

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/316439419>

La penalización absoluta del aborto como violación de derechos fundamentales: análisis de la C-647/01

Article · January 2000

CITATIONS

0

READS

30

1 author:



Julieta Lemaitre

University of los Andes

80 PUBLICATIONS 382 CITATIONS

SEE PROFILE

TUTELA

ACCIONES POPULARES Y DE CUMPLIMIENTO

BOGOTÁ • COLOMBIA – TARIFA POSTAL REDUCIDA N° 29 – ISSN 0124-6178 – TOMO II • N° 20 – AGOSTO 2001

ACCIÓN DE TUTELA

Corte Constitucional

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN

Definición de sus alcances

COMUNIDADES INDÍGENAS

Vías de hecho por desconocimiento de su jurisdicción

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Consejo de Estado

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Autorización para cortar los servicios sin que se hayan resuelto los recursos de vía gubernativa

ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO

Consejo de Estado

VENEDORES AMBULANTES

El apropiarse del espacio público lesiona tanto los derechos individuales como los colectivos

DOCTRINA

LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

“Observatorio de Justicia Constitucional”—Universidad de los Andes

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES



104250070438



Bogotá - México D.F. - Buenos Aires - Santiago - Caracas - Lima



FUNDADORES: Tito Livio Caldas, Alberto Silva,
Miguel Enrique Caldas

PRESIDENTE: Juan Alberto Castro Flórez

UNIDAD DE NEGOCIO EDITORIAL

Gerente: Andrés Chaves Pinzón

Directora Editorial: Martha Helena Penen Lastra



Directora: Ligia González Chaves

Comité Editorial: Consuelo Sarria Olcos, Jaime Vidal Perdomo,
Diego Younes Moreno, José Vicente Barreto Rodríguez, Julio Roberto Cepeda Tarazona, Juan Manuel Charria Segura, Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

Unidad de Investigación Jurídica: Edgar Simbaqueva Vásquez.

ISSN: 0124-6178

© Derechos reservados a favor de Legis Editores S.A.

© Copyright. Legis Editores S.A.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio reprográfico, mecánico, magnético, electrónico o digital, o por cualquier sistema de almacenamiento y recuperación informática y en general por cualquier otro medio conocido o por conocer, con fines de lucro directos o indirectos, sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos.

Queda prohibida de igual modo su comunicación pública, transformación, distribución, alquiler, préstamo público o importación de los ejemplares originales u originales copias que tengan como objetivo un fin de lucro directo o indirecto.

Sede: Avenida Eldorado 81-10, Bogotá.

Apartado Aéreo N° 98888.

Conmutador: 425 5255. 410 0899 Fax: 425 5300.

Tienda virtual Legis: www.legis.com.co

E-Mail: esimbaqueva@legis.com.co - sciente@legis.com.co

Suscripciones y ejemplares sueltos: El valor de la suscripción anual es de \$ 130.000 y US\$ 150 para el exterior. El ejemplar suelto vale \$ 25.000. El suscriptor que solicite ejemplares sueltos tendrá un descuento del 25% si hace su pedido en Bogotá al teléfono 425 52 00 y fuera de Bogotá al 9800 512001 ó 9800 512101.

Ventas y renovación de suscripciones:

BOGOTÁ

Av. Eldorado N° 81-10. Tel.: 425 5255, 410 0899 Fax: 425 5300
www.legis.com.co

BARRANQUILLA

Tel.: 349 1345, Fax: 349 2471. E-Mail: barranquilla@legis.com.co

BUCARAMANGA

Tel.: 643 2028, Fax: 647 9253. E-Mail: bucaramanga@legis.com.co

CALI

Tel.: 667 2600, Fax: 661 7666. E-Mail: cali@legis.com.co

IBAGUÉ

Tel.: 266 7000, Fax: 264 6176. E-Mail: ibapos@legis.com.co

MEDELLÍN

Tel.: 361 3131, Fax: 361 0395. E-Mail: medellin@legis.com.co

PEREIRA

Tel.: 325 7979, Fax: 335 7801. E-Mail: pereira@legis.com.co

Estimado lector:

La revista mensual "TUTELA ACCIONES POPULARES Y DE CUMPLIMIENTO" incluye en cada número el texto completo o el extracto de las providencias relacionadas con el tema. Las entidades de origen son la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y tribunales de las distintas jurisdicciones. Con los pronunciamientos de los tribunales aspiramos a dar especial acogida al desarrollo de la jurisprudencia de las regiones.

Secciones.- La revista abarca las siguientes secciones: 1. Jurisprudencia de Tutela. 2. Jurisprudencia de Acciones de Cumplimiento. 3. Jurisprudencia de Acciones Populares. 4. Doctrina. 5. Normativa.

En la sección "Doctrina" se transcriben análisis de autores, profesores y novedades internacionales.

En la sección "Normativa" se transcriben las disposiciones legales sobre cada una de las acciones.

• **Manejo de textos.-** En ningún caso se cambian las palabras utilizadas por las corporaciones en el texto de sus providencias. Por ello su transcripción es plenamente confiable.

• **Notas de pie de página.-** Mediante éstas se reproducen las citas legales que sean necesarias para comprender mejor el contenido de las providencias.

• **Índices.-** Los amplios índices informativos de cada número y el completo índice anual, clasificados, facilitan la consulta rápida de las providencias.

• **Anualidad.-** La suscripción comprende 12 números al año para formar un tomo; además una fina pasta para colección que se entrega sin costo adicional. Cuando el abonado renueve su suscripción recibirá la nueva pasta para cada año.

• **Suscripción.-** Esta revista se vende por suscripción anual, contados doce números desde cualquier mes del año.

