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio Villegas (eds) *Emancipación social y violencia en Colombia*

En efecto, Médicos, clínicas, hospitales y centros de salud tendrán que garantizar que la mujer que se encuentre en una situación extrema, de las contempladas en la sentencia, pueda practicarse el aborto. Inclusive, la Corte advierte que la objeción de conciencia no puede ser alegada a nivel institucional, sino que solamente puede oponerla el médico que se encuentre impedido por sus principios, siempre y cuando, sin dilaciones, remita a la mujer interesada a donde otro galeno que sí esté dispuesto a adelantar el procedimiento. El gobierno, por su parte, tendrá que estudiar la conveniencia de incluir los procesos de interrupción de embarazo dentro de las prestaciones obligatorias del sistema de seguridad social. El legislador habrá de diseñar políticas públicas que permitan que la sociedad avance en soluciones respecto del problema de salubridad y morbimortalidad que ha supuesto el aborto inseguro. Y por último, los jueces, especialmente en sede de tutela, tendrán que garantizar, cuando sea necesario, que las mujeres puedan acceder a los servicios sanitarios necesarios, de manera oportuna y sin obstáculos, para llevara a cabo el aborto en los casos en que, de acuerdo con la sentencia, la constitución lo permite.

Sin embargo es muy temprano para declarar una victoria estable para esta reivindicación de los derechos y libertades de la mujer. La polarización que genera este asunto no cesó con la sentencia C-355/06. Al contrario, se atizaron los leños de la sanción moral católica (ha habido una verdadera avalancha de excomuniones) y se alzaron voces de personalidades públicas, de tradición conservadora, escandalizadas por la decisión, entre las que figuran dos magistrados de la Corte (Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra) que dejaron plasmado su pensamiento en un vehemente salvamento de voto que perpetúa, ahora de manera marginal, la línea de pensamiento que antes fue mayoritaria dentro del máximo tribunal constitucional colombiano.

Por ahora, entonces, sólo podemos decir que el círculo dio la vuelta: los que antes dominaban la voz de la Corte y legitimaban las decisiones extremas y absolutas del legislador penal, ahora son minoría en la Corporación. Cuentan, sin embargo, con el apoyo de la jerarquía católica, y no escatimarán esfuerzos para que el círculo vuelva a girar hasta donde sus convicciones morales le marquen el lugar. Esperemos pues, que la fuerza social y el garantismo constitucional puedan más que el lobby del temor al purgatorio.

El tiempo dirá y, si hay suerte, el compromiso con la emancipación de la mujer abrirá camino a la normalidad.