

El derecho al aborto

Carlos Mario Molina Betancur
Sergio Orlando Silva Arroyave

Recibido: agosto 5 de 2005 - Aprobador septiembre 9 de 2005.

RESUMEN

La idea de entablar una discusión acerca de si el aborto es un derecho necesario en nuestra sociedad actual, para que ninguna mujer tenga que enfrentar dicho dilema, no está desconociendo de ninguna manera los derechos de protección que tiene el nasciturus. Por el contrario, es una reflexión encaminada a conciliar los derechos del que está por nacer con los de la que ya está constituida. Tanto se le debe dar oportunidad a los engendrados para que se desarrollen sin ningún tipo de obstáculos, tanto debemos darles la posibilidad a las mujeres para que decidan sobre sus vidas. Cuando existan en Colombia alternativas de tipo social para la crianza y el mantenimiento de los hijos, entonces la decisión podrá ser también compartida con el Estado y, en caso contrario, como es la mujer la que cargará con el peso de la responsabilidad, que ellas tengan entonces el derecho de decidir sobre su propio cuerpo, si optan o no por el aborto. No es específicamente el aborto, sino el derecho a decidir, el que les da a las mujeres la Constitución para que desarrollen libremente su personalidad.

PALABRAS CLAVE

Aborto, Libre desarrollo de la personalidad, derecho a disponer de su propio cuerpo, nasciturus, derecho a la libertad, derecho a la igualdad, feto, embarazo no deseado.

ABSTRACT

The idea of initiating a discussion about the fact that if abortion is a necessary right in our current society, so that any woman has to face such a dilemma, is not against "nasciturus" protection rights. On the contrary, it is a reflection which leads to conciliating prospective mother and prospective baby. Both should have the same opportunity, the former to decide about her We, and the latter to be developed without any kind of obstacle. Once there are social alternatives in Colombia for taking care of children, the

* Abogado, magíster en Derecho Público Europeo, Doctor en Derecho Público Interno, miembro de LACAST (Asociación de Investigadores Colombianos en Francia). Docente e Investigador de tiempo completo de la Universidad de Medellín. Dirección electrónica: cmolina@udem.edu.co

** Estudiante de tercer año de Derecho, auxiliar del proyecto institucional de investigación "Derecho al Aborto" y miembro del semillero de investigación Agora. Dirección electrónica: sosilva694@yahoo.es

decision could be also shared with the government. If there were not such possibilities, as the woman is the one who will have the responsibility for her children, they should be the ones to decide about aborting or not. It is not abortion specifically, but the right to decide which is granted to women by Constitution, so they could freely develop their personalities.

KEY WORDS

Abortion, free development of personality, right with their own bodies, nasciturus, right to freedom, right to equality, fetus, non-planned pregnancy.

El derecho al aborto en Colombia¹

Introducción

A pesar de que en Colombia el aborto está prohibido², se ha demostrado, según estadísticas de la misma fuente, que en gran porcentaje, muchas de estas mujeres acuden a la práctica del aborto. De cada 100 mujeres colombianas 34 entre los 19 y 25 años se han practicado al menos un aborto en su vida y en su mayoría por problemas económicos, desconocimiento y difícil acceso a los métodos anticonceptivos; 20% son adolescentes entre 14 y 15 años de edad que ya han estado encintas, y a los 20 tienen tres o cuatro hijos, pero sin dinero para sostenerlos.³

Esto genera una terrible desigualdad en nuestro país, por cuanto no todas las mujeres son iguales frente al aborto. Si bien es cierto que el fenómeno del aborto no es exclusivo de una determinada clase social o nivel socioeconómico, no es menos cierto que dicha práctica afecte de manera mucho más importante a las mujeres de clases sociales altas: estas recurren a hospitales y centros de salud especializados en tratamientos abortivos “dignos”, o viajan a países desarrollados en donde el aborto es permitido. Por el contrario, las mujeres de escasos recursos recurren a centros clandestinos y a personas no especializadas en salud para practicarse un aborto; en ciertas ocasiones recurren a métodos caseros exponiéndose a todo tipo de complicaciones e infecciones. Esto se ha convertido en un problema de salud pública que señala el aborto como la tercera causa de mortalidad materna en Colombia. De estas, las más afectadas son las adolescentes quienes con frecuencia no cuentan ni con el apoyo de la familia ni con aquel de su compañero ni con los recursos necesarios para salirse de una situación verdaderamente “embarazosa”.

Se plantea entonces recientemente una discusión sobre el aborto en Colombia desde diversos frentes: religioso, científico, jurídico y de opinión. Cada uno de estos se apropia del tema y, por lo general, catalogan el aborto como una situación social preocupante, en ciertas ocasiones como contrario a la moral o la Constitución; unos lo consideran como innecesario o injustificado en vista de los desarrollos científicos en anticoncepción⁴, otros como atentado contra el derecho fundamental a la vida, en vista a la evolución legislativa mundial. Pero lo cierto es que frente a este tema existe mucha desinformación, poca investigación y en la mayoría de los casos mucho temor frente a la crítica.⁵ En ciertos casos, la información resulta parcializada, dependiendo si

viene de opositores conservadores y católicos⁶ o de grupos pro-abortistas⁷.

La penalización del aborto en Colombia aparece entonces como una forma de violencia y de injusticia estatal, puesto que en un número elevado de casos causa a las mujeres muerte, sufrimiento físico y daño psicológico, lesionando los derechos fundamentales de las mujeres, constituyéndose en una violencia de género. Además, dicha legislación se encuentra en contradicción con la jurisprudencia constitucional internacional más relevante y compromete gravemente la responsabilidad del Estado colombiano frente a sus compromisos internacionales.

En efecto, en materia de legislación internacional, durante los años 90, el aborto inseguro fue objeto de grandes debates en Naciones Unidas. A pesar de las tensiones y de las presiones conservadoras, el resultado final fue positivo, con un creciente reconocimiento de la despenalización del aborto como una cuestión legítima de derechos humanos; en 1994, por ejemplo, la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en El Cairo, por primera vez en un documento intergubernamental (párrafo 825) sobre aborto inseguro, se lo reconoce como un problema de salud pública haciendo cuatro afirmaciones sobre este tema:

- No debe promoverse el aborto como un método de planificación familiar.
- Debería reducirse la incidencia del aborto mediante el acceso a la planificación familiar.
- Donde es legal, el aborto debería ser seguro.
- Donde es ilegal, deberían tratarse las consecuencias de los abortos ilegales/inseguros.

En 1995, el documento firmado en la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, reafirmó el contenido del artículo 825 de El Cairo, agregando la recomendación de que los países revisasen las leyes que penalizan a las mujeres cuando se someten a abortos ilegales. Más tarde, en 1999 en la revisión de El Cairo, el texto aprobado recomienda el entrenamiento de profesionales para atender a las mujeres en los casos en que el aborto sea legal, pese a que aún no se pudo incluir en el documento final la recomendación sobre la revisión de las leyes punitivas. Pero en el 2000, el documento final de Beijing incorpora integralmente el texto del párrafo de la Plataforma de Acción de Beijing, mencionando la necesidad de revisar las leyes que penalizan la práctica del aborto inseguro, y recomienda, también, que los gobiernos implementen la indicación acordada en El Cairo, acerca de que los profesionales sean entrenados, y los servicios, equipados debidamente. Finalmente, en noviembre del 2000 el Comité Internacional de Derechos Humanos, en oportunidad del análisis de los informes presentados por Argentina y Perú, recomienda a estos Estados que se dicten leyes que permitan el aborto en casos de violación⁸.

Es por ello que la nueva decisión que se espera de la Corte Constitucional no es una decisión muy cómoda para los distinguidos magistrados. En efecto, la discusión está actualmente polarizada en Colombia por dos grupos de opinión. De un lado, y en defensa del mal interpretado principio fundamental de la vida, existen diferentes grupos conservadores, mayoritariamente católicos recalcitrantes, que se oponen completamente a la despenalización del aborto y para ello utilizan un lobby político y de opinión enorme que dificulta la evolución del sistema. Dicho lobby sustenta,

sin ningún fundamento científico y en contra de toda evolución mundial, que el sinnúmero de dificultades económicas y psicológicas a las cuales se puede ver enfrentada una mujer en la crianza de hijos, en un ambiente lleno de carencias, no puede justificar la decisión de una mujer de finalizar la vida del que está por nacer; porque aceptar dichas condiciones o causales como justificación para el aborto impondría la autorización de finalizar la vida de otros seres humanos y, por consiguiente, cualquier tipo de homicidio. Algunos han llegado al punto de exigirle a las mujeres sacrificios morales para la defensa de un ser que no se desea, incluso si dicho ser ha sido el resultado de un acceso carnal violento.

