

Sentencia No. C-133/94

DERECHO A LA VIDA-Naturaleza/NASCITURUS-Protección/ABORTO-Penalización

El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado. En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

DERECHO A DECIDIR EL NUMERO DE HIJOS/ABORTO-Prohibición/DERECHO A LA AUTONOMIA PROCREATIVA

En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos", debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. No implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana.

LIBERTAD DE CONCIENCIA-Límites/LIBERTAD DE CULTOS-Limitaciones

En lo que atañe a las libertades de conciencia y de cultos, garantizadas por la Constitución Política, en los artículos 18 y 19, respectivamente, se anota que el ejercicio de los derechos dimanantes de estas libertades, tiene como límites no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público, protegidos por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus. Por consiguiente, bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, no es procedente legitimar conductas que conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de su gestación.

REF.

Expediente D-386.

TEMA:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980

ACTOR:

Alexander Sochandamandou.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Aprobada en Santafé de Bogotá D. C., a los diez y siete (17) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexander Sochandamandou, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Carta Política, demandó la inconstitucionalidad del artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal).

Admitida la demanda, se decretó un periodo de pruebas, en el cual se solicitó a la Presidencia de la República los antecedentes legislativos del artículo 343 del decreto 100 de 1980, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte Constitucional para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente se corrió traslado al Señor Procurador General de la Nación, quien rindió su concepto de rigor.

Cumplidos los trámites establecidos en el artículo 242 de la Carta Política y del decreto 2067 de 1991, procede la Corte Constitucional a resolver sobre la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

El texto de la norma acusada, es el siguiente:

DECRETO 100 DE 1980.
(Código Penal)

"ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior".

III. LA DEMANDA.

Según el actor, la norma acusada es inconstitucional, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"1- Porque las autoridades de la República solamente están instituidas para proteger a todas las personas en su vida... y los no nacidos no son personas".

"Ante la ley, persona es el ente físico nacido de la especie humana, que viva tan siquiera un minuto. El sujeto nacido es persona porque desempeña un papel, se impone una misión o da un sentido a su vida".

"Existen diversas teorías acerca de la existencia de las personas: La de la Concepción, que afirma que existiendo el hombre desde la concepción, desde entonces existe la capacidad jurídica. La del Nacimiento, que predomina en la doctrina jurídica de la mayoría de las naciones, afirma que la persona existe desde el instante en que nace".

"La Ecléctica que reconociendo el nacimiento como el origen de la persona, reconoce, por una ficción legal, derechos al concebido. La de la Viabilidad, que exige aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno".

"Las no personas no son jurídicamente capaces de derechos ni de obligaciones ni están dotados de representación propia en el derecho y en consecuencia, el aborto o expulsión de vientre materno de las no personas, no puede ser penalizado legalmente".

"2- Porque las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus creencias y no todas las personas sustentan la misma

creencia sobre las cualidades de las no personas, en las diferentes etapas de su gestación: la etapa celular que se sucede durante las primeras seis semanas del embarazo, la etapa embrionaria que se sucede entre las seis semanas y el cuarto mes del embarazo y la etapa fetal que se sucede del cuarto mes en adelante".

"3- Porque el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito y comúnmente lo practican por motivos eugenésicos, de malformación congénita, terapéuticos, quirúrgicos, sentimentales, sociales, económicos o como recurso destinado a mantener el equilibrio de la población dentro de la familia, en armonía con sus medios de subsistencia".

"4- Porque todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad o sea al libre desarrollo del conjunto de caracteres intelectuales, afectivos y de acción que la distinguen desde el punto de vista psíquico y le dan una peculiaridad sin limitaciones impuestas por el orden jurídico".

"Las no personas carecen de personalidad. En consecuencia, el aborto o expulsión del vientre materno por la voluntad de la gestante, de las no personas, no es delito porque constitucionalmente las no personas carecen de derechos y de protección legal. Los delitos solamente pueden cometerse contra los derechos de las personas".

"5- Porque nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia o, cualidad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales, en las modificaciones que en sí mismo experimenta y en los distintos hechos de su vida, en el conocimiento del bien que desea hacer y del mal que desea evitar juzgando espontáneamente e inmediatamente sobre el valor moral (conciencia moral) de sus actos individuales y determinados".

"Al garantizar la libertad de conciencia, la Constitución garantiza que es un acto potestativo de la mujer el poder determinar si se somete voluntariamente a un aborto, invocando para ello la certidumbre que se origina en las íntimas razones de su propia conciencia. Es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer que el producto de la concepción que no sea persona concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término".

"Porque la Constitución garantiza la libertad de cultos y no todos los colombianos practican el culto Católico, Apostólico, Romano. Fue la iglesia cristiana la que primero condenó el aborto, fundándose en la creencia de que el feto, hombre o mujer, es un ser dotado de alma y la muerte lo priva de la gracia del bautismo...".

"El derecho vigente en diversos países de moralidad religiosa diferente al cristianismo no penaliza por no considerar el aborto como un delito...".

"7- Porque nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido por obrar bajo los dictámenes de su conciencia. Sean estos de carácter filosófico, político o de simple creencia".

"La conciencia es un producto del hábito formado por la evolución de las costumbres, la moral y las circunstancias históricas. En consecuencia y debido a que constitucionalmente las no personas carecen de derechos y de protección legal, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer, de conformidad con la religión o la filosofía que profesen, el que el producto de la concepción que no es persona concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término".

"8- Porque si la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y no todas las concepciones o embarazos son el producto de la voluntad de la pareja, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer en aras de su responsabilidad para con la sociedad, el que el producto de la concepción que no es persona, concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término...".

IV. INTERVENCION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.

El Defensor del Pueblo, impugnó la demanda que originó el presente proceso, y expresó como razones de su inconformidad las siguientes:

. "La definición de persona citada por el demandante no es cierta ontológicamente ni desde el punto de vista del derecho positivo".

"A. ONTOLOGICAMENTE: Qué es persona?. Para distinguir un ente de otros debemos señalar su esencia, esto es, lo que hace que un ser sea lo que es y no otra cosa. Tratándose de las criaturas, la esencia es lo primero que de ellas se concibe intelectualmente, lo que las diferencia de lo que no son ellas, lo que las coloca en su especie. La naturaleza humana es la esencia del hombre. La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre, por lo cual en donde está la esencia humana allí hay un hombre. Lógicamente la esencia no puede estar sujeta a cambio histórico, pues si lo estuviera cambiaría el hombre en cuanto hombre, cambiaría aquello por lo que el hombre es hombre, cambiaría su esencia, ya no habría hombre sino un ser distinto...".

