

## LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

*Sinopsis:* Mediante la presente sentencia, la Corte Constitucional de Colombia resolvió diversas demandas de inconstitucionalidad interpuestas en contra de algunos artículos del Código Penal que, en términos generales, penalizaban de manera absoluta el aborto y establecían solamente algunos supuestos de atenuación de responsabilidad.

En primer lugar, la Corte Constitucional hizo una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado y el derecho a la vida como tal. Éste supone la titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición, por lo que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Estableció que si bien el ordenamiento jurídico otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana, y que el bien jurídico tutelado no es idéntico y que, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

Asimismo, por formar parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional analizó extensamente diversas disposiciones de tratados internacionales relativas al derecho a la vida, entre ellas, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e, interpretando de manera sistémica y teleológica dichas disposiciones, estableció que de éstas no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación. Señaló que, por tanto, lo que correspondía era realizar una ponderación entre la vida en gestación con otros derechos, principios y valores también reconocidos constitucionalmente y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, ta-

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

les como aquéllos de los cuales son titulares las mujeres embarazadas. Entre estos derechos, la Corte Constitucional distinguió los de tipo sexual y reproductivo, los cuales parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de las mujeres y las niñas son esenciales para la sociedad.

La Corte Constitucional también señaló que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto aunque tampoco una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en ese ámbito, por lo cual el legislador dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. No obstante, señaló que dicho margen no es ilimitado sino que se encuentra sujeto a los principios y valores constitucionales así como a los derechos de las personas, tales como el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la salud, la vida y la integridad de las personas; el bloque de constitucionalidad; y, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Entre otros, la Corte Constitucional señaló que la mujer es un ser humano plenamente digno y que, por lo tanto, debe ser tratada como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear. Asimismo, que el derecho a ser madre, o la consideración de la maternidad como una “opción de vida”, corresponde al fuero interno de cada mujer y que, *prima facie*, no es proporcionado ni razonable que el Estado imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos sean constitucionalmente relevantes. La Corte Constitucional también estableció que los tratados internacionales de derechos humanos, como parte del bloque de constitucionalidad, constituyen un límite claro a la potestad de configuración del legislador en materia penal, lo cual sirve como margen para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto.

Aplicando un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador transgrede los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración penal, resolvió que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la total preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, es decir, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto

de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual es inconstitucional. Destacó que el legislador puede adoptar otro tipo de medidas, por ejemplo, de carácter asistencial o prescricional que cumplan con el fin de proteger la vida en gestación pero que, si el legislador ha elegido medidas de carácter penal como las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, también le corresponde prever las circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales la mujer gestante es titular. En tal sentido, estableció que si el legislador no determina tales hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos de las mujeres embarazadas. En opinión de la Corte Constitucional, tales situaciones al menos serían: cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y, cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Por lo anterior, la Corte Constitucional resolvió que las disposiciones materia de estudio eran constitucionales siempre y cuando se excluyeran de su ámbito las tres hipótesis antes mencionadas. En tal sentido, dejó claro que tal decisión no implicaba una obligación para las mujeres de optar por el aborto sino que el propósito era permitirles la interrupción del embarazo, con su consentimiento, si se encontraban en alguna de esas hipótesis excepcionales, sin soportar consecuencias de carácter penal por ello. En esta decisión la Corte Constitucional se refirió de manera amplia a diversos tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales está la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, reconociendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en aquella, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad, se basó, entre otros, en los criterios hermenéuticos establecidos en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, y *Barrios Altos vs. Perú*, así como en la *Opinión Consultiva OC-16/99* sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. La senten-

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

cia se encuentra acompañada de dos aclaraciones de voto y dos votos disidentes.

## THE ABSOLUTE BAN ON ABORTION AS A VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN

***Synopsis:** In the present judgment, the Constitutional Court of Colombia ruled on various petitions of unconstitutionality filed against some Articles of the Penal Code that, in general terms, criminalize abortion under all circumstances and establish few instances of diminished responsibility.*

*First, the Constitutional Court made a distinction between life as a pertinent constitutional interest, which must be protected by the State, and the right to life, as such. The latter assumes the entitlement to exercise said right, which is restricted to human life, while the protection of life includes those whom have not yet reached said condition, to which life and the right to life are two distinct phenomena. It established that although the legal code offered protection to the unborn, it does not offer the same level or intensity of protection that it renders to the human person, and that the entitled legal interest is not identical, and as such, the legal significance of the social offense establishes a distinct level of reproach and proportional punishment.*