De otro lado, y no respetando siempre los derechos del que está por nacer, se encuentra la posición liberal, que aunque dominante hoy en el mundo, presenta en ocasiones argumentos feministas muy válidos y difíciles de refutar, pero en otras ocasiones llegan a posiciones de extrema que no contribuyen en nada al debate académico serio. Esta posición se basa sobre todo en el respeto de la vida de la mujer y en la defensa que esta tiene para disponer libremente de su vida y de su propio cuerpo⁹. Este grupo, llamado proabortista, maneja datos científicos y estadísticos mucho más sólidos que los utilizados por la corriente conservadora, lo que ha permitido la despenalización en gran parte del mundo.

En este esfuerzo de consenso se encuentra nuestra Corte Constitucional y por ello la reflexión que pretendemos exponer se basa fundamentalmente en la claridad que se le debe dar a los conceptos como el de aborto y de vida humana que manejan las partes enfrentadas. Para ello se debe mirar cómo la prestigiosa institución, con sendas decisiones muy encontradas, ha aportado elementos importantes para la discusión del aborto y se apresta hoy en día a una nueva decisión que cambiará seguramente los rumbos del debate. Lo que acá se mostrará fundamentalmente será la tesis que conduce a la favorabilidad que tiene hoy la despenalización del aborto en Colombia y, para sustentar dicha tesis adecuadamente, se tratará de evidenciar cuáles son los diferentes aportes y algunas contradicciones que se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; sobre todo al momento de tratar de darle una definición a la vida humana en su estado fetal.

I. La definición de aborto en Colombia

La definición jurídica de aborto en Colombia desconoce en cierta forma los avances en materia de definición científica que se han hecho recientemente sobre el tema.

a. Los avances científicos del concepto

Etimológicamente, *“la palabra aborto procede del latín abortus o aborsus, derivados de ab-orior opuesto a orior, nacer”*. Es la interrupción del embarazo antes de que el feto pueda desarrollar vida independiente. Acción de abortar, es decir, parir antes del tiempo en que el feto pueda vivir. Se habla de parto prematuro si la salida del feto desde el útero tiene lugar cuando éste ya es viable (capaz de una vida independiente), por lo general al cabo del sexto mes de embarazo¹⁰.

También podemos encontrar el origen del término en la forma verbal *Aborire* que quiere decir, morir en el útero de la madre antes de tiempo¹¹. Por lo tanto, podemos deducir que desde el punto puramente lingüístico, el término aborto está relacionado con la interrupción del proceso natural de desarrollo de un organismo antes del término natural para el nacimiento. Justamente con el fin de entender de manera más adecuada el origen del concepto de aborto es importante ver los siguientes términos relacionados con el proceso de reproducción humana y, más específicamente, con el de la gestación que es justamente el proceso interrumpido con el aborto.

En primer lugar, el término Gestación ha sido considerado de tiempo comprendido entre la fertilización del óvulo y el nacimiento¹². Aunque desde el punto de vista puramente médico algunos autores pueden ser muchísimo más rigurosos sobre los aspectos biológicos, al definirlo como un estado de la mujer producido por la interferencia en su propio metabolismo de metabolitos de otro ser alojado en su cavidad uterina desde las primeras fases de la anidación. Se caracteriza por una serie de modificaciones que afectan todos los órganos y sistemas de la mujer, pero especialmente el aparato genital, que es el escenario en que esta gestación se desarrolla¹³. Al referirnos al proceso de gestación, es importante tener en cuenta las etapas de que se compone, expuestas a continuación.

Por su lado el término de concepción, es tomado como el inicio del embarazo; se considera como tal el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo y forma un cigoto viable (acto o proceso de fertilización)¹⁴. Aunque el siguiente término está directamente relacionado con la concepción, debido a los recientes avances científicos es importante entender la rigurosidad del inicio de la gestación.

En cuanto al término de fecundación, es considerado como el acto o proceso de fertilización, es decir, fusión de ambos gametos: masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo) dando lugar a un cigoto o embrión¹⁵. Ya sea por concepción natural o fecundación a través de medios artificiales, la siguiente etapa es esencial para hablar de embarazo y, por lo tanto, de aborto.

El de implantación se considera como el proceso por el que el embrión anida en el endometrio uterino de la madre, en cuyo espesor tendrá lugar todo el desarrollo posterior del embrión y del feto. El embrión inicia la implantación hacia el séptimo día desde la fecundación, y la completa siete u ocho días después¹⁶. Justamente en razón de entender el embarazo es importante diferenciar los siguientes tipos de éste que se presentan.

Es así como se conoce el término embarazo. El embarazo o gestación es el estado fisiológico de la mujer que lleva en el útero el resultado de la concepción durante doscientos ochenta días aproximadamente. El embarazo comienza con la fecundación del óvulo y la implantación del embrión; normalmente se prolonga hasta el parto.

El embarazo puede ser normal (fisiológico) o también complicado (patológico), según su evolución sea normal o no; simple o múltiple (de gemelos o bigémino, trigémino, cuadrigémino, etc.), según el número de los óvulos fecundados que se llevan en el seno y que se van desarrollando en otros tantos embriones y fetos; uterino o extrauterino, en función del lugar de su implantación (útero,

trompa, ovario, cavidad peritoneal del abdomen). La posibilidad de implantar óvulos fecundados provenientes de otras mujeres o de la misma gestante hace posible establecer otras nuevas distinciones. Podemos llamar propio al embarazo que se inicia con el desarrollo de un óvulo fecundado de la gestante; de terceros, si el óvulo fecundado no pertenece a la gestante. Puede darse también el embarazo nervioso o “imaginario”, provocado por un deseo exagerado o por un miedo obsesivo a la maternidad¹⁷.

En vista de que el aborto es la expulsión del fruto de la concepción o fecundación y, por consiguiente, la interrupción del embarazo, es de gran ayuda entender que dependiendo de su etapa de desarrollo este producto de la concepción recibe los siguientes nombres: embrión: desde el punto de vista pura y simplemente biológico el embrión no es más que una etapa del embarazo (aproximadamente hasta el día 14) que se inicia cuando el óvulo después de la fecundación empieza a dividirse en múltiples células por escisiparidad, dando origen a una masa celular compacta que en cada etapa llevará distintos nombres¹⁸. Aunque desde el punto de vista biológico la nueva vida humana comienza con la fecundación, la discusión se refiere a cuándo esa nueva vida tiene estatuto ontológico merecedor de protección, en última instancia, cuándo es equiparable a una persona y, por lo tanto, inviolable. La idea de que el ser humano comienza en el “instante” de la fecundación, en el cigoto, ha de enfrentar varios hechos: empezando por el que no hay tal instante. La fecundación dura horas-días y la dificultad para definir la individualidad de este organismo ya que en esta etapa se puede dividir creando gemelos idénticos o incluso revertir el proceso generando un individuo que resultará ser una quimera¹⁹. Claro está que la posición de la iglesia católica sobre el concepto, según la tercera Asamblea Plenaria de la Pontificia Academia para la Vida, celebrada del 14 al 16 de febrero de 1997, Ciudad del Vaticano, es que las contribuciones más recientes de las ciencias biomédicas ofrecen adicionales y valiosas evidencias empíricas que demuestran la individualidad del embrión, así como la continuidad de su desarrollo²⁰.

La otra etapa de la que nos referimos es la del feto, en vista que en su definición más básica resulta ser simplemente *“el producto de la concepción de los animales vivíparos, desde que ha adquirido la conformación característica de la especie a que pertenece hasta su nacimiento”*²¹, y que como lo expone el concepto anterior esta condición podría darse desde el momento de la fecundación porque el producto de la misma ya posee los genes humanos, característica de nuestra especie, o desde un momento indefinido porque realmente no podemos decir cuáles son las características, quizá morfológicas, que definen nuestra especie.