"Tenemos entonces que el desarrollo no altera la esencia del hombre. Lo correcto es hablar de historicidad del hombre, que es mudanza permaneciendo en el mismo ser. Pero cabe preguntarse, cual es la esencia del hombre?; que hace que sea hombre y no otra cosa?. Toda definición consta de género próximo y de diferencia específica, entonces podemos definir al hombre como un animal racional: - género próximo: animal, - diferencia específica que lo distingue de los demás de su género: racional. Y es la razón, esa perfección del ser, precisamente la que hace que el hombre sea persona. La razón constituye al hombre en su ser, hasta el grado de otorgarle dominio de sí, en

primer lugar, y de cuanto posee, en segundo lugar. El hombre, al dominarse a sí mismo - al ser dueño de sí - es, ontológicamente, ser dominador; he ahí su capacidad de apropiación. Esa capacidad de apropiación hace que cosas suyas -como la vida- sean derechos ante los demás...".

"De manera que la persona es dueña de sí ontológicamente y no por atribución o concesión de los hombres. El hombre se domina a sí mismo porque es un ser racional. Si el hombre es dueño de sí mismo es obvio que es dueño de todo cuanto posee, vida, pensamientos, actos, etc. Nacen así los derechos inherentes a la condición de persona, propia del hombre. La razón es la que hace que el hombre sea persona, no el título de derecho positivo, pues este apenas le reconoce su personalidad...".

"El valor de la persona -dice Legaz- consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona. La superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se llama dignidad de la persona".

. "El demandante afirma que el derecho a la vida se tiene desde el momento del nacimiento, como si con esa condición aflorase la vida humana. El derecho a la vida se tiene durante todo el proceso vital, el nacimiento en un hecho accidental respecto a la existencia del ser humano. La existencia del individuo comienza desde el momento de la concepción, momento en el que se forma un nuevo ser vivo de la especie humana, distinto tanto del padre como de la madre. Refiriéndose a la fertilización del óvulo, es pertinente oír la afirmación de Alfred Kastler, biólogo, premio Nobel de física: 'Desde ese momento comienza una nueva vida; el feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irrepetible'".

"El gameto contiene todas las características que acompañarán al ser humano hasta su muerte. El fruto de la concepción es un ser humano, gracias a la inmunología se sabe que el blastocito no es una parte del cuerpo de la madre. Los glóbulos blancos de la sangre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner a marcha (sic) los mecanismos de defensa para destruirlo. Cuando el embrión -en fase de blastocito- se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico materno reacciona para expulsar al intruso, pero el nuevo ser humano está dotado de un delicado método de defensa ante esta reacción. En algunos casos esta defensa no es tan eficaz y se produce un aborto espontáneo. Esto muestra que el no nacido no es parte del cuerpo de la madre, la dependencia que tiene el no nacido del cuerpo de su madre es ambiental y transitoria. La vida del cigoto es humana porque su esencia es humana. Del embrión humano no puede desarrollarse ser distinto al humano."

"La vida humana, como derecho, la tiene todo ser humano, sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o cualquier otra condición: nacido o no nacido, joven o viejo, enfermo o saludable. Si el concebido es ontológicamente persona, necesariamente debe el derecho reconocerle su

personalidad jurídica, con todas las consecuencias que de allí se derivan. El derecho a la vida existe previamente a la legislación positiva, esta sólo lo reconoce".

. "Efectivamente existe el deber de las autoridades de proteger a las personas en sus creencias, sin embargo, es la misma Constitución la que se encarga de señalar los naturales límites que tiene el ejercicio de los derechos. Disposiciones como las que consagran el respeto a la dignidad humana como fundamento del Estado Social de derecho (art. 10.), que son deberes de la persona y del ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (art. 95, numeral 1o.), entre otras muchas, nos ponen de presente que la libertad de pensamiento no puede practicarse de manera absoluta y unilateral; precisamente porque es natural y sagrado, porque debe pertenecer a todos, porque encuentra su aplicación en otros atributos, igualmente esenciales a la personalidad humana, a la dignidad e inviolabilidad del individuo y de la familia. Al igual que los otros derechos, constituye un arma de varios filos cuyo manejo, peligrosos para otros, exige cierto espíritu y ciertas preocupaciones, debe realizarse dentro de los límites de la institución, socialmente, civilizadamente; de lo contrario, se pone al servicio de fines ilegítimos, se transforma en licencia, el ejercicio del derecho cede su lugar al abuso...".

"Las sociedades civilizadas precisamente se han puesto de acuerdo en el respeto a la vida, por encima de las diferencias que puedan existir en las creencias de unos frente a las creencias de los otros...".

. "... es necesario recordar que el artículo 16 de la Constitución Política consagra el derecho de todas las personas al libre desarrollo de la personalidad, pero con las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. No existe ningún título jurídico que permita la eliminación de la vida humana inocente mientras que todo hombre tiene un título jurídico que le da derecho a ser y a existir conforme a su dignidad de persona".

. "Por último, es muy extraño que se aduzca la libertad de cultos como patente de corzo (sic) para restringir o violar el derecho a la vida, hombres extraños a la filosofía cristiana tienen un sentido profundo de la persona humana y de su dignidad, hasta mostrar un sentido profundo y auténtico de la persona humana que muy pocos sabrían igualar. El respeto a la dignidad de la persona no es monopolio de la filosofía cristiana, sino común a todas las filosofías que, de una u otra manera, reconocen la existencia de un Absoluto superior a todo el orden del universo, y en el valor supratemporal del alma humana",

"La dignidad de la persona humana es el fundamento no sólo del artículo penal demandado, sino de toda la juridicidad. Sólo en la medida en la que se reconozca al ser humano que por su calidad óptica es fin del mismo, jamás absoluto, podremos aspirar a una práctica social razonable".

V. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

El Ministerio de justicia, designó al doctor Raul Alejandro Criales Martinez, para intervenir en el proceso como impugnador de la demanda y, en tal virtud, presentó un escrito en el cual aboga por la constitucionalidad de la norma impugnada, en los siguientes términos:

"El tema del aborto o la opción libre a la maternidad fue debatido profundamente en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en donde inicialmente se quiso consagrar. Pero, tanto en la comisión respectiva como en la plenaria de la Asamblea dicha propuesta no tuvo acogida..."

"...el artículo 43 de la Carta cuando manifiesta: '...Durante el embarazo y después del Parto gozará de especial asistencia y protección del Estado ...', implica que esta protección es integral, porque si la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, obviamente se debe proteger uno de sus componentes esenciales, ya que la mujer como gestora de vida, cumple una función vital y social para el género humano: la reproducción de la raza humana. Si no se protege la expectativa de vida del género humano, sería propiciar otra causa de autodestrucción del ser humano, sin el cual no tiene sentido ni la Constitución ni las leyes".