*Likewise, forming a part of the constitutional block, the Constitutional Court extensively analyzed various provisions of international treaties regarding the right to life, among them, Article 4 of the American Convention on Human Rights, and in interpreting said provisions in a systematic and teleological manner, it established that an absolute and unconditional right to protection does not arise for a life in the course of gestation. It noted, therefore, that what should follow is an analysis between life in the course of gestation and other rights, principles, and values also recognized constitutionally and in other international instruments of human rights, such as those wherein pregnant women are entitled rights. Among other rights, the Constitutional Court distinguished between sexual and reproductive rights, both of which stem from the acknowledgment that equality, gender equity, and emancipation of women and girls are essential for society.*

*The Constitutional Court also noted from the constitutional and international norms, there is no inference to a mandate for the decriminalization of abortion, though national legislators are also not prohibited from adopting criminal norms in this sense, to which the legislator has a wide margin to configure public policy in regards to abortion. Nevertheless, it noted that said margin is not limitless, but rather that it is subject to constitutional principles and values such as the rights of the person, such as the principle and fundamental right of human dignity; the right to the free development of personality; health; life and integrity of persons; the constitutional block; and, proportionality and reasonableness.*

*Among others, the Constitutional Court noted that a woman is a human being, with dignity, and that, therefore, she should be treated as such, as opposed to considering her or converting her into a simple instrument for the reproduction of the human species, or of imposing on her, in some cases contrary to her will, the duty of serving as a tool effective for procreation. Likewise, it noted that the right to be a mother, or of maternity as a “lifestyle choice,” is a consideration that corresponds to the personal sphere of each women, and that prima facie, it is not proportional nor reasonable that the State place an obligation on a person to sacrifice their own health, so as to protect the interest of a third party even when it is constitutionally pertinent. The Constitutional Court also established that the international treaties on human rights, forming part of a constitutional block, render clear limits to the legal authority of the legislator when configuring criminal matters, which serves as a margin to examine the constitutionality of the absolute ban on abortion.*

*Applying a test of proportionality to decide which hypothetical situations transgress the limits in which a legislator can establish the margin of criminal configuration, it resolved that the criminalization of abortion under all circumstances implies the total preeminence of one of the legal interest at play, namely, the life of the unborn, and the consequential absolute sacrifice of all of the fundamental rights of the pregnant woman, which is unconstitutional. It highlighted that the legislator can adopt other measures, such as those of an assistance or performance based nature that serve to protect life in the course of gestation, but that if the legislator has elected measures of a criminal nature such as those which conveniently protect the life of the*

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

*unborn, it also corresponds that said legislator foresee the circumstances in which the legal interests of the entitled mother in gestation are not sacrificed in excess. In this sense, it established that if the legislator does not determine said hypothetical situations, it corresponds to the constitutional judge to prevent clearly disproportional harm to the rights of pregnant women. In the opinion of the Constitutional Court, these situations, at minimum, should be: when the continuation of a pregnancy constitutes harm to the life or health of a woman; when there is a grave malformation of the fetus that makes life unviable; and, when the pregnancy is the result of conduct which constitutes rape or sexual acts without consent, under abuse, of artificial insemination or the transfer of fertilized ovum which was not consented to, or in the case of incest.*

*Based on the aforementioned, the Constitutional Court ruled that the provisions which were the subject of study were constitutional when the three previously mentioned hypothetical situations were excluded from its scope. In this sense, it made it clear that this decision would not involve an obligation for women to chose abortion, but rather that the purpose was to allow women to interrupt their pregnancy, under their consent, as long as they found themselves within any of these exempting hypothetical situations, without there ensuing criminal consequences.*

*In this decision, the Constitutional Court referred, in an ample manner, to the various international treaties on human rights, among which there exists the American Convention on Human Rights. Likewise, in recognition of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights as providing relevant guidelines for the interpretation of the provisions contained in the Convention, which forms part of the constitutional block, it based itself, among others, in the hermeneutic criteria established in the Cases of the Indigenous Community of Yakye Axa v. Paraguay; Gómez Paquiyauri Brothers v. Perú, Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, and Barrios Altos v. Perú, as well as the Advisory Opinion OC-16/99 on the Right to Information on Consular Assistance, in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. The judgment is accompanied by two clarifying opinions and two dissenting opinions.*

**CORTE CONSTITUCIONAL  
DE COLOMBIA**

**DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD  
PRESENTADAS POR MÓNICA  
DEL PILAR ROA LÓPEZ Y OTROS**

**SENTENCIA C-355/06 DE 10 DE MAYO DE 2006**

...

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

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

La ciudadana Mónica del Pilar Roa López, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6122.

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

Las ciudadanas Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porrás Santillana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la ley 599 de 2000 – Código Pe-

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

nal, modificados por el art. 14 de la ley 890 de 2004, a la cual correspondió el expediente D- 6124.

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

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

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

## **II. NORMAS DEMANDADAS**

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

“CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY NÚMERO 599 DE 2000

(Julio 24)

“Por la cual se expide el Código Penal”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(... )

ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:



1. (...)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

(...)

## CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permisiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

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

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

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

## III. DEMANDAS

### 1. Demandante Mónica del Pilar Roa López.

...

**2. Demanda de Pablo Jaramillo Valencia**

...

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

...

**IV. INTERVENCIONES**

**4.1 CUADERNO PRINCIPAL**

**4.1.1 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-**

...

**4.1.2 Corporación Casa de la Mujer.**

...

**4.1.3 Intervención de la Corporación Cisma Mujer**

...

**4.1. 4. Intervención del Defensor del Pueblo.**

...

**4.1.5 Intervención del Ministerio de Protección Social.**

...

**4.1.6 Intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana.**

...

**4.1.7 Intervención de la Universidad Santiago de Cali.**

...

**4.1.8 Intervención de la Academia Nacional de Medicina**

...

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

...

**4. 1.9.2. Intervención de Rafael Nieto Navia**

...

**4. 1.9.3. Intervención del señor Aurelio Ignacio Cadavid López**

...

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

...

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

...

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

...

**4. 1.9.7. Intervención de Juliana Peralta Rivera.**

...

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

...

**4.1.9.9. Solicitud de nombramiento de conjuez o conjueces**

...

**4.1.9.10. Escritos de intervenciones ciudadanas extemporáneas.**

...

**V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**

Mediante el Concepto No. 4024 presentado el primero ( 1° ) de febrero de 2006, el Procurador General de la Nación, Doctor Edgardo José Maya Villazón , solicita a la Corte que declare exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, bajo la condición de que no sea incluida como conducta objeto de penalización la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de: i) concepción no consentida por la mujer, ii) en embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer iii) establecimiento médico de la existencia de enfermedades o disfuncionalidades del feto que le hagan inviable.

Como consecuencia de lo anterior, solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Subsidiariamente, agrega el jefe del Ministerio Público, que si la Corte asume que no le corresponde condicionar la norma en el sentido señalado anteriormente , se solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

Además, el Señor Procurador General de la Nación, solicita declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000

Dichas solicitudes se fundamentan en los siguientes argumentos, los cuales son transcritos literalmente:

### **1. Problema jurídico**

El Procurador General de la Nación ha de evaluar si la regulación penal del delito de aborto, por no considerar circunstancias especiales que deberían estar despenalizadas y establecer una discriminación con relación al aborto realizado en menor de catorce años, desconoce el derecho de las mujeres a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad reproductiva, a la salud, a la seguridad social y la obligación del Estado de respetar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

...

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE**

### **1. Competencia**

...

### **2. Asuntos previos**

...

### **3. El asunto objeto de estudio.**

Los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana solicitan, en distintas demandas, la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1° de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).

...

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “*y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad*”.

Numerosas intervenciones fueron presentadas tanto como para apoyar como para rechazar los cargos planteados por los demandantes. Los intervinientes contrarios a la exequibilidad de las disposiciones demandadas aducen razones muy similares a las de los demandantes, mientras que aquellos que apoyan la exequibilidad de los preceptos acusados afirman, por regla general, que las disposiciones penales acusadas tienen como finalidad la protección del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. Muchos de los que apoyan la exequibilidad de las dispo-

siciones acusadas sostienen también que corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración en materia penal, establecer tipos penales para la protección de los derechos fundamentales, papel que en el ordenamiento jurídico colombiano cumplen los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal. Adicionalmente, la mayoría de los intervinientes partidarios de la constitucionalidad de los artículos acusados coincide en afirmar que los derechos constitucionales de la mujer gestante no son absolutos y encuentran un límite legítimo en el derecho a la vida del feto. Finalmente, algunos de los intervinientes sostienen que se produjo el fenómeno de cosa juzgada material y formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y que la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002.

Por otra parte los representantes de algunas entidades estatales<sup>1</sup> y de asociaciones científicas<sup>2</sup>, intervienen para poner de manifiesto la relevancia del aborto inducido como un grave problema de salud pública en Colombia, el cual afecta en mayor medida a las adolescentes, a las mujeres desplazadas por el conflicto armado y a aquellas con menor nivel de educación y con menores ingresos, pues debido a la sanción penal, el aborto debe practicarse en condiciones sanitarias inseguras que ponen en grave riesgo la salud, la vida y la integridad personal de quienes se someten a esta práctica.