Ahora sí podemos hablar de aborto. En términos médicos el aborto se define como *“la interrupción del embarazo antes de la viabilidad del feto”*. Es decir, *“la muerte del producto de la concepción antes de las 22 semanas de vida dentro del vientre materno”*. Efectivamente, un feto es difícilmente viable, fuera del vientre antes de los 180 días de gestación²², como lo demuestran los arduos procedimientos médicos, asépticos y de control que se deben llevar a cabo para mantener con vida a un niño que ha nacido prematuramente. El aborto puede ser inducido o provocado (o sea causado intencional y artificialmente, cualquiera sea el método empleado) y espontáneo (el que sucede de una manera natural y por algún accidente no querido). En el lenguaje jurídico (en los países donde existen leyes prohibitivas del aborto) se suele distinguir entre aborto criminal y aborto

terapéutico. El aborto provocado puede ser *terapéutico*, si lo provoca el médico para evitar la posible muerte de la madre, y criminal si se realiza para hacer desaparecer el producto de la concepción²³.

Esta distinción se debe a que el aborto por indicación terapéutica está permitido por la ley civil o al menos tolerado o no penado. Se debe diferenciar el aborto desde el punto de vista civil y desde el punto de vista penal. En el primero se entiende por aborto aquel parto ocurrido antes del límite señalado para la viabilidad del feto; en el segundo, es un género de delito consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto o la arriesgada anticipación del mismo, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto²⁴.

Dentro de los abortos criminales o delictivos se establece una subdivisión:

- Violento: contra la voluntad de la embarazada.
- No consentido: cuando la mujer ni se opone ni lo permite, por ignorar o desconocer las maniobras que en su organismo se provocan.
- Consentido: cuando la que renuncia a la maternidad normal acepta la actividad abortiva e incluso contribuye, en la medida de sus posibilidades fisiológicas, a facilitar la expulsión del feto²⁵.

Precisando una definición más técnica en el campo médico, aborto, según la obstetricia, “es *la interrupción de un embarazo cuando el producto de la concepción no es viable*”. Esto significa la terminación de la gestación dentro de los seis (6) primeros meses del embarazo, por cuanto si ocurre después de los seis meses, pero antes del término normal, se está más bien en presencia de un parto acelerado o prematuro. En el primero de los casos, necesariamente la criatura muere; en el segundo, el ser humano puede sobrevivir.²⁶ Autores liberales incluyen en la definición la muerte del embrión o del feto, - es el caso de J. Feinberg, quien define el aborto como “*el acto de provocar la muerte del feto, sea maltratándolo directamente, sea, de manera más común, produciendo su expulsión del vientre materno antes de que sea viable*”.²⁷ En términos similares, se expresan J. Glover, quien lo define como “*la destrucción de la vida después de la concepción y antes del nacimiento*”, y M. Valdés, que identifica el aborto “*con el suceso consistente en la interrupción de un embarazo humano no llegado a término, con la consiguiente muerte del embrión o feto*”.²⁸

Según la doctrina en el ámbito jurídico, Carrara define el aborto como un feticidio, así como Cuello Calón lo define como la “*destrucción o aniquilamiento del producto de la concepción*”. Para Garud es la “*expulsión prematura, voluntariamente provocada, del producto de la concepción*” y Juan Pablo Ramos describe el aborto como la “*interrupción violenta del proceso normal de la vida. En el infanticidio, se destruye una vida que ha alcanzado su desarrollo normal. Es decir que el aborto, en cualquiera de las formas que se realice, contrapone un proceso patológico a uno fisiológico. Puede realizarse, como es el caso más frecuente, mediante la expulsión del feto, o bien matando al feto en el seno materno*”.²⁹

Por último, la Organización Mundial de la Salud definió (1973) como aborto “*la terminación del embarazo antes de que el feto haya alcanzado la viabilidad no sólo determinada en función del*

tiempo de gestación, sino del peso y ocasionalmente de la longitud del feto".³⁰ Es de considerar la viabilidad que existe hoy en día para los fetos debido al gran avance en conocimientos, técnicas y recursos de tipo terapéutico que se utilizan en el mundo. Así también, el grupo de la Organización Mundial de la Salud (1969) definió como aborto inducido "*aquél que se inicia debido a una acción deliberada que se toma con la intención de terminar el embarazo*".³¹

Según estudios más recientes de la OMS, el aborto es la interrupción del proceso de gestación humana hasta la semana 20, por cuanto antes de este período, hoy en día es imposible la viabilidad de un feto. En este período se recorren varias etapas: Mórula, Blastocisto, Embrión de la 1 semana a la 8, después de la 8 a la 12 Feto, hasta la semana 16 se completan los órganos y se diferencia el sexo. A la semana 20 debe pesar mínimo 20 gramos con 0% de posibilidades de vivir, a la semana 22 tiene 20% de probabilidades de nacer con vida pero con graves secuelas, a la semana 26 tiene 70% de sobrevivir en países desarrollados pero igual con grandes posibilidades de taras, hasta la semana 28 debe pesar 1.000 gramos para que sea viable, con un 90% de probabilidades de nacimiento normal. Hasta este momento existen riesgos de problemas neológicos, visuales y de movimiento.³² Si el feto pesa más de 500 gramos (20 semanas) se debe expedir un certificado de defunción; antes no es considerado persona viable.

En cualesquiera de los casos se ha podido establecer que a partir de los cuatro días de haberse llevado a cabo la fecundación en donde se forma el Blastocisto y hasta la semana 12 en donde se empieza a vislumbrar el feto o pequeño esbozo de vida humana, lo que realmente existe es un conjunto de células que no se puede denominar aún ser humano. Esto por cuanto hasta antes de este tiempo el Cigoto no se ha inscrustado sólidamente en el útero, prueba de ello es la cantidad de abortos involuntarios y voluntarios que ocurren en esta época. Además, la mayor parte de las legislaciones mundiales admiten legalmente el aborto asistido en este período por cuanto se ha comprobado que en este lapso de tiempo la expulsión de dicho proceso no ocasiona graves problemas de salud para la madre. También científicamente se ha establecido que el feto no tiene actividad cerebral, sobre todo en este periodo en donde el sistema nervioso aún no ha sido formado. Por último, los adelantos de la ciencia han permitido establecer taras y deformaciones desde temprana edad de la gestación, así un aborto provocado podría evitar nacimientos de seres humanos no viables o con graves impedimentos físicos y mentales, sin graves consecuencias procreativas para la gestante.

b. La confusión jurídica acerca del concepto

Un concepto de relevancia en la definición del aborto es la definición jurídica que se ha manejado de la concepción y fecundación, en donde justamente radica el conflicto entre si éste es un sujeto de derecho o simple sujeto de protección del Estado. De allí, lo esencial es entender la figura del nasciturus.

En Colombia no hay claridad al respecto. La legislación represiva de nuestro país considera en su artículo 122 el aborto como delito, sin definirlo ni establecer parámetros de definición. Ante el vacío que deja el Código penal sobre el tema, la Honorable Corte Constitucional, según la sentencia

C - 133 de 1994, se pronuncia sin ser tampoco muy clara al respecto, sobre todo, en cuanto a la definición de aborto y en cuanto a que el nasciturus sea jurídicamente considerado como persona. Esto debido tal vez a que se encuentra con el obstáculo jurídico del Código civil que reconoce las personas sólo si ya han nacido.

La Corte es clara, por el contrario, cuando afirma que el nasciturus sí es titular del derecho a la vida³³. Considera la Corte, como lo desarrollaremos más adelante, haciendo uso a nuestro parecer de una vaga y equívoca interpretación, que *“la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento”*.

Sin embargo, como ya lo expresábamos *Supra*, del origen de la expresión, se podría definir el aborto como: el parto anticipado de un ser humano en gestación, o la privación de un nacimiento viable o la interrupción de la gestación de una persona. Es de allí de donde se puede derivar la penalización de la conducta. Si el aborto, en lo que deducimos de la Corte, es la interrupción del proceso natural del desarrollo humano y, por consiguiente, eliminación de la vida, indiferentemente de si se considera o no como persona, es esta interrupción del proceso de la vida lo que fundamentaría una legislación represiva y/o una jurisprudencia permisiva de esa prohibición. Después se vendría a valorar si el aborto es específicamente aquel cometido de manera intencional cuando se provoca la interrupción del embarazo, expulsando el embrión y dando muerte al que está en gestación, o, por el contrario, es de manera mucho más general cualesquier expulsión del ser humano en gestación.