"Finalmente, el delito del aborto está tutelando la vida e integridad de la mujer, ya que estas prácticas ponen en peligro su integridad y son en alto grado causa de mortalidad; no hay que olvidar que el derecho a la vida es inviolable y, uno de los deberes de las personas, de acuerdo al artículo 95 de la constitución, es no abusar de sus propios derechos".

VI. CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

En la oportunidad legal, el señor Procurador General de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor, y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad de la norma acusada, conforme a las consideraciones que se enuncian a continuación.

"...no se encuentra a lo largo de la preceptiva constitucional disposición alguna que establezca, expresa o tácitamente, el momento en que alguien comience a ser persona, vale decir, si lo es desde la concepción, desde el nacimiento o desde una época o periodo intermedio",

"No habiendo definido el Constituyente tal circunstancia, es el Legislador quien ha señalado el momento en que un individuo es persona y en consecuencia cuando tiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones".

"Así, la constitucionalidad de la norma no puede estudiarse con fundamento en una premisa falsa señalada por el actor, en el sentido de que la Constitución establezca que los no nacidos, no son personas, y que por lo tanto, no son sujetos de derechos y obligaciones".

"Los aspectos que sí deben tenerse en cuenta para determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la disposición acusada con la preceptiva de la Carta Política, son entonces, la determinación de sí el Constituyente prohibió o permitió de alguna manera la interrupción provocada del proceso de gestación y sí se consagraron o no derechos a favor del nasciturus dentro de la Carta".

"Si bien al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se debatió el polémico tema del aborto, no se señaló una posición expresa al respecto. De los antecedentes legislativos se desprende la intención de los delegatarios de no tomar partido sobre el asunto sino que se defirió al Legislador la tarea de definir la legalidad o ilegalidad del aborto dentro de nuestro ordenamiento jurídico".

"El doctor Jaime Benitez en sesión plenaria de 10 de junio de 1991, manifestó lo siguiente: "...Los derechos de la mujer que presentamos a su consideración, no incluyen a pesar de las equivocadísimas voces, reclamos que nos hacen en los últimos días, no incluyen señores el Derecho al Aborto; es más el escándalo que se ha pretendido adelantar acerca de este tema porque los Constituyentes de la Subcomisión Primera, por mayoría, y de la Comisión Quinta por mayoría hemos resuelto no presentar para su consideración el tema, por cuanto lo consideramos inconveniente para mantener el mejor clima, la mejor armonía entre nuestra Sociedad, entre nuestros partidos, con nuestra religión católica y pretendemos que el tema sea discutido, analizado a fondo por quien corresponde que es por el Órgano Legislativo y en sus propias reuniones...".

"Esta clara la dificultad política que representaba para los Delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente asumir una posición en relación con el aborto, y es por ello explicable el que se acudiera a un compromiso dilatorio de tal situación".

"El Código Penal como estatuto ordenador y garantizador de la convivencia ciudadana, recoge una serie de conductas que además de afectar o atentar contra derechos o bienes de las personas individualmente consideradas, inciden de manera negativa en contra de los derechos de la colectividad, y en este sentido puede considerarse a las normas de Derecho Penal como de orden público".

"En aras de tutelar los bienes jurídicos relevantes para una sociedad, que se encuentran consagrados dentro de la Carta Fundamental de derechos, el Legislador describe los comportamientos o conductas que vulneran o ponen en peligro tales altos intereses".

"Dentro de las conductas prohibidas por el Legislador, se encuentra la del aborto, cuya descripción normativa apunta a reprimir un atentado contra el bien jurídico de la vida y de la integridad personal".

"Nótese que si bien la consagración del aborto dentro del tipo penal, responde a las expectativas o se identifica con las creencias de ciertas religiones y de ciertos grupos étnicos y culturales, y por el contrario no responde al querer de otros grupos de personas, lo cierto es que la identificación del aborto dentro del Estatuto Penal no lleva aparejada una discriminación en contra de una determinada religión o grupo étnico o cultural, ni interfiere en la libertad de quienes profesan una confesión o credo. De lo que se trata es de la descripción de un comportamiento reprochable, que debe reprimirse para proteger el núcleo fundamental de la sociedad, cual es la vida del ser humano, a quien debe respetársele su derecho desde la misma concepción, tal como quedó plasmado en la Convención Americana de Derechos Humanos".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

Conforme a lo establecido en el numeral 5o. del artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda instaurada contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal).

2. La penalización del aborto en la legislación colombiana.

Dentro del título XIII del Código Penal, que trata sobre los delitos contra la vida y la integridad personal, el capítulo III se ocupa del aborto, en las siguientes normas.

Art. 343. Aborto. "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

"A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior".

Art. 344. Aborto sin consentimiento. "El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años".

Art. 345. Circunstancias específicas. "La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro (4) meses a un año (1)".

"En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias".

3. Planteamiento de la acusación.

Si bien en el escrito de la demanda, de manera concreta no se señalan las normas de la Carta Política que el actor estima violadas, la Sala encuentra que dentro de los argumentos presentados por el demandante para fundamentar la inconstitucionalidad del artículo 343 del Código Penal, se identifican algunos contenidos de disposiciones de dicho estatuto superior, que a criterio del actor, son vulnerados con la penalización que se hace de la práctica del aborto.

En efecto, de la lectura minuciosa de la demanda, se desprende que el demandante considera como violadas las siguientes normas constitucionales:

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

Artículo 7°: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (num. 3° de la demanda).

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

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

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

Considera el accionante, que la prohibición y sanción de la interrupción del proceso del nacimiento, esto es, el aborto, vulnera los mandatos constitucionales que consagran tanto el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, como las libertades de conciencia y culto, que tienen las personas para ordenar sus vidas conforme a los juicios íntimos por los cuales discernen y aprecian el valor moral de los actos humanos. También, estima el demandante, que el mandato constitucional contenido en el inciso 2° del artículo 2°, no se predica respecto a los no nacidos, en razón a que estos no son personas, pues ante la ley, persona es el ente físico nacido de la especie humana, que viva tan siquiera un minuto.

4. Protección de la vida humana del que está por nacer.

El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye indudablemente el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como es la vida humana (Preámbulo y artículos 2° y 11).

El doctor Jérôme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes¹, en punto a la determinación del momento en que comienza la vida humana, expresó:

"¿Cuándo comienza a existir un ser humano? Trataré de dar la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su progenie por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción.

El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido".

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.

La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el

¹ "El aborto, implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y políticas". Procodes. Editorial Presencia, Bogotá, pag. 5a.

cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte.

La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado.

En la Asamblea Constituyente, al discutirse lo relativo a los derechos de la mujer, unánimemente se desechó por inconveniente una propuesta, en el sentido de que "la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad conforme a la ley ...", lo cual es indicativo de que el Constituyente no optó, por la permisión del aborto, y dejó en manos del legislador, regular los términos de su penalización.