El Ministerio Público, comparte la apreciación de los demandantes que no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada material ni formal respecto de decisiones previas de esta Corporación y solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y la declaratoria de inexecutable del artículo 124 y de la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000. A juicio del Procurador la interrupción voluntaria del embarazo no debe ser penalizada en las siguientes circunstancias: i) cuando la concepción no haya sido consentida por la mu-

<sup>1</sup> ...

<sup>2</sup> ...

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

jer, ii) si se trata de embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer, iii) cuando un dictamen médico certifique la existencia de enfermedades o disfuncionalidades que hagan el feto inviable. Luego de hacer un extenso recuento del alcance de la dignidad humana en la Carta Política de 1991 y del alcance del derecho a la vida y del derecho a la libertad a la luz de este principio, valor y derecho fundamental, concluye el Ministerio Público que la penalización del aborto en las circunstancias antes mencionadas constituye una sanción irracional y desproporcionada a la mujer que decide interrumpir la gestación, la cual constituye una injerencia en sus derechos fundamentales y un exceso en el ejercicio de la libertad de configuración del legislador en materia penal. En esa medida concluye que es necesario despenalizar el aborto en las hipótesis antes mencionadas. Afirma que las causales de atenuación e incluso de exclusión de la sanción penal previstas en el artículo 124 acusado son inexecutable porque en los supuestos previstos por esta disposición no es útil ni proporcionado ni necesario sancionar a la mujer que aborta. Finalmente sostiene el Procurador que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 123 del Código Penal no es una medida que esté encaminada a proteger el interés superior de la menor y que además limita de manera desproporcionada la autonomía de las menores de catorce años, razones que deben conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en esta disposición.

Planteado en los anteriores términos el debate constitucional, corresponde a esta Corporación examinar previamente la procedibilidad de la demandas presentadas, pues tanto los actores, como algunos intervinientes y el Ministerio Público plantean la posibilidad de la configuración del fenómeno de cosa juzgada material y formal frente a decisiones previas de esta Corporación, específicamente respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002.

### **4. Inexistencia de cosa juzgada material o formal respecto de decisiones previas adoptadas por esta Corporación.**



...

**5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida.**

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constituciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida<sup>3</sup>; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial<sup>4</sup> y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos<sup>5</sup>.

El constitucionalismo colombiano no es ajeno a la anterior evolución, y salvo algunas excepciones, como la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que consagra de manera expresa la “inviolabilidad de la vida humana”, los ordenamientos constitucionales nacionales por regla general no hacían mención expresa de la vida ni como derecho ni como valor constitucional. La Constitución Política de 1886, a partir de la reforma introducida en el Acto Legislativo 3 de 1910, se limitaba a prohibir la pena de muerte y a consagrar que las autoridades públicas estaban instituidas para proteger la vida de los ciudadanos. La Carta de 1991, constituye en esta

<sup>3</sup> El derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, sin embargo no aparece en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos, ni tampoco en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>4</sup> No sobra advertir que este fenómeno obedece en gran medida a los excesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, prueba de ello es que La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo segundo, es uno de los primeros ordenamientos en elevar a rango constitucional este derecho.

<sup>5</sup> En el año de 1948 se consagra de manera solemne el derecho a la vida tanto en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de la ONU –artículo tercero-, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo primero-.

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

materia –como en tantas otras- un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo.

Así, el Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo segundo señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo once consigna que “*el derecho a la vida es inviolable*”, amén de otras referencias constitucionales<sup>6</sup>. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional:

*La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida”. Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos*

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, el artículo 44 establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercera edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riesgo la vida de las personas;...

*los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida<sup>7</sup>.*

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico<sup>8</sup>. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación<sup>9</sup>.

En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de pro-

<sup>7</sup> ...

<sup>8</sup> La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II.

<sup>9</sup> ...

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

tección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. Se trata por lo tanto de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida; otro carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado colombiano<sup>10</sup>.

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

Sobre el punto por ejemplo, para el delito de genocidio, el legislador consideró una pena mayor que para el de homicidio<sup>11</sup>, en razón a los bienes jurídicos que cada uno de estos en particular protege. Además, respecto de este tipo penal, cabe recordar, que el legislador había considerado para el actor “...*que actúe dentro del marco de la ley...*”, expresión que la Corte declaró inexecutable en sentencia C-177 de 2001<sup>12</sup>, entre otros, con los siguientes fundamentos:

*“A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la*

<sup>10</sup> ...

<sup>11</sup> ...

<sup>12</sup> ...

*vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.*

*Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º. de la Carta Política, conforme al cual “los derechos inalienables de las personas,” en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen “sin discriminación alguna.”*

*Por ello, en concepto de esta Corte, la condición de actuar dentro del margen de la Ley, a la que la frase acusada del artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, pretende supeditar la protección conferida a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos, resulta abiertamente contraria a principios y valores constitucionalmente protegidos pues, por más loable que pudiese ser la finalidad de respaldar la acción de la Fuerza Pública cuando combate los grupos políticos alzados en armas, en que, al parecer pretendió inspirarse, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho ese objetivo no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho incondicional a exigir de parte de las autoridades, del Estado y de todos los coasociados el respeto por la vida e integridad de todos los grupos humanos en condiciones de irrestricta igualdad y su derecho a existir.*

*Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.”}*

De otro lado, el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad<sup>13</sup>, como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad<sup>14</sup>. También ha tipificado delitos como la muerte y

<sup>13</sup> ...

<sup>14</sup> ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio.

Al respecto de los tipos penales mencionados, la Corte en sentencia C-013 de 1997, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra tales disposiciones, por cuanto en criterio del demandante esas conductas se sancionan con penas “*irrisorias*”, las encontró ajustadas a la Constitución. En este caso, sin desconocer el deber de protección a la vida, también se valoraron las circunstancias especiales en que se encuentra la madre en tales casos. Al respecto dijo la Corte:

*“También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la psicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.*

*El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.”*

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

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expre-

samente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión:

*“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.*

*En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.”*

A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Posteriormente, al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante sentencia C-013 de 1997, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del *nasciturus*, pero si utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> ...

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación<sup>16</sup>, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *ultima ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico<sup>17</sup>; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del *nasciturus*. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego

<sup>16</sup> ...

<sup>17</sup> ...



del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”<sup>18</sup>.

Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

## **6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.**

Algunos intervinientes sostienen que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad, el nasciturus es titular del derecho a la vida y que por lo tanto, a la luz de estos instrumentos internacionales existe la obligación estatal de adoptar medidas de carácter legislativo que penalicen el aborto bajo cualquier circunstancia. Es decir, consideran que se desprende de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto.

<sup>18</sup> ...

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Específicamente hacen 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 ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación<sup>19</sup>. También mencionan el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que haría parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio<sup>20</sup>.

Al respecto, cabe señalar que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado

<sup>19</sup> La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte en la sentencia C-191 de 1998 sostuvo que: “(...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.”

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra.

<sup>20</sup> Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados. Ver sentencia C-067 de 2003.

por el primer numeral del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

*“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”*

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *“tanto antes como después del nacimiento”*, no obstante el artículo 1° de dicha Convención no establece claramente que el nasciturus sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1° señala que:

*“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de “niño” y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia<sup>22</sup> y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el *nasciturus*, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estados Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “*en general*” utilizada por el Convención

<sup>22</sup> Ley 12 de 1992.

introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

En efecto, de acuerdo con el primer párrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es *“consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*. El segundo párrafo adiciona que *“los derechos esenciales del hombre”* merecen protección internacional precisamente porque *“no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”*.

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.

Adicionalmente, esta Corporación también ha reiterado la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución. En la sentencia C-028 de 2006 sostuvo esta Corporación:

*“La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el derecho internacional público debe ser consi-*

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

*derado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.*

*En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.*

*Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.”*

En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

Por otra parte, como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. Como se afirma en la misma sentencia C-028 de 2006:

*“En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarcar diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>23</sup>. En otros términos, los tratados internacionales no se in-*

<sup>23</sup> La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas

terpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual derecho internacional público.

*En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, “que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>24</sup>” y que “Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>25</sup>.” De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.”*

por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, París, 2004.

<sup>24</sup> Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31.

<sup>25</sup> Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. No. 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41-44.



## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

### **7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.**

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado.

...

En efecto, a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación<sup>26</sup>. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagran-

<sup>26</sup> ...



do también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltando la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros<sup>27</sup>.

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

<sup>27</sup> ...

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres “*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*”.

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que “*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*”, así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espa-*

*ciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo*". Este programa establece además, que *"la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia"*. También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de *"obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables"* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *"derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo"*.

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", en-

## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

trada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente<sup>28</sup>.

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género.

<sup>28</sup> Recomendación General No. 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual.

Es así como la CEDAW ha declarado, que *“la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”*. La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995-, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación re-

## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

productiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el

derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

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

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.



## 8. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas<sup>29</sup>. ...

...

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, *como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas*<sup>30</sup>.

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano<sup>31</sup> contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omite auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si

<sup>29</sup> ...

<sup>30</sup> ...

<sup>31</sup> ...



bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

### **8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.**

Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional<sup>32</sup>. Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana”, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución<sup>33</sup>. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta<sup>34</sup>, de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales<sup>35</sup>, fundamento<sup>36</sup> y pilar ético del ordena-

<sup>32</sup> ...

<sup>33</sup> ...

<sup>34</sup> ...

<sup>35</sup> ...

<sup>36</sup> ...

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

miento jurídico<sup>37</sup>. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que “*la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas*”<sup>38</sup>.

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia “*a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico*”<sup>39</sup>.

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)<sup>40</sup>.

Por ser particularmente relevantes para el estudio del caso concreto, es menester detenerse en dos de los contenidos antes enunciados de la dignidad humana: como autonomía personal y como intangibilidad de bienes no patrimoniales. ...

...

37 ...

38 ...

39 ...

40 ...

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Ahora bien, sobre todo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida- la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

...

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

## **8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991<sup>41</sup>. Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia nece-

<sup>41</sup> ...

saría de una nueva concepción que postula al Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado”<sup>42</sup>. Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual —entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo— cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”<sup>43</sup>.

Como ha afirmado la Corte Constitucional este derecho condensa la libertad *in nuce*, “porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella”. Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos<sup>44</sup>.

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no “opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta”<sup>45</sup>, y de “una cláusula general de libertad, similar a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13”,<sup>46</sup> o también un “principio general de libertad”.<sup>47</sup>

No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su mode-

43 ...

43 ...

44 ...

45 ...

46 ...

47 ...

lo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación.

La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería<sup>48</sup>.

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer<sup>49</sup>. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,<sup>50</sup> así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

El derecho a la identidad personal,<sup>51</sup> del que se desprenden entre otros: (i) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad. La Corte entiende “jurídicamente” este derecho como “la facultad del individuo de proclamar su singularidad”<sup>52</sup>; (ii) El derecho a la libre opción sexual. La Corte ha afirmado en diversas sentencias que “la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la perso-

48 ...

49 ...

50 ...

51 ...

52 ...

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

nalidad (...)”<sup>53</sup>; (iii) el derecho a decidir sobre la apariencia personal, la Corte ha determinado que patrones estéticos no pueden ser impuestos por las instituciones educativas<sup>54</sup>, ni tampoco por el Estado ni por otros particulares<sup>55</sup>. A manera de ejemplo, las decisiones sobre el atuendo o vestido, la longitud del cabello o el uso de cosméticos no pueden ser decididas por el establecimiento educativo<sup>56</sup>. Tampoco las entidades estatales pueden establecer normas reglamentarias discriminatorias del acceso a cargos y funciones públicas con base en patrones estéticos<sup>57</sup>, ni los establecimientos de reclusión imponer reglamentos de visitas que coarten las decisiones sobre la apariencia personal<sup>58</sup>.

Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo<sup>59</sup>, y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca, según criterios de otros, incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud.<sup>60</sup>

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccio-

53 ...  
54 ...  
55 ...  
56 ...  
57 ...  
58 ...  
59 ...  
60 ...

nistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

...

En todo caso, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

...

La jurisprudencia reciente ha seguido fielmente los anteriores precedentes y ha declarado inexecutable disposiciones legales en materia disciplinaria y policiva que restringían desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>61</sup>. De lo que se deduce el carácter de este derecho como un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general y especialmente en materia penal.

### **8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.**

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garanti-

<sup>61</sup> ...

zar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad<sup>62</sup>.

También ha considerado la Corte, que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluír todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

En efecto, el derecho a la salud comprende no solo la salud física sino también la mental, pues como lo ha considerado la Corte, *“La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.”*<sup>63</sup>.

Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.

El derecho a la salud reproductiva ha sido considerado por esta Corporación. Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 1993, se concedió la tutela a una mujer embarazada detenida y a la cual no se le concede la detención hospitalaria aún cuando el parto era inminente. Consideró la Corte, además de los dere-

<sup>62</sup> ...

<sup>63</sup> ...



chos del niño, que el trato especial que da la Constitución a la mujer embarazada (asistencia y protección durante el embarazo y después del parto) se sustenta en el derecho a la vida, la integridad personal, el respecto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la familia como institución básica de la sociedad.

Igualmente, al respecto de la recuperación de la función reproductiva como parte del derecho a salud de la mujer, entre otro caso, la Corte protegió a una mujer “*copiloto*”, que por razón a su oficio tuvo un parto prematuro y la muerte posterior del neonato; a los pocos días también le sobrevino una infertilidad secundaria. Ella requería un tratamiento para recuperar su fertilidad, el cual no fue costado por la empresa así como tampoco se le quiso reconocer la incapacidad cuando ella inició el tratamiento por su cuenta aduciendo que era un estado provocado. Finalmente le fue cancelado su contrato de trabajo. La Corte consideró que en este caso hubo una violación del derecho fundamental a formar una familia, que incluye el derecho a decidir libremente el número e intervalo de hijos; además, que hubo una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación<sup>64</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles y puede poner en peligro la dignidad personal<sup>65</sup>.

Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que

<sup>64</sup> ...

<sup>65</sup> ...

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Adicionalmente, como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la Corte Constitucional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales<sup>66</sup>.

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva. A continuación se hará una breve exposición del contenido de cada uno de estos derechos.

El derecho a planear la propia familia ha sido definido como *“la posibilidad de todas las parejas de individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta*

<sup>66</sup> ...

*prerrogativa*<sup>67</sup>. Implica la obligación estatal de adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar información en materia planificación familiar y salud reproductiva<sup>68</sup>.

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *“protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física”*<sup>69</sup>.

Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual.

En conclusión las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter

67 ...

68 ...

69 ...

penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

#### **8.4. El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.**

El bloque de constitucionalidad constituye también un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, así lo reconoció expresamente esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

*“Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia.”*

Ahora bien, este límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal cobra especial relevancia en el caso en estudio, porque gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas giran en torno a la vulneración por parte de las disposiciones demandadas de diferentes tratados y

disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>70</sup> consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos<sup>71</sup>, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>72</sup>, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirman los demandantes que las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en esa medida las disposiciones legales que penalizan el aborto serían inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad.

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la

<sup>70</sup> Comité de Derechos Humanos, caso *Llontoy vs Perú*, Comunicación No. 1153/2003.

<sup>71</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

<sup>72</sup> Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que “*En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*”<sup>73</sup>. Postura reiterada en numerosas ocasiones<sup>74</sup>, que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en

<sup>73</sup> ...

<sup>74</sup> ...

cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991<sup>75</sup>, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

#### **8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.**

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. ...

...

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración

<sup>75</sup> ...

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, tratándose de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana —fundamentos axiológicos de este modelo estatal— debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afec-



tando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

## 9. La cuestión del aborto en el derecho comparado

Sin pretender hacer una descripción de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, los jueces constitucionales también se han pronunciado sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales sometidas a control de constitucionalidad.

La regulación actual del aborto en los sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva. Al margen de las razones que ocasionaron un cambio tal magnitud, a finales de los años 90 la mayoría de los países de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia. En América Latina la legislación sobre el aborto también es bastante dispar, así mientras algunos países como Argentina<sup>76</sup>,

<sup>76</sup> El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

Art. 86.- incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Nota: texto originario conforme a la ley n 23077.

## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

México<sup>77</sup>, Bolivia<sup>78</sup>, Cuba<sup>79</sup> establecen en su legislación penal eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños<sup>80</sup>, otros países establecen

<sup>77</sup> El Código Penal Federal mexicano establece:

Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334. No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

<sup>78</sup> El Código Penal de Bolivia prevé:

Artículo 266.- (aborto impune).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, raptó no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

<sup>79</sup> El Código Penal cubano dispone:

Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:

- a) se comete por lucro;
- b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;
- c) se realiza por persona que no es médico.

<sup>80</sup> Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.

(i) Bahía

Artículo 279 de la Constitución:

“La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.”

Artículo 282 de la Constitución

“El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la

una prohibición total del aborto entre los que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras donde la prohibición es absoluta.

Ahora bien, la intervención del legislador en esta materia no ha sido óbice para que el aborto haya sido una cuestión abordada por los tribunales constitucionales. A título meramente ilus-

interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.”

(ii) Goiás

Artículo 153 de la Constitución

“Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquella cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y psicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y psicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.”

(iii) Minas Gerais

Artículo 190 de la Constitución

“Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).

(iv) Pará

Artículo 270 de la Constitución

“(…) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).

(v) Río de Janeiro

Artículo 291 de la Constitución

“El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...).”

(vi) Sao Paulo

Artículo 224 de la Constitución

“Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.”

(vii) Tocantins

Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3°)

“Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.”

## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

trativo, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973, del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y del Tribunal Constitucional español de 1985, sin que con ello trate de hacer una descripción del derecho constitucional vigente en estos tres países ni de respectiva evolución jurisprudencial.

...

Se tiene, entonces, que cuando los tribunales constitucional han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cual de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

### **10. Examen del caso concreto.**

#### **10.1. La inexecutable de la prohibición total del aborto.**

Corresponde a esta Corporación examinar la exequibilidad de las disposiciones que penalizan el aborto. Para tales efectos, se examinará en primer término la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, disposición que penaliza el aborto en todas las circunstancias, interpretado en sus alcances a la luz de los demás artículos acusados, es decir, los artículos 123 y 124, así como del artículo 32-7, en lo pertinente.

El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del nasciturus es un bien constitucional-

Artículo 152 de la Constitución

“El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y psicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).

mente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

Ahora bien, se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápite anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo

largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

En efecto, una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo

## *PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del nasciturus, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.



En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal<sup>81</sup>.

...

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar re-

<sup>81</sup> Código Penal, artículos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

sulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación<sup>82</sup>. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

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

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.

No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

<sup>82</sup> ...

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos<sup>83</sup> y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.

En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. ...

...

Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP<sup>84</sup>, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>85</sup>, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>86</sup>, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también

<sup>83</sup> ...

<sup>84</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

<sup>85</sup> Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

<sup>86</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Algunos intervinientes sostienen que cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32-7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal. Al respecto, sin perjuicio de las consideraciones generales que posteriormente se harán sobre el punto, advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de

alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana<sup>87</sup>.

Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

<sup>87</sup> Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

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

pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexecutable del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

## PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

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

### **10.2. La inexequibilidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal.**

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere clara-



mente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico establezca medidas de especial protección para ciertos sujetos y específicamente para los menores de edad<sup>88</sup>. Como se hizo alusión en acápites anteriores de esta decisión, tales medidas de protección se han encontrado justificadas especialmente cuando se trata de menores de edad porque éstos “*se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos*”<sup>89</sup>.

Medidas de protección que si bien están justificadas a la luz de la Constitución de 1991, en todo caso deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego. En el caso concreto se acusa a la disposición demandada de establecer una presunción que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de catorce años, pues a juicio de los demandantes la menor podría prestar su consentimiento válido para que un tercero le practique un aborto.

Para resolver este cargo resulta relevante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento informado de los menores para la práctica de intervenciones médicas.

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona “en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de

<sup>88</sup> ...

<sup>89</sup> ...

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

juicio suficientes para tomarla”<sup>90</sup>, o, en otros términos, que “el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida”<sup>91</sup>. En consecuencia, la Corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho<sup>92</sup>, al igual que los incapaces y en general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente.

Estos criterios han sido objeto de precisiones en algunos fallos de tutela. Así, en primer lugar, respecto de los menores de edad, la Corte ha admitido que la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes), se basa en “el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente”<sup>93</sup>. Esta clasificación no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad,<sup>94</sup> pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular.

En el mismo sentido en la Sentencia SU-642 de 1998, la Corte evaluó si en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, una niña de cuatro años de edad tenía autonomía suficiente para determinar la longitud de su cabello y, en consecuencia, si vulneraba tal derecho la disposición reglamentaria del jardín infantil al que asistía, en virtud del cual debía llevar el pelo corto. El fallo reiteró que, si bien la titularidad del derecho en cuestión se predica de todas las personas, puede ser objeto de mayores restricciones en razón del grado de desarrollo psicológico e intelectual de las personas. Así las cosas, la Corte acudió a dictámenes periciales que le permitieron deter-

90 ...

91 ...

92 ...

93 ...

94 ...

minar que un menor de cuatro años tiene ya suficiente capacidad para elegir libremente su vestuario, y, por ende, también para decidir sobre su apariencia personal, resolviendo este interrogante de manera positiva.

También resultan relevantes los criterios jurisprudenciales sentados por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual. Sostuvo la Corte a este respecto:

*“De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres<sup>95</sup>.”*

Lo que lleva a la Corte a afirmar que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aún cuando éstos sean particularmente invasivos, no es un criterio que tenga un carácter absoluto: ...

...

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir trata-

<sup>95</sup> Incluso la jurisprudencia comparada ha admitido el derecho de las menores embarazadas en consentir la práctica del aborto aun en contra de la opinión de sus padres. Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 V.S. 416 (1983).

*PROHIBICIÓN DEL ABORTO COMO VIOLATORIA DE DDHH*

mientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexecutable.

### **10.3. De la inexecutable de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.**

Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.

En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respectivo parágrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia.

### **10.4. La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.**

Se demanda también el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, enunciado normativo que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *“y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”*.

En relación con esta disposición, la Corte encuentra que la causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no solo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado

que se trata de una causal genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos.

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

Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado.

## 11. Consideraciones finales.

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violato-

rias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE**

**Primero. Negar** las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

**Tercero.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

**Cuarto.** Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “...o en mujer menor de catorce años ...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

**Quinto.** Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

*Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.*

...