De esta definición, pueden surgir por ejemplo otros interrogantes posteriores:

¿A partir de qué momento se considera que existe vida humana?

¿Se puede considerar al feto como un ser humano?

¿Si es el feto considerado ser humano, tiene el feto la categoría de sujeto de derechos?

¿Si es el feto sujeto de derecho, pueden reconocérsele derechos y obligaciones al que puede no ser aún viable?

Por ello es importante partir de una definición clara y precisa, ojalá científica, para poder estar seguros de que el desenvolvimiento posterior del razonamiento queda completamente sólido en la construcción jurisprudencial. En este momento, se debe echar mano de toda la doctrina nacional e internacional que exista sobre el tema, de la jurisprudencia extranjera y de los Tratados que en la materia existan sobre la pregunta base.

Por ello constatamos que en las primeras decisiones sobre la definición del aborto, la Corte Constitucional:

- No define de forma global el concepto de aborto.

- No entra a definir el concepto jurídico de vida humana.
- No entra a estudiar el derecho fundamental a la vida de forma general, sino que sólo estudia el momento desde cuando este se configura dentro del catálogo de derechos de toda persona.
- No determina el concepto de sujeto de derecho.

Ante la confusión, necesario será establecer en un primer tiempo las definiciones adoptadas en nuestro medio, advirtiendo que la principal imposibilidad para una definición exacta del concepto de aborto es que quizá la mayor herramienta de imparcialidad, la científica, tampoco ha llegado a tal estado de avance que sea posible dar conceptos absolutos sobre el punto principal de la discusión: la existencia o no de vida propia y la definición del ser humano en la etapa de gestación.

De la forma en que la Corte Constitucional dé solución al tema del aborto, se deducen enormes consecuencias respecto al tema de la noción jurídica de vida humana en Colombia. Esto porque, según si se considera que el concebido, pero no nacido (llamado también *nasciturus*), es poseedor de dicho derecho fundamental, se podría colegir, que el aborto es una posibilidad en ciertos casos jurídicamente permitidos; o por el contrario, que es un atentado, legalmente prohibido contra un sujeto de derecho. La Corte tiene entonces, en la interpretación, una herramienta importante para hacer evolucionar el derecho de acuerdo con las necesidades sociales.

Por ello, al momento de construir un razonamiento, una jurisdicción debe tratar de ser coherente en su razonamiento para poder desarrollar una línea jurisprudencial y no terminar por contradecirse ella misma. Aunque ella debe en principio responder a las pretensiones de los demandantes, una alta Corte debe fundamentar su reflexión con base en un punto determinado que englobe todas las preguntas al respecto.

Se debe entonces partir de una pregunta correctamente determinada. Esto se logra reduciendo el tema a su formulación más elemental, sin contaminantes o añadiduras producidas por variantes del mismo. Para el caso de aborto, desde los inicios de su jurisprudencia, la Corte Constitucional debió considerar la definición jurídica de aborto, por cuanto es de allí de donde parte toda una problemática referente a su prohibición o legalización.

Es por estas razones que dentro de lo que se podría definir como una construcción de línea jurisprudencial sobre el tema del aborto, quedan ciertos vacíos que no permiten ligar un razonamiento con otro o una jurisprudencia con la siguiente de forma coherente. La Corte Constitucional, al tratar de darle solución a la pregunta central, genera con sus decisiones consecuencias jurídicas y sociales sin necesidad de sumarse a otras conclusiones relacionadas sobre el tema. Esto porque como ya se sostuvo, de la forma como se dé solución a dicha pregunta solamente, se podrá concluir que el aborto es una decisión a la que pueden llegar las mujeres en situaciones particulares, sin infringir el ordenamiento jurídico; o, por otro lado, que el aborto se equipare al homicidio porque acaba con la vida de un ser en formación.

De la pregunta base parte entonces todo el razonamiento que se pueda hacer acerca del aborto. De ella depende también todo del debate de los grupos pro abortistas, vrs. Los grupos pro vida, los cuales consideran respectivamente con o sin argumentos jurídicos válidos, por un lado, que

el aborto es perfectamente válido porque con él no se desconoce ningún derecho fundamental a una persona, por cuanto no se encuentran frente a una persona determinada y, por el contrario, se defienden los derechos fundamentales de la mujer que ya es considerada como tal. Por otro lado, se puede defender la tesis de que el aborto es un homicidio porque destruye una vida, aunque en potencia esté ésta.

Además, para la adecuada construcción de una línea jurisprudencial, es menester tener en cuenta el precedente jurisprudencial. Hasta tanto los mismos magistrados de las Altas Cortes no respeten su misma jurisprudencia no podrán esperar respeto, solidez y coherencia en sus opiniones. Esto es lo que ha generado el prestigio de las cortes europeas y americanas y será sin ligar a duda el de las cortes latinoamericanas cuando aprendan que las decisiones no son de los magistrados que las sustentan sino de las instituciones que las respaldan.

Indiferentemente de si existe o no vida, de si es humano o no el ser en gestación, es absolutamente necesario que la parte legal como la científica lleguen a un acuerdo y se apoyen mutuamente para adelantar cualquier tipo de investigación y definición de los conceptos, porque aunque vivamos en un país específico estamos insertos en el mundo y en toda la sociedad humana. Finalmente, debemos recordar que para todos como seres humanos, sin importar el origen, la raza o la condición social, los conceptos puramente biológicos deben ser los mismos.

Aunque se tratara de hacer una definición puramente etimológica del concepto aborto, se terminaría cayendo en el riesgo de dejar de lado el matiz más importante del concepto, la definición que se ha ido forjando en los avalares sociales. En occidente se hace una constante demanda por la responsabilidad social y cultural acerca de un adecuado control de natalidad, pero poniendo de antemano el respeto a la dignidad de la vida humana; el sistema social, en la mayoría de los casos, ubica el aborto como un concepto de decisión privada, no social. Es por esta contraposición a la tendencia general que en nuestro país se han de revisar las estrategias, pues desde la legislación vigente, el aborto ya está sancionado como delito y desde la ética social como crimen, y cualquier posibilidad de discusión será influenciada bajo esta perspectiva, por lo cual el primer paso a dar, si realmente se desea dar una definición y por lo tanto una solución a la cuestión de aborto, es acercarnos a éste sin apasionamientos ni prejuicios.

Por el momento, la definición más clara es la científica, la cual adopta la OMS, que es la autoridad en salud en el mundo, según la cual, la tesis dominante y más moderna hoy en día, apunta a considerar el aborto como la expulsión voluntaria de un feto viable.

II. La noción jurídica de vida humana en Colombia

La evolución jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional respecto del aborto ha variado a lo largo de sus sentencias.

a. Una lenta construcción jurisprudencial

En los cuatros fallos sobre aborto que encontramos de la Corte Constitucional, si bien es cierto se encuentra un seguimiento del razonamiento inicial de la Corte, encontramos unos giros inusitados

que darían a pensar que en cualesquier momento la Corte cambiaría radicalmente de jurisprudencia. Esto unido a algunos salvamentos y aclaraciones de voto que fortalecen la debilidad inicial de la pregunta base y que pueden terminar por contradecirla completamente.

Por ello pensamos, que la “Telaraña” que se ha construido en torno a este tema, adolece en su base de serias imperfecciones que se resaltan al momento de estudiar minuciosamente cada una de las sentencias. Por el contrario, parece que la base se construye mucho después y que es a partir de esta decisión que empieza a generarse todo un razonamiento jurisprudencial.

Para una mejor ilustración, miremos en perspectiva, cómo se ha ido consolidando la jurisprudencia a partir de la segunda decisión de la Corte Constitucional sobre el aborto.

Gráfica 1.0

En el presente gráfico se muestran en los cuadros los fallos más relevantes sobre el tema, donde la sentencia subrayada es la sentencia fundadora de línea, y las flechas muestran las citas que las sentencias posteriores hacen de las sentencias anteriores.