En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de "todas las personas", y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Dicha protección se reitera en los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política, que reconocen y protegen a la familia como institución básica de la sociedad, disponen que la mujer "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada", y declaran a la vida como uno de los derechos fundamentales de los niños.

Las disposiciones constitucionales reseñadas, al igual que todas aquellas relativas a los derechos fundamentales, encuentran un refuerzo y complemento en el inciso 2° del artículo 93, en cuanto permite incorporar a la Constitución Política, lo dispuesto en materia de derechos humanos en los tratados y

convenios internacionales vigentes, el cual actúa igualmente, como un dispositivo jurídico, que tolera el ofrecimiento de pautas interpretativas idóneas para fijar los alcances de los derechos fundamentales. Es así como esta norma señala, que "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Por lo tanto, el texto del artículo 11 constitucional, acerca de que el derecho a la vida es inviolable, debe interpretarse a la luz de la preceptiva de derecho internacional, que a propósito y de manera inequívoca, garantiza este derecho desde el mismo momento de la concepción². Evidentemente, entre los instrumentos públicos internacionales ratificados por Colombia, que reconocen el derecho a la vida, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991 y la Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" adoptada en nuestra legislación interna mediante ley 16 de 1992. Dicen, en lo pertinente, los aludidos instrumentos:

• Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"

• Artículo 1º, numeral 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "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"

5. Los cargos de la demanda.

5.1. El nasciturus aún cuando no es persona, tiene derecho a la vida.

Dice el demandante, para apoyar su pretensión de inconstitucionalidad de la norma acusada, que el nasciturus no es persona y, por lo tanto, en cuanto la Constitución protege el derecho de la vida de quienes son personas, no es procedente penalizar el aborto.

Según el artículo 74 del Código Civil, "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

² Sentencia T-179 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero: "La defensa de la vida aún no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana. Los derechos del nasciturus se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre Derechos Humanos. Estas normas rigen en Colombia por disposición del artículo 93 de la Constitución Política".

En punto al comienzo de la existencia de la persona, con relevancia jurídica, el artículo 90 del Código Civil, señala que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". No obstante, en el artículo siguiente se protege legalmente la vida del que está por nacer y le otorga competencia al juez para que a petición de cualquier persona, o de oficio, adopte "las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará".

El Código del Menor (Decreto 2732 de 1989), en su artículo 5° dispone que, "todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción"; protección que se hace explícita en cuanto al derecho a la vida del no nacido, cuando en su artículo 4° prescribe que, "todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del estado garantizar su supervivencia y desarrollo".

Estima la Sala, que persona, es lo mismo que decir sujeto de derecho, en virtud de que "el hombre sólo es persona en sentido jurídico en cuanto es titular de los derechos y obligaciones correlativas cuya realización dentro del orden y la justicia es el fin del derecho objetivo, de la norma"³. No obstante, la argumentación del actor no es de recibo, pues como se ha dejado expresado, no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el nasciturus, como se vió antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona.

5.2. La penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, ni las libertades de conciencia y culto.

El demandante manifiesta que la penalización del aborto, atenta contra la libertad de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, y la libertad de conciencia y de culto, de quienes consideran que las prácticas abortivas no constituyen una acción moralmente ilícita.

- Esta Corte admite que en el problema del aborto inciden con gran fuerza ideas, creencias y convicciones morales; por esta circunstancia, y para garantizar la imparcialidad en el juicio inherente a la función jurisdiccional, hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico.

En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la

³ "Derecho Civil - Personas", Jorge Arango Mejía, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1a. Edición, Santa fé de Bogotá D.C

disposición constitucional en virtud de la cual "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos", debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento.

Lo anterior, no implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana.

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

- En lo que atañe a las libertades de conciencia y de cultos, garantizadas por la Constitución Política, en los artículos 18 y 19, respectivamente, se anota que el ejercicio de los derechos dimanantes de estas libertades, tiene como límites no sólo la salvaguarda de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, elementos constitutivos del orden público, protegidos por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, sino el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus. Por consiguiente, bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, no es procedente legitimar conductas que conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de su gestación.

IX. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLE**, por las razones expuestas en esta providencia, el artículo 343 del Decreto 100 DE 1980, por el cual se expide el Código Penal Colombiano.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA
Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-133/94

DERECHO A LA VIDA-Protección/DERECHO A LA VIDA-Titularidad/NASCITURUS-Protección/DERECHOS DE LA MUJER (Salvamento de voto)

*La Corte no logra diferenciar la protección a la vida del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional. Cuestión diferente es la consagración del derecho fundamental a la vida, del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones. Lo anterior no significa que la vida humana, latente en las diferentes etapas del embarazo - cigoto, embrión, feto -, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio. El reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales - entre ellos el derecho a la vida - al **nasciturus**, presupone que el Estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Por esta vía, abiertamente censurable, el recurso a la personificación jurídica - en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural -, se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales, en razón de que el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrera al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada.*

PERSONA-Concepto/NASCITURUS-Concepto (Salvamento de voto)

*La licencia en el uso del lenguaje muestra la ambigüedad con que se emplea el vocablo **persona**, como sinónimo de individuo o de ser humano, de manera que se termina por dar igual tratamiento al no nacido que a las personas nacidas y titulares de derechos y obligaciones. El nasciturus no es una persona en sentido constitucional. La Constitución no hace al nasciturus sujeto de derechos. Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el nasciturus tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador.*

MUJER EMBARAZADA-Especial asistencia y protección del Estado (Salvamento de voto)

El artículo 43, que garantiza a la mujer protección especial durante el embarazo y después del parto, tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al fruto de la concepción. Tampoco la Corte, motu proprio,

está en libertad de reconocer dicho status al nasciturus, de manera que puedan ponerse a competir sin restricción ni medida los derechos del ser humano no nacido con los derechos de la mujer embarazada.

DERECHO A LA VIDA-Protección/ABORTO (Salvamento de voto)

El Estado está constitucionalmente legitimado para proteger el valor intrínseco de la vida humana, pero de ello no se desprende necesariamente que todas las personas deban aceptar restricciones desproporcionadas a sus derechos fundamentales. El Estado puede exigir que las decisiones acerca del aborto se adopten reflexivamente, en atención a la importancia del asunto. Sin embargo, para otros, el Estado está legitimado para ir más allá, y exigir de sus ciudadanos la obediencia de reglas y prácticas basadas en una determinada concepción de la vida - particularmente las relacionadas con su valor sagrado -. Mientras que la primera alternativa deja un espacio de libertad para tomar decisiones morales de manera que las personas asuman individualmente su responsabilidad, la segunda niega esta posibilidad y demanda un comportamiento que puede, incluso, ir en contra de sus convicciones morales. Juzgamos que sólo la primera opción armoniza con la filosofía pluralista que la Constitución consagra. El problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus - si es persona o no, si es sujeto de derechos e intereses o no - sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana.

