INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL QUE DESPENALIZO EN ALGUNOS CASOS EL DELITO DE
ABORTO

RAFAEL FRANCISCO URIBE ESCOBAR

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACIÓN EN FILOSOFÍA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL QUE DESPENALIZO EN ALGUNOS CASOS EL DELITO DE
ABORTO

RAFAEL FRANCISCO URIBE ESCOBAR

Trabajo de grado para optar al título de
Especialista en Filosofía del Derecho

Ph. Dr. Alonso Silva Rojas
Docente Escuela de Filosofía
Director

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFÍA
ESPECIALIZACIÓN EN FILOSOFÍA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	9
1. BIOLÓGICAMENTE EN QUE MOMENTO COMIENZA LA VIDA HUMANA	9
2. EL ABORTO	12
3. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL	15
4. FUNDAMENTOS JURIDICOS EN QUE SE BASO LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA DESPENALIZAR PARCIALMENTE EL ABORTO	20
4.1. Inexistencia Material o formal con respecto a las decisiones previas adoptadas por la Corte Constitucional	20
4.2. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado Colombiano y su diferencia con el Derecho a la vida	22
4.3. La vida y los Tratados Internacionales humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad	22
4.4. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política de Colombia y en el derecho Internacional	23
4.5. Límites a la potestad configurativa del Legislador en materia penal	25
4.6. La cuestión del aborto en el derecho comparado	28
4.7. El caso Colombiano. Sentencia C-355/06	29
4.8. Inexequibilidad de la expresión “o en mujer menor de 14 años” del artículo 123 del Código Penal	31
4.9. Inexequibilidad de la norma contenida en el Artículo 124 del Código Penal	32
4.10 Constitucionalidad del numeral séptimo del Artículo 32	

del Código Penal	32
5. RAZONES JURIDICAS QUE EXPLICAN PORQUE CONSIDERO INCONSTITUCIONAL LA SENTENCIA C-355 DEL 2006 QUE DESPENALIZO PARCIALMENTE EL ABORTO EN COLOMBIA	32
6. CONCEPTO ETICO, RELIGIOSO Y FILOSOFICO EN CONTRA DEL ABORTO	43
BIBLIOGRAFIA	49

RESUMEN

TITULO: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE DESPENALIZO EN ALGUNOS CASOS EL DELITO DE ABORTO.*

AUTOR: RAFAEL FRANCISCO URIBE ESCOBAR**

PALABRAS CLAVES: Derecho Penal, aborto, derecho a la vida.

CONTENIDO: Este trabajo analiza la sentencia C-355 del 10 de marzo de 2006 de la cual fueron Magistrados Ponentes los Doctores JAIME ARAUJO RENTERIA y CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, y por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, así como el artículo 122 del mismo Código, en el entendido que no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en los tres siguientes casos:

1. Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer certificada por un médico, (embarazo terapéutico); 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, (embarazo eutanásico); y, 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de incesto, de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidos, (embarazo como resultado de la comisión de un delito).

En el caso en cuestión no puede la Corte optar por uno u otro derecho pues el nasciturus es persona y tanto su derecho a la vida como el derecho a la vida de la madre se encuentran al mismo nivel.

Este trabajo concluye que el aborto no puede ser legal en ninguna situación en que se encuentre la madre, pues nadie puede tomar la vida de una persona y el feto es persona. El respeto a la vida es un mandato de Dios y ningún hombre puede estar por encima de la ley de Dios.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director Ph. Dr. Alonso Silva Rojas.

ABSTRACT

TITLE: THE NON CONSTITUTIONALITY OF THE CONSTITUTIONAL REVIEW OF CRIMINAL LAW ABOUT ABORTION*

AUTHOR: RAFAEL FRANCISCO URIBE ESCOBAR**

KEY WORDS: Criminal law, abortion, life's right.

CONTENT: This paper analyze the judicial decision or sentence C-355 10/03/2006 from the Constitutional Court review the constitutionality of art. 32-7 from Colombian Criminal Law and the article 122 ib. The decision expounded that the abortion is not crime when the pregnancy interruption is caused by a woman's decision in three cases:

1. When pregnancy is a risk for life or health of mother, if this condition has been certificated by a medical doctor (therapeutic); 2. When phetos has malformation and life is not possible, (euthanasic); y, 3. when pregnancy has been the result of a incestuost relation, rape or an sexual act without consent, abusive or artificial insemination or a transfer of a fecund egg without consent, (pregnancy as result of the comition of a criminal act).

In this case, the Court cannot take the option for one or another right, one o r another person, because the nasciturus is person and his right to live is in the same level as the right of the mother to live.

This paper conclude that the abortion can't be right whatever the situation of the mother, for no one can't take the life of a person and a phetus is a person. Respect for life is a law of God and no man is over God legislation.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Director Ph. Dr. Alonso Silva Rojas.

INTRODUCCION

Entrando en materia he de tener en cuenta que mediante sentencia C-355 del 10 de marzo de 2006 de la cual fueron Magistrados Ponentes los Doctores JAIME ARAUJO RENTERIA y CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, así como el artículo 122 del mismo Código, en el entendido que no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produce en los tres siguientes casos:

1. Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer certificada por un médico, (embarazo terapéutico); 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, (embarazo eutanásico); y, 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de incesto, de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidos, (embarazo como resultado de la comisión de un delito).

Así mismo esta sentencia declaró inexecutable la construcción gramatical “..... o en mujer menor de 14 años....” Vertida en el artículo 123 del C.P.; declarando también inexecutable las circunstancias de atenuación punitiva estatuidas en el artículo 124 del mismo Código, junto con su párrafo.

1. BIOLOGICAMENTE EN QUE MOMENTO COMIENZA LA VIDA HUMANA

Toda célula viva procede de una célula viva preexistente.

La célula es unidad elemental anatómica y funcional de los seres vivos. Estructuralmente está envuelta por la membrana citoplasmática que rodea el citoplasma, el cual entre otras estructuras contiene la membrana nuclear que cubre el núcleo donde se encuentran los cromosomas que vistos al microscopio tienen forma de bastoncillos, estos contienen los genes, que están constituidos por moléculas de ácido desoxirribonucleico - DNA - , que constituyen las unidades básicas de la herencia, conteniendo las características hereditarias de cada individuo.

Cada célula humana contiene 23 pares de cromosomas, de ellos 22 pares constituyen los autónomos y el otro par, constituye el par sexual, XY para el hombre y XX para la mujer.

De la unión de un óvulo (gameto femenino) y un espermatozoide (gameto masculino) se desarrolla un ser humano.

Mediante un proceso denominado meiosis se reduce el número diploide ($2N$) de cromosomas de uno y otro gameto a la mitad (N), dando como resultado dos espermatozoides y dos óvulos que contienen un número haploide de cromosomas (Esto es 23 en lugar de 23 pares).

El óvulo se encuentra recubierto por la zona pelúcida, la cual debe ser atravesada por el espermatozoide la cual debe ser atravesada por el espermatozoide para que se produzca la fecundación, uniendo así sus cromosomas a los del óvulo recuperando así el número diploide de cromosomas (23 pares). El cigoto o cigote así formado, célula viva totalmente diferenciada de todas las células de la madre, es la que a través de una serie evolutiva de transformaciones va a desarrollar un ser humano con todas sus potencialidades; repito totalmente diferente en su

estructura anatómica, fisiológica, y en su personalidad a la de los padres de donde procede.

Posteriormente el cigoto sufre una serie de divisiones mitóticas.: 2, 4, 6, 8, 16, 32, 64, 128, llegando a conformar una estructura sólida llamada morula, la cual se dirige al útero. En el seno de la morula aparece una cavidad formando una esfera llena de líquido, conociendo la estructura ahora formada como blastocisto, que es la que va a implantarse o a anidar, en la mucosa o paredes del endometrio, en el útero, el cual a través de complejos procesos hormonales ya se ha venido preparando para recibirlo.