Del gráfico de la “telaraña del precedente” se puede concluir que son pocos los fallos que ha proferido la Corte Constitucional sobre el tema que configura el derecho fundamental a la vida; esto se debe a las siguientes razones: en primer lugar, éste es un tema que genera siempre mucha controversia y es factor de presiones tanto del sector conservador del poder público, de la iglesia Católica y de los grupos pro-vida, como de las posiciones ultraliberales y feministas que luchan por imponer una posición radical; es más, se puede citar el caso del proyecto de ley sobre la legalización del aborto presentado por la ex senadora Piedad Córdoba en el año 2003, que ella misma retiró por tantas presiones políticas. Hoy en día, las amenazas de muerte que pesan sobre Mónica Roa, la abogada de la ONG Internacional Women World Link, quien demandó ante la Corte Constitucional el artículo 122 del Código penal que penaliza el aborto en Colombia, son cada vez más evidentes, al punto de tener que solicitar seguridad personal a las autoridades competentes.³⁴ Seguramente tendrá que salir del país como tantos periodistas y políticos que se atreven a opinar abiertamente sobre temas tan candentes en nuestro país.

En segundo lugar, es un tema tabú, del cual solamente se habla cuando se han demandado los artículos del Código Penal, que agravan la pena de aborto o que por el contrario establecen causales de atenuación. Igualmente, cuando se da un pronunciamiento eclesiástico, también cuando se radican proyectos de ley o decisiones importantes de despenalización en algún país extranjero o cuando algún productor de Cine lo somete al escarnio público.

Por último, existe en nuestro país un gran temor a la crítica. Esta es generalmente tomada como ataques personales y no como buenas intenciones de debate. Muchos de nuestros representantes políticos y algunos medios de comunicación le temen al poder inmenso que ejerce la Iglesia Católica en nuestro país. Otros, como los organismos de salud pública y las autoridades judiciales, prefieren guardar un perfil bajo frente a la terrible “Catástrofe” humanitaria que disemina una parte de nuestra población, generalmente la más pobre y la más joven.

Es realmente triste que en nuestro país, solamente escuchemos discursos políticos y comentarios de radio o televisión, o leemos artículos sobre el aborto cuando la Corte Constitucional accede a revisar una demanda sobre el tema, como es el caso actualmente. Es por ello que debemos reflexionar muy profundamente sobre la posición jurídica que se está construyendo en estos momentos; de su adecuada construcción depende la vida de muchas personas en Colombia, tal vez, las de las personas que nos son más próximas.

Ahora, luego de exponer las sentencias de las cuales se va a hablar, y de establecer la forma en que se citan unas y otras, empezaremos a exponer las consideraciones de la Corte Constitucional en cada sentencia, respecto a la pregunta: ¿Desde cuándo se considera que se es poseedor del derecho fundamental a la vida en Colombia? con el fin de entender la concepción de la Corte respecto al tema, y si esta concepción ha variado a través de sus fallos.

Estas características las vemos con mayor fuerza en la segunda sentencia que hemos mostrado en orden cronológico, es decir, la Sentencia C-133/ 94. La Sentencia T-179/93, aunque es la primera decisión que se pronuncia sobre el tema, consideramos que no está llamada a ser una sentencia fundadora de línea. Esto por cuanto adolece de fallas estructurales de interpretación y de falencias de lógica que le quitan esa calidad. La sentencia no es ni sólida ni muy amplia en interpretación, por el contrario es restrictiva; la apelación a doctrina es mínima y no acude a principios, ni reglas relacionadas sobre el aborto como las que establece el Código Civil para los derechos de las personas. Pero aún así trae pronunciamientos muy específicos relevantes para el debate posterior.

La sentencia T-179/93 es una sentencia de tutela proferida con el fin de proteger a una mujer de bajos recursos que se encontraba en embarazo y que pedía que el padre del ser que se encontraba por nacer contribuyera con los gastos del embarazo. En esta sentencia, haciéndose un pronunciamiento retórico sobre el tema, se deja claro que la vida inicia desde la concepción. Para deducir esto se basa en referencias internacionales y nacionales.

En el caso de las referencias internacionales, cita dos tratados suscritos por Colombia: primero, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en Colombia mediante la ley 16 de 1992, especialmente el numeral 1° del artículo 4o, que sostiene que: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Segundo, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la ley 12 de enero 22 de 1991, que establece en el Preámbulo que: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Por otro lado en las referencias internas cita los artículos 4 y 5 del decreto 2732 de 1.989 (Código del menor), que sostienen que: Artículo 4o. “todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo”. Artículo 5o. “todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción”.

Es apenas lógico que si las mencionadas referencias, tanto nacionales, como internacionales, son las únicas referencias del fallo, se llegue a la conclusión enunciada. Pero esto no debería ser así. Al momento de interpretarse, una norma se debe ubicar dentro de todo el ordenamiento jurídico, no solamente dentro de las normas que refuerzan una concepción en particular. Por eso señalamos que en esta sentencia se dejan por fuera preceptos legales relacionados con el tema, existentes al momento de proferirse la misma, como lo son algunos normas del código civil y las normas del derecho penal que, en nuestra historia, favorecen más bien la despenalización que la represión del aborto.

Claro que esta omisión es entendible si se tiene en cuenta que el fallo se profirió en los primeros años de la controvertida institución, cuando los “magistrados progresistas” no habían sentado todavía bien su posición y sobresalían concepciones conservadoras muy enfrentadas y polémicas entre los mismos magistrados.

Ahora bien, la primera declaración de la Corte Constitucional frente al momento en que se es poseedor del derecho fundamental a la vida, es la siguiente:

“La Constitución Política no aborda este punto acerca de ¿Cuándo se empieza a ser persona? ¿Desde la concepción? ¿Desde el nacimiento?(...) Sin embargo, es posible afirmar, al menos, que por reenvío constitucional al derecho internacional, por las normas internacionales vigentes, por la legislación interna y, sobre todo, por la filosofía humanista del Estado Social de Derecho, es preciso deducir, como lo hace aquí la Corte, que se tienen derechos desde la concepción”.

La Corte Constitucional hace una interpretación a nuestro parecer equívoca del artículo 11 de la Constitución de 1991. Esto porque la teoría de la interpretación prohíbe hacer decir a las normas lo que no dicen y segundo porque los textos internacionales, si bien hacen parte de la legislación interna, no reemplazan a la Constitución. Estos textos hablan del derecho a la vida en términos de persona, niño o menor, que deben ser protegido incluso desde su concepción. Es decir, que si la Constitución dice que el derecho a la vida es inviolable y que se debe respetar, esto no quiere decir, así la Corte lo extrapole, que el constituyente dijo que la vida comenzaba desde la concepción y que por deducción se pueda decir que le haya dado categoría de persona al que está por nacer.

Tampoco, una adecuada interpretación jurídica permitiría deducir del enunciado del artículo 11 de la Constitución Colombiana de 1991, que el constituyente le está prohibiendo al legislador permitir que una mujer aborte, o, peor, que le impida limitar o suprimir este derecho en caso de necesidad general. Claro ejemplo lo constituye la competencia que la misma Constitución le da al Congreso de la República para permitir la Eutanasia o implementar una legislación moderada sobre el control de la natalidad en nuestra sociedad.

Por último, y antes de pasar al siguiente fallo, dejaremos de manifiesto que en la presente sentencia se usa la palabra persona, tal como se muestra en la primera cita. Concepto este sobre el cual girará gran parte de la discusión.

Como ya lo mencionamos anteriormente, la siguiente Sentencia, la decisión C-133/94 es la que consideramos la base del razonamiento jurisprudencial, esto porque:

- Es la primera sentencia, que por su objeto de estudio, cual es la constitucionalidad de los artículos del código penal que punen el aborto a la luz de la nueva Constitución, exige que se dé un concepto acerca de cuándo se es poseedor del derecho a la vida.
- Hace una amplia interpretación este derecho constitucional, hablando en extremo de que el derecho principal es la vida y que cuando se protege al nasciturus lo que se protege es el derecho a la vida.
- Trae mucha doctrina y se apoya en dictámenes dados por especialistas en la materia
- Se profirió en los primeros años de la Corte.

En el análisis de esta Sentencia, que sí desarrolla con mucha más amplitud y detalle todo lo relacionado con la vida, con su inicio y su protección, se ven tres conceptos que, aunque similares y relacionados, son diferentes. Ellos son; cuándo se inicia la vida humana independientemente, el nasciturus como sujeto de protección constitucional y el nasciturus como sujeto poseedor del derecho fundamental a la vida, postura esta última que recoge el concepto de persona.

Sobre el concepto de cuándo inicia la vida humana independientemente, se sostiene por parte de la Corte Constitucional, y es seguido por gran parte de la doctrina, que la vida inicia desde el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide, momento éste que es conocido de forma general y no muy exacta con el nombre de concepción. Esto la Corte Constitucional lo explica citando a un especialista en el tema: el doctor Jérôme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de Rene Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes, en cuanto a la determinación del momento en que comienza la vida humana: *"...la biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su progenie por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie, ha vida tiene una historia muy, muy: larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción... Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasete en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido"*.

De la anterior cita, se concluye que hay vida humana independiente desde el momento mismo de la concepción, esto atendiendo a declaraciones de la biología y no a lo establecido por el derecho. Esto porque el concepto de vida obedece a un asunto natural que en nada se altera por las concepciones que tengan los hombres de ella, porque es netamente objetivo.

Sobre los dos conceptos siguientes, hay que decir que son las teorías desde la que se protege al nasciturus dentro de los Estados.

Por un lado, la teoría del nasciturus como sujeto de protección por parte del Estado, que considera que solo son sujetos de derechos las personas, y que éstas se configuran con el nacimiento

(artículo 90 C.C.); por tal, el nasciturus no es poseedor del derecho fundamental a la vida; pero se protege por parte del Estado, por la esperanza de vida humana que encarna.

Por otro lado, la segunda teoría sostiene que desde el momento de la concepción se es poseedor del derecho fundamental a la vida, fundamentado solamente en el hecho de que desde ese momento hay una vida humana independiente que merece protección, Pero en nada se habla en esta teoría de la persona, ya que no se necesita de este concepto para derivar los derechos,

Ambas teorías son a simple vista bastante similares, esto porque ambas consideran al nasciturus como sujeto de protección. Pero no es así; la diferencia entre ambas posturas es abismal, porque aunque si bien las dos teorías protegen al nasciturus, el fundamento de su protección es muy diferente; ya que son muy diferentes las consecuencias de que se considere que el nasciturus tiene derecho a la vida, a las consecuencias de que se considere que el nasciturus se protege por el valor intrínseco de vida humana que posee.

Pero se deja claro que estas dos sentencias también tienen mucho de diferentes, porque la sentencia T-179/93 es una sentencia que no goza de disidencia, mientras que la sentencia C-I 33/94 es un fallo de 6 magistrados contra 3. Consideramos que esto se da porque es seguido por todos los miembros de la Corte constitucional que el nasciturus es sujeto de protección, pero no es seguido por todos ellos cuando se afirma que la protección al nasciturus derive del hecho de que se le considere al mismo como sujeto poseedor del derecho a la vida. Esto lo deducimos con base en que en la primera sentencia reseñada, solo se aduce sobre el tema un pequeño párrafo en el que se considera que se tienen derechos desde la concepción, sin especificar la jerarquía de esos derechos, y sin dejar totalmente claro en qué teoría se basa para derivar esa protección. Mientras que la sentencia C-I 33/94 si estudia con detenimiento el asunto y toma una posición ecléctica.

Quedando enunciada esa contradicción en la Corte Constitucional continuemos con la siguiente sentencia.

En la Sentencia C-013/97, la Corte Constitucional tiene que pronunciarse debido a la demanda de inconstitucionalidad que se presentó sobre los artículos del Código Penal que atenúan los delitos de aborto, abandono de hijo y muerte del hijo, a razón de haber sido la mujer llevada a esos delitos por ser ella antes víctima de un acceso carnal violento o abusivo o inseminación artificial no consentida.

Es por eso que la Corte Constitucional se ve otra vez en la obligación de pronunciarse sobre el valor de la vida, volver a tomar partido sobre la teoría de la cual se deriva la protección al nasciturus y hacer otra cosa que no se hizo en la anterior sentencia: ponderar la situación de la madre con la situación del nasciturus y ver si se justifica o no que se le dé un tratamiento más benigno a la mujer que delinque, pero que a su vez fue víctima de un delito que hirió su ser en lo más íntimo.

En la sentencia se hacen básicamente cuatro cosas. Se explica por parte de la Corte el alcance del derecho a la vida, se habla de la protección de que es titular el nasciturus y si éste es poseedor

del derecho a la vida, la concepción que se tiene del aborto y el rol que desempeña la mujer embarazada frente al aborto.

Hasta el momento, se ve que en esta Sentencia se siguen los mismos lineamientos de las sentencias anteriores, de que el nasciturus es poseedor del derecho a la vida, sin necesidad de que se considere que es persona; es por eso que extendemos a la presente las críticas antes dadas en las anteriores sentencias.

Ahora hablemos de los dos puntos nuevos que se estudian en esta sentencia. Ellos son, primero, lo referente a que el derecho a la vida es un derecho absoluto; y segundo, que el derecho a la vida es la base o presupuesto de todos los demás derechos del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, hablaremos sobre el carácter absoluto del derecho a la vida.

Absoluto es lo que en ningún caso cede. En el caso del derecho a la vida, según la Corte Constitucional en la presente sentencia, es absoluto porque siempre se impondrá sobre cualquier otro derecho fundamental. Pero esto no es cierto; está demostrado en la realidad de los pueblos y en la colombiana que en ocasiones el derecho a la vida tiene que ceder. Es el caso de la pena de muerte, en donde en busca de deshacerse de un individuo que atenta contra la sociedad se le ejecuta; o el caso de las epidemias, en donde por proteger al resto de la población se cierran ciudades enteras prohibiendo la salida de las personas y teniendo que ejecutar a las que lo intentan; o el aborto, en los países que lo aceptan, donde se ponen a primar los derechos de la mujer como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad o la opción de la maternidad; o el caso de la eutanasia, donde se pone a primar el derecho a la dignidad de la persona sobre el derecho a la vida.

Ahora, en segundo lugar, en cuanto a que el derecho a la vida es el presupuesto básico de todos los demás derechos del ordenamiento jurídico tenemos que resaltar varias cosas.

Primero, no consideramos adecuada la interpretación de la Corte que considera que el derecho a la vida sea el único derecho fundamental del ordenamiento jurídico que no requiera de la persona como sustrato para poder configurarse. Esto porque si los derechos fundamentales son universales y existen para proteger a las personas de la vida en sociedad, no entendemos por qué tiene que haber derechos con titulares diferentes y que se configuren en diferentes momentos del desarrollo de los seres vivos. Además, como ya expresamos antes, la Corte Constitucional no está en capacidad de crear dentro del ordenamiento jurídico otros sujetos poseedores de derechos fundamentales, diferentes a las personas y mucho menos si con esa creación se restringen los derechos de los que sí son personas reconocidas.

Segundo, la Corte con sus declaraciones crea una paradoja. Si el derecho a la vida es el presupuesto de todos los demás derechos dentro del ordenamiento jurídico, quiere decir que con que se posea este derecho, ya habría un sujeto en posibilidad de poseer todos los demás derechos del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que con la personificación que hace la Corte del nasciturus, no solamente se le está dotando al mismo del derecho a la vida, sino que se le está negando a un sujeto en potencia de poseer derechos, los restantes que se poseen en el ordenamiento jurídico.

Lo que nos lleva a concluir que en Colombia hay dos tipos de sujetos de derecho: las personas que son poseedoras de todos los derechos dentro del ordenamiento jurídico; y los nasciturus (por llamarlos de alguna forma) que solo son poseedores del derecho a la vida. No creemos que esta conclusión vaya mucho con la idea de la universalidad de los derechos fundamentales.

b. ¿Hacia la despenalización del aborto?