LIBERTAD DE RELIGION/LIBERTAD DE CONCIENCIA (Salvamento de voto)

Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución.

DERECHO A LA AUTONOMIA PROCREATIVA (Salvamento de voto)

El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho constitucional queda condicionada a la protección del valor que se le asigne a la vida, según la creencia religiosa que se adopte. La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para

impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa. En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto -, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado. Para asegurar que la garantía constitucional de la libertad se extienda tanto a las mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades.

ABORTO/DERECHO A LA AUTONOMIA PROCREATIVA-Conflicto/NASCITURUS (Salvamento de voto)

*En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir. A partir del segundo trimestre, al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al **nasciturus**, salvo la presencia de derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad efectiva de subsistencia independiente del **nasciturus** -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida.*

ABORTO-Penalización (Salvamento de voto)

La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente.

DERECHO A VIVIR DIGNAMENTE (Salvamento de voto)

La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un

hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos - madre e hijo - a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana.

PRINCIPIO DE MINIMA INJERENCIA DEL ESTADO (Salvamento de voto)

En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación.

Marzo 17 de 1994

REF: Expediente D-386

ACTOR: Alexander Sochandamandou

Magistrado Ponente:

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Observaciones preliminares

Los suscritos magistrados compartimos la posición mayoritaria en el sentido de que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección a la vida humana. No obstante, discrepamos respetuosamente de la sentencia, pues ésta no contempla los casos en que la continuación del embarazo no constituye una conducta jurídica ni constitucionalmente exigible.

La Corporación ha debido declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 343 del Código Penal y la inexecutable del artículo 345 ídem., y no simplemente la constitucionalidad de la norma acusada, ya que la penalización **absoluta** del aborto, a nuestro juicio, es contraria a los preceptos constitucionales. Por otra parte, nuestra discrepancia con la parte motiva de la sentencia es tan profunda, que nos vemos en la necesidad de dejar planteadas, brevemente, las razones de nuestro disenso. Para ello hemos dividido el salvamento de voto en seis apartes, en los que se revisa la tesis de la mayoría y se exponen algunos argumentos en favor de la no penalización del aborto en determinadas circunstancias.

En primer término, se demostrará por qué la equiparación del no nacido a la persona humana, para efectos de hacerlo sujeto o titular de derechos fundamentales, es una tesis contradictoria y carente de fundamento

constitucional (parte I). En los siguientes apartes, se señala que la Corporación, al fijar el alcance de la protección que otorga al valor intrínseco de la vida humana, termina por desconocer los derechos fundamentales (parte II), particularmente las libertades de conciencia, de religión (parte III) y el derecho a la autonomía procreativa de la mujer (parte IV). En contra de la posición de la Corte, se deja enunciada la solución, que se considera la más acertada a la luz del texto constitucional, al difícil conflicto de derechos e intereses implícito en materia del aborto (parte V). Finalmente, se exponen algunas razones de política criminal que demuestran que la penalización absoluta del aborto no es el instrumento más idóneo, ni el más acertado, para la tutela de la vida humana.

I. Tesis que reconoce personalidad jurídica al no nacido

1. La sentencia subraya inicialmente la importancia del derecho fundamental a la vida - "sustrato ontológico de la existencia de los demás derechos" -, para luego afirmar que éste se reconoce a "todo individuo de la especie humana", cuya existencia comienza, según criterio metajurídico acogido por la Corte, desde el momento de su concepción.

Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida al **nasciturus**, por lo que "no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida".

2. La Corte no logra diferenciar la protección a la **vida** del **derecho fundamental a la vida** consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional (Preámbulo, artículo 2). Cuestión diferente es la consagración del **derecho fundamental a la vida** (CP art. 11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Lo anterior no significa que la **vida humana, latente** en las diferentes etapas del embarazo - cigoto, embrión, feto -, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio.

3. Cuando se dice que el feto es un "ser" o un "individuo humano" normalmente se quiere decir que su vida tiene un valor intrínseco por ser miembro del género humano y que, como tal, posee los mismos intereses y derechos morales que ordinariamente tiene una persona.

Si bien no puede negarse que el nasciturus sea organismo **viviente individual**, y que es **humano** en el sentido de pertenecer a la especie animal *homo sapiens*, de ello no se sigue que el feto tenga derechos e intereses del tipo que el Estado está en el deber de proteger respecto de las personas.

Esta errónea deducción, o salto conceptual, lleva a la Corporación a equiparar el aborto a un asesinato. En efecto, en la sentencia se afirma: "El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos". En este orden de ideas, quitarle voluntaria y premeditadamente la vida al producto de la concepción, constituiría homicidio. La licencia en el uso del lenguaje muestra la ambigüedad con que se emplea el vocablo **persona**, como sinónimo de individuo o de ser humano, de manera que se termina por dar igual tratamiento al no nacido que a las personas nacidas y titulares de derechos y obligaciones.

4. El **nasciturus** no es una persona en sentido constitucional. La Constitución no hace al **nasciturus** sujeto de derechos. Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el **nasciturus** tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador.

En la Convención Americana de derechos humanos o "Pacto de San José de Costa Rica" se estipula una protección " **en general** " al derecho a la vida y se prohíbe su privación **arbitraria**. Una correcta interpretación de la norma, a la luz del ordenamiento constitucional, lleva a concluir que, en principio, el derecho internacional protege la vida desde la concepción, pero permite, frente a determinadas circunstancias especiales - incesto, violación, malformaciones, peligro para la madre - la no penalización de la conducta, en atención también a la vida de la madre y a su dignidad.

El artículo 43, que garantiza a la mujer protección especial durante el embarazo y después del parto, tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al fruto de la concepción. Tampoco la Corte, **motu proprio**, está en libertad de reconocer dicho **status** al **nasciturus**, de manera que puedan ponerse a competir sin restricción ni medida los derechos del ser humano no nacido con los derechos de la mujer embarazada.

No obstante que el Estado tiene el poder de proteger la vida del feto de variadas formas, v.gr. penalizando la intención de un tercero de eliminarlo o impidiendo que queden en la impunidad los daños a él ocasionados, ello no significa que sea posible - ni imprescindible - considerarlo persona para efectos jurídicos.

5. El reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales - entre ellos el derecho a la vida - al **nasciturus**, presupone que el Estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Por esta vía, abiertamente censurable, el recurso a la personificación jurídica - en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural -, se convierte en un mecanismo de restricción de los

derechos fundamentales, en razón de que el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrera al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada.