• **Reemplazo de números extraviados.-** Esta es una publicación mensual. Si su ejemplar no le ha llegado antes de la cuarta semana de cada mes, solicítelo sin costo alguno. Pasado este término se cobrará como ejemplar suelto.

DOCTRINA

LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES:

Un análisis de la Sentencia C-647 de 2001

Julietta Lemaitre

Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

La Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento acoge en este número la colaboración del "Observatorio de Justicia Constitucional" de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes. Este es un grupo de profesores que se reúne para estudiar las sentencias de la Corte Constitucional que despiertan mayor interés. Al observatorio lo anima el deseo de ir más allá del análisis del resultado de las sentencias, y examinar el contenido de la doctri-

na, las razones que la justifican y los procesos decisivos y argumentativos. El propósito final es explorar las razones esgrimidas por la Corte Constitucional al justificar la parte resolutive de sus fallos y colocarlos en perspectiva, compararlos con los motivos esbozados en otras sentencias y analizar el significado histórico para nuestro derecho constitucional.

Queda a la consideración de nuestros suscriptores, el siguiente análisis.



La nueva Corte Constitucional estrenó uno de los temas más controversiales en materia de derechos fundamentales: el aborto. La C-647 de 2001⁽¹⁾ examinó la exequibilidad del aparte del nuevo Código Penal según el cual el juez puede no imponer la pena por aborto a la mujer violada o de otra forma embarazada en contra de su voluntad. La Corte no sólo declaró el párrafo constitucional, sino que además lo hizo desde un punto de vista estrictamente secular. En este sentido ya es un viraje respecto de los dos fallos anteriores. Dos de los magistrados salvaron el voto, con argumentos en la misma

línea de las dos primeras sentencias del aborto, pero sin citar autoridades religiosas.

Quizá lo más interesante, sin embargo, no es la sentencia sino la aclaración de voto, firmada por 4 de los 9 magistrados⁽²⁾. Mientras que la sentencia no hace ponderación de derechos, la aclaración sí lo hace, dándole primacía a los derechos de las mujeres, en ciertas circunstan-

(1) Corte Constitucional. Sentencia C-647/01. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

(2) En este caso hay que tener en cuenta también que dos magistrados, Luis Eduardo Montealegre Lynett y Jaime Córdoba Triviño no participaron, ya que se declararon impedidos, por haber participado en el proceso de elaboración del Código Penal. Los magistrados firmantes de la aclaración de voto son: Manuel José Cepeda, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas y Jaime Araújo Rentería.

cias, sobre su obligación de llevar a término el embarazo. La aclaración de voto permite pensar que existe la posibilidad de interponer una tutela para que en ciertos casos se permita el aborto, o incluso, que una demanda de inconstitucionalidad del artículo que penaliza el aborto de manera absoluta, tendría una buena acogida.

Antecedentes

A principios del año 2000 el horizonte de la situación del aborto no parecía presentar ninguna novedad. Colombia era uno de los pocos países del mundo en los que el aborto se penaliza bajo toda circunstancia. Como sucede en casi todos los países donde es así, hay un alto índice de aborto per cápita⁽³⁾, y el aborto era la segunda causa de mortalidad materna⁽⁴⁾.

El horizonte legal tampoco prometía cambios. La reforma Constitucional de 1991 no había tocado el tema del aborto en ningún sentido: ni para consagrar que la vida empezaba en la concepción, ni para establecer que las mujeres tenían un derecho fundamental a decidir sobre la maternidad, aunque se propusieron ambas redacciones en la Asamblea Constituyente⁽⁵⁾. La ley penal continuaba siendo la misma ley represiva del Código de 1980, que consideraba

que el aborto era delito en cualquier circunstancia⁽⁶⁾.

Desde su instalación en 1992, la Corte Constitucional había declarado en dos ocasiones la constitucionalidad de la penalización absoluta del aborto. Estos fallos dividieron profundamente a la Corte: mientras que la mayoría apoyó la penalización de manera absoluta, citando dos encíclicas papales, la minoría señaló una crasa violación de los derechos de las mujeres y del principio de separación de Iglesia y Estado.

Así, en la C-133 de 1994⁽⁷⁾ la mayoría declaró constitucional la penalización del aborto. Al hacerlo, dijo que: "la vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa y por su estado de indefensión". Por lo tanto, el derecho a la vida implica una tutela jurídica del Estado durante todo el proceso biológico desde la concepción. La Corte brevemente ponderó los derechos de la mujer, concluyendo que el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia y libertad de cultos está limitado por el derecho del nasciturus a la vida.

El salvamento de voto, firmado por el ala "progresiva" de la primera Corte —Cifuentes, Gaviria y Martínez—, criticó duramente la posición mayoritaria. Para los disidentes, la Corte no logró diferenciar la protección a la vida, en el caso del embrión, del derecho la vida, que sólo tiene la persona humana una vez nacida. Para los disidentes la penalización del aborto debe comprender una ponderación de los derechos afectados, que varían según las circuns-

(3) En 1994 era de 3.37 por cada 100 mujeres en edad fértil. Ver: Alan Guttmacher Institute. *Aborto Clandestino: una realidad latinoamericana*. AGL, New York, 1994.

(4) Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Colombia, 1999*. www.cidh.oas.org.

(5) El activismo de los y las defensores de derechos humanos se concentró en otros temas, resultado artículos como el que dió pie para la ley de cuotas, el que permitió el divorcio civil del matrimonio católico y el fin del concordato, y el que estableció la protección especial a la mujer embarazada y a la mujer cabeza de familia. En los corredores se decía que era o el divorcio, o el aborto, por que los constituyentes no se les medían a ambos. Ver: Motta Cristina y otros. *Observatorio Legal de la Mujer. El Legado de la Constitución. Estudios ocasionales CIJUS*. Universidad de los Andes- Dirección de Equidad para la Mujer. Bogotá, 1998.

(6) A pesar de que había habido una reforma promovida por activistas de derechos humanos (L. 360/97), esta reforma se concentró en el aumento de las penas de los delitos sexuales y cambios en su tipificación que se compadecieran de una concepción más actual de los derechos humanos. Por ejemplo, el bien jurídico tutelado pasó de ser el pudor sexual a ser la libertad y la dignidad, y se aumentaron las penas de manera que no quedarán excarcelables los actos sexuales abusivos.

(7) Corte Constitucional. Sentencia C-133/94. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

tancias. La penalización absoluta —sin considerar ni las circunstancias en las que se inició el embarazo, ni el momento de la gestación— impone una restricción inconstitucional sobre los derechos de autonomía procreativa, vida digna y libertad de conciencia.

Tres años más tarde en la C-013 de 1997⁽⁸⁾ la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad de la atenuación de la pena en caso de acceso carnal violento o de inseminación artificial no consentida. Una vez más la Corte declaró que el artículo era constitucional, considerando que el legislador tiene la facultad de atenuar las penas. Sin embargo al hacerlo insistió en que la vida empieza en la concepción⁽⁹⁾, y que esta vida es un límite al ejercicio de los derechos de las mujeres a decidir sobre el embarazo. Además dijo que el aborto es repudiable, y debe ser penalizado. En su sustento, acudió al Papa Pablo VI en su encíclica *Humana Vitae* para señalar que la mujer no puede disponer del fruto de la concepción, y al Papa Juan Pablo II en *Evangelium Vitae* para destacar los derechos humanos del óvulo fecundado.

Una vez más los mismos magistrados salvaron el voto, estableciendo, en esencia, el mismo salvamento, con algunas adiciones en las cuales se denuncia la ingerencia indebida de las creencias religiosas de los magistrados. Los disidentes insisten en que "La Corte no puede fundamentar un fallo de constitucionalidad en una creencia o credo religioso, por más adherentes que dicha creencia o credo pueda tener en el país".

Con estos antecedentes en mente, en 1999 diferentes organismos internacionales de derechos humanos denunciaron el menoscabo de los derechos de la mujer por la penalización abso-

luta del aborto. Por una parte la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en 1997, resultó en el informe especial sobre Colombia de 1999. Allí la CIDH recalcó el problema de salud que constituye los abortos clandestinos, causa del 23% de las muertes maternas en Colombia⁽¹⁰⁾. Por otra parte el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ante el informe presentado por Colombia en 1999, recomendó al Gobierno tomar medidas para derogar la ley que penaliza de forma absoluta el aborto, ya que constituye una violación de los derechos de las mujeres a la salud y a la vida, así como de la convención de la mujer⁽¹¹⁾.

A pesar de estas denuncias, el nuevo proyecto de Código Penal que estaba en curso en el Congreso a principio del año 2000 no tenía cambios significativos en lo que respecta al aborto, y todo parecía indicar que en el futuro inmediato, nada iba a cambiar. Y efectivamente el Código pasó tal cual por los debates en Cámara y Senado.

(8) Corte Constitucional. Sentencia C-013/97. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

(9) En ocasiones la Corte dice fecundación en lugar de concepción, un absurdo biológico puesto que en la fecundación ni siquiera hay embarazo, ya que muchas veces el óvulo fecundado no se anida en el útero.

(11) Dijo en esta ocasión el comité: "El comité observa con gran preocupación que el aborto, segunda causa de mortalidad materna en Colombia es sancionado como conducta ilegal. No se permite excepción alguna a la prohibición del aborto, ni aun cuando esté en peligro la vida de la madre o cuando tenga por objeto salvaguardar su salud física y mental o en caso de violación. Preocupa también al comité el hecho de que las mujeres que soliciten tratamiento por haberse sometido a un aborto, las que recurran al aborto ilegal, así como el médico que las atiende serán objeto de enjuiciamiento penal. El comité considera que esta disposición jurídica relativa al aborto constituye no sólo una violación de los derechos de la mujer a la salud y a la vida sino también una violación del artículo 12 de la convención. El comité solicita al Gobierno de Colombia que evalúe la posibilidad de tomar medidas de manera inmediata para derogar esa ley". Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: Colombia 04/02/99.A/54/38, páginas 337-401 (Concluding Observations/Comments) <http://www.unhchr.ch/fbs/doc.nsf/>.

(10) Comisión Interamericana, *Ibíd.*

Sin embargo, a mediados de año, cuando salió el nuevo Código Penal, quedó incluida una nueva disposición desconocida para las personas que habíamos seguido los debates. En el artículo del aborto la Comisión de conciliación había incluido un párrafo según el cual, en caso que abortara una mujer violada, el juez podía no aplicarle la pena si había circunstancias "extraordinarias" de motivación.

Este párrafo consagra una forma de despenalización del aborto en casos de violación. Sin embargo hay que tener muy en cuenta que no es una despenalización legal, sino una despenalización sujeta al criterio del juez penal, que estudia la motivación de la mujer caso por caso. Pero en todo caso, es un paso en la dirección correcta, hacia la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

Parecía entonces que algo sí iba a cambiar con el milenio en la penalización del aborto, así fuera un poco.

La sentencia.

No demoró en haber una demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo citado, demanda a la que la Corte le dio curso en diciembre del año 2000. La demanda de inconstitucionalidad recoge lo que había sido la jurisprudencia de la Corte en las dos sentencias anteriores: primero, que existe vida humana desde la concepción; segundo, que el producto de la concepción tiene derechos fundamentales; y tercero, que la despenalización del aborto es una violación del derecho a la vida. La demanda hace un llamado a la ley divina y cita el *Evangelium Vitae* de Juan Pablo Segundo, la misma encíclica citada por la Corte en la sentencia del 97.

Sin embargo en esta ocasión estos argumentos fueron recibidos de otra manera. Desde la intervención de la fiscalía y la procuraduría se nota un cambio de tono: de entrada, el Fiscal dice que "los puntos de vista de tipo moral o religioso no son compatibles con el análisis de constitucionalidad". El procurador a su vez recalca que "el Ministerio Público considera im-

pertinente introducir en el debate *sub examine* aspectos de carácter teológico", y que "el debate se debe realizar a la luz de los lineamientos consagrados en el Estatuto Fundamental" y no "de los documentos emitidos por quien es la cabeza visible de una determinada religión".

La sentencia de la Corte a su vez refleja esta secularización del debate sobre el aborto. No sólo la Corte no menciona elementos de carácter religioso, sino que ni siquiera entra a hacer una ponderación de derechos, terreno minado por las dos anteriores sentencias. Para la nueva Corte el problema jurídico se refiere a la potestad del juez para excluir de la pena al acusado. Las consideraciones son de derecho penal constitucional, y la pregunta es por las facultades del juez al imponer la pena.

La Corte no debate entonces los derechos involucrados. La única explicación que da para ello es decir que se encuentra limitada a analizar la constitucionalidad del párrafo demandado, y que este párrafo lo que hace es facultar al juez el otorgar la exclusión de la pena. Ignora entonces la Corte el tipo de argumentos que presenta la demanda (derecho a la vida; necesidad de la pena; inmoralidad del aborto), y asume una posición en la cual no importa el delito del que se esté hablando, el problema jurídico relevante es la posibilidad de exclusión de la pena, y la facultad del legislador para otorgarle este poder al juez.

La sentencia sostiene el principio de libertad del legislador para imponer las penas a las conductas que considere punibles. No menciona si en particular en el tema del aborto el legislador no podría despenalizar la conducta, como sí lo hizo por ejemplo la sentencia de 1997 sobre el aborto⁽¹²⁾.

La secularización al considerar el tema del aborto indica una actitud de la nueva Corte que es más madura y menos apasionada que la an-

(12) Ello inspiró la aclaración de voto de Antonio Barrera en el sentido que el legislador, a su juicio, podría penalizar o despenalizar el aborto.

terior. Se asume en un tema tan controversial como el del aborto, la importancia de defender el Estado de Derecho de acuerdo a la Constitución, **independiente de las convicciones íntimas de los jueces**. Los argumentos son argumentos técnicos, de la disciplina del derecho penal. La forma como limita el problema jurídico a un problema de exclusión de la pena, y se circunscribe al parágrafo demandado, muestra mesura y autocontrol. Por último, remite la competencia principal en este tema al Congreso de la República, terminando la sentencia con la siguiente frase:

"Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales políticas y culturales, establecer una causal personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa..."

Dos magistrados salvaron su voto: Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil. El salvamento es elaborado por Monroy Cabra, y Escobar Gil se adiciona al el mismo. El salvamento en primer lugar considera que el artículo demandado goza de vicios de forma, ya que fue introducido en la Comisión de Conciliación sin haber sido debatido ni en la Cámara ni en el Senado. Monroy Cabra sostiene que aún si no ha sido demandado por ello, la Corte puede y debe declarar el vicio de forma. Además el magistrado considera que la exclusión de la pena está redactada en forma indeterminada, y que al hacerlo disminuye la protección a la vida, y cita el aparte de la segunda sentencia sobre el aborto en el que la Corte dice que no puede entenderse que "la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune".

Pero al parecer, a pesar del salvamento, la nueva Corte en esta sentencia tiene una nueva actitud, más secular y más técnica que las anteriores. Lo más interesante de este fallo no es sin embargo la sentencia en sí misma, ni el salvamento de voto firmado por un solo magistrado, sino la aclaración de voto firmada por cuatro de los nueve magistrados, lo cual sin duda trae recuerdos del famoso 4-5 que dividiera a la pri-

mera Corte Constitucional en varios fallos controversiales.

La aclaración de voto.

La aclaración de voto se hace necesaria para darle a los magistrados la oportunidad de hacer lo que la mayoría no quiso hacer: una ponderación de derechos, en la línea más tradicional de lo que ha sido el debate sobre el aborto en las últimas décadas. Mucho se ha escrito en América y en Europa sobre este tema, que enfrenta el derecho de las mujeres a la intimidad y a la libertad procreativa, con el derecho que se le adscribe al producto de la concepción en sus diferentes etapas de desarrollo, de cigoto a feto⁽¹³⁾. Para los magistrados, las circunstancias extraordinarias de motivación de las que habla el parágrafo, varían según el momento de la gestación. Antes de formarse el sistema nervioso central, la violación es suficiente circunstancia extraordinaria de motivación; después de esta etapa, hacen falta otras causales, como puede ser el ser sujeto de un experimento genético.

Así, sin citar ni a ninguna corte extranjera, ni a los organismos internacionales, ni a los tratados ni documentos internacionales relevantes, ni siquiera a la anterior jurisprudencia de la Corte, la aclaración de voto hace una ponderación de derechos.

Quizá el punto más notable de la aclaración, una aclaración de voto que recalco es definitiva por incluir a cuatro de los nueve magistrados, es que **valora los derechos de la mujer por encima de su obligación de llevar a término el embarazo**. En este sentido la aclaración de voto se emparenta con los salvamentos de voto de las anteriores sentencias. Claro que para la aclaración esta primacía no es absoluta pues depende, por una parte, de las circunstancias en las cuales la mujer quedó embarazada, y por otra, del tiempo de desarrollo de embarazo.

(13) Ver los artículos y libros referenciados en la bibliografía de este artículo para una introducción al debate.

En la aclaración de voto los magistrados empiezan y terminan insistiendo en la naturaleza secular tanto del fallo como de su oficio, separando el mismo de sus convicciones personales y su conciencia como ciudadanos. De esta sólo podemos deducir que, si bien todos o algunos de los magistrados firmantes de la aclaración pueden en su fuero íntimo repudiar el aborto, todos consideran que estas convicciones no pueden ser impuestas a sus conciudadanos en un Estado donde prima la libertad de conciencia.

En el fondo, ello implica una separación del momento en que la iglesia católica considera que empieza la vida de un ser humano con plenos derechos, y el momento en que el Estado colombiano, laico y democrático, lo considera. Si para la iglesia católica, como para algunas Iglesias de otras denominaciones, el alma anima al ser humano desde el momento en que se forma el cigoto⁽¹⁴⁾, para una ética laica y democrática, las consideraciones son otras. Los magistrados son representantes de este Estado y no de sus congregaciones religiosas, lo que los distancia de los magistrados que en la sentencia anterior citaran al Papa.

El segundo punto de vital importancia en la aclaración de voto, y que le acerca más a los salvamentos de las sentencias precedentes que a las sentencias mismas, es la consideración sobre el papel del legislador: dice el salvamento que el legislador puede tanto castigar el aborto como prescindir del castigo. Esta afirmación es matizada en la discusión: primero, el legislador no puede permitir el aborto en cualquier caso, ya que consideran los magistrados que una vez el feto es viable (es decir, una vez puede tener vida independiente de la madre) no se puede permitir el aborto salvo para salvar la vida de la madre, ya que la Constitución "no

sólo protege la vida de las personas, sino también la del feto."

La selección de las palabras en esta frase es bastante diciente, ya que la aclaración de voto está diciendo, primero, que el feto no es persona y segundo, que se protege la vida del feto. En lo que se refiere a que el feto no es persona, está poniéndose del mismo lado del salvamento de voto de las anteriores sentencias, uno de cuyos puntos principales era precisamente que los magistrados de la mayoría le otorgaban derechos al producto de la concepción como si fuera una persona, siendo que aún no lo era. Pero aquí los magistrados de la aclaración están de acuerdo: no es una persona. Segundo, la aclaración habla de la protección de la vida del feto, no del embrión ni del producto de la concepción, distinción importante que implica que la ponderación de derechos depende del momento de la gestación. En efecto, la misma aclaración dice que el paso de embrión a feto ocurre en la novena semana de gestación, o sea, no es feto, con protección constitucional, desde la concepción. Parece entonces que los magistrados de la aclaración, sin decirlo directamente están todo el tiempo insistiendo en que la penalización absoluta del aborto es una violación de los derechos fundamentales de las mujeres.

La aclaración incluso insiste en que el legislador no sólo puede, sino debe, considerar la ponderación de los derechos de las mujeres al legislar sobre la forma como se penaliza el aborto. El legislador no podría despenalizar el aborto en cualquier etapa del embarazo, pero tampoco, con la penalización, "desconocer de manera absoluta el derecho a la dignidad humana, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la intimidad, y el derecho a la libertad de conciencia así como otros derechos de la mujer embarazada, como su derecho a la vida, a la integridad y a la igualdad".

La aclaración es particularmente clara en lo que concierne a los derechos de la mujer cuyo embarazo es producto de una violación o de cualquier otra forma de abuso: "(n)adie, ni aún

(14) Hasta el siglo XIX, la iglesia católica no consideraba que el aborto fuera pecado mortal; incluso hoy no es un dogma infalible. Para una discusión del debate teológico en torno al aborto, ver: Hurst, Jane. La historia de las ideas sobre el aborto en la iglesia católica: lo que no fue contado. Católicas por el derecho a decidir. Montevideo, 1992.

el órgano legislativo, tiene que requerirle a las mujeres el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales garantizados".

Parecería que los magistrados fueran a dirigirse hacia la evaluación de la constitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, pero ahí se detienen insistiendo en que en este caso se pronuncian sólo sobre el artículo demandado, y que le compete al legislador decidir en qué casos no se impone la pena, teniendo en cuenta los derechos constitucionales y una vez más mencionando que este es un estado no-confesional. Aquí, sin embargo, queda la duda: ¿sería aplicable una ponderación similar a la mujer cuyo embarazo no es producto de la fuerza?

Evitando esta pregunta, los magistrados aclarantes de voto hacen una ponderación de los derechos involucrados en el aparte demandado. Es decir, se limitan a ponderar los derechos de la mujer embarazada que aborta el producto de una violación o acto sexual, inseminación artificial no consentida o transferencia de óvulo fecundado no consentida. Estos derechos son: la dignidad, la intimidad y autonomía, la libertad de conciencia, y en menor medida la vida, integridad física y salud, sobre todo cuando el aborto se practica en condiciones clandestinas y sin higiene.

Al considerar el derecho de la mujer a la dignidad dice la aclaración: no se puede tratar a las mujeres como un "simple instrumento de reproducción", porque "el principio de dignidad humana es gravemente vulnerado ...cuando la mujer es instrumentalizada para satisfacer los impulsos del violador..." Pero no sólo entonces se desconoce el derecho: "(t)ambién se desconoce su dignidad como ser humano cuando el legislador le impone a la mujeres, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear".

El segundo derecho ponderado en la aclaración de voto es el de la intimidad, relacionado con la autonomía individual. Este derecho pri-

mero es violentado en el acceso carnal violento, la inseminación artificial no consentida o la transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento. Y si el abusador ignoró la autonomía y la intimidad de la mujer, dice la aclaración, no puede hacerlo así el legislador, ya que el embarazo no suspende la autonomía "ni autoriza al legislador para imponerle un modelo de vida" ni el embarazo autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada, para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción de su propia vida". Queda claro que para los magistrados que aclaran el voto, el Estado no puede obligar a la mujer a procrear siempre.

El tercer derecho que tiene en consideración es el de la libertad de conciencia, donde se menciona que cada persona es libre de dar un valor particular a la concepción y el embarazo, acorde con su conciencia y sus creencias religiosas.

En esta medida, las creencias de un grupo no pueden ser impuestas a todos los ciudadanos.

Por último, en la ponderación se tienen cuenta que en ocasiones el obligar a una mujer a llevar a término el embarazo puede ir en contra de sus derechos a la integridad física y la salud, sobre todo cuando se practica en condiciones de clandestinidad y falta de higiene. Y, dice la aclaración, a la luz de esta ponderación de derechos, el inciso demandado no sólo es constitucional, sino que además cumple el fin imperioso de salvaguardar los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres.

Aquí vienen a mente las discusiones que se han dado en otros foros definiendo la penalización absoluta del aborto como una imposición del embarazo y la maternidad forzada. Habría embarazo forzado en todas aquellas ocasiones en que las mujeres quedan embarazadas sin su voluntad, no sólo por violencia sino por falta de información, falta de acceso a los métodos de planificación familiar, falla de los métodos, y por otras formas de presión que no están comprendidas en el delito de acceso carnal violento

pero que sí anulan la voluntad, como estar en una relación abusiva, por ejemplo. Innumerables defensores de los derechos humanos han insistido en que la maternidad es un derecho y no un deber, el fruto de una decisión personal y privada que implica el compromiso individual de asumir la maternidad. No es consecuente con los derechos de una ciudadana que el poder estatal la obligue a llevar a término y dar a luz un hijo, sin que sea decisión libre y autónoma aceptar el embarazo que seguramente significará un cambio radical en la propia vida⁽¹⁵⁾.

Además de la ponderación de derechos que determina la constitucionalidad del párrafo demandado, la aclaración resuelve un par de problemas jurídicos que tienen que ver con la interpretación que hace el juez penal al aplicar la exclusión de la pena. El primero se refiere a cómo debe ser interpretada la frase "condiciones anormales de motivación". El segundo, se refiere a si se le aplica o no la pena al médico que practica el aborto de la mujer eximida de la pena.

Para resolver el problema de en qué consisten las condiciones anormales de motivación, los magistrados introducen el criterio temporal en la ponderación de derechos, ya que consideran que dichas circunstancias no siempre hacen posible la exclusión de la pena. Dicha exclusión sólo se puede otorgar cuando el aborto se realiza en las primeras semanas de embarazo (criterio temporal) ya que una vez el feto es viable, la protección de su vida prevalece sobre los derechos de la mujer, y sería difícil determinar qué circunstancias extraordinarias podrían permitir la no aplicación de la pena. Aquí se insinúa que en general, antes de la viabilidad y/o antes de la formación del sistema nervioso central (los dos criterios de temporalidad introdu-

cidos) la valoración de los derechos de la mujer es superior a los de los derechos del producto de la concepción; no así después.

Dicen los magistrados una vez más, que la mujer "no puede ser obligada a procrear, ni sujeto de sanción penal, por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las circunstancias de su violación o subyugación".

En lo que se refiere al segundo problema jurídico, aquí dicen los magistrados que mal podría el juez en justicia excluir de la pena a la mujer que se practica el aborto "en circunstancias anormales de motivación" y luego de haber sido violada o abusada, y penalizar al médico que la asiste. Hacerlo, dicen, sería condenar a la mujer a buscar un aborto inseguro, practicado por una persona que no sea profesional, y que pondría en peligro probablemente su vida, su salud y su integridad personal.

Las posibilidades que abre esta sentencia.

En conclusión la nueva sentencia sobre el aborto es un verdadero viraje en el precedente constitucional. En primer lugar, la sentencia en sí misma tiene un énfasis nuevo en la secularización de la decisión y la autonomía del legislador.

Ello constituye una marcada diferencia con unas sentencias que habían adoptado conceptos abiertamente católicos. En segundo lugar la nueva sentencia se limita a hacer un análisis de la institución de la exclusión de la pena, sin hacer una ponderación de derechos, lo cual deja la posibilidad abierta para un viraje en la jurisprudencia constitucional que declaró la exequibilidad de la penalización absoluta.

Por su parte la aclaración de voto es una aclaración importante por cuanto casi cuenta con la mayoría de la corporación. Se continúa en la aclaración con la insistencia en la secularización de la decisión, pero se hace además una ponderación de derechos que valora los derechos fundamentales de la mujer y que los coloca en ocasiones por encima de los del producto

(15) Ver: Klein, Laura. "Cómo pensar el aborto terapéutico". En: Foro para los Derechos Reproductivos. Aborto no punible: concurso de ensayo "peligro para la vida y salud de la madre". Foro para los Derechos Reproductivos, Buenos Aires, 1997.

de la concepción, como en el caso de la mujer en el primer trimestre de embarazo cuyo embarazo es producto de una violación u otra forma de abuso. Es un poco menos claro, pero posible, que esto se extienda a cualquier mujer antes de la formación del sistema nervioso central del embrión.

En el caso de la mujer cuyo embarazo es producto de acceso carnal violento u otra forma de violencia, los magistrados aclarantes intiman que no sólo están de acuerdo con la exclusión de la pena, sino que podemos estar frente a una conducta que no es culpable. La aclaración de voto, como los salvamentos de las primeras dos sentencias del aborto, considera que exigirle a una mujer que lleve a término el embarazo en estas circunstancias es casi pedirle un acto heroico —algo que no es exigible por parte del Estado, y que por lo tanto exime de culpabilidad.

La pregunta que se sigue a la lectura de esta sentencia es: si para la nueva Corte hay circunstancias en las que la penalización del aborto va en contra de los derechos fundamentales de las mujeres involucradas ¿no es entonces necesario interponer acciones para proteger dichos derechos? La primera posibilidad sería interponer una acción de inconstitucionalidad en contra de todo el artículo, por penalizar el aborto bajo todas las circunstancias. Sin embargo en caso de premura, ¿existiría la posibilidad de interponer una tutela para garantizar estos derechos fundamentales? Creo que en ciertos casos, sí debe proceder la tutela.

Hay un caso en el que es evidente que es posible interponer una tutela, y es el caso de un proveedor médico que se niegue a practicar el aborto para salvar la vida de la madre. Si bien no hay antecedentes nacionales para ello, debería proceder una tutela en este sentido incluso antes de la presente sentencia, ya que lo contrario (no proteger la vida de la madre para favorecer la del feto) sería tanto como afirmar que existe la obligación constitucional de morir para que otro viva.

Otro caso en el que es muy probable que prospere una tutela, por lo menos ante los magistra-

dos aclarantes, es el caso de una mujer violada que estando en el primer trimestre del embarazo, solicite el derecho de hacerse un aborto. En efecto, si los magistrados que aclaran el voto han dicho que va en contra de los derechos fundamentales de la mujer exigirle llevar a término el embarazo producto de una violación, es lógico que prospere una tutela en este sentido.

Una tercera puerta de consideración que abre la aclaración de voto es si cualquier mujer podría, estando en primer trimestre de embarazo, pedir la protección de sus derechos fundamentales e interponer una tutela que le permita abortar. La pregunta es si se considera que el Estado no puede obligar a llevar a término el embarazo a ninguna mujer antes del primer trimestre, o si ello es así sólo respecto a aquellas mujeres que han sido violentadas. En varias de las consideraciones de la aclaración de voto, como hemos visto, parecería que los derechos de la mujer priman antes de la formación del sistema nervioso central, independientemente de la causa del embarazo.

En todo caso esta aclaración de voto puede estar anunciando una segunda Corte Constitucional más clara en la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres, y más enfática en la separación de iglesia y Estado —independientemente de las convicciones íntimas de sus magistrados. En ello estarían respondiendo a una práctica social generalizada que genera un grave problema de salud pública, y al sentir de las aproximadamente 400.000 mujeres y sus parejas que cada año optan por interrumpir un embarazo por que, sea delito o pecado mortal, definitivamente no quieren o no pueden llevarlo a término. Quizá esta sea la Corte que les diga que su decisión, en principio, no le concierne al Estado, y que su encarcelamiento, en general, no es necesario para la sociedad.

Bibliografía secundaria

Alan Guttmacher Institute. *Aborto Clandestino: Una Realidad Latinoamericana*. AGI, New York, 1994.

Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas y Demus. **Mujeres del Mundo: Leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas. América Latina y el Caribe. Suplemento 2000.** Lima, 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Derechos Humanos en Colombia: Tercer Informe de la CIDH.** Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 1999.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: Colombia 04/02/99.A /54/38, páginas 337-401 (Concluding Observations/Comments) <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>.

Cook, Rebecca. "International Human Rights and Women's Reproductive Health".

En: Peters, Julie y Wolper, Andrea, editoras. **Women's Rights, Human Rights: international feminist perspectives.** Routledge, New York, 1995.

Chiarotti, Susana, Marian García y Gloria Schuster. "El embarazo forzado y el aborto terapéutico en el marco de los derechos humanos". En: Foro para los Derechos Reproductivos. **Aborto no punible: concurso de ensayo "peligro para la vida y salud de la madre".** Foro para los Derechos Reproductivos, Buenos Aires, 1997.

Hurst, Jane. La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica: lo que no fue contado. Católicas por el derecho a decidir. Montevideo, 1992.

Hurtado, José. "Aborto y Constitución" en: **Derecho Humanos de las Mujeres.** Manuela Ramos y Unifem. Lima, 1996.

Klein, Laura. "Cómo pensar el aborto terapéutico". En: Foro para los Derechos Reproductivos. **Aborto no punible: concurso de ensayo "peligro para la vida y salud de la madre".** Foro para los Derechos Reproductivos, Buenos Aires, 1997.

Motta, Cristina. "El aborto como asunto constitucional: una crítica feminista" en **Derecho Constitucional, Perspectivas Críticas.** Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999.

Motta Cristina y otros. Observatorio Legal de la Mujer. El Legado de la Constitución. Estudios ocasionales CIJUS. Universidad de los Andes—Dirección de Equidad para la Mujer. Bogotá, 1998.

Profamilia. **Salud Sexual y Reproductiva en Colombia: Encuesta Nacional de Demografía y Salud.** Profamilia, Bogotá, 2000.

Villanueva, Rocío. "El aborto, un conflicto de derechos humanos" en: **Derechos Humanos de las Mujeres.** Manuela Ramos y Unifem. Lima, 1996.

Wills, María Emma. **Los Viajes de Feminismo en Colombia 1980-1999.** Pontificia Universidad Católica del Perú Cuadernos de Estudios Sociales. Lima, 2000.

Zamudio Lucero, Rubiano Norma y Wartenberg Lucy. "El impacto demográfico del aborto inducido en Colombia" en: **Impactos Demográficos y Psicosociales del Aborto.** Universidad Externado de Colombia-Encuentro de investigadores sobre aborto inducido en América Latina y el Caribe. Bogotá, 1994.

Índice Alfabético/Informativo

	Págs.
ACCIÓN DE TUTELA	
CORTE CONSTITUCIONAL	
SALA PLENA	
Copropietarios morosos.—Servicios de administración que se les pueden suspender.—Reglas jurisprudenciales cuando hay suspensión de algunos servicios de administración en conjuntos de vivienda.—Sentencia SU-509 de mayo 17/2001	1387
SALA SEGUNDA DE REVISIÓN	
Universidades.—Autonomía universitaria en el proceso de elección de sus directivas.—Derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.—Sentencia T-525 de mayo 18/2001	1402
SALA TERCERA DE REVISIÓN	
Enfermos de VIH o Sida.—Entrega de medicamentos.—La falta de cotización de las semanas exigidas por ley como argumento para negar la prestación del servicio de salud.—Sentencia T-523 de mayo 18/2001	1415
Mecanismos de participación.—Definición de los alcances.—Cabildos y foros cívicos.—Democracia participativa.—Libertad de expresión, regulaciones de tiempo, modo y lugar.—Sentencia T-637 de junio 15/2001	1421
SALA CUARTA DE REVISIÓN	
Derecho al trabajo.—Diferencias entre la interpretación constitucional y la legal.—Procedencia de la acción de tutela contra particulares.—El trabajo como derecho fundamental.—Sentencia T-611 de junio 8/2001	1451
Reformatio in pejus.—Su proscripción como límite del poder punitivo del Estado.—Principio de la doble instancia.—Vía de hecho por su desconocimiento.—Sentencia T-533 de mayo 21/2001	1438
SALA QUINTA DE REVISIÓN	
Derecho de petición.—Para el reconocimiento y pago de pensión de jubilación.—Derecho al pago oportuno de la pensión.—Sentencia T-476 de mayo 7/2001	1462
Sistema Upac.—Los deudores pueden solicitar rescisión por lesión enorme.—El derecho de petición ante entidades financieras.—Derecho fundamental al Hábeas Data.—Sentencia T-578 de junio 1º/2001	1469
SALA SEXTA DE REVISIÓN	
Asociación sindical.—Violación por supresión de cargos de personas afiliadas a un sindicato.—Legitimación por activa de la organización sindical.—Bloque de constitucionalidad	

Págs.

en materia de derechos de asociación y sindicalización.—Jurisprudencia sobre despidos colectivos.—Sentencia T-474 de mayo 7/2001 1479

Comunidades indígenas.—Vía de hecho por desconocimiento de su jurisdicción.—Bloque de constitucionalidad.—Sentencia T-606 de junio 7/2001 1498

SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN

Salarios.—Exoneración legal del pago durante el período de huelga.—Jurisprudencia en materia de huelga y extensión al paro.—Sentencia T-471 de mayo 3/2001 1514

SALA NOVENA DE REVISIÓN

Carrera administrativa.—Indemnización para empleados públicos cuyos cargos sean suprimidos.—Libertad de asociación sindical.—Término para interponer la tutela.—Sentencia T-601 de junio 7/2001 1523

TRIBUNALES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARMENIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso Penal.—Violación y desconocimiento del debido proceso.—Acceso a la administración de justicia.—Vías de hecho.—Sentencia de junio 12/2001, radicación 002-2001-0010-00 del grupo 4 1536

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

Entidades promotoras de salud.—Obligación de suministrar medicamentos cuando estén de por medio los derechos a la vida y a la salud.—Servicio público de salud.—Contrato de seguro.—Sentencia de mayo 17/2001, expediente 20010001 1547

Comercializadores de alimentos.—La acción de tutela no procede por incumplimiento de disposiciones sanitarias.—Diferencia entre sanciones sanitarias y medidas sanitarias.—Protección al derecho colectivo de la salubridad pública.—Sentencia de mayo 23/2001, radicación 0358 1552

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Empresas prestadoras de servicios públicos.—Autorización para cortar los servicios sin que se hayan resuelto los recursos de vía gubernativa.—Elementos constitutivos del per-

	Págs.
juicio irremediable.—Sentencia de marzo 22/2001, radicación ACU-76001-23-31-000-2000-3043-01	1557

ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Vendedores ambulantes. —Al apropiarse del espacio público lesionan tanto los derechos individuales como los colectivos.—Finalidad de las acciones populares.—Bienes de uso público.—Sentencia de mayo 4/2001, radicación 25000-23-26-000-2000-0199-01	1564
--	------

DOCTRINA

La penalización absoluta del aborto como violación de derechos fundamentales: un análisis de la Sentencia C-647/01. Por el "Observatorio de Justicia Constitucional" – Universidad de los Andes	1569
--	------

Visite nuestros
portales LEGIS
y reciba información
especializada

www.LEGIS.com.co

LEGISnet
financiero.com

LEGISCOMEX.com

LIBERLEGIS.COM



Click@mpleo.com

@directorios
LEGIS.com

el pupitre
com

GESTION
Humana.com

losConstructores.com
El punto de encuentro de la construcción

RegistroMédico.com

www.ICONOMM.com

LEGIS
CONTODAS LAS DE LA LEY

49 años de experiencia en productos y servicios
para empresarios y profesionales

Somos los primeros en tecnología para entregar
información especializada

• Hojas Sustituibles • CD Rom • Internet

• Códigos Básicos • Eruditos Prácticos

• Literatura Jurídica • Guías y Cartillas

• Revistas

e-mail:e-legis@legis.com.co