La Corte Constitucional considera, en la sentencia C-647/01, que la única forma de proteger el derecho a la vida que posee el nasciturus y al menor recién nacido es mediante la adopción de una legislación penal que castigue el aborto, el abandono y la muerte del hijo. Pero que aún así se tienen que respetar las situaciones particulares y entender que la mujer no buscó ni quería esa concepción, y por eso es adecuada la atenuación a la luz de la Constitución Política. Esto la Corte lo sostiene al decir que:

“La ilicitud de tal acto es manifiesta frente al texto constitucional -el derecho a la vida es inviolable-y, si se castiga con una pena menor, ello acontece en razón del factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune o, como erróneamente se sostiene por algunos, que en los casos expuestos sea un derecho de la madre.”

“No puede afirmarse, entonces, que el legislador vulnere la Carta Política por penalizar el aborto, como tampoco es inconstitucional que prevea distintos niveles de sanción, de acuerdo con las hipótesis que él mismo construya con apoyo en su conocimiento de la realidad social y en ejercicio de las atribuciones que, según la propia Constitución, le corresponden.”

Sobre lo acabado de exponer tenemos que decir que si bien se acepta por parte de la Corte la existencia de los atenuantes a las conductas, no se da una protección y reconocimiento adecuada a la mujer, no se entiende bien la realidad, ni las situaciones particulares; porque como ya bien hemos dicho, hay ocasiones donde deben primar más los derechos de la mujer, que la vida del nasciturus. Utilizamos la ocasión, para resaltar que con la presente decisión se le da otro pequeño reconocimiento a la mujer; es decir, que cuando la mujer aborta en especiales situaciones de motivación, el juez puede prescindir de la pena.

En esta Sentencia, la Corte Constitucional profirió un fallo con el fin de estudiar el parágrafo del artículo 124 ley 599 de 2000, nuevo código penal, que de forma novedosa a lo planteada en el decreto 100 de 1980, antiguo Código penal, regula las causales personas de exclusión de la punibilidad en el delito de aborto.

Traemos a colación el artículo 124 ley 599 de 2000 y el artículo 345 ley 100 de 1980, para mostrar en qué ha cambiado el régimen de los atenuantes del delito de aborto.

“Artículo 124 ley 599 de 2000.-Circunstancias de atenuación punitiva, ha pena señalada para el delito de abono 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”.

“Artículo 345 ley 100 de 1980. *Circunstancias específicas, ha 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.”

Nótese que la diferencia entre las dos normas es muy poca; es más, la pena atenuada resultaría siendo casi la misma, la diferencia sería de pocos meses. Lo que verdaderamente sí es novedoso es lo que la doctrina llama excusas absolutorias o causales personales de exclusión de la punibilidad, regulada en el parágrafo del artículo 124 ley 599 de 2000. De esto último es de lo único que se expone con profundidad en la Sentencia, sosteniendo que la Corte está atada de manos para hablar de otros aspectos por haber sido el parágrafo del artículo 124 ley 599 de 2000 el objeto de demanda.

Así, hablando la Corte del estudio de la norma en cuestión considera que:

“Limitada como se encuentra la Corte en este caso para analizar únicamente la constitucionalidad del parágrafo acusado por el actor, se encuentra por esta Corporación que la norma en él contenida no resulta violatoria de la Constitución.”

La razón para que se considere constitucional la norma acusada es que ella encuadra dentro de los principios que rigen en el Estado colombiano, ya que está reglada en la ley, estudia en la situación en particular las circunstancias que rodean a la mujer para actuar y tiene en cuenta la necesidad o no de la pena. Esto la Corte lo explica diciendo que *“No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio judicis, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que fian de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte. El juez, como se ve, ha de establecer primero que el embarazo sea producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se haya producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento; a continuación, debe emprender el análisis de las pruebas que obren en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar asumida por la mujer para establecer si ellas son ordinarias o extraordinarias, es decir, si se salen de lo común, si se encuentran fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario es la excepción y no la regla-, y, por último, el juez, ha de emprender luego el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de las finalidades de la misma, lo que implica que ha de tener en cuenta las funciones que está llamada a cumplir respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si es de alguna utilidad o de ninguna dadas las circunstancias particulares y concretas.*

Sobre nuestro objeto de estudio, en la parte motiva de la Sentencia, no se hace casi ninguna mención, solo se dice de forma aislada que “tampoco resulta inconstitucional el párrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo código penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado Social, pluralista y democrático de Derecho.” Palabras estas que no son claras y que no nos permiten ubicar la posición actual de la Corte respecto a las teorías de protección del nasciturus.

No consideramos que sea tan cierto que la Corte sólo haga una pequeña enunciación acerca del derecho a la vida del nasciturus porque esté atada de manos por el objeto de la demanda; más bien eso podría ser para evitar todo el cúmulo de manifestaciones que se generarían en toda la sociedad de parte de los grupos pro vida o pro mujer sobre el tema en discusión. Tal como se dio a mediados del año en curso por la demanda de inconstitucionalidad que se presentó sobre los artículo del nuevo código penal que punen el aborto con base en las normas del derecho internacional que protegen a la mujer.

Para poder explicar lo declarado en el presente Salvamento de voto, primero tenemos que dejar claro cuál es la teoría que siguen los magistrados suscribientes respecto de cuándo se es poseedor del derecho a la vida.

Sobre el particular los magistrados suscribientes consideran que se es poseedor del derecho a la vida desde la concepción. Esto lo consideramos porque al momento de explicar por qué diferían del fallo mayoritario, enuncian las siguientes palabras:

“La jurisprudencia sentada por la Corporación al definir la constitucionalidad de los delitos de aborto y aborto en caso de embarazo producto de delitos contra la libertad sexual, consideró que dichas normas se ajustaban a la Carta, la cual protegía la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Esta fue justamente, la ratio decidendi de dichos pronunciamientos. Así, en la Sentencia C-I 34 de 1994...”

Al definir la constitucionalidad del artículo 345 de la ley 100 de 1980, que establecía la penalización atenuada del aborto de la mujer en que se encuentra la madre. Con estas palabras solo se evidencia que las dos situaciones, tanto la del nasciturus, como la de la mujer son protegidas por la Constitución y, por tal, se debe analizar en el caso en particular cuál situación debe prevalecer.

En el resto de la Aclaración de voto lo que se hace es ponderar la situación especial de la mujer que ha sido víctima de un acceso carnal violento, inseminación o transferencia de óvulo fecundado no consentida, con la protección que se le debe dar al nasciturus. Esto por ser el aborto cometido en esta situación en particular, y en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el objeto de la Sentencia.

Es así, como tratándose de defenderá la mujer, se empiezan a enumerar los diferentes derechos que se le violan cuando se le sanciona por dar por terminado un embarazo producto de un delito.

El primero de estos derechos es la dignidad, que se le agrede a la mujer cuando se le toma por el Estado como una máquina reproductora obligada a procrear y no se detiene a considerar los sentimientos o el dolor interno de la mujer.

El segundo derecho que se le desconoce a la mujer es la intimidad, porque con el acto delictivo se ingresa sin autorización a la esfera más íntima de este derecho, cual es el propio cuerpo y se implanta un ente extraño; al no permitirse la expulsión de dicho ente en desarrollo se estaría negando la posibilidad de restaurar la intimidad de la mujer.

El tercer derecho que se le viola a la mujer es el derecho a la autonomía, esto porque al obligársele a una mujer a continuar con un embarazo no querido y, además, forzado, se le está determinando toda la vida. Es decir, la mujer no podrá dirigir su vida de la forma como ella quiera porque siempre estará determinada por la maternidad.

El cuarto derecho desconocido es el derecho a la libertad de conciencia, esto porque el abortar es una decisión que enmarca una especial concepción de la vida y el respeto que a ella se tenga. Si se obliga a continuar con un embarazo no querido se le quita a la mujer la posibilidad de escoger qué decisión seguir, pues ya esta elección la haría la ley.

Por último, se habla del derecho a la integridad física. Este es violado cuando con la prohibición del aborto, la mujer no tiene otra solución que proteger sus derechos de forma particular acudiendo a abortos clandestinos que, por ser llevados a cabo sin todos los rigores técnicos, pueden poner en peligro a la mujer.

Por último, en el estudio de la presente aclaración, hablaremos de cómo evolucionó un concepto dado en la sentencia C-013/97. En esa ocasión se le imponía a la mujer la obligación de llevar el embarazo, producto de un delito, a su fin, como una acción loable y que la enaltecería. En esta ocasión consideran los magistrados en la aclaración de voto que: *“La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.”*

Después de haber abordado una por una las posiciones de la Corte Constitucional, podemos decir que la concepción originaria de la prestigiosa Institución respecto de si el nasciturus es poseedor del derecho absoluto a la vida ha ido cambiando a medida que han pasado las sentencias que han estudiado el tema.

En un principio, se consideraba esta idea como absoluta, al punto de no permitir en ningún caso el atentado contra el nasciturus (Sentencias T-179/ 93, C-133/94 y C-013/97). Pero la idea fue cediendo al punto de considerarse por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional que desde que se encuentre una mujer en extraordinarias circunstancias anormales de motivación y, además, haya sido víctima de acceso carnal, inseminación o transferencia de óvulo no consentido no se le debe punir.

No se ha llegado a la idea de considerar que el derecho a la vida se posee al igual que todos los derechos fundamentales desde el nacimiento, sin embargo, sí se cambió la idea de que el derecho a la vida del nasciturus, si es que éste lo posee, no es absoluto, y por eso, en ocasiones, debe ceder frente a los derechos de la mujer.

Conclusión

En Colombia, realizando un análisis hermenéutico, bajo los lineamientos de la Constitución de 1991 y de los Códigos civil y penal, se han ido estableciendo ampliamente algunos fundamentos que soportan la idea que el aborto es un derecho fundamental de las mujeres. Nuestra Corte, y esperamos pronto que sea nuestro legislador, es quien debe buscar una proporcionalidad razonable entre la vida del que está por nacer y los derechos a la intimidad, a la libertad y a la libre conciencia de las mujeres que no desean engendrar un hijo no planeado. Todo ello con las adecuadas facultades legales que permitan la interrupción voluntaria del embarazo, ya que más que encuadrar el ordenamiento jurídico para la protección de un derecho, éste debe desarrollar el ejercicio de las libertades públicas bajo el ámbito de un Estado social, como lo es el nuestro, donde se establezca la importancia de garantizar bienestar no a título individual sino colectivo.

La idea de entablar una discusión acerca de si el aborto es un derecho necesario en nuestra sociedad actual, para que ninguna mujer tenga que enfrentar dicho dilema, no está desconociendo de ninguna manera los derechos de protección que tiene el nasciturus. Por el contrario, es una reflexión encaminada a conciliar los derechos del que está por nacer con los de la que ya está constituida. Tanto se le debe dar oportunidad a los engendrados para que se desarrollen sin ningún tipo de obstáculos, tanto debemos darles la posibilidad a las mujeres para que decidan sobre sus vidas. Cuando existan en Colombia alternativas de tipo social para la crianza y el mantenimiento de los hijos, entonces la decisión podrá ser también compartida con el Estado y, en caso contrario, como es la mujer la que cargará con el peso de la responsabilidad, que ellas tengan el derecho de decidir sobre su propio cuerpo si optan o no por el aborto. No es específicamente el aborto, sino el derecho a decidir, el que les da a las mujeres la Constitución para que desarrollen libremente su personalidad. En su artículo dieciocho, el constituyente garantizó que toda persona tiene derecho a decidir libremente, sin ser molestado por sus convicciones o creencias. Consideramos que la tesis que prohíbe el aborto en Colombia no está bien sustentada jurídicamente ni en concordancia con la realidad social nacional e internacional.

Creemos que le corresponde ahora a la Corte Constitucional exponer nuevos puntos de vista, que justifiquen sólidamente por qué los derechos fundamentales de las mujeres deben ceder a aquellos

de los que están por nacer, sobre todo cuando las mujeres se encuentran en situaciones que ellas no escogieron libremente. Esto con el fin, no de finiquitar la polémica sobre el aborto, pero sí con la intención de vislumbrar nuevos legisladores, encargados de decidir sobre esta planteamientos normativos, no sólo restrictivos tragedia humanitaria que se convierte sino también permisivos, dirigidos a los progresivamente en un grave fenómeno social.

Bibliografía

- CAMBAS ZULUAGA, Luis Armando. Determinación del Origen y Valoración del Daño Corporal. Medellín: Comlibros, 2004.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. 3a ed. Madrid: Civitas, 1993.
- DE CUPIS, Adriano. El daño: Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1996.
- DUQUE GÓMEZ, José N. Del daño. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño al proyecto de vida' y 'daño moral. En: Responsabilidad Civil y del Estado. Medellín. № 16 (feb. 2004).
- GIL BOTERO, Enrique. Daño corporal - daño biológico - daño a la vida de relación. En: Responsabilidad Civil y del Estado. Bogotá. № 13 (nov. 2002).
- HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JOSSERAND, Louis. Derecho Civil, Tomo II, Vol. I, Teoría General de las Obligaciones. Buenos Aires: Bosch, 1993.
- LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Bogotá: Legis, 2004.
- MAZEAUD, Henri; Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil, Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1960.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil, Tomo IV De los perjuicios y su indemnización. 2a ed. Bogotá: Temis, 1999.
- VELASQUEZ POSADA, Obdulio. Del daño moral y el perjuicio a la vida de relación: Hacia una teoría general de daños extrapatrimoniales. En: Responsabilidad Civil y del Estado. Medellín. № 16 (feb. 2004).

Citas

- 1 Este artículo es producto de la investigación El derecho al aborto en Colombia, dirigida por Carlos Mario Molina Betancur en la Universidad de Medellín, la cual fue financiada por la Vicerrectoría de Investigaciones y terminada en junio de 2005 en el Centro de Investigaciones Jurídicas.
2. Perteneciendo al 0.4 % de los países en el mundo donde todavía se prohíbe de forma absoluta el aborto.
3. Ver, Carlos Mario Molina Betancur y Alii, El Derecho al aborto, Medellín, Universidad de Medellín, 2005.
4. Ver, Carlos Mario Molina y María Ximena Noreña Zea, “ Postinor 2, La pildora del día siguiente ¿Anticoncepción o aborto?” Medellín, periódico El Mundo, 16 de noviembre, 2003, p. D. 3.
5. Ver, las amenazas que rondan sobre Mónica Roa, la abogada de la ONG Internacional Women World Link, quien demandó ante la Corte Constitucional el artículo 122 del Código penal que penaliza el aborto en Colombia. Bogotá, Revista Semana, agosto 29 septiembre 5 de 2005, p. 32.
6. Como la Red Vida y Familia o la muy conocida Pro-vida.
7. Como la Red Futuro por Colombia, Laicos por Colombia Y Women 's Link World Widee.
8. Como lo hacen a su vez para Colombia El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Interamericana de derechos del Hombre.
9. Carlos Mario Molina Betancur, “Hacia el derecho a disponer de su propio cuerpo” en periódico El Mundo, domingo 26 de Agosto de 2002.
10. En <http://www.amen.amen.net/aborto/concepto/htm>.
11. En <http://www.laneta.apc.org/cidhal/lectura/aborto/texto5d.htm>
12. En <http://www.zonapediatrica.com/mod-htm/pages-display-pid-79.html>
13. Santiago Lóren, Nuestra vida sexual, Barcelona, España, Ed. Planeta, 1978. p. 90
14. En <http://www.zonapediatrica.com/mod-htm/pages-display-pid-79.html> Op. Cit.
15. Ibidem.
16. Ibidem.
17. En http://www.mercaba.org/DicTM/TM_interrupcion_del_embarazo.htm
18. Santiago Lóren, Op. cit. p. 90.
19. En <http://www.monografias.com/trabajosl/exem/exem.shtml#intro>
20. En <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/status.html>
21. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Vox. Barcelona, España, Ed. Spes, 1968. p.143. Colombia, Temis., 2000. p. 128.
22. En <http://www.monografias.com/El aborto/htm.2002>
23. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Vox, Op. Cit.
24. En <http://www.monografias.com/El aborto/htm.2002>, Op. Cit.
25. Ibidem.
26. Marthe Leworello Zapata, El aborto en Colombia, Aspectos Médico Jurídicos, Bogotá. Ed. Grjalbo S. A., 1994, pp. 243-244. Espacio no justificado