6. Compartimos el criterio de que el Estado puede legítimamente brindar protección a los intereses del no nacido. De hecho, la Corte ha reconocido que el padre debe contribuir al pago de la atención médica durante el embarazo y en el momento del parto¹. Lo que rechazamos es que el Estado pueda apelar a tales intereses para limitar desproporcionadamente los derechos constitucionales de la mujer que, por diversas circunstancias, puede en estas condiciones verse obligada a soportar una carga no exigible jurídicamente.

II. Tesis del valor intrínseco de la vida y sus alcances

7. Si bien la Corte sostiene que la Constitución reconoce el derecho inviolable a la vida a quienes son personas, también expresa que la vida humana es un "valor esencial protegido por el ordenamiento", ya que el proceso de formación y desarrollo de la vida durante el embarazo es "condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre".

Quienes se oponen incondicionalmente al aborto estiman que la vida humana es intrínsecamente valiosa; de ahí que para ellos resulta inaceptable moral y jurídicamente poner término a una vida ya iniciada. Esta perspectiva no se basa en el reconocimiento del **nasciturus** como sujeto de derechos e intereses, sino en el valor intrínseco de la vida, a la que se le otorga un valor y un sentido determinado.

Aunque algunas vertientes del pensamiento comparten la idea de que la vida es un bien sagrado, no existe unanimidad en lo que atañe a su protección frente a circunstancias como la **violación**, el **incesto**, la **deformidad fetal** o el **riesgo potencial contra la propia vida de la madre**. Hay quienes consideran que ninguno de estos eventos justifica la práctica del aborto, ya que el carácter sacrosanto de la vida merece protección absoluta. Otros, en cambio, pese a reconocer el valor intrínseco de la vida, no extienden su protección hasta el grado de exigir el sacrificio de otros valores igualmente esenciales, como podrían ser **la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la mujer embarazada**. Las discrepancias en torno a la protección de la vida en potencia reflejan profundas diferencias en las visiones metafísicas sobre el valor y el sentido de la vida.

Por otra parte, existe consenso en que el aborto es una práctica moralmente problemática, que se justifica, según algunos, sólo si existen poderosas razones para proceder a realizarlo, entre ellas la necesidad de salvar la vida de la madre, en caso de incesto o violación o cuando el feto presenta serios problemas de malformación. Otros enfoques - como el sistema de indicaciones acuñado por la jurisprudencia constitucional alemana -, estiman que éste se justifica,

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 1993

además, si la carga que implica la maternidad para una mujer específica limita sus oportunidades hasta el punto de impedirle realizarse dignamente como ser humano, atendidas sus circunstancias económicas y sociales. Por último, la doctrina basada en la defensa del *right of privacy*, prohijado por la Corte Suprema Norteamericana² en el caso *Roe vs. Wade*, reconoce a la mujer el derecho a decidir, durante el primer trimestre del embarazo - sistema de plazos -, si desea llevarlo a su culminación o interrumpirlo, sin riesgo para su vida, acudiendo a los servicios médicos del Estado, con lo que se deja en libertad a la mujer para decidir sobre esta opción moral.

8. En contraposición a lo que supone la Corte, consideramos que el aspecto constitucional central en materia del aborto no se relaciona con el problema de la personalidad jurídica del **nasciturus**, sino con la pregunta sobre si el Estado puede legítimamente defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida.

El Estado está constitucionalmente legitimado para proteger el valor intrínseco de la vida humana, pero de ello no se desprende necesariamente que todas las personas deban aceptar restricciones desproporcionadas a sus derechos fundamentales. El Estado puede exigir que las decisiones acerca del aborto se adopten reflexivamente, en atención a la importancia del asunto. Sin embargo, para otros, el Estado está legitimado para ir más allá, y exigir de sus ciudadanos la obediencia de reglas y prácticas basadas en una determinada concepción de la vida - particularmente las relacionadas con su valor sagrado -. Mientras que la primera alternativa deja un espacio de libertad para tomar decisiones morales de manera que las personas asuman individualmente su responsabilidad, la segunda niega esta posibilidad y demanda un comportamiento que puede, incluso, ir en contra de sus convicciones morales. Juzgamos que sólo la primera opción armoniza con la filosofía pluralista que la Constitución consagra.

III. Vulneración de las libertades de conciencia y de religión

9. La Corte, implícitamente, adopta una concepción que reconoce el valor **sagrado** de la vida. No de otra forma se explica la protección **absoluta** que el fallo otorga a la vida en gestación, incluso por encima de los derechos fundamentales de las personas involucradas. El problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus - si es persona o no, si es sujeto de derechos e intereses o no - sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana. Una Constitución respetuosa de los derechos fundamentales de la persona humana niega al Estado el poder de determinar por sí mismo el sentido o el valor intrínseco de la vida humana. La tolerancia en materia religiosa caracteriza al Estado liberal, y es aquella la contrapartida genérica de la libertad.

² Sobre la materia pueden consultarse, entre otras, las obras de Ronald Dworkin "Life's Dominion", Alfred A. Knopf, New York, 1993 y la de Donald P. Judges "Hard Choices, Lost Voices", Ivan R. Dee, Chicago, 1993

10. La decisión mayoritaria difumina las fronteras entre Iglesia y Estado, adopta una determinada concepción religiosa del valor de la vida del no nacido y vulnera los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de religión. El esfuerzo por negar esta **toma de posición**, mediante la advertencia de que la Corte "hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico", pese a admitir que "en el problema del aborto inciden con gran fuerza ideas, creencias y convicciones morales", lejos de dirimir las dudas en torno a su neutralidad valorativa, contribuye a acentuarlas, lo que es todavía más manifiesto cuando advierte que, a su juicio, no existe vulneración de los derechos fundamentales de libertad de conciencia y de religión, ya que la "moralidad pública" forma parte del concepto de orden público, límite constitucional de los mencionados derechos.

Es indiscutible que el Estado puede exigir de sus ciudadanos que sean conscientes de la importancia moral de las decisiones sobre la vida y la muerte. Lo que no se puede es forzar a una persona a tomar una decisión determinada. La conexión entre la fe religiosa y las posiciones en torno al aborto no es accidental sino esencial. Estas se relacionan con concepciones más profundas como las relativas al origen y al sentido de la vida. Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución.

11. El hecho de que el aborto sea para algunos grupos religiosos sinónimo de homicidio, mientras que para otros constituya una práctica aceptable en ciertas circunstancias - en caso de malformación del feto, peligro para la vida de la madre, incesto, violación -, pone de presente que se trata de una materia esencialmente religiosa, que debe exigir de las autoridades públicas mantenerse al margen y ser respetuosas de las creencias personales.