La pared de la cavidad del blastocisto está formada por una delgada capa de células, el trofoblasto, que se engruesa en un punto llamado el embrioblasto, el que a través de un mensaje químico estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario (residuo que queda después de la salida de cada óvulo) para suspender la ovulación y el ciclo menstrual de la madre haciendo que la matriz se mantenga nutrida, y evitando hasta el final del embarazo que la madre pueda de nuevo concebir.

Producidos estos cambios, a los pocos días de fecundado, se le llama embrión y pasa por un proceso de diferenciación celular formado tejidos especializados, órganos y sistemas a partir de las tres capas germinales: ectodermo, mesodermo y endodermo, llegando a llamársele feto cuando está todo completo, faltándole solo desarrollarse, esto es crecer, aumentar de peso.

El nacimiento de un ser humano es un estadio o etapa del desarrollo, no es el comienzo de la vida, pues esta comenzó desde el momento de la fecundación, que retuvo ocurrencia en el tercio medio de las trompas uterinas .

El niño se diferencia del feto porque ya no está en el útero, porque obtiene el oxígeno de manera autónoma e independiente y porque al poco tiempo de haber visto la luz del mundo debe alimentarse del pecho materno o por otro medio si ello no es posible.

Al nacimiento sigue la niñez, a esta la adolescencia, luego viene la juventud seguida de la edad madura para llegar a la senectud y finalmente a la muerte que cierra el ciclo vital del ser humano.

Todo esto brevemente resumido nos lleva a concluir que la vida del ser humano se inicia cuando se forma el cigoto, en el momento de la concepción, al funcionar los cromosomas del padre con los de la madre, creando un ser único, irrepetible e inconfundible. Así se puede decir que la vida humana comienza en el instante de la concepción y prosigue constantemente su desarrollo ya dentro o ya fuera del claustro materno hasta el momento inexorable de la muerte.

2. EL ABORTO

Entiéndase por aborto la expulsión dolosa, esto es con pleno conocimiento y voluntad del producto de la concepción, antes que éste esté en condiciones de vivir por fuera del claustro materno.

En obstetricia se entiende por aborto “la interrupción del embarazo antes del término inferior de viabilidad”.¹, esto es la expulsión del producto de la concepción dentro de los términos comprendidos entre la formación del cigoto y el término en que el feto es viable, es decir que pueda vivir en el mundo exterior fuera del útero, que es por término medio de lo orden de los seis a siete meses, aunque hoy por

¹ URIBE GUALLA, Guillermo. “Medicina Legal y Psiquiatría Forense”. Ed. Temis , Bogotá, 1941. 3ª edición .pág. 323

los avances científicos y tecnológicos se lo puede hacer viable a las veintidós semanas de gestación.

En Medicina Legal se entiende por aborto: “ la terminación violenta de un embarazo, independientemente del tiempo de gestación,”².

El aborto desde el punto de vista jurídico penal es definido como “ la interrupción violenta y voluntaria del proceso de gestación”.³, con muerte del indefenso ser en formación, esto por cuanto éste aún no reúne todavía, en el momento de la expulsión del claustro materno condiciones de viabilidad para vivir fuera de él.

Según sea el aborto podemos clasificarlo en espontáneo o natural y provocado; este último a su vez podemos subdividirlo en clandestino, legalizado, eugenésico, eutanásico terapéutico, demográfico y socio – económico.

El aborto espontáneo natural, reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como aborto indirecto puede ocurrir por alguna enfermedad de la madre o del hijo en gestación o, por cualquier accidente involuntario. Cuando él se presenta nadie tuvo intención ni deseo de producirlo, aún en ciertos casos se presenta intentando salvar la vida del no nacido y/o de la madre. Esta clase de aborto no es punible.

Por el contrario en el aborto provocado alguien plenamente conciente asume la intención de interrumpir el desarrollo de la vida en el claustro materno, vida que aún no es viable fuera de él, produciendo a consecuencia de ello la muerte del gestante.

² GIRALDO G., César A., “Manual de Medicina Legal”. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1975, página 323.

³ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. “Delitos contra la Vida y la Integridad Personal” Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, 1ª, edición. Pag. 277

Esta clase de aborto que se practica con pleno conocimiento y voluntad debe ser en todo caso punible, pues por lo ya enunciado en los párrafos precedentes se trata de un homicidio, toda vez que se suprime la vida de una persona humana que se desarrolla en el útero, la cual en ese momento aún no es viable fuera de él.

Llamase aborto clandestino, el provocado por cualquier persona particular, pudiendo ejecutarlo personal médico o paramédico. En el se desafían las leyes de un estado que lo prohíbe o limita.

El aborto legal es el que se realiza bajo la tutela o amparo de la ley de un estado en donde se encuentra legalizada su práctica. Se lleva a término bajo la supervisión y control de las autoridades sanitarias en hospitales o clínicas por personal médico y/o paramédico especializado por lo que puede decirse que es un aborto aséptico.

El aborto eugenésico al que también pudiéramos dar el calificativo de aborto por piedad es el provocado para evitar que un ser humano nazca con enfermedades incurables, deformantes, degenerativas, incapacitantes, detectada por médicos especialistas en la materia e incluso por un equipo médico interdisciplinario, para evitar el nacimiento de personas con defectos físicos o mentales que los hagan sufrir yendo contra su derecho a la calidad de una vida digna, no sometida a torturas; evitando así mismo que estas personas se constituyan en unas cargas para su familia y para la sociedad.

El aborto eutanásico es según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la despenalización del aborto como el que se produce cuando existe graves formaciones del feto que hacen inviable su vida, esta clase de aborto debe ser certificada por un médico.

Conocese como aborto terapéutico el llevado a efecto para salvar la vida de la madre cuando esta se encuentra en grave e eminente peligro de muerte o para mejorar su estado de salud física o mental.

El aborto demográfico tiene como finalidad controlar el desmesurado crecimiento de la población.

El aborto socio económico es el realizado debido a las precarias condiciones de pobreza, la extrema miseria, la falta de comida, educación, higiene, salubridad, vivienda, desempleo, falta de justicia, ignorancia sexual, abandono de la mujer embarazada por parte del padre, incomprensión de la familia que rechaza un embarazo ilegítimo, el machismo, la destrucción del hogar, el incesto, la violencia carnal, el embarazo no deseado.

3. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL:

La línea jurisprudencial sobre el tema del aborto se inicia con la sentencia T-179/93 proferida para proteger a una mujer de bajos recursos, que se encuentra en embarazo, que pedía auxilio económico para los gastos que se avecinaba. En esta sentencia indica la Corte Constitucional que la vida se inicia desde el momento de la concepción. Para hacer esta afirmación cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1992, que en su artículo 4º, numeral primero estatuye: “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” y cita también la convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991, que en su

preámbulo consagra: “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”.

En el plano interno cita los artículos 4 y 5 del Decreto 2732 de 1989 (Código del Menor) que textualmente dice: “Todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del estado garantizar su supervivencia y desarrollo” y, “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”.

A partir de este momento se suscita una discusión jurídica en torno a los conceptos de vida como valor constitucional y de vida como derecho.

Posteriormente viene la sentencia C-133/94 que estudia la constitucionalidad de los artículos que consagran el delito de aborto a la luz de la Constitución de 1991, señalando que hay vida humana independiente desde el mismo momento de la concepción, que el nasciturus (el que está por nacer) debe ser y es sujeto de protección constitucional por parte del estado y que él como poseedor del derecho fundamental a la vida es persona, sujeto de derechos capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Luego profiere la sentencia C-013 de 1997 con base en la demanda de inconstitucionalidad que se presentó entre los artículos del Código Penal, que atenúan los delitos de aborto, abandono del hijo y muerte del hijo producto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida.

La Corte Constitucional en esta sentencia considera que el derecho fundamental a la vida es un derecho absoluto que en ningún caso, ni por ninguna causa puede ser desconocido, derecho base para que los demás derechos se puedan detentar,

y que de entrar en conflicto con algún o algunos de los otros derechos consagrados en la Constitución prima sobre los demás desde el mismo momento de la concepción. Sin embargo esta afirmación la desbarata poco tiempo después con la sentencia C-239 /97 referente al homicidio por piedad en donde de derecho absoluto pasa a relativizarlo, señalando que por tanto el garantizarlo encuentra límites en la decisión de los individuos en lo relacionado con los asuntos que solo a ellos atañe.

Habla también en esta sentencia la Corte Constitucional de la protección constitucional de que es objeto el nasciturus por ser titular del derecho fundamental a la vida, toda vez que es persona humana desde el momento de la concepción. Condena el aborto como un acto reprochable en si mismo, y se pronuncia sobre el derecho de la mujer frente a una fecundación no deseada o, en el caso de la embarazada como consecuencia de un delito afirmando que el derecho del así concebido en uno u otro caso prima sobre los derechos de la madre, lo que equivale pedirle a ella un acto heroico en defensa del derecho a la vida planteamiento que no sostiene ya en la sentencia C-239 /97.

En la sentencia C-591/95 que analiza la constitucionalidad de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil que regulan la existencia legal de la persona, estableciendo que ella comienza en el momento del nacimiento; y, la vida, en el momento de la concepción es forzoso concluir que se es persona, desde el momento del nacimiento. Con esta afirmación se contradice con la sentencia C-013/97.

Viene luego la sentencia T-233/98 en la que la Corte Constitucional reafirma lo dicho en sus pronunciamientos anteriores, esto es, que por se el nasciturus persona de la especie humana es sujeto de derechos y obligaciones para todo cuanto le favorezca, sometido a la condición suspensiva que la criatura nazca

viva, no debiendo pasar por alto que los derechos fundamentales del nasciturus son exigibles desde el momento mismo de la fecundación.

La sentencia T-373/98 reconoce la protección que la Constitución da a la mujer embarazada en el preámbulo y en los artículos 2, 11 y 44 de la misma con fundamento en que ella es gestadora de vida.

La sentencia T-727/05 continua en la misma línea jurisprudencial, derivando todas sus prerrogativas del hecho de la maternidad.

En la sentencia T-501/04 continua haciendo énfasis en la importancia de defender los derechos fundamentales del que está por nacer; se protegen los derechos de la mujer embarazada durante y después del embarazo, se propende por la búsqueda de la consecución de la igualdad real y efectiva entre los dos géneros y se protegen los derechos de la familia como célula básica de la sociedad.

Mediante las sentencias C-647/01 y C-1300/05 la Corte Constitucional empieza a dar los primeros pasos hacia una despenalización parcial del aborto.

En la primera de las últimas mencionadas cree la Corte que la única forma de proteger el derecho a la vida de un nasciturus es mediante una legislación penal que castigue el aborto, debiendo consagrar ciertos excepciones para casos particulares. Sin embargo, no se pronuncia de fondo por considerar que se encuentra limitada para analizar la demanda presentada únicamente contra el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, toda vez, que el no resulta violatorio de las normas constitucionales, ya que la norma tiene en cuenta el estado de necesidad y las situaciones en que se puede encontrar la abortante, pudiendo según la norma prescindir el operador judicial de su aplicación.

Quienes en esta sentencia salvaron voto, consideran el derecho a la vida como un derecho absoluto, exigible desde el mismo momento de la concepción por lo que si se hubiera prescindido de la aplicación de la pena, quedaría en desprotección dicho derecho.

Luego entran a analizar la ponderación entre el derecho fundamental a a la vida del nasciturus y el derecho fundamental a la vida de la madre, haciendo un juicio de proporcionalidad entre los derechos que se violan a la mujer cuando se le prohíbe abortar, habiendo sido el fruto de su embarazo consecuencia de un delito y, el derecho a la vida del nasciturus violentado con el aborto. Concluyendo que se debe respetar el derecho a la vida del nasciturus pues éste está en mayor jerarquía en este caso, sobre los derechos de la mujer.

Quienes aclaran voto protegen el derecho a la vida del nasciturus porque él es objeto de protección y además relativizan el derecho absoluto a la vida, porque según ellos hay situaciones en que este puede ceder frente a una especial situación de la madre como sería en el caso de defender su derecho fundamental a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía, a la libertad de conciencia y a la integridad física.

La sentencia C-1300/05 no aporta consideraciones nuevas.

Después de todo esto vio la luz la sentencia C-355 del 10 de mayo fe 2006, con ponencia de los Doctores CLARA INES VARGAS HERNANDEZ y JAIME ARAUJO RENTERIA, sentencia de la que salvaron voto los Doctores MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL.

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS EN QUE SE BASO LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA DESPENALIZAR PARCIALMENTE EL ABORTO

4.1. INEXISTENCIA MATERIAL O FORMAL CON RESPECTO A LAS DECISIONES PREVIAS ADOPTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Del primer aspecto que se ocupó la alta Corporación fue de aclarar la inexistencia de cosa juzgada formal o material con respecto a las decisiones anteriores tomadas por ella, puesto que “no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez”, por lo cual tuvo que acudir no solo a su tenor literal sino al contexto jurídico en el cual se encuentra insertada.

Del estudio de la demanda presentada por la Abogada MONICA DEL PILAR ROA LOPEZ y de las demandas presentadas por PABLO JARAMILLO VALENCIA, MARCELO ABADIA CUBILLOS, JUANA DAVILA SAENZ, Y LAURA PORRAS SANTILLANA la Corte Constitucional concluye que lo resuelto en decisiones anteriores no ha hecho tránsito a cosa juzgada material o formal toda vez que lo pedido se encuentra dentro de un contexto socio – económico y cultural diverso al que se presentaba cuando se tomaron las decisiones anteriores; en consecuencia al resolver esta demanda no se presenta la cosa juzgada formal ni tampoco la cosa juzgada material.

4.2. LA VIDA COMO UN BIEN CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE QUE DEBE SER PROTEGIDO POR EL ESTADO COLOMBIANO Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO A LA VIDA .

La vida en nuestra constitución es consagrada como un derecho fundamental y como un bien jurídico que goza de especial protección del estado; pero la vida es

también considerada en el preámbulo constitucional como un valor con contenido axiológico .

El objeto jurídico es el interés que el legislador dentro de su potestad limitada de configuración normativa protege con la norma.

El objeto jurídico puede ser genérico o específico. El primero es el interés que tiene el legislador de tutelar bienes jurídicos trascendentes en cabeza de la persona, de la sociedad o del estado. El segundo es el interés que cada persona tiene en particular de conservar intacto un bien jurídicamente tutelado.

El artículo 2º de la Constitución Política en su inciso 2º señala que : “ las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida “ y el artículo 11 del ordenamiento superior señala: “ El derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte”.

En cuanto a la protección de la vida inciso 2º del artículo 95 de la norma de normas consagra como uno de los deberes de la persona natural actuar humanitariamente en situaciones que pongan en peligro la vida de los semejantes.

Así “este deber de protección de la vida como un valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del estado, sin excepción en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo de la vida humana”.

Así el congreso debe adoptar dentro del límite a la potestad de configuración normativa que le asiste medidas que protejan la vida y o medidas que la destruyan.

4.3. LA VIDA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

La mayoría de las legislaciones de occidente consideran que el feto debe ser objeto de protección, como también debe serlo la madre.

Yo me pregunto no debe ser objeto de protección también el óvulo fecundado, la morula, el blastocito y el embrión?

El pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el preámbulo de la convención de los derechos del niño, los tratados o instrumentos ratificados por el Congreso Colombiano que forman parte del bloque de constitucionalidad consagran la protección del derecho a la vida aunque en ellos no se consigna expresamente que el nasciturus sea una persona humana y bajo tal condición sea titular del derecho a la vida.

El artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos citados en el numeral 6º de la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto dice: “ 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” . Con fundamento en lo dicho yo me pregunto que ha hecho la Corte la Constitucional en la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto?. Al respecto en mi criterio violó flagrantemente los derechos de orden interno y externo que había venido sosteniendo, rompió la línea

jurisprudencial que traía en esta materia e implantó parcialmente en Colombia la pena de muerte ya abolida en la República de Colombia desde 1903, por medio del acto legislativo número 03 de ese año.

Argumenta la Corte Constitucional para cambiar su línea jurisprudencial que a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos de recibo en Colombia, el derecho al deber de protección de la vida del nasciturus no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta, sobre los demás valores, principios y derechos de la mujer consagrados en la Carta, por lo que ellos se deben sopesar para establecer una escala jerárquica mediante el tes proporcionalidad.

4.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES EN LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

Para justificar la despenalización parcial del aborto en el país hace en primer lugar un recuento histórico de la situación de la mujer y una breve reseña de los cambios legislativos sucedidos en los siglos XX y lo que va corrido del presente.

Parte de la base que con la Constitución de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia constitucional, optando por consagrar el derecho a la igualdad (artículo 13 C.N.), tanto de derechos, obligaciones y oportunidades entre el hombre y la mujer, así como su no sometimiento a discriminación alguna.

Como lo dice la sentencia C-355/06 hay que tener en cuenta “que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a

su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción”.

Olvida la Corte Constitucional, digo yo, la existencia de dos géneros en la humanidad, uno complemento del otro. Anatómica y fisiológicamente diferentes pero complementarios.

En la primera conferencia mundial de derechos humanos reunida en Teherán se reconoció por primera vez como derecho fundamental el derecho de los padres “a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos”.

En la conferencia mundial sobre población y desarrollo celebrada en 1994 se reconoció que los derechos reproductivos de la mujer hacen parte de la categoría de derechos humanos y que pueden “decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos y a disponer de la información, y la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”, reconociéndoles además el derecho a que “ la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia”.

Lo dicho fue reafirmado en la cuarta conferencia mundial sobre la mujer en Beijing.

En cuanto al derecho a la salud, incluido en él el derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar, los organismos internacionales propenden porque todos los estados ofrezcan una amplia gama de servicios de salud, de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, debiendo eliminarse todas las barreras que impidan a la mujer acceder a los servicios de educación e información en salud sexual y reproductiva. Así mismo, la comunidad

internacional ha dispuesto el derecho de las mujeres a vivir libres de cualquier forma de violencia basada en el sexo y en su género.

En el mismo sentido se pronuncian el Estatuto de Roma y la CEDAW.

De todo lo dicho sobre este tema concluye la Corte que “de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito.” Sin embargo, la Corte Constitucional al interpretar la carta en la sentencia C-355/06 optó por despenalizar parcialmente el aborto.

4.5. LIMITES A LA POTESTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL.

Como ya está dicho el congreso dispone de un amplio margen de libertad para la configuración de las normas penales, teniendo sin embargo, limitada su capacidad, toda vez que le está vedado invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y no le está permitido desproteger bienes constitucionales amparados.

Para garantizar la vigencia de la carta impidiendo que el Legislador se desborde tipificando conductas que desconozcan los derechos fundamentales o que no sean aptas para proteger intereses constitucionales consagrados en favor de los ciudadanos, la sociedad o el estado, o que resulten desproporcionados o irrazonables aún en la pena impuesta por su violación, el constituyente primario dio a la Corte Constitucional el carácter de guardiana de la carta en su integridad o supremacía, dotándola para ello de la facultad de ejercer el control constitucional sobre las leyes expedidas por el Congreso.

Dentro de los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal la Constitución señala el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana (artículo 1º y 53º Constitución Nacional, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.N.), los derechos a la salud, así como a la vida y a la integridad personal de la mujer, además del bloque de constitucionalidad, consagrando además los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Con relación a la dignidad humana la Corte Constitucional “ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana” desempeña tres roles distintos: (I) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (II) Es un principio constitucional y (III) tiene el carácter derecho fundamental autónomo”..... “incluyendo el ámbito de protección constitucional de la mujer las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluyen su autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados”.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se sustenta en el principio de la dignidad humana, implica libertad de determinación, autonomía, pues decidir por otro supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

Consagra el derecho de actuación de la persona humana de acuerdo con su personalidad, del cual es expresión e involucra el ejercicio de los derechos de libertad, de cultos, de conciencia, de expresión e información y el ámbito de ejercicio de la autonomía personal, entendiendo por ella la capacidad que tiene la persona de darse sus propias normas, toda vez que su contenido al estar

vinculado al plan de vida de la mujer constituye su plan de vida o su modelo de realización personal, teniendo la opción de escoger libremente su estado civil: vivir en matrimonio, vivir en unión libre, o permanecer soltera, tener o no tener progenie, etc.

El derecho a la salud comprende la salud física tanto como la salud mental y en el caso de las mujeres se extiende a la salud reproductiva “íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.”.

Incluye la Corte Constitucional dentro de este ámbito “el derecho a planear la familia, a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de cualquier forma de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva”.

Con respecto al límite impuesto al legislador por el bloque de constitucionalidad la Corte ha expresado en sentencia C-010 /00, que “ en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia, de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido sobre las normas constitucionales sobre derechos fundamentales “.

En cuanto a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal, la Corte ha dicho que “no resulta proporcional ni razonable que el estado colombiano imponga a una

persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aún cuando estos últimos sean constitucionalmente relevantes.”.

Lo anteriormente dicho supone el abandono por el legislador de teorías absolutas en defensa de la vida.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad se derivan del principio de igualdad, pues supone diversidad de trato entre las personas atendiendo las circunstancias específicas de cada caso, reconociéndole la Corte Constitucional al legislador que puede elegir la medida que considere mas adecuada para proteger bienes u objetos jurídicos o intereses de relevancia superior, evitando medidas perfeccionistas por medio de las cuales se quiera imponer un determinado modelo de comportamiento a los ciudadanos, no pudiendo tampoco imponer a los coasociados cargas exorbitantes que sacrifiquen principios, valores o derechos de uno a favor de otros.

4.6. LA CUESTION DEL ABORTO EN EL DERECHO COMPARADO.

En los países occidentales la regulación del aborto no es uniforme.

A fines de los años 90 la mayor parte de los países de Europa Occidental y en los Estados Unidos habían comenzado a ceder en esta materia introduciendo legislaciones permisivas.

Argentina, México, Bolivia, Cuba y ocho estados Brasileños permiten en sus legislaciones realizar el aborto en ciertos casos.

Países como Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras prohíben totalmente el aborto. Colombia hasta el 2006 lo tenía totalmente prohibido.

En Alemania con base en la sentencia 39,1 de 1975 el Tribunal Constitucional Alemán decidió que en la sección 218 A, de la legislación de dicho país, la despenalización del aborto durante los tres primeros meses de embarazo sin que la madre pudiera presentar alguna justificación era inconstitucional, pues la constitución de ese país protege la vida del nasciturus como un interés jurídico independiente, interés que se deduce de considerar la vida y la dignidad humana como valor supremo e inviolable, debiendo la mujer llevar su embarazo hasta el momento del parto, teniendo el estado la obligación de defender la vida del fe0to; pero dejó abierta la posibilidad de la práctica del aborto en aquellos casos en que llevar a término el embarazo se vuelva una carga razonablemente inexigible, señalando que ello se da cuando está en peligro la vida o la salud d el madre, cuando hay malformaciones o defectos físicos incurables en el feto, cuando el embarazo ha sido el resultado de un delito o por causas socio – económicas aceptando esto porque el respeto por la vida humana en formación se opone al interés de la mujer a quien no puede cobijársele a renunciar a sus derechos para proteger los del nasciturus.

En España el Tribunal Constitucional mediante sentencia 53-1985 permitió ponderar los derechos del nasciturus con los de la madre embarazada optando por no exigirle a esta cargas inexigibles.

4.7 EL CASO COLOMBIANO. SENTENCIA C-355/06

La Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia C-355/06 despenalizó parcialmente el aborto al declarar la inexecutable de la prohibición total del

aborto contenida en el artículo 122 del Código Penal, teniendo como fundamento los argumentos sostenidos anteriormente dentro del desarrollo de esta providencia, considerando los nociones de bien jurídico, de protección por parte del estado a la vida y a la integridad personal, de quien se predicen los derechos fundamentales, quién es persona, en qué momento de la vida se ostenta la calidad de persona, de vida autónoma – dependiente, de vida independiente, de si la vida protegida por la Constitución y por el Código Penal se basa solamente en la existencia biológica todo ello a la luz de los preceptos constitucionales, en especial de los derechos fundamentales estatuidos en la Carta Política.

En Colombia el legislador decidió proteger mediante medidas de carácter punitivo la vida en gestación, medida que no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico que se profesa, sin embargo al producirse el fallo que despenalizó parcialmente el aborto consideró la Corte Constitucional que el Legislador al penalizarlos en todos los casos, sin tener en cuenta las circunstancias que llevan a la mujer embarazada a su realización implica darle preeminencia a la defensa del derecho a la vida del nasciturus en desmedro de todos los derechos fundamentales consagrados a favor de la madre atentando contra el criterio de personalidad y de razonabilidad, de la dignidad de la mujer embarazada convirtiéndola solo en instrumento de reproducción.

Si bien el artículo 122 del Código Penal consagra el aborto como un principio que no admite ninguna excepción el artículo 124 del mismo señala una serie de circunstancias de atenuación punitiva, pasando en este fallo a establecer que estas mismas circunstancias no constituyen delito de aborto, por violar también el derecho al libre ejercicio de la personalidad de la mujer embarazada, predicándose lo mismo del caso en que el embarazo sea el resultado de un delito de incesto.

También acepta el aborto en los casos en que esté amenazada la salud o la vida de la gestante pues considera irrazonable y desproporcionado exigir el sacrificio de la vida de la embarazada a favor de la del nasciturus al cual no considera persona sino hasta el momento del nacimiento.

Acepta también el aborto en caso de graves malformaciones del feto, cuando lo hacen inviable no pudiendo el legislador lesionar los derechos de autodeterminación de la gestante al obligarla a llevar a término un embarazo que según certificación médica no prosperará sometiéndola a tratos crueles y degradantes que afectan su dignidad.

En este estado de cosas, en el momento actual no puede el legislador colombiano por proteger los derechos fundamentales de la mujer dejar desprotegida la vida del producto de la concepción, como lo hizo al despenalizar parcialmente el aborto, en los casos conocidos, alegando el principio de conservación del derecho.

4.8 INEXEQUIBILIDAD DE LA EXPRESION “O EN MUJER MENOR DE CATORCE AÑOS” DEL ARTICULO 123 DEL CODIGO PENAL”.

Declara la Corte Constitucional inexecutable tal expresión pues parte del supuesto convertido en presunción de que la mujer menor de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, violando en la mujer derechos fundamentales como el de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida y, el consentimiento informado de los menores para la práctica de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas además de ofender su autonomía.

Nada mas absurdo considero yo en el haber tomado esta determinación que lo que hace es abrir la puerta para que las menores de catorce años desde que se

encuentren en capacidad de procrear pueda irresponsablemente procrear y si les provoca de paso abortar amparada en unos supuestos derechos consagrados en forma irracional.

4.9 INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL.

En virtud de los fundamentos de hecho y de derecho esbozados en el desarrollo de la sentencia C-355/06 todas las hipótesis del artículo 124 del Código Penal como generadoras de atenuación punitiva son declaradas inexecutable, es decir contrarias al ordenamiento constitucional.

4.10 CONSTITUCIONALIDAD DEL NUMERAL SEPTIMO DEL ARTICULO 32 DEL CODIGO PENAL.

El numeral séptimo del artículo 32 del Código Penal que establece el estado de necesidad no solamente no está regulado para el delito de aborto sino en general para todo delito; por tanto, una causal genérica no puede ser afectada de inconstitucionalidad como lo plantearon los demandantes.

5 RAZONES JURIDICAS QUE EXPLICAN PORQUE CONSIDERO INCONSTITUCIONAL LA SENTENCIA C-355 DE 2006 QUE DESPENALIZO PARCIALMENTE EL ABORTO EN COLOMBIA.

Para el análisis de las razones jurídicas que explican la inconstitucionalidad de la sentencia C-355 que despenalizó parcialmente el aborto en Colombia he de basar mis consideraciones en el salvamento de voto presentado contra dicha sentencia

por los Magistrados MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL.

La Constitución Nacional en su artículo 11 proclama “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Desde el preámbulo y en el inciso segundo del artículo segundo del Código Penal se establece que entre los bienes objeto de protección por parte del estado a favor de los residentes en Colombia está la vida, la cual hace parte de los derechos inalienables de la persona. (artículo 5 de la Constitución Nacional).

La Constitución Nacional protege dentro del derecho a la vida, el derecho a la integridad personal pues toda agresión a ella conlleva un ataque al derecho a la vida. Al prohibir el artículo once de la Constitución Nacional los tratos crueles protege la integridad personal y de contera el derecho a la vida.

El artículo 44 de la Constitución Nacional defiende los derechos de los niños a la vida, a la integridad física y a la salud y, en su inciso final estatuye que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El sistema interamericano de los derechos humanos con base en la declaración de los derechos y deberes del hombre sostiene que “todo ser humano tiene derecho a la vida... y la integridad de su persona”. Por otro lado la convención americana sobre derechos humanos establece: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

El sistema universal de protección de los derechos humanos con base en el sistema universal de protección de los derechos humanos manifiesta: “Todo individuo tiene derecho a la vida... y a la seguridad de su persona”.

De lo dicho por la Constitución y por los entes internacionales nombrados podemos concluir que la vida y la integridad personal incluida la de la persona concebida debe ser protegida por el estado de la agresión de un tercero.

Los derechos es sabido que se predicen de las personas. Biológicamente ha quedado demostrado que desde el momento de la concepción, el producto de ella (el cigoto) es una persona, única e irrepetible, sujeto de derechos y obligaciones, cuyo derecho a la vida es inviolable debiendo ser defendido por el estado de acuerdo con el mandato constitucional.

Si se quiere armonizar lo anteriormente afirmado con lo estipulado en el artículo 90 del Código Civil, al decir que se es persona al momento del nacimiento, considerándose como tal cuando esta completamente separado de la madre tendremos que aplicar mediante la hermenéutica los conceptos biológicos y los principios bioéticos reconociendo que el producto de la concepción es un ser humano, - pues de otro humano preexistente procede – vivo, personal e irrepetible en el que radica una personalidad que lo hace sujeto de derechos y obligaciones. Dentro de este razonamiento todos los demás derechos en cabeza del nasciturus pueden deferirse al momento del nacimiento, con la condición de que el ser nazca vivo.

La vida no puede ser considerado solo como un bien constitucionalmente relevante sino como un derecho subjetivo fundamental de todo ser humano, pues si consideramos lo primero reduciríamos al ser en gestación a la categoría de las cosas, viendo su protección constitucional reducida frente a los demás titulares de derechos, consideraciones estos si como personas; de aquí que se llegue a admitir el aborto con las consideraciones esgrimidas en las sentencias que lo despenalizó parcialmente.

Así la vida del que está por nacer “entendida solo como un bien o cosa y no como un verdadero derecho puede ser objeto de disposición por parte de otros: justamente por aquellos cuyos derechos entran en conflicto por la vida humana.

Todo ser humano viviente procede de otro ser humano preexistente.

Según lo afirmado por los Doctores MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL en el numeral 2.1.2 de su salvamento de voto a la sentencia que despenalizó el aborto “los pediatras han exigido reconocimiento total de los derechos del niño antes de su nacimiento” extendiendo hasta ellos el derecho a no ser discriminados “a lo anterior se suma que se ha establecido como una política del gremio de los pediatras que los médicos deben oponerse al rechazo de la madre respecto de una intervención recomendada, si existe certeza razonable que sin la intervención el feto sufrirá un daño irremediable y sustancial (en la medida en que la intervención se considere efectiva y el riesgo de la salud y el bienestar de la paciente sea mínimo)” lo que equivale a aceptar el tratamiento quirúrgico del feto o embrión estando en la matriz.

Sostiene también que “adjudicar la personalidad por la teoría de la viabilidad preocupa también en cuanto a lo que se conoce como “sentencia” es decir, al estado de conciencia elemental indiferenciada”, pero argumentan a continuación quienes salvaron voto “si la sentencia es el criterio de existencia de un ser humano, entonces los estados comatosos, la incapacidad momentánea y el sueño podrían dar lugar a declarar a un individuo, no persona”.

Por tanto se sigue insistiendo que la vida humana comienza en el momento de la concepción y que el ser humano ya concebido es persona natural que goza de personalidad y por tanto es sujeto de derechos y obligaciones.

Así las cosas, si no se quieren aceptar los argumentos científicos, teniendo en cuenta el principio pro-homine, el jurista debería resolver la duda a favor del no nacido, encuéntrase en la etapa del desarrollo evolutivo en que se encontrare principio que olvidó por completo la Corte Constitucional al cambiar su línea jurisprudencial sobre el aborto.

La vida humana en el estadio del desarrollo en que se encuentre no es solo un bien jurídico o un interés que el legislador protege; es un derecho fundamental radicado en cabeza del que va recorriendo las etapas de una evolución biológica.

Al decir que la vida es un derecho inviolable la Constitución no nos dice en que caso la vida se puede considerar como un derecho. Así mismo tampoco nos dice si la expresión derecho a la vida se confunde con la vida humana como hecho biológico.

Cada especie produce frutos de su misma especie, esta simple pero constatable afirmación nos lleva a establecer que un ser Caamaño al engendrar seres de su misma especie genera personas dotadas de personalidad que evolucionan hasta el momento de su muerte. En este orden de ideas no nos queda sino concluir que el estado tiene la obligación de proteger el derecho a la vida del que se desarrolla en el claustro materno desde el momento de la concepción y, que al no hacerlo viola la carta fundamental, aplicando, sea dicho, la pena de muerte desde hace rato proscrita en Colombia.

Se argumenta que en un estado social de derecho, la moral y el derecho deben mantener una debida separación, sosteniéndose además que el único criterio que puede limitar el actuar humano desde el punto de vista jurídico son los derechos

de los demás y el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se cause daño a otro.

La moral busca lograr la realización del bien común, por tanto no considero mantener la separación existente entre derecho y moral. El correr de los tiempos ha mostrado en Colombia los estragos que tal separación ha producido en todos los aspectos de la vida nacional.

Nos preguntamos ahora cuándo empieza a la vida espiritual de un ser humano?. Acaso no nos hemos hecho este cuestionamiento?

En el relato bíblico de la creación del hombre en el capítulo I, versículos 26 y 27 se lee: “ ...dijo Dios hagamos al hombre a imagen nuestra, según nuestra semejanza... y creó Dios al hombre a imagen suya; a imagen de Dios lo creó, varón y mujer lo creó.

En el capítulo II versículo 7º se lee: “ y formó Yahvé Dios al hombre (del) polvo de la tierra e insufló en sus narices aliento de vida, de modo que el hombre vino a ser alma viviente.” insuflándole el alma, su componente espiritual .

Una vez formado el primer cuerpo humano del cual descendemos los demás humanos vivientes, Dios dijo al hombre “sed fecundos y multiplicaos”, capítulo I, versículo 28,

Yendo al nuevo testamento San Lucas, el Evangelista que narra la infancia de Jesús describe el relato de la encarnación del Verbo, en donde podemos claramente ver que Él no toma posesión del Seno de María hasta que ella otorga su consentimiento. “Entonces María dijo he aquí la Esclava del Señor séame hecho según su palabra (versículo 28 del capítulo 1º), momento desde el cual el

Verbo habitó entre nosotros con su Divinidad, para empezar en ella el proceso de gestación semejante al de cualquier ser humano. Concurriendo en Él la naturaleza humana: cuerpo, sangre y alma humana junto con la naturaleza Divina, formando así la unión hipostática.

Así las cosas es fácil deducir que Dios da al ser humano su alma desde el mismo momento de la concepción, teniendo así al ser humano en su dimensión corpórea y espiritual.

Esta última reflexión me lleva a reafirmar que hubiera sido mejor que la Corte Constitucional hubiera utilizado el principio pro homine en materia tan delicada como la despenalización del aborto en los casos conocidos.

Ni el derecho internacional de los derechos humanos, ni los tratados humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ni el derecho internacional, ni las recomendaciones de los órganos internacionales, ni la jurisprudencia de las Altas Cortes Internacionales, ni ninguna conferencia internacional, ni el estatuto de Roma pueden obligar al Estado Colombiano a legalizar el aborto o despenalizarlo en los casos en que lo hizo. Dichos entes trazan pautas, esbozan teorías, sugieren normas que jamás pueden obligar, pues de hacerlo estarían violando la soberanía de los estados miembros. Si un estado toma la determinación de aceptar el aborto como legal es porque lo quiere, y no olvidemos que el estado está conformado por las Tres Ramas del Poder Público: ejecutiva (gobierno y administración), legislativa y judicial.

No puede entronizarse en el país el aborto terapéutico, ni el eutanásico, ni el que es resultado de una acción delictiva sobre el cuerpo de la mujer, con el argumento de la defensa de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud en conexidad con el

derecho a la vida, a la salud sexual y reproductiva, esto constituye una falacia para justificar en estos casos la perpetración de un homicidio doloso que bien podría calificarse de asesinato y que rompe con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad .

No es cierto que la penalización del aborto conduzca a un desconocimiento de la dignidad o de algún otro derecho fundamental de la mujer, por el contrario su legalización al convertirla en homicida del indefenso ser que lleve en su seno la degrada, pues es ella y solo ella por su configuración anatómica y fisiológica el único organismo apto para que continúe la vida sobre la tierra; renunciar a esta sagrada misión impuesta por su naturaleza por el Creador es degradarse al hacer mal uso de su libertad y, perder su dignidad fuente inmediata de sus derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales de una persona, derivados de su estado de personalidad sobre todo lo creado no pueden desconocerse en aras del bien general, pueden si versen restringidos, mas no erradicados, debiendo por tanto la hermenéutica constitucional entrar a armonizar los principios constitucionales en tensión mediante los criterios de la jerarquización de derechos y de la ponderación.

En este punto es conveniente recordar que en el constitucionalismo moderno no existen derechos absolutos puesto que todos ellos, sin excepción admiten límites y restricciones.

Mediante la jerarquización se resuelven los conflictos existentes entre derechos, en el se da prelación a uno sobre otro u otros, después de haber demostrado que uno de ellos pesa mas, debiendo por tanto imponerse sobre los demás. Es el caso

del derecho a la vida entendida en su valor axiológico, como principio y como derecho.

Mediante la ponderación se determina el peso que debe tener en un caso concreto un derecho frente a otro derecho que entra en tensión con él. Para aplicar este criterio se debe recurrir al principio de proporcionalidad aplicando el tes o juicio de proporcionalidad.

En el llamado aborto terapéutico entran en conflictos el derecho a la vida de la madre con el derecho a la vida del producto de la concepción. La Corte Constitucional en la sentencia optó por el derecho fundamental a la vida de la madre frente al bien jurídico de la vida del hijo.

En el caso en cuestión no puede la Corte optar por uno u otro derecho pues el nasciturus es persona y tanto su derecho a la vida como el derecho a la vida de la madre se encuentran al mismo nivel.

El artículo 122 del Código Penal no escogía entre la vida del uno o la vida del otro; este artículo al respecto establece “la mujer que cause 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 por el consentimiento de la mujer realice la conducta anterior”. Así podemos ver que el legislador optó por una neutralidad jurídica pues la disposición legal prohíbe toda conducta tendiente a acabar con la vida del ser en formación en defensa de la vida de la madre, como también lo hacen otras normas del Código, interpretado sistemáticamente, prohibiendo toda conducta tendiente a acabar con la vida de la madre a favor de la vida del hijo.

El legislador sanciona el aborto directo, esto es el aborto doloso, no el aborto indirecto dentro del cual, cuando este se produce, caben todos los tratamientos

médicos tendientes a salvar la vida de la madre, que logren este contenido pero que no logran evitar la muerte del hijo.

“Al aplicar para este caso el test de proporcionalidad, el aborto terapéutico no supera el test de proporcionalidad, toda vez que no se da una proporcionalidad entre sacrificio de los derechos del feto, su muerte segura, y los beneficios obtenidos por la madre, evitar una muerte eventual” haciéndose la elección entre un daño cierto y un daño eventual.

Es además el aborto terapéutico un atentado contra el derecho a la igualdad, pues frente a dos derechos fundamentales iguales se escoge el suprimir la vida del nasciturus en aras de la vida de la madre, utilizando a una persona para los fines de otro que aún peor se encuentra en total estado de indefensión.

Al ser reducido el nasciturus a medio o instrumento para lograr un objetivo, por ser persona, se le viola su dignidad rebajándolo como ya se ha dicho a la categoría de cosa: objeto del que se puede disponer al arbitrio de otro.

El llamado aborto eutanásico que se podría dar cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificado por un médico, se le podría llamar aborto por piedad.

No es permitida esta clase de aborto cuando sea producido con el fin de evitar al producto de la concepción padecimientos por malformaciones genéticas, por defectos estructurales o anatómicos, alteraciones fisiológicas o patológicas (aborto eugenésico), sino solamente en el caso que el ser en gestación presente con certeza características de no viabilidad fuera del útero.

Esta forma de aborto permitido se puede objetar argumentado que en él no hay consentimiento de la víctima – lo que produciría una violación su derecho a la vida- , no pudiendo la madre otorgarlo por el en asunto de tanta trascendencia.

Actuar en sentido contrario sería enfrentar el derecho al libre ejercicio del desarrollo de la personalidad de la madre con el derecho a la vida del no nacido, dándole prevalencia al derecho de la madre sobre el derecho del hijo olvidando que él es considerado persona desde el primer momento de la concepción.

Cuando el embarazo sea el producto de una conducta delictiva denunciada, constitutiva de incesto, de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, de abuso o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, tampoco es aceptable el aborto, puesto que la perpetración de un delito no justifica desde ningún punto de vista, la comisión de otro delito.

Si bien ello representa la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, quien es libre de elegir sobre su maternidad, sobre el derecho a la dignidad desconocida por razón del embarazo producido en las circunstancias delictivas enunciadas, se enfrenta con el derecho a la vida del nasciturus – del que puede deshacerse la madre dándolo en adopción - dándole prevalencia al derecho de la madre sobre el del hijo desconociendo con ello la Corte Constitucional los criterios de razonabilidad y ponderación.

Además debe tenerse en cuenta que con la violación de los derechos de la criatura en formación en nada se restaura, compensa o repara el daño que se ha causado a la mujer que ha sido objeto de incesto o de cualquiera de las conductas ya enumeradas, toda vez que es imposible anular los efectos causados y volver a la situación anterior al embarazo, cuando no se le permitió a ella decidir si aceptaba o no su maternidad.

Así las cosas es bueno en este momento tener presente con relación a los casos en que se despenalizó el aborto que el médico en ejercicio de su actividad profesional tiene en virtud el juramento Hipocrático que presta la obligación de defender la vida, no la de destruirla, pudiendo recurrir a la objeción de conciencia siempre que fuere necesario.

6. CONCEPTO ETICO, RELIGIOSO Y FILOSOFICO EN CONTRA DEL ABORTO

En occidente guiados por la tradición Judeo – Cristiana prima la cultura de la vida frente a la cultura de la muerte. “No matarás” es el mandato de Dios a la Criatura, por tanto no hay razón humana, científica, legal, social o económica que justifique la muerte provocada del indefenso no nacido, en el señor materno al expulsarle violentamente.

El Catecismo de la Iglesia Católica en el numeral 279 dice: “la vida humana deber ser protegida y respetada desde el momento de la concepción, sin que admita excepción alguna. Desde el primer momento de su existencia el ser humano tiene derecho a que se le reconozca como sujeto de derechos, como persona dotada de personalidad en cuya cabeza se radican derechos fundamentales siendo el principal de ellos el derecho a la vida, derecho inviolable e inalienable, sin el cual el ser humano no puede ejercer, ni hacer valer ningún otro derecho.

Este derecho inalienable de todo individuo humano constituye un elemento esencial de la sociedad civil y de su legislación, derecho no subordinado a persona alguna, no siendo tampoco una concesión de la sociedad ni del estado, toda vez que dicho derecho es inherente a la naturaleza humana.

No es cierta la afirmación de quienes tratando de justificar “tan nefando crimen” sostienen que el fruto de la concepción no puede ser considerado como una vida humana personal, al menos durante cierto tiempo porque no tiene aspecto humano, porque durante cierto lapso de tiempo no razona, ni es conciente pues la biología ha demostrado que desde el instante en que el óvulo es fecundado se inicia una nueva vida, que no es la del padre ni la de la madre sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por si misma.

En contra de las afirmaciones anteriores la genética muestra que desde el primer instante de la fecundación se encuentra fijado el programa de lo que irá a ser esa persona, con sus características únicas e irrepetibles ya determinadas plenamente.

Hablando al respecto su Santidad Juan Pablo II en su encíclica “El Evangelio de la Vida” manifestó: la idea de los derechos – como derechos inherentes a cada persona y previos a toda constitución legislación de los estados - incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular con los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte.”.

El aborto provocado viola el respeto a la vida y es una amenaza a los derechos fundamentales del hombre como son el derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad.

“Las raíces de esta contradicción tan evidente se encuentra en el abandono de los valores espirituales como el espíritu de sacrificio, la reciedumbre de la voluntad, y la capacidad de controlar los impulsos primarios, la obediencia de la criatura a la

ley de Dios, la renuncia al egoísmo, la falta de temor de Dios, la falta de respeto a las leyes naturales, lo cual engeguece la conciencia y derruye las costumbres de la sociedad”.

Factores socio-culturales como la ignorancia sexual, el abandono de la mujer embarazada por parte del padre, la incomprensión de la familia que rechaza el embarazo ilegítimo, el machismo, los hogares desbaratados, el incesto, la violencia carnal, el embarazo no deseado, son fuerzas de presión que también inducen al aborto.

La situación socio-económica originada por la pobreza, la extrema miseria, la falta de comida, educación, higiene, salubridad, vivienda, desempleo, la injusticia, también pueden ser causa del aborto.

Sin embargo estos aspectos socio – culturales y socio – económicos que en ningún caso pueden ser causas para justificar un aborto, no son tales, el factor determinante de ellos es el abandono de los auténticos valores y la falta de temor de Dios.

La Iglesia Católica, Apostólica y Romana por encima de cualquier debate científico y filosófico, desde sus orígenes ha enseñado que al producto de la concepción humana se le debe garantizar desde el primer momento de su existencia, el respeto incondicional que moralmente se le debe al hombre, en su totalidad: en unidad corpórea y espiritual.

El Concilio Vaticano Segundo hablando de la procreación como participación especial del hombre y de la mujer en la obra creadora de Dios destaca como la generación de un hijo es un acontecimiento profundamente humano y religioso en cuanto compromete por el amor a los cónyuges en una sola carne y también a

Dios mismo que se hace allí presente, siendo la procreación la continuación de la obra creadora que no debe ni puede ser destruida por el hombre.

Cuando la ley positiva de un estado priva al indefenso no nacido de su derecho fundamental a la vida, el estado está negando la igualdad de todos los seres humanos vivientes ante la Ley (artículo 13 de la Constitución Nacional). Cuando el estado no pone su poder preventivo y coercitivo al servicio de todo ciudadano y en especial del mas débil, quebranta los fundamentos mismos del estado de derecho.

Al respecto es conveniente recordar que el preámbulo de la Constitución Colombiana de 1991 consagra como elementos fundantes de la nacionalidad colombiana “con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.....” , señala en primer lugar como principio y valor la vida que debe ser junto con el derecho fundamental a la vida protegida por las autoridades de la República.

“No matarás” implica entre otras muchas obligaciones no matar al hijo que se encuentra en el seno materno de donde hay que obligatoria y lógicamente que concluir que la eliminación, - sea por el motivo y por el método que fuere – directa y voluntaria de un ser humano inocente que se encuentre en período de gestación es siempre gravemente inmoral y constituye un homicidio en el grado de asesinato según nuestro Código Penal vigente.

Recorriendo la historia vemos que la sociedad cristiana en sus comienzos se oponía a las costumbres de la sociedad de entonces con respecto al aborto. Entre los escritores griegos, Apenagoras afirma “que los cristianos consideran reos de

homicidio a las mujeres que recurren a medidas o medicinas abortivas”; entre los autores romanos Tertuliano escribe “que es un homicidio anticipado impedir un nacimiento”.

En el numeral 62 de la Encíclica “El Evangelio de la Vida” Juan Pablo II manifiesta que en los dos últimos siglos todos los Sumos Pontífices se han pronunciado a favor de la doctrina de la vida, como también lo ha hecho el Concilio Vaticano Segundo ya mencionado.

“Pío XI en la Encíclica Casti Connubii, rechazó con fuerza cualquier tipo de justificación del aborto. Pío XII condenó todo aborto provocado o directo, esto es, todo acto que tienda directamente a destruir la vida humana aún no viable fuera del claustro materno; así tal destrucción sea tenida como fin o solo como medio para lograr un fin. Juan XXIII reafirmó el carácter sagrado de la vida, porque desde el primer instante de la concepción en ella se ve la acción creadora de Dios.

“El Concilio Vaticano Segundo condenó severamente el aborto señalándolo como “crimen nefando”, que debe ser evitado por todos los medios, reiterando lo enseñado durante casi 2.000 años en cuanto a que se debe proteger con solícito cuidado la vida desde el instante de la concepción.”.

Paulo VI declaró en el discurso al Congreso de la Asociación de Juristas Católicos Italianos en 1972, con vehemencia en varias ocasiones que “ lo enseñado en contra del aborto provocado es inmutable” y, en su Encíclica Humana Evitae afirmó: “ debemos declarar una vez mas que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas”.

Juan Pablo II, el 25 de marzo de 1995 entregó al mundo su Encíclica “el Evangelio de la Vida sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana.

El Santo Padre en la ciudad Italiana de L’ aguila el sábado 30 de agosto de 1980 se hizo voz de los abortados afirmando: “me llegan noticias terribles sobre lo que está ocurriendo en este campo. Yo, como Vicario de aquel que es la vida del mundo, alzo mi humilde voz en defensa de los que no han nacido ni han tenido ni tendrán nunca voz: ¡No se puede suprimir la vida en el seno de la madre! a vosotros laicos católicos, os recuerdo la invitación de vuestros obispos a cambiar las leyes católicas sobre el aborto, moralmente inaceptables por normas que sean respetuosas con el derecho a la vida.”.

Finalmente es necesario recordarle a los católicos que la iglesia sanciona con severas penas católicas a quienes cometen el aborto provocado o directo. El Código de Derecho Canónico (derecho de la iglesia), establece en el canon 1398 que “Quien procurare el aborto, si este se produce incurre en excomunión latae sententiae” lo que en idioma español quiere decir: que incurre en la pena de excomunión – separación de la comunión espiritual con los otros miembros de la iglesia siendo la excomunión “Ipsa facto”, esto es de manera automática sin que medie sentencia eclesiástica o declaración alguna de autoridad eclesiástica.

La pena de excomunión afecta a todos los que cometen el delito (Coparticipes) y a todos los cómplices sin cuya colaboración el aborto no se hubiere producido. Para levantar la excomunión a quien ha incurrido en un aborto provocado, ha cooperado en él, o ha sido cómplice de él, la persona autorizada es el obispo o un sacerdote designado por Él que debe reunir ciertas características prescritas por el derecho canónico.

Concluyendo solo me resta decir que hay que obedecer primero los mandatos de Dios que los caprichos de los hombres.

BIBLIOGRAFIA

CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA, Ed. San Pablo, Santafé de Bogotá.

CODIGO DERECHO CANONICO, Biblioteca de Autores Cristianos, VI Edición, Madrid, 1983.

GIRALDO G., César A., "Manual de Medicina Legal, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 1975.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso, "Delitos contra la Vida y la Integridad Personal". Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

HAM, Arthur W. "Tratado de Histología". Edt. Interamericana S.A., México D.F., 1970 Trad. Alberto Folch y Pé 6ª Edición.

JUAN PABLO II, "Encíclica el Evangelio de la Vida, Ediciones Paulinas, Bogotá, 2004.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario "El Derecho al Aborto en Colombia" Universidad de Medellín, Primera Edición, 2006 .

SENTENCIA C- 355/06

URIBE CUERLLAR, Guillermo, "Medicina Legal y Psiquiatría Forense" Ed. Librería Voluntad, Bogotá, 1941, 3ª edición.

VILLEE, Claude A. “ Biología”. Ed. Universitaria de Buenos Aires, Eudeba., Buenos Aires, 1967. Trad. Jorge E. Wright . 5ª Edición.