

**PROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA JUDICIAL FRENTE AL
ABORTO LEGAL: PERSPECTIVA HERMENÉUTICA EN BUCARAMANGA**

RAMIRO ANDRÉS RIVERO ÁLVAREZ

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2010**

**PROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA JUDICIAL FRENTE AL
ABORTO LEGAL: PERSPECTIVA HERMENÉUTICA EN BUCARAMANGA**

RAMIRO ANDRÉS RIVERO ÁLVAREZ

Trabajo de Aplicación en Derecho Constitucional para Obtener el Título de
MAGISTER EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

Director:

Dr. JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2010**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ABORTO	11
1.1. ETAPA DE LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA	15
1.2. ETAPA DEL CAMBIO DEL PARADIGMA INTERPRETATIVO: DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO Y CONSOLIDACIÓN DEL NUEVO PRECEDENTE	68
1.3. LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA.	114
2. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA JUDICIAL FRENTE AL ABORTO LEGAL	119
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFÍA	150

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 1. Nueve entrevistas/encuestas anónimas realizadas a Jueces de diferentes categorías de la ciudad de Bucaramanga.	158

SUMMARY

TITLE: PROCEDENCE OF THE JUDICIAL OBJECTION OF CONCIENCE IN FRONT OF THE LEGAL ABORTION: HERMENEUTIC PERSPECTIVE IN BUCARAMANGA

AUTHOR: RAMIRO ANDRES RIVERO ALVAREZ (faculty of human sciences. School of Law. Director JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO)

KEY WORDS: abortion, judicial interpretation, objection of concience.

Since its establishment, the Constitutional Court has led transformations in every area of life legal, political and social life. On abortion jurisprudence tube line in Case C-133/94, C-013/97, C-647/01 and C-198/02 characterized by an approach that assumed the absolute penalty to protect the life of the unborn child. But with the sentence C-355, 2006, the Court legalized abortion in three circumstances: where the continued pregnancy endangers the life or health of the mother as certified by a physician, when the fetus is seriously malformed that making life unviable certified by a physician and when the pregnancy is the result of a duly denounced conduct constituting rape or sexual intercourse without consent, abuse or artificial insemination or transfer of fertilized ova without consent, or incest. That approach was reiterated in Case C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 and T-388/09. But while such pronouncements with a new problem arose on whether hermeneutic of conscientious objection to abortion legal. Thus, in response to this legal problem within an area of legal research regional interpretative did this research project. Finally, although the Case C-388/09 made it clear that judges can not be conscientious objectors to be submitted exclusively to the rule of law, that ruling has not yet gained strength, so it would be desirable it opened a national debate on the extent of it, allowing judges whose personal convictions prevent them from ordering an abortion can be declared disabled by referring to another Office action immediately in order to determine without undue delay.

* Grade Project.

**Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho.
Director: Dr. Javier Alejandro Acevedo Guerrero, Dr.

RESUMEN

TITULO: PROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA JUDICIAL FRENTE AL ABORTO LEGAL: PERSPECTIVA HERMENÉUTICA EN BUCARAMANGA

AUTOR: RAMIRO ANDRÉS RIVERO ÁLVAREZ (Facultad de Ciencia Humanas, Escuela de Derecho, Director: JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO)

PALABRAS CLAVES: Aborto, Interpretación Judicial, Objeción de Conciencia

Desde su creación, la Corte Constitucional ha liderado transformaciones en todo ámbito de la vida jurídica, política y social del país. Sobre el aborto tubo una línea jurisprudencial en las sentencias C-133/94, C-013/97, C-647/01 y C-198/02 caracterizada por un criterio que asumía la penalización absoluta para proteger la vida del nasciturus. Pero con la sentencia C-355 de 2006 la Corte despenalizó el aborto en tres circunstancias: cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la madre certificada por un médico, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida certificada por un médico y cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Dicho criterio fue reiterado en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09. Pero a la vez con estos pronunciamientos surgió un nuevo problema hermenéutico sobre la procedencia de objeción de conciencia judicial frente al aborto. De esta manera, para dar respuesta a dicho problema jurídico dentro de un ámbito de investigación jurídica interpretativa de carácter regional surgió este proyecto de investigación. Por último, a pesar de que con la Sentencia C-388/09 se dejó claro que los jueces no pueden ser objetores de conciencia por estar sometidos exclusivamente al imperio de la ley, dicha sentencia aun no ha cobrado firmeza, por lo que resultaría conveniente que se abriera un debate nacional sobre los alcances de la misma, permitiendo que los jueces cuyas convicciones personales les impidan ordenar un aborto se puedan declarar impedidos remitiendo a otro Despacho de manera inmediata la actuación para que se decida sin dilaciones injustificadas.

* Proyecto de Grado.

**Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho.
Director: Dr. Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

INTRODUCCIÓN

Se parte de la idea de que el Juez Constitucional en un Estado Social de Derecho no es un mero aplicador de normas, sino que debido al carácter abierto de las disposiciones constitucionales debe determinar el verdadero alcance de sus contenidos mediante la labor hermenéutica. Para esto resulta de vital importancia la existencia de un entramado de precedentes que precisen su sentido, lo cual apunta no solo a brindarle coherencia interna al sistema, sino que ayuda a garantizar el principio de igualdad entre los ciudadanos, a la vez que brinda mayor seguridad jurídica.

La Hermenéutica Jurídica juega entonces un papel crucial en el nuevo paradigma del estado constitucional debido a la pretensión normativa de la Constitución. El Juez ha dejado de ser un mero aplicador de la ley para convertirse en el actor principal en la determinación del derecho vigente aplicado al caso concreto mediante el ejercicio hermenéutico. Esta nueva visión propende por la efectividad de los principios y derechos expresados en la Constitución, siendo su labor determinar el alcance de dichos contenidos. Si no se examina de esta manera puede quedar la falsa idea de que el Juez se ha convertido en un legislador de carácter excepcional desbordando sus funciones.

No obstante resulta innegable que el Juez crea derecho, ya que es imposible que el legislador pueda regular la totalidad de situaciones conflictivas que se dan en la sociedad, y es aquí en donde cobra importancia el concepto de discrecionalidad judicial: *“Dentro del ejercicio jurídico se entiende como discreción la posibilidad del juez de asumir una interpretación de la norma entre varias posibles, permisibles, admisibles y razonables, cuando ejerce la función de adjudicación,*

esto es, de concreción del derecho en la solución de un caso particular y concreto; esta acción presupone la existencia en el juzgador de ciertas capacidades de discernimiento, sensatez y juicio para adoptar el curso jurídicamente adecuado, para actuar con esmero y prudencia, para optar entre diferentes acciones validas y razonables”¹

La despenalización parcial del aborto mediante la sentencia C-355/06 no es un cambio que se da de la noche a la mañana, sino que constituye un proceso de interpretación de las normas jurídicas constitucionales de acuerdo a las nuevas realidades y paradigmas de la sociedad ante las reclamaciones de grupos tradicionalmente discriminados que buscan reivindicar sus derechos a través de transformaciones en el ordenamiento jurídico por la vía del juez constitucional.

Dicho cambio de posición ha puesto en evidencia un nuevo problema jurídico interpretativo sobre la procedencia de la objeción de conciencia por parte del Juez en casos de aborto legal. Es así que resulta pertinente analizar si dentro del marco de discrecionalidad del operador de justicia hay lugar para declararse impedido de fallar un caso de aborto legal con base en la objeción de conciencia. Una vez realizado ese primer ejercicio hermenéutico, como siguiente paso se justifica indagar la opinión jurídica de algunos Jueces de diferentes categorías de la ciudad de Bucaramanga para determinar su posición interpretativa frente al tema, lo cual constituye elemento esencial de la investigación para lograr su incorporación dentro del contexto regional según los objetivos de la Maestría. Teniendo en cuenta el papel fundamental de los jueces y de la actividad judicial en un estado social de derecho, resulta de vital importancia para el interprete jurídico determinar el alcance de un tema como el de la objeción de conciencia planteada

¹ GOMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008. p.203.

por el administrador de justicia desde un enfoque regional que permita evidenciar la posición interpretativa de diferentes jueces de la ciudad en lo referente a la procedencia de la objeción de conciencia judicial cuando se deba fallar un caso de aborto legal.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde su creación por la Carta Política de 1991 la Corte Constitucional ha tenido un creciente protagonismo como intérprete autorizado de la Constitución y máximo guardián de su integridad y primacía, liderando transformaciones en todos los ámbitos de la vida jurídica, política y social del país mediante sus fallos. *“El cambio, en breve, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de sub-reglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores.”*²

Sobre el tema del aborto, la Corte en principio mantuvo una línea jurisprudencial en las sentencias C-133/94, C-013/97, C-647/01 y C-198/02 caracterizada por un criterio interpretativo tradicional que asumía la penalización absoluta como garantía de protección a la vida del nasciturus, prevalente sobre los derechos a la autonomía reproductiva de la mujer. Sin embargo, con la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional Colombiana en un cambio de paradigma interpretativo profirió una decisión que despenalizó la práctica del aborto en tres circunstancias específicas, bajo el entendido que no se justifica la penalización de

² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2000. p. 1.

la conducta por vulnerar los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la madre certificada por un médico, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida certificada por un médico y cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Dicho cambio ha significado una transformación en el ordenamiento jurídico Colombiano por la vía del Juez constitucional, quien ha creado con esta decisión una verdadera norma jurídica de carácter general, abstracto, impersonal y con efecto vinculante para todas las autoridades a pesar de no ser ley en sentido formal; entendida esta como norma producida por el legislador conforme a los criterios de validez del sistema. Posteriormente dicho criterio fue reiterado en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09. Pero a la vez con estos pronunciamientos surgió un nuevo problema hermenéutico sobre la procedencia de la objeción de conciencia frente al aborto legalmente permitido, lo que llevó a la Corte Constitucional a especificar las reglas para la procedencia de la objeción de conciencia por parte de los médicos en la sentencia T-209/08.

No obstante, en la sentencia T-171/07 se presentó el caso de un Juez que invocando el contenido normativo de la Constitución, presentó objeción de conciencia para declararse impedido de fallar un caso en el que se solicitaba mediante el amparo de Tutela una orden judicial para la práctica del aborto en una de las circunstancias en los que esta conducta fue despenalizada. En esta ocasión ante la ocurrencia de un hecho superado por la práctica de una cesárea,

la Corte no entró a analizar lo relativo a la procedencia de la objeción de conciencia presentada por el Juez, dejando este problema jurídico sin resolver.

De esta manera para dar respuesta a dicho problema jurídico dentro de un ámbito de investigación jurídica interpretativa regional surge este proyecto de investigación que se ha denominado: *Procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal: Perspectiva hermenéutica en Bucaramanga.*

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es procedente la objeción de conciencia del Juez para declararse impedido de fallar casos de aborto legalmente permitido?

HIPÓTESIS DE TRABAJO

General: SÍ es procedente la objeción de conciencia del Juez para declararse impedido de fallar casos de aborto legalmente permitido, debido a que el artículo 18 de la Constitución garantiza la libertad de conciencia y establece que nadie será obligado a actuar en contra de ella. Dicha disposición es un derecho fundamental de la persona humana con fuerza normativa, a pesar de no existir reglamentación legal de la procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal; porque el Juez antes que administrador de justicia también es persona humana, cuya dignidad debe respetarse por ser el pilar básico del Estado social de derecho.

OBJETIVOS

Objetivo General: Analizar desde la interpretación jurídica la procedencia de la objeción de conciencia por parte del Juez frente a casos de aborto legal y determinar la posición hermenéutica de algunos jueces de diferentes categorías de la ciudad de Bucaramanga frente al tema.

Objetivos Específicos:

- Analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el aborto y la objeción de conciencia en casos de aborto legal.
- Establecer hasta que punto resulta procedente la objeción de conciencia por parte del Juez para declararse impedido de fallar casos de aborto legalmente permitido.

ANTECEDENTES

El tema de la legalización parcial del aborto por medio de la sentencia C-355/06 ha creado no solo una gran polémica en diversos sectores de la sociedad, si no que ha generado una producción de textos sobre el tema, realizando un rastreo se encontraron los siguientes que resultan interesantes dentro del contexto de la investigación:

- En la edición No. 265 de *Ámbito Jurídico* aparece un artículo titulado *¿Pueden los jueces ser objetores de conciencia?* en el que se analiza el caso de la sentencia T-171/07 en la que un Juez se declaró impedido de fallar un caso de aborto legal en base a su objeción de conciencia, aunque no responde al problema planteado.

- En la Universidad de Industrial de Santander existe un proyecto de grado para optar al título de abogado denominado *Connotación jurídica y política frente a la despenalización parcial del aborto en Bucaramanga*, realizado en el año 2007 por Adriana Mendoza Cadena. Dicho trabajo constituye una excelente fuente teórica sobre el tema del aborto ya que lo aborda desde la antigüedad a nuestros días, pasando por los antecedentes jurídicos y alcance de la sentencia C-355/06. Además tiene un contexto regional pues reúne opiniones de diferentes sectores de la sociedad Bumanguesa en torno al tema.
- También se encontró un artículo de Mónica María Novoa Gomes denominado *Despenalización del aborto: la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional y sus implicaciones para la psicología*. Este artículo aborda el tema a través de una perspectiva psicológica pero nos interesa porque hace un análisis de los principales argumentos de la sentencia C-355/06 para la despenalización parcial del aborto.
- Se encontró también un avance de proyecto de investigación doctoral en derecho denominado *La jurisprudencia constitucional colombiana en los conflictos vida-libertad* realizado por Claudia Helena Forero. Dicho avance no toca exclusivamente el tema del aborto sino que abarca los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en los conflictos vida-libertad.
- Existe un texto denominado *Implicaciones éticas, jurídicas y medicas de a sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas* publicado por el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia en el que a modo informativo se da una explicación sobre las consecuencias de la sentencia C-355/06 y su aplicación práctica.
- Finalmente, otro texto interesante que se encontró es un artículo realizado por Andrée Viana Garcés denominado *El círculo da la vuelta jurisprudencia*

constitucional sobre el aborto en el cual se analiza la línea jurisprudencial de la Corte constitucional sobre el aborto.

MARCO CONCEPTUAL

Para el desarrollo de la investigación resulta conveniente abordar algunos conceptos que serán utilizados en el transcurso de la misma.

En primer lugar cabe precisar que en Colombia el aborto es un delito tipificado en los artículos 122 y 123 del Código Penal, y hasta ahora no ha dejado de serlo, salvo las tres excepciones establecidas en la sentencia C-355/06. El aborto en Colombia se empezó a penalizar desde 1837, pero se permitía el aborto terapéutico cuando fuera necesario para salvar la vida de la madre, disposición que fue reiterada en el artículo 640 del Código Penal de 1890. El Código penal de 1936 estableció una penalización absoluta del aborto, la cual se ha mantenido en el decreto 100 de 1980 y en la ley 599 de 2000, hasta la expedición de la sentencia C-355 de 2006 que lo despenalizó de manera parcial. Una diferencia entre el concepto de aborto desde el punto de vista médico y desde el punto de vista jurídico es el siguiente: *“El aborto del desde el punto de vista médico se puede definir como la expulsión del feto de forma natural o provocada en el periodo no viable de su vida intrauterina, es decir, cuando no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir. (...)El aborto jurídicamente se establece a través de la reunión de dos elementos: con la interrupción voluntaria del embarazo, y la muerte del feto, provocados por la mujer o por otra persona (...).”*³ Desde la parte médica

³ MENDOZA Cadena, Adriana. *Connotación jurídica y política frente a la despenalización parcial del aborto en Bucaramanga*. Proyecto presentado como requisito para optar al título de abogado. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, 2007. p. 17

no se realiza ningún tipo de valoración de la intención ya que la expulsión puede ser natural o provocada, mientras que desde el punto de vista jurídico dado que es un delito que no admite modalidad culposa es necesario el elemento de la voluntad en quien provoca el aborto para que sea considerado como un hecho punible.

Por otro lado la objeción de conciencia es una decisión tomada por la persona de no cumplir una obligación legal, porque de lo contrario se produciría un conflicto grave en su conciencia. En nuestro ordenamiento la objeción de conciencia no se encuentra establecida de manera expresa en la constitución, sin embargo el artículo 18 de la Carta establece con categoría de derecho fundamental la libertad de conciencia señalando que nadie será obligado a actuar en contra de esta, de donde podemos establecer que sí existe objeción de conciencia en nuestro sistema jurídico y que además tiene la categoría de derecho fundamental, derivada del principio de dignidad humana, que es el pilar del estado social de derecho, por lo cual en principio no debería estar atada a ningún tipo de consideración religiosa, sino a la conciencia libre del individuo.

METODOLOGÍA

La investigación que se realizará será de tipo analítico descriptiva de interpretación jurídica, y se dividirá en dos capítulos, el primero correspondiente a la determinación y análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el aborto y objeción de conciencia en casos de aborto legal; la segunda en la cual se abordará el tema de la procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal que será proyectado en un contexto regional. Para lograr estos objetivos se procederá de la siguiente forma:

- Como punto de partida se realizará un análisis jurídico de la jurisprudencia constitucional sobre el tema del aborto distinguiendo dos etapas: una primera de penalización absoluta que encontramos en las sentencias C-133/94, C-013/97, C-647/01, y C-198/02, y la segunda que constituye el cambio de paradigma interpretativo en la sentencia C-355/06 que despenaliza el aborto de manera parcial y la consolidación del nuevo precedente en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09. Este primer paso nos permitirá evidenciar la línea jurisprudencial de la Corte constitucional en materia de aborto así como la identificación plena del criterio interpretativo imperante.
- Como segundo paso se abordará el tema de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal, para lo cual se establecerá en primer lugar cual es el papel del Juez en un Estado social de derecho, la objeción de conciencia como derecho fundamental, y los criterios interpretativos para determinar la procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal.
- Como tercer paso corresponderá aplicar la investigación al contexto regional mediante la determinación de los criterios interpretativos de jueces de diferentes categorías de la ciudad de Bucaramanga respecto a la procedencia de la objeción de conciencia del Juez en casos de aborto legal, lo que se hará a través de una encuesta/entrevista anónima en la que se responderá al problema jurídico de la investigación conforme a los criterios interpretativos de procedencia establecidos en el capítulo dos.
- Para finalizar en las conclusiones conforme a la información recolectada y el ejercicio interpretativo propuesto de acuerdo a lo establecido durante el desarrollo de la investigación se podrá confirmar o desvirtuar la hipótesis de trabajo propuesta.

1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL ABORTO

El primer capítulo de la Tesis está dedicado al tema de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el aborto en Colombia. Su propósito es analizar la línea jurisprudencial de la Corte aplicando la hermenéutica jurídica para evidenciar las posiciones que ha asumido el Tribunal Constitucional al respecto. En ese sentido, se realizará una reconstrucción argumentativa de cada Sentencia (incluyendo salvamentos y aclaraciones de voto), identificando sus argumentos principales y sub-argumentos, así como los criterios interpretativos utilizados, para finalmente proceder a graficar la respectiva línea jurisprudencial.⁴

Sobre el tema del aborto, la Corte en principio mantuvo una línea jurisprudencial en las sentencias C-133/94 y C-013/97, caracterizada por un criterio interpretativo tradicional que asumía la penalización absoluta como garantía de protección a la vida del nasciturus, prevalente sobre los derechos a la autonomía reproductiva de la mujer. Posteriormente, en las sentencias C-647/01 y C-198/02 dicho criterio fue atemperado en el sentido de considerar que no obstante ser el aborto una conducta penalizada, cuando era ejecutado en circunstancias de extraordinaria motivación, el Juzgador podía prescindir de la aplicación de la pena de acuerdo a la valoración por él realizada en el caso concreto.

⁴ *“Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar.”* LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. p.141.

Finalmente, con la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana en un cambio de paradigma interpretativo profirió una decisión que despenalizó la práctica del aborto en tres circunstancias específicas, bajo el entendido de que no se justifica la penalización de la conducta por vulnerar los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer y su vida digna, cuando: la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la madre certificada por un médico, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida igualmente certificada por un médico, y cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual⁵ sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Dicho cambio de paradigma interpretativo ha significado una transformación en el ordenamiento jurídico Colombiano por la vía del Juez constitucional, quien ha creado con esta decisión una verdadera norma jurídica de carácter general, abstracto, impersonal, y con efecto vinculante para todas las autoridades, a pesar de no ser ley en sentido formal (entendida esta como norma producida por el legislador conforme a los criterios de validez del sistema).⁶

⁵ En este punto la Corte comete un pequeño “oso jurídico” dado que es absolutamente imposible que un embarazo se produzca por un acto sexual diverso al acceso carnal, ya que en este no existe ningún tipo de penetración en el cuerpo de la mujer, idóneo para producir un embarazo. Basta con examinar el Código Penal en su Título IV, artículo 212 que define el acceso carnal como “...la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”, entendiéndose por *acto sexual* toda conducta de índole sexual diversa al acceso carnal.

⁶ Aunque para Kelsen no existe mucha diferencia entre la labor realizada por el legislador y el juez o el funcionario administrativo, en su concepto ambos se encargan de crear derecho conforme a los criterios de validez del sistema otorgados por las normas jurídicas que confieren las respectivas potestades; la diferencia radica en que mientras el legislador crea normas jurídicas de carácter general, el juez al expedir la sentencia que soluciona el caso concreto, y el funcionario administrativo al proferir el respectivo acto administrativo, crean normas jurídicas de carácter particular. Sobre este punto se profundizará en el segundo capítulo de la investigación al tocar el tema de la interpretación judicial.

Posteriormente, dicho criterio fue reiterado en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09; pero a la vez con estos pronunciamientos surgió un nuevo problema hermenéutico sobre la procedencia de la objeción de conciencia frente al aborto legalmente permitido, lo que llevó a la Corte Constitucional a especificar las reglas para la procedencia de la objeción de conciencia por parte de los médicos en la sentencia T-209/08.

No obstante, en la sentencia T-171/07 se presentó el caso de un Juez que invocando el contenido normativo de la Constitución, presentó objeción de conciencia para declararse impedido de fallar una Tutela en la que se solicitaba mediante el derecho de amparo una orden judicial para la práctica del aborto en una de las circunstancias en las que esta conducta fue despenalizada. En dicha ocasión ante la ocurrencia de un hecho superado por la práctica de una cesárea, la Corte no entró a analizar lo relativo a la procedencia de la objeción de conciencia presentada por el Juez, dejando este problema jurídico sin resolver en esa ocasión.

De esta manera, para dar respuesta a dicho problema jurídico dentro de un ámbito de investigación jurídica interpretativa de carácter regional surgió este proyecto de investigación que se denominó en principio: *Procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal: Perspectiva hermenéutica en Bucaramanga*; sin embargo, durante el desarrollo del mismo, una Sala de revisión de Tutela de la Corte Constitucional, profirió la Sentencia T-388/09, en la que de manera clara se especificó que los Jueces no podían ser objetores de conciencia

por estar sometidos exclusivamente al imperio de la ley en virtud del artículo 230 de la Constitución.⁷

A pesar de lo anterior, el señor Procurador General de la Nación, en su “ (...) condición de Director Supremo del Ministerio Público, y en ejercicio de sus funciones constitucionales de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y las decisiones Judiciales; de proteger los derechos humanos y de asegurar su efectividad, así como de <<(I)ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario ante la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos fundamentales>> (artículo 277, numeral 7º), dentro de la oportunidad procesal reconocida para promover incidente de nulidad de las providencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional, (...)”⁸, presentó mediante un extenso escrito de 143 páginas, un incidente de nulidad contra la sentencia T-388/09, que la Corte aún no ha entrado a decidir (por lo que todavía no ha cobrado firmeza dicho pronunciamiento); razón por la cual se considera, que hoy con mayor razón se justifica profundizar aún más en esta investigación (con algunos pequeños ajustes que son precisados en la parte correspondiente).

⁷ **“Artículo 230 Constitución Nacional:** Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” No obstante, olvida esta Sala de revisión de la Corte, que la libertad de conciencia está establecida en una norma de carácter constitucional (Art. 18 C.N.), así como la inviolabilidad del derecho a la vida (Art. 11 C.N.), derechos inalienables de la persona (Art. 5 C.N.) que por el carácter normativo de la Constitución, propio del paradigma neoconstitucional imperante tienen aplicación directa y fuerza de ley (además de ser Derechos Fundamentales de todas las personas reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y prevalecen sobre el orden interno por disposición del artículo 93 de la Carta Política). Sobre este punto se profundizará en los siguientes capítulos.

⁸ ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. Solicitud de incidente de Nulidad de la Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Proferida por la Sala Octava de Revisión T-388 de 28 de mayo de 2009 Expediente T-1.569.183 M.P. Humberto Sierra Porto (Página 1, disponible en Internet en la dirección www.procuraduria.gov.co).

En este primer capítulo se desarrollará el primer objetivo de la investigación, cual es analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el aborto y la objeción de conciencia en casos de aborto legal. Como punto de partida se realizará un análisis jurídico de la jurisprudencia constitucional sobre el tema del aborto distinguiendo dos etapas: una primera de penalización absoluta que encontramos en las sentencias C-133/94, C-013/97, C-647/01 y C-198/02; la segunda que constituye el cambio de paradigma interpretativo en la sentencia C-355/06, que despenalizó la práctica del aborto de manera parcial, y la consecuente consolidación del nuevo precedente en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09. Este primer paso nos permitirá evidenciar la línea jurisprudencial de la Corte constitucional en materia de aborto y sus giros hermenéuticos, así como la identificación plena del criterio interpretativo imperante.

1.1. ETAPA DE LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA.-

1.1.1. Sentencia C-133/94.: La sentencia C-133/94 es la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el aborto⁹. Fue proferida

⁹ “Las sentencias fundadoras de línea son fallos, usualmente proferidos en el periodo 91-92, en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretensiosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son, por sus propósitos, sentencias eruditas, a veces ampulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que LLEWELLYN llamaba grand style. Se apoyaban en el vacío jurisprudencial existente para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana. Algunas de estas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e incluso contrasistémicas. Su energía política se derivaba de la refundación constitucional de 1991, en una época temprana en que la energía de una nueva creación política todavía corría tumultuosamente por los circuitos políticos. Con frecuencia desconcertante estas sentencias provienen de la pluma de CIRO ANGARITA, el magistrado que mejor se identifica con el pathos de renovación de la Carta del 91. Las características de estas sentencias, por otra parte, hacen que estén plagadas de dicta y que, debido a su energía reformista, expresen balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia. Estas dos características hacen que estas sentencias sean documentos de la mayor importancia, pero que no contengan, en la mayoría de los casos, los balances constitucionales actualmente vigentes.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas*

el 17 de Marzo de 1994, con ponencia del Magistrado ANTONIO BARRERA CARBONELL, en ella se decidió una demanda de inconstitucionalidad impetrada por el ciudadano ALEXANDER SOCHANDAMANDOU contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, Código Penal vigente para la época de la demanda de inexecutable. La norma acusada señalaba:

DECRETO 100 DE 1980 (Código Penal). "ARTICULO 343. ABORTO. *La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.*

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

Se acusaba la normativa demandada de vulnerar los artículos 2 inciso 1º, 7, 18, 19 inciso 1º, y 42 inciso 5º de la Constitución Política. En síntesis, los argumentos del demandante se refieren a que el nasciturus no es persona y por ende no es sujeto de protección constitucional, a que la prohibición del aborto por razones religiosas no se justifica en un Estado Social de Derecho pluralista en el que hay libertad de cultos y de conciencia, y por último, en la autonomía de la pareja para decidir libremente el número de hijos que quiere tener.

En dicha ocasión la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acusada, con Salvamento de Voto de los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Los principales argumentos de la Corte para declarar la exequibilidad de la disposición acusada se refieren a que la protección de la vida humana se debe hacer desde el

jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Primera edición. Bogotá: Legis, 2000. p.67-68. (Si bien, la sentencia C-133/94 es posterior al año 92, no tiene un carácter reformista sino más bien tradicional, ni tiene como ponente al Magistrado ANGARITA; sí es la primera en que la Corte Constitucional se pronuncia sobre el tema del aborto).

momento de la concepción, respecto a la libertad religiosa señala que esta no es excusa que justifique la desprotección del derecho a la vida desde la concepción, y por último, en cuanto a la libre opción reproductiva de la pareja establece que dicho derecho solo se puede ejercer libremente hasta el momento de la concepción.

A continuación se transcribirán en la siguiente tabla los argumentos centrales y los sub-argumentos que sirvieron de base para proferir la decisión de la sentencia referida:

Argumento Central	Sub-argumentos
<p data-bbox="297 993 867 1083">Protección de la vida humana del que está por nacer.</p> <p data-bbox="297 1161 867 1850">La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede</p>	<p data-bbox="889 993 1476 1083">El nasciturus aún cuando no es persona, tiene derecho a la vida.</p> <p data-bbox="889 1161 1476 1356">Según el artículo 74 del Código Civil, "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".</p> <p data-bbox="889 1434 1476 1850">En punto al comienzo de la existencia de la persona, con relevancia jurídica, el artículo 90 del Código Civil, señala que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre". No obstante, en el artículo siguiente se protege legalmente la vida del que está</p>

<p>quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.</p> <p>En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.</p>	<p>por nacer y le otorga competencia al juez para que a petición de cualquier persona, o de oficio, adopte "las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará".</p> <p>El Código del Menor (Decreto 2732 de 1989), en su artículo 5° dispone que, "todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción"; protección que se hace explícita en cuanto al derecho a la vida del no nacido, cuando en su artículo 4° prescribe que, "todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del estado garantizar su supervivencia y desarrollo".</p>
<p>La penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos.</p>	<p>Lo anterior, no implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas,</p>

<p>En atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos", debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento.</p>	<p>o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana.</p> <p>No se descarta la posibilidad de eventuales conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del nasciturus; pero a juicio de la Corte no es su misión, sino tarea del legislador diseñar la política criminal, a través de la expedición de reglas que contribuyan a la solución de dichos conflictos.</p>
<p>La penalización del aborto no vulnera las libertades de conciencia y culto.</p> <p>En lo que atañe a las libertades de conciencia y de cultos, garantizadas por</p>	

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

En esta sentencia se acudió a los argumentos de autoridad¹⁰ con un par de citas doctrinales, a la normatividad internacional que hace parte del bloque de

¹⁰ *“Las afirmaciones que se hacen como parte de la argumentación jurídica usualmente tiene que estar sustentadas mediante referencias a fuentes jurídicas vigentes. El sustento de las afirmaciones, por tanto, depende de la referencia o cita al documento con autoridad jurídica con el que se pretende fundar su validez. Estas citas de apoyo hacen alusión a las llamadas fuentes formales del derecho, tales como las constituciones, las leyes y la jurisprudencia, entre otras. Pero la argumentación jurídica no solamente utiliza estas fuentes formales y vigentes. En la medida en que la argumentación jurídica es una técnica para el debate y la resolución de conflictos y problemas sociales, los abogados también hacen acopio, en su argumentación, de todo tipo de documentos y estudios, que van desde la doctrina jurídica propiamente dicha, hasta la literatura que examina un determinado punto perteneciente a otras ramas del conocimiento humano.”*

constitucionalidad¹¹, a la historia de la norma¹² y al criterio sistemático¹³ de interpretación armonizado con el precedente horizontal, conforme se muestra en la siguiente tabla:

Citas Doctrinales:

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

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Las fuentes del argumento*. Primera edición. Bogotá: Legis, 2009. p.1-2.

¹¹ *"El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen directamente en el texto de la Constitución Política, pero que por mandato expreso o tácito de ésta última, tienen, para todos los efectos, su misma fuerza normativa (bloque en sentido estricto) o constituyen parámetros de control e interpretación constitucional (bloque en sentido amplio o lato). Este concepto fue introducido por la Corte Constitucional al interpretar y dar efecto útil a las disposiciones constitucionales referidas a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al derecho interno. Al respecto es importante recordar que la Constitución Política de 1991 contiene varias disposiciones que remiten a normas integrantes del derecho internacional."* BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Primera edición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p.27.

¹² **ARTICULO 27 CÓDIGO CIVIL:** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia de su establecimiento.

¹³ *"El método sistemático, también conocido como dogmático, pretende derivar el significado de la disposición normativa de su ubicación en el sistema jurídico, en el contexto en que está ubicada, bien sea en su conjunto, o en el de un subsistema, esto es, del conjunto de disposiciones que regulan determinada materia o determinada institución, entendiendo que el sistema jurídico y los subsistemas que lo componen constituyen un conjunto de normas coherente, sin contradicciones ni antinomias, y completo, sin lagunas."* GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008. p.132.

*comienza a existir un ser humano? Trataré de dar la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su prole por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción. El eslabón material es el filamento molecular del DNA. En cada célula reproductora, este filamento de un metro de longitud aproximadamente, está cortado en piezas (23 en nuestra especie). Cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado (como una cinta magnetofónica en un minicasette) de tal modo que al microscopio aparece como un pequeño bastón, un cromosoma. Tan pronto como los 23 cromosomas que proceden del padre se unen por la fertilización a los 23 cromosomas maternos, se reúne toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las cualidades hereditarias del nuevo individuo. Exactamente como la introducción de un minicasette en un magnetófono permitirá la restitución de la sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse a sí mismo tan pronto como ha sido concebido". *("El aborto, implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y políticas". Procodes. Editorial Presencia, Bogotá, pág. 5a.)*

- Estima la Sala, que persona, es lo mismo que decir sujeto de derecho, en virtud de que *"el hombre sólo es persona en sentido jurídico en cuanto es titular de los derechos y obligaciones correlativas cuya realización dentro del orden y la justicia es el fin del derecho objetivo, de la norma"* *("Derecho Civil - Personas", Jorge Arango Mejía, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1a. Edición, Santa fe de Bogotá D.C.)

Bloque de Constitucionalidad:

Evidentemente, entre los instrumentos públicos internacionales ratificados por Colombia, que reconocen el derecho a la vida, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991 y la Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" adoptada en nuestra legislación interna mediante ley 16 de 1992. Dicen, en lo pertinente, los aludidos instrumentos:

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

• *Artículo 1°, numeral 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*

Criterio Histórico de interpretación:

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

en manos del legislador, regular los términos de su penalización.

Criterio sistemático de interpretación en armonía con el precedente horizontal:

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

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

Las disposiciones constitucionales reseñadas, al igual que todas aquellas relativas a los derechos fundamentales, encuentran un refuerzo y complemento en el inciso 2° del artículo 93, en cuanto permite incorporar a la Constitución Política, lo dispuesto en materia de derechos humanos en los tratados y convenios internacionales vigentes, el cual actúa igualmente, como un dispositivo jurídico, que tolera el ofrecimiento de pautas interpretativas idóneas para fijar los alcances de los derechos fundamentales. Es así como esta norma señala, que "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

Colombia".

Por lo tanto, el texto del artículo 11 constitucional, acerca de que el derecho a la vida es inviolable, debe interpretarse a la luz de la preceptiva de derecho internacional, que a propósito y de manera inequívoca, garantiza este derecho desde el mismo momento de la concepción*. *(Sentencia T-179 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero: "La defensa de la vida aún no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana. Los derechos del *nasciturus* se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre Derechos Humanos. Estas normas rigen en Colombia por disposición del artículo 93 de la Constitución Política".)

1.1.1.1. Salvamento de voto a la Sentencia C-133/94.: Frente al problema jurídico principal de la sentencia, referente a la justificación constitucional de la penalización absoluta del aborto en un Estado Social de Derecho, los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, plantean en su Salvamento de Voto que la penalización absoluta en determinadas circunstancias vulnera los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de cultos, y a la autonomía reproductiva de la mujer; afectando además la política criminal del Estado:

"Los suscritos magistrados compartimos la posición mayoritaria en el sentido de que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección a la vida humana. No obstante, discrepamos respetuosamente de la sentencia, pues ésta no contempla los casos en que la continuación del embarazo no constituye una conducta jurídica ni constitucionalmente exigible. La Corporación ha debido declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 343 del Código Penal y la

*inexequibilidad del artículo 345 ídem., y no simplemente la constitucionalidad de la norma acusada, ya que la penalización **absoluta** del aborto, a nuestro juicio, es contraria a los preceptos constitucionales. Por otra parte, nuestra discrepancia con la parte motiva de la sentencia es tan profunda, que nos vemos en la necesidad de dejar planteadas, brevemente, las razones de nuestro disenso. Para ello hemos dividido el salvamento de voto en seis apartes, en los que se revisa la tesis de la mayoría y se exponen algunos argumentos en favor de la no penalización del aborto en determinadas circunstancias. (...) No escapa a los Magistrados que suscribimos este salvamento de voto que la sociedad y el Estado obran con una doble moral al ser complacientes y aceptar la impunidad del aborto, pero, a la vez, pretender encubrir esa actitud con una drástica y absoluta penalización formal de dicha conducta, a sabiendas de que las mujeres, ayunas de su apoyo, se ven forzadas por circunstancias insuperables - violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre - a adoptar la decisión de abortar, justamente para aspirar a una vida digna.”¹⁴*

A continuación, se transcribirán en la siguiente tabla los argumentos centrales y los sub-argumentos del Salvamento de Voto referido:

Argumento Central	Sub-argumentos
<p>I. Tesis que reconoce personalidad jurídica al no nacido</p> <p>La Corte no logra diferenciar la protección a la vida del derecho</p>	<p>La licencia en el uso del lenguaje muestra la ambigüedad con que se emplea el vocablo persona, como sinónimo de individuo o de ser humano, de manera que se termina por dar igual</p>

¹⁴ Corte Constitucional, Salvamento de Voto a la Sentencia C-133/94.

<p>fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional (Preámbulo, artículo 2). Cuestión diferente es la consagración del derecho fundamental a la vida (CP art.11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.</p> <p>Lo anterior no significa que la vida humana, latente en las diferentes etapas del embarazo - cigoto, embrión, feto -, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio.</p> <p>(...)</p> <p>El reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales - entre ellos el derecho a la vida - al nasciturus, presupone que el Estado puede</p>	<p>tratamiento al no nacido que a las personas nacidas y titulares de derechos y obligaciones.</p> <p>El nasciturus no es una persona en sentido constitucional. La Constitución no hace al nasciturus sujeto de derechos. Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el nasciturus tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador.</p> <p>(...)</p> <p>El artículo 43, que garantiza a la mujer protección especial durante el embarazo y después del parto, tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al fruto de la concepción. Tampoco la Corte, motu proprio, está en libertad de reconocer dicho status al nasciturus, de manera que puedan</p>
--	--

<p>restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Por esta vía, abiertamente censurable, el recurso a la personificación jurídica - en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural -, se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales, en razón de que el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrera al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada.</p>	<p>ponerse a competir sin restricción ni medida los derechos del ser humano no nacido con los derechos de la mujer embarazada.</p>
<p>II. Tesis del valor intrínseco de la vida y sus alcances</p> <p>El Estado está constitucionalmente legitimado para proteger el valor intrínseco de la vida humana, pero de ello no se desprende necesariamente que todas las personas deban aceptar restricciones desproporcionadas a sus</p>	<p>El problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus - si es persona o no, si es sujeto de derechos e intereses o no - sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana.</p> <p>(...)</p>

<p>derechos fundamentales. El Estado puede exigir que las decisiones acerca del aborto se adopten reflexivamente, en atención a la importancia del asunto. Sin embargo, para otros, el Estado está legitimado para ir más allá, y exigir de sus ciudadanos la obediencia de reglas y prácticas basadas en una determinada concepción de la vida - particularmente las relacionadas con su valor sagrado -. Mientras que la primera alternativa deja un espacio de libertad para tomar decisiones morales de manera que las personas asuman individualmente su responsabilidad, la segunda niega esta posibilidad y demanda un comportamiento que puede, incluso, ir en contra de sus convicciones morales. Juzgamos que sólo la primera