La doctrina católica sostiene que el feto está dotado de alma desde la concepción por lo que es digno de protección jurídica, pese a que hasta época muy reciente³ se sostenía que el alma ingresaba al cuerpo en algún momento posterior a la concepción: cuarenta días para el hombre y ochenta para la mujer. Es así como para la misma doctrina católica el aborto no era, hasta el siglo pasado, sinónimo de homicidio sino una conducta que atentaba contra la obra de Dios. Por otra parte, el Estado no está autorizado para proteger lo que, de suyo, no tiene un interés propio, **con base en razones teológicas**.

IV. Vulneración del derecho a la autonomía procreativa

³ Sólo en 1869, el papa Pío IX suprimió la distinción medieval entre el feto dotado de alma y el inanimado, decretando que la animación por Dios se produce desde el momento de la concepción. Ruiz Miguel, Alfonso: El aborto: problemas constitucionales. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

12. La mayoría niega la existencia de un derecho a la autonomía procreativa con fundamento en los motivos que presuntamente animaron al Constituyente para no consagrar expresamente el derecho al aborto. Según la Corte, "en la Asamblea Nacional Constituyente unánimemente se desechó por inconveniente una propuesta, en el sentido de que la mujer es libre de elegir la opción de la maternidad conforme a la ley ... lo cual es indicativo de que el Constituyente no optó por la permisión del aborto y dejó en manos del Legislador regular los términos de su penalización".

Los presuntos motivos políticos de la inhibición del Constituyente, no son suficientes para excluir de manera radical el derecho a la autonomía procreativa. Del silencio constituyente no es posible deducir una voluntad unívoca en materia del aborto; lo único que puede inferirse es que se trata de una materia legislativa, sujeta desde luego a las normas, derechos y principios constitucionales.

El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho constitucional queda condicionada a la protección del valor que se le asigne a la vida, según la creencia religiosa que se adopte.

Pese a que la Corte asevera que la vida comienza desde la concepción, y que debe ser protegida desde ese mismo momento, se refiere al tema de los anticonceptivos, ignorando que algunos métodos actúan con posterioridad a la concepción - como el dispositivo intra-uterino (D.I.U.) -, en cuyo caso todas las personas que los emplean estarían incurso en una conducta punible. Insatisfecha o incómoda por la drasticidad de las consecuencias de su doctrina - el Estado debe proteger la vida desde la concepción -, la mayoría se apresura a dejar a salvo el uso de los anticonceptivos, contrariando de esta forma el principio que debería defender en aras de una mínima coherencia argumentativa: la protección de la vida desde la concepción.

13. La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa.

En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto -, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado.

Por otra parte, el embarazo y la maternidad inciden profundamente en la identidad de la mujer. Existe una poderosa creencia de que ser madre es natural y deseado y el renunciar a serlo supone una egoísta negación del instinto. No obstante, los estereotipos culturales han cambiado diametralmente con la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, por lo que igualmente debe aceptarse que ella goza de un derecho a la autodeterminación procreativa.

Para asegurar que la garantía constitucional de la libertad se extienda tanto a las mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades. Es necesario reconocer que, aunque darle vida a otro ser es algo singularmente significativo, existen mujeres que no lo desean, o que simplemente no se encuentran en condiciones de asumir esa responsabilidad. Negarles la libertad de decidir, mediante la tipificación penal absoluta, es causarles un perjuicio grave y desconocer su derecho a una vida digna - en términos materiales como corresponde al concepto de vida en el estado social de derecho - y autónoma.

V. Diferenciación de fases y sopesación de derechos e intereses

14. Según la sentencia, "(...) la concepción genera un tercer ser que existencialmente es diferente al de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada".

De este modo la Corte resuelve, **a priori** y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos que se genera por circunstancias diversas que desembocan en el embarazo de una mujer o que emergen durante su evolución - violación, incesto, malformación del feto, amenaza a la vida o a la salud de la madre -. La decisión de la mayoría es regresiva en relación con el método constitucional tradicionalmente seguido para la resolución de conflictos que se presentan frecuentemente entre derechos e intereses constitucionales.

Con el aborto no sólo está en juego la vida potencial o la esperanza de vida, sino, muchas veces, la propia vida de la madre, su salud, su libertad o su dignidad, derechos y valores que igualmente deben ser protegidos por el Estado.

El fallo de la Corte no trasciende la discusión sobre la personalidad moral del feto debido a la posición absolutista que adopta en torno al valor intrínseco de la vida. El interés del Estado y de la sociedad en el valor intrínseco de la vida justifica la protección brindada al no nacido, pero no mediante la desatención absoluta de los derechos de las personas existentes. La protección del no nacido, conforme a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas, en particular de la mujer embarazada, - solución gradualista o de plazos -, permite superar una decisión del tipo "todo o nada", que desconoce los derechos fundamentales.

15. Dos momentos - la capacidad de sentir y la viabilidad del feto - en el desarrollo del embarazo pueden servir de criterios materiales para efectuar la sopesación de los derechos e intereses del no nacido frente a los de terceras personas. La división del embarazo en trimestres no es arbitraria, pese a la dificultad de fijar con exactitud cada uno de los dos momentos. Sin embargo, ésta no sería razón suficiente para negar las evidentes diferencias entre el cigoto y el feto viable.

En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir.

A partir del segundo trimestre, al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al **nasciturus**, salvo la presencia de derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad efectiva de subsistencia independiente del **nasciturus** -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida.

VI. Razones de política criminal contra la penalización absoluta del aborto

16. El delito de aborto es quizás el delito que presenta las mayores cifras de clandestinidad. Se calcula que en Colombia se practican cerca de 300 mil abortos al año⁴, en diversas condiciones y acudiendo a instrumentos tales como la jeringa de Karman, la sonda, los cabos de cebolla, las agujas de tejer, los garfios contaminados, entre otros, que conducen a la muerte de un elevado número de mujeres o a lesiones irreversibles en su salud y en la del futuro niño.

La prohibición absoluta del aborto en el país contribuye a su práctica oculta apelando a métodos que ponen en grave peligro la vida de la mujer, víctima de una clara discriminación. En efecto, las mujeres con recursos económicos y con acceso a la educación pueden proveerse adecuadamente de métodos anticonceptivos y están en posibilidad, en último caso, de viajar al exterior con miras a realizar un aborto en un país que lo permita, mientras que las mujeres de pocos recursos se encuentran ante la disyuntiva de infringir la ley y someterse a un aborto en condiciones higiénicas y médicas deplorables, o de

⁴ Córdoba Angulo, Miguel: Aspectos jurídicos del delito de aborto. Revista Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. XII. N° 40, Enero-Abril 1990, Universidad Externado de Colombia, pág. 14.

soportar, la mayoría de la veces solas, la carga que implica el embarazo y la maternidad, ante la irresponsabilidad paterna y la desprotección del Estado.

17. La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente.

Se argumenta que el abstenerse de abortar es razonablemente exigible por cuanto existe otra alternativa, menos costosa y perjudicial para todos los involucrados, como la entrega en adopción del hijo no deseado. No obstante, este argumento parte de una afirmación discutible en la teoría y en la práctica. El presunto menor costo - entendido éste como el daño y el dolor causados - de la adopción, en contraste con el del aborto, parece quedar desvirtuado, y torna irreal la alternativa lícita de la adopción, cuando se toman en cuenta los sentimientos de pérdida y frustración de la madre. En la práctica, un alto porcentaje de los niños no deseados no se entrega en adopción, pero es rechazado por la madre biológica y por su entorno, y sometido a abandono y violencia en todas sus formas. La protección de la vida mediante la penalización del aborto, a lo sumo protege cuantitativamente la vida, no así su calidad y dignidad, a ella asociadas en el estado social de derecho.

Ni el Legislador, ni la Corte, deben olvidar las implicaciones futuras que para el niño no deseado tiene nacer bajo extremas condiciones adversas. La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos - madre e hijo - a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana. Estudios sociológicos indican que niños que han sido fruto de un embarazo indeseado presentan mayores problemas psicosociales durante su desarrollo - delincuencia, bajo rendimiento académico, desordenes nerviosos y psicosomáticos - que los hijos deseados.

18. En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación.

Un criterio moral útil para determinar las acciones inmorales ilícitas es el del daño a terceros, sugerido por el filósofo John Stuart Mill. Según esta teoría, no cabe imponer pautas morales externas a adultos que pueden autodeterminarse cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre, en el que el nasciturus no es víctima de dolor o

daño. Bajo esta perspectiva, el aborto sería equiparable a otras prácticas relacionadas con el fuero interno de las personas. Un argumento adicional en defensa de la pertinencia de esta tesis se refiere a que el aborto, en determinadas circunstancias temporales o modales, tendría por objeto evitar daños similares o mayores a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.

Por último, otra razón adicional contra la penalización absoluta del aborto se relaciona con su ineficacia. El número de abortos supera avasalladoramente el número de personas procesadas por este delito¹. En la realidad no existe una política criminal del Estado que persiga esta conducta. Los posibles motivos que explican este fenómeno son diversos. Se destacan, entre ellos, la aceptación de su práctica por diversos sectores sociales y la preferencia de la mujer a elegir el riesgo de la pena antes que las consecuencias del embarazo no deseado. La ineficacia de la tipificación se observa tanto en el precepto como en su sanción. La prohibición no se obedece; pero, además, es factible eludir la persecución penal. La ineficacia de un tipo penal, a largo plazo, puede implicar el deterioro de la legalidad y de la legitimidad del Estado.

Síntesis

19. Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida del **nasciturus**. La Corte equipara al no nacido a la persona humana y le otorga protección absoluta por ser expresión del valor de la vida. Estima que la vida humana es intrínsecamente valiosa por lo que resulta inaceptable moral y jurídicamente poner término a una vida ya iniciada. La mayoría niega la existencia de un derecho a la autonomía procreativa con fundamento en los motivos que pudo tener el Constituyente para no consagrar expresamente un derecho al aborto. Por último, la Corte resuelve, **a priori** y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos e intereses entre el nasciturus y la madre, que se genera por circunstancias diversas y variadas, como la violación, el incesto, la malformación del feto o la amenaza a la vida o a la salud de aquélla.

20. La tesis que otorga personalidad jurídica al feto es contradictoria e inaceptable. No es lógica ni jurídicamente posible ser titular de derechos fundamentales sin ostentar la calidad de persona o sujeto de derechos. La Corte, al atribuir al **nasciturus** el derecho fundamental a la vida, confunde la protección constitucional a la vida con el **derecho fundamental mismo**. Esta errónea deducción lleva a la Corporación a equiparar el aborto a un asesinato. Tampoco es acertada la interpretación a partir de normas legales para deducir la existencia de derechos constitucionales, porque ello equivale a invertir la jerarquía normativa.

El Estado no puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Tampoco puede

¹En 1980 el número de procesos iniciados por el delito de aborto fue 4.215; en 1981, 1.598; en 1985, 1.192; en 1990, 486 y en 1991, 324. Fuente: DANE - Estadísticas de Justicia 1971-1991.

apelar, sin suficientes razones, a intereses constitucionales valiosos para limitar desproporcionadamente los derechos constitucionales de la mujer. Un Estado que acoge como propia una especial concepción de la vida e impone, con base en ella, determinadas conductas, desconoce la libertad de pensamiento y de conciencia. Si, además, como en el caso colombiano, tales libertades, al lado de la autonomía, hacen parte de la Constitución, la incongruencia es evidente.

Los motivos políticos presuntamente tenidos en cuenta por el Constituyente para no consagrar el derecho a la libre opción de la maternidad, no son concluyentes para sostener que no existe un derecho a la autonomía procreativa. Del silencio, se reitera, no es posible deducir una voluntad unívoca en materia del aborto.

El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). El silencio constituyente, o su rechazo a una consagración explícita del derecho a elegir libremente la maternidad, no son razones suficientes para concluir que no existe el derecho a la autonomía procreativa.

La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios científicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa.

La decisión de la mayoría es regresiva en relación con el método constitucional para resolver conflictos que se presentan frecuentemente entre derechos e intereses constitucionales. La protección del no nacido conforme a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas, en particular de la mujer embarazada, - solución gradualista o de plazos -, permite superar una decisión del tipo "todo o nada", que termina por desconocer los derechos fundamentales. En cambio, la prohibición absoluta del aborto en el país contribuye a su práctica en la clandestinidad con métodos que ponen en grave peligro la vida de la mujer.

La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona. La adopción no es una alternativa realista para la madre que no desea el embarazo, ni la mejor solución para el futuro niño. La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir; es el poder vivir dignamente. Por otra parte, el Estado no debe imponer pautas externas a adultos cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre. El aborto, en determinadas circunstancias temporales o modales, permite evitar la ocurrencia de daños similares o mayores a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.

No escapa a los Magistrados que suscribimos este salvamento de voto que la sociedad y el Estado obran con una doble moral al ser complacientes y aceptar

la impunidad del aborto, pero, a la vez, pretender encubrir esa actitud con una drástica y absoluta penalización formal de dicha conducta, a sabiendas de que las mujeres, ayunas de su apoyo, se ven forzadas por circunstancias insuperables - violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre - a adoptar la decisión de abortar, justamente para aspirar a una vida digna.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado