

Sentencia de constitucionalidad condicionada. Caso sobre despenalización del aborto en Colombia

*Xiomara Cecilia Balanta Moreno**

RESUMEN

Esté artículo se trata de un buen ejemplo de una sentencia de constitucionalidad condicionada, donde la Corte Constitucional de Colombia hizo una gran labor jurídica de explicar, una a una, las razones de su cambio de precedente en cuanto al aborto. Pues, por primera vez en cien años, se da la posibilidad a las mujeres colombianas que decidan qué hacer frente a un embarazo. Este artículo pretende un análisis sobre el tipo de sentencia que produjo la Corte Constitucional, sobre valores o principios que entraron en juego, la clase de interpretación que se realizó, para finalmente hacer una reflexión crítica del caso.

PALABRAS CLAVE: Despenalización, aborto, precedente, bloque de constitucionalidad, omisión.

SUMMARY

The article refers to a good example of a conditioned constitutionality ruling, in which the Colombian Constitutional Court played an excellent role in explaining, one by one, the reasons that motivated a change in previous precedents regarding abortion. For the first time in one hundred years, the Court has enabled Colombian women to decide about pregnancy. This article intends to analyze this ruling of the Colombian Constitutional Court, referring to the values and principles that were weighted by the Judges, and the interpretation that took place, to derive in a critical reflection around the case.

KEY WORDS: Decriminalization, abortion, precedent, constitutional block, omission.

FORO

* Docente investigadora y profesora de la cátedra de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, USB; abogada del Centro de Justicia y Acción contra el Racismo, del Movimiento Nacional Cimarrón.

INTRODUCCIÓN

La despenalización parcial del aborto en Colombia ha marcado un hito histórico en los debates jurídicos contemporáneos y neoconstitucionalistas. Por primera vez en cien años, se da la posibilidad a las mujeres colombianas que decidan qué hacer frente a un embarazo. Esta sentencia constituye, por ende, un cambio importantísimo en los derechos de las mujeres.

En esta Sentencia, la Honorable Corte Constitucional Colombiana (en adelante “la Corte” o “Corte Constitucional”) decidió la despenalización del aborto en tres casos: primero, cuando la mujer haya sido violada o inseminada artificialmente sin su consentimiento; segundo, por peligros graves a la salud física y psíquica de la madre; y tercero, por malformaciones del feto en donde se compruebe la inviabilidad de la vida de este.

Consideré pertinente traer a colación este caso, pues se trata de un buen ejemplo de una sentencia de constitucionalidad condicionada, donde la Corte Constitucional hizo una gran labor jurídica al explicar una a una las razones de su cambio de precedente en cuanto al aborto. Además, porque creo que esta sentencia es un buen aporte para los debates jurídicos por los que atraviesa ahora el Ecuador con la espera de una nueva Constitución.

EL CASO

Esta Sentencia trata de las demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 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, instaurada por los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Los demandantes consideraron que las normas demandadas violaban el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo, los artículos 1, 16 y 42 de la Constitución Política. Igualmente, se vulneraba 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.).

De este modo, el problema jurídico se enmarcó en la evaluación de 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 menores 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.

Ahora bien, adentrándonos en la Sentencia, se puede observar que el primer problema jurídico abordado fue el de la Cosa Juzgada, pues la Corte Constitucional, en el año 1994, ya se había pronunciado sobre el tema del aborto, y había dicho que no era posible el aborto en ninguna circunstancia, a lo que respondió la Corte diciendo que este principio de Cosa Juzgada no se presenta en este caso, porque la misión de la Corte no solo es confrontar el contenido de una determinada norma con la Constitución, sino que puede pasar a revisar otros asuntos relacionados con otras normas que, sin pertenecer al texto constitucional, pueden tener el mismo rango. Este es el caso del bloque de constitucionalidad, según el cual es posible elevar normas de menor jerarquía al mismo nivel que la Constitución, como el caso de los Tratados Internacionales, donde específicamente se hizo alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*. Como ejemplo, se encuentra la “Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW” y la “Convención de Bélem do Para”.

En síntesis, la parte resolutive del fallo declara la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y se debe entender que es inexecutable la penalización del aborto en los siguientes casos:

- Cuando la continuidad del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- 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.

De igual manera, se declara del artículo 123 del Código Penal, la inconstitucionalidad de la expresión “en mujer de catorce años”, por la posibilidad de que las mujeres menores de 14 años puedan emitir su consentimiento para el aborto. Y, a su vez, se declaró la inexecutable del artículo 124 del Código Penal, que consagraba causales de atenuación punitiva para quien practicara un aborto, es decir, que las penas de prisión para la mujer y el médico que lo practicara quedaron sin efecto en los tres casos expuestos.

De este modo, la Corte mantiene la regla general de prohibición del aborto, pero establece excepciones y criterios fundamentales para la aplicación de las mismas, tales como: Responsabilidad, ya que el aborto se permite en ciertas circunstancias, para que la madre, de manera responsable, tome la decisión de hacerlo; seguridad, es decir, que

se practique en condiciones adecuadas que garanticen la salud de la madre, y no deben presentarse obstáculos o requisitos adicionales para las mujeres que deseen ejercer su derecho a abortar.

VALORES O PRINCIPIOS QUE ENTRAN EN JUEGO

Para llegar a este fallo, que marcó un “hito” en la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional tuvo que analizar varias normas, valores y principios constitucionales, entre los que están el derecho a la vida, libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, principio de proporcionalidad, derecho a la igualdad, a la salud y a la integridad, el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos.

Ciertamente, dijo la Corte que cuando entran en tensión valores, derechos y principios, el sopesamiento de estos debe realizarse únicamente dentro del marco jurídico y político establecido por la Constitución y no en valores exógenos a ella que, si bien son válidos, no hacen parte del ordenamiento jurídico constitucional. Por ello, la Corte emprendió en esta sentencia un ejercicio de ponderación donde dejó sentada su posición, de la siguiente manera:

Sobre el derecho a la vida, la Honorable Corte dijo que no existía en la Constitución o en los Tratados internacionales una norma que prohíba el aborto, la única norma que consagra una prohibición es un Tratado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero este mismo admite excepciones. Ahora bien, en lo que respecta a cuándo entender la vida es un poco complejo, al punto que la Corte optó por diferenciar la vida del derecho a la vida, y estableció que hay vida cuando se une el espermatozoide y el óvulo o, como lo dice el genetista Emilio Yunis, ésta se presenta en cualquier célula, humana o no humana, pero dijo que entrar a una discusión como esa obliga a reflexionar acerca de si la vida es natural, creada, si se da por razones físicas, químicas, religiosas, biológicas, etc. Por ello, el tema de la vida debe restringirse, en estos casos, al análisis de los derechos que se generan para la vida, ya sea con o sin personalidad jurídica.¹ Es decir, que la única posibilidad de justificar el aborto es sostener que existe una vida, de una mujer con personalidad jurídica y derechos ciertos, enfrentada a un proyecto de vida que no tiene personalidad jurídica y solo tiene derechos potenciales.

Acerca de la libertad y libre desarrollo de la personalidad, la Corte estableció que estos derechos son límites a la potestad de configuración del legislador no solamente en

1. Jaime Araujo Rentarías, Exposición sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional, sobre el aborto y su incidencia en la prestación de los servicios de salud, la responsabilidad penal y las obligaciones del médico tratante y de él frente a la mujer, 2 de octubre de 2006.

materia penal, sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Pues innumerables decisiones se ha sostenido 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. Por eso la Corte Constitucional restablece la libertad en dos direcciones, la primera es respetando la decisión de las mujeres que aún siendo violadas aceptan tener su hijo, y la segunda es permitiendo que las mujeres que deseen abortar puedan hacerlo.

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. A su vez, dijo la Corte que la prohibición de la realización de un aborto está ignorando el derecho a la vida de las mujeres, y la medida viola claramente un derecho fundamental y no es proporcional el trato con el fin perseguido, además de que la penalización del aborto implica una violación a la igualdad de las mujeres con menos poder y recursos.

Y frente al derecho a la privacidad, la Corte señaló que se debe reconocer el derecho a la privacidad de las mujeres, donde ellas deciden, entre otras cosas, si tienen o no hijos.

Ahora bien, 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. 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. Es así como el embarazo forzado por violación es un desconocimiento del principio de dignidad humana de la niña y la mujer.

Otros principios constitucionales que se tienen en cuenta en este fallo: Principios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que 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.

De igual manera, para la aplicación de dicha sentencia, se hace alusión al principio de confidencialidad, porque es fundamental que la objeción de conciencia que realicen los médicos no sea pública, para garantizar que el caso se mantenga bajo reserva. Se trata de evitar que las mujeres, ante el miedo del juicio público, opten por no ejercer su derecho a abortar.

También, alude al principio de favorabilidad, en cuanto a los efectos jurídicos. Dice que las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos aquí protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno, aunque no cierra la puerta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

ANÁLISIS DEL CASO

¿Interpretación Constitucional o legal o ambas?

Es menester comenzar por el significado de la palabra interpretar, y al respecto, encontramos que, etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*. Según el *Diccionario de la lengua española*, interpretar es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de textos poco claros.

Ahora bien, la interpretación constitucional es la asimilación de una hermenéutica jurídica desde la Constitución y en forma adecuada a ésta.² Para Kelsen, la interpretación, aunque trascendental, es solo un momento del proceso de creación del derecho, es decir, que toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico (Hans Kelsen, 1997).

Según Zagrebelsky, el proceso interpretativo es una actividad intermedia, o mediadora, entre el caso real y la norma que debe regularlo, entre la ratio del caso y la voluntad de la ley en procura de la solución adecuada.³

En Colombia, esta interpretación constitucional se encuentra en manos de la Corte Constitucional, como órgano guardián de la integridad de la Constitución. Su misión es confrontar las leyes con los preceptos constitucionales, y excluir aquellas normas que lo quebranten. De este modo, la Honorable Corte Constitucional, para este caso concreto, interpretó la Constitución Política de 1991 y las leyes que en virtud del Bloque de Constitucionalidad la conforman, aunque también realizó una interpretación de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano, y que eran necesarias para la solución de este caso.

En ejercicio de sus competencias, la Corte profirió una sentencia modulada o sentencia intermedia, la cual, de acuerdo con Rodrigo Escobar Gil, es una sentencia donde se adop-

2. Jorge Enrique Figueroa Montantes, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001, p. 15.

3. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, traducción Marna Gascon, Valladolid, Trotta, 1995, p. 133. Citado por: Jorge Enrique Figueroa Montantes, *Interpretación constitucional y decisión judicial*.

tan decisiones distintas de las usuales de exequibilidad simple o de pura inexecutable, y apunta más bien a ocupar un lugar intermedio entre esos dos extremos de decisión.⁴

En este caso se trató de una sentencia interpretativa y, a su vez, aditiva, ya que la Corte, de acuerdo con sus consideraciones, estableció mediante esta sentencia las excepciones a la regla general de la prohibición del aborto. Y es interpretativa porque la Corte misma estableció la manera en que debían ser entendidas las excepciones establecidas para el aborto, y tan es así, que dentro de sus consideraciones finales estableció la manera como debía interpretarse dicho fallo, y al respecto dijo que la decisión no implicaba 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.

Por otro lado, y en virtud del control abstracto del que ya han hablado autores como Lautaro Ríos, Prieto Sanchís, entre otros, debo decir que la Corte, tal como lo establece Hernán Pérez Loose, hizo un doble proceso interpretativo, en el que se encontraba con la parte jurídica y la política, o como lo diría Manuel Aragón, se realizó un control jurídico basado en razones jurídicas, y un control político basado en razones políticas. Y, contrario a lo que diría Sandra Morelli, yo alabo la actitud de la Honorable Corte Constitucional, porque en esta Sentencia se asumió como un órgano jurídico y político activo,⁵ pues en su profundo análisis jurídico-político tomó una decisión basada en la Constitución Política de 1991, en todas las normas que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y a su vez, tuvo en cuenta las más de mil intervenciones de organizaciones de mujeres, de ciudadanos, de miembros del gobierno, etc., y la realidad social que tienen que afrontar las mujeres en las clínicas clandestinas de abortos.

Cabe recalcar que, frente al Bloque de Constitucionalidad, la Corte ha sido enérgica al reiterar, por medio de sus fallos, la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales, entendiendo que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico. Según la doctrina, el bloque de constitucionalidad es un intento por sistematizar jurídicamente las normas materialmente constitucionales, es decir, con fuerza constitucional, pero que formalmente no

4. Rodrigo Escobar Gil, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en *Corte Constitucional: un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, p. 236.

5. Sandra Morelli, *La posibilidad de control constitucional de los actos económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.

están allí consagradas. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto es por mandato de la propia Constitución que normas, que no hacen parte de su articulado, comparten empero su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado.⁶

En tal virtud, Rodrigo Uprimny ha dicho que la noción de bloque de constitucionalidad contribuye a la ampliación del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales, que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial, no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos.⁷ Y fue así como en esta sentencia la Corte tuvo en cuenta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la “Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW”, la “Convención de Bélem do Para”, etc.

Otro tema importante dentro de este caso concreto, y que ya ha sido documentado por varios autores como Luis Prieto Sanchís, es el juicio de ponderación, el cual es un razonamiento que se utiliza para resolver conflictos entre principios o, de acuerdo con Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra:

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.⁸

Al respecto, dijo la Corte: “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”.⁹ De este modo, es jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional que los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales no son ilimitados ni tienen un carácter absoluto. Y en esa

6. Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Citado por Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en www.wcl.american.edu/humrightwww.wcl

7. Rodrigo Uprimny, *ibid.*

8. Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-355/06.

9. Sentencia C-355/06.

medida, estableció que tanto el derecho a la vida, como la protección a la vida del nasciturus deben ser ponderados con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, y como resultado de la ponderación podía resultar que en ciertos casos la protección del bien jurídico de la vida en cabeza del nasciturus podría suponer cargas desproporcionadas para el derecho a la vida, a la igualdad y a la salud de la mujer gestante. Y fue así como en esta Sentencia la Corte Constitucional estableció criterios como el de la ponderación entre el derecho a la vida (vida en gestación) y los derechos de la mujer como el de la dignidad, salud, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, obteniendo como resultados que la prohibición total del aborto resultaba inconstitucional por varios motivos, entre ellos, el sacrificio de derechos y principios constitucionales que tienen las mujeres.

Otro punto, que marco la trascendencia jurídica de esta sentencia, fue el tema de la objeción de conciencia de los médicos, pues la Corte cambió su jurisprudencia, porque anteriormente se decía que no había objeción de conciencia en Colombia, y al respecto dijo la Corte:

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 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 en torno 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 sí 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.¹⁰

No obstante, lo que anteriormente constituía un precedente, fue modificado por la misma Corte. Empero, la Corte explicó sobre los cambios de precedente, argumentando que la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas e, incluso, también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas, es decir, que el juez constitucional debe evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas, aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad.

10. *Ibid.*

Ahora bien, este mismo argumento del cambio de precedente fue el que utilizó dicha Corporación frente a la excepción de Cosa Juzgada, propuesta por algunas personas. La Corte, al analizarla, estableció que tal fenómeno no se produjo, en ninguna de sus modalidades, ni respecto a ninguna de las disposiciones acusadas, y por ende, realizó el control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas.

Y finalmente, en virtud del principio de conservación del derecho, profirió una sentencia de exequibilidad o constitucionalidad condicionada mediante la cual se consideró que no se incurría en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. Y así impidió que la debida protección a la vida en gestación representara una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

REFLEXIÓN CRÍTICA DEL CASO

La Sentencia C-355-06 es relativamente larga, pues tiene una extensión aproximada de 224 páginas. Todo esto se debe a las tantas intervenciones que se dieron en este caso pues, por tratarse de una acción pública, participaron varias personas naturales, organizaciones nacionales e internacionales, en una cifra cercana a los dos mil intervinientes.

Además, es de advertir que el tema del aborto es bastante complejo, es un tema en el que se entrelazan varias posiciones jurídicas, religiosas, culturales, filosóficas, políticas y hasta médicas. Tanto es, que el nivel de polarización que generó esta sentencia se vio dilucidado aun en la propia Corte Constitucional, pues personajes de larga trascendencia en los debates jurídicos, y con una actitud conservadora, optaron por salvar sus votos y dejar sentadas sus posiciones. Tal es el ejemplo de los Drs. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, quienes compartieron la declaración de exequibilidad del numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pero salvaron el voto respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 122 de la misma ley, así como de las declaraciones de inexecuibilidad 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.

Dentro de las razones jurídicas que tuvieron los Magistrados está el argumento de 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. Y que, además, la vida humana es un derecho fundamental que solo existe y se manifiesta en cabeza de un ser vivo, sujeto al que llamamos ser humano o persona, y debe por ende, forzosamente, el Estado, a través de las autoridades de la República, proteger la vida del nasciturus, como individuo de la especie humana y que por lo tanto posee plena titularidad de derechos.

No obstante, la decisión de la Corte Constitucional generó en la opinión pública un gran impacto y en algunas personas, hasta descontento, por aquello que Sandra Morelli

llama la suplantación de los órganos democráticos, como lo es el Congreso de la República. Aunque, frente a esto, los Magistrados de la Corte se defendieron diciendo que esta corporación en ningún momento intentó, en esta sentencia, legislar, pues la Corte es consciente que ésta es función del Congreso y de las entidades encargadas de la salud pública en Colombia. De esta manera, dejó en claro, es el poder legislativo 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.

Por otro lado, y pasando a hacer una reflexión crítica de la decisión tomada por la Corte en el caso en concreto, considero que fue un gran avance en los derechos de las mujeres. Fue una batalla jurídica ganada en memoria de todas las mujeres que murieron en Colombia por las malas prácticas de los abortos ilegales o abortos inseguros, realizados en clínicas clandestinas. Muestra de ello son los pronunciamientos de organizaciones mundiales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), que estimó 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.

Desafortunadamente, en Colombia 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 mujeres que gozan de una mejor situación económica pueden someterse a asistencia médica, psicológica y jurídica, y hasta apoyo familiar en mejores condiciones. En tal virtud, considero que 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, debe hacer valer los derechos en cabeza de las mujeres, sin importar su condición económica.

No obstante, no se puede olvidar que en muchos fallos la Corte también ha dicho que 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.

Ahora bien, con respecto al nasciturus, 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.

Y es, precisamente, a partir de todo lo anteriormente mencionado, que estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria, y discrepo de los salvamentos de voto establecidos en esta sentencia. Considero pertinente el fallo en cuanto a la no despenalización total del aborto, sino de manera parcial. Pues nótese que, al igual que la mujer, el nasciturus necesita de la protección del Estado Colombiano, pero también es cierto que esto no puede de ninguna manera impedir que existan causales de excepción, que les permitan a las mujeres decidir el rumbo de sus vidas.

Finalmente, reitero que se trata de un tema bastante complejo, y a la vez extenso, pues son muchas las posiciones jurídicas, políticas, religiosas, médicas, etc., que toca analizar en cualquier intento de abordar este tema.

Realzo la labor de la Corte Constitucional Colombiana, porque esta sentencia es una muestra más de sus grandes intentos por ir a la vanguardia de las realidades de la sociedad colombiana. A su vez, reitero el gran aporte que puede dar al Ecuador este fallo, en virtud de las luchas de organizaciones de mujeres, que aun hoy buscan ser escuchadas en la Asamblea Constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo Rentarías, Jaime. Exposición sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional, sobre el aborto y su incidencia en la prestación de los servicios de salud, la responsabilidad penal y las obligaciones del médico tratante y de él frente a la mujer, 2 de octubre de 2006.

Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa-Calpe S.A., 2005.

Escobar Gil, Rodrigo, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en *Corte Constitucional: un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

Figuroa Montantes, Jorge Enrique, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001.

Morelli, Sandra, *La posibilidad de control constitucional de los actos económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.

Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-355/06.

Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en www.wcl.american.edu/humright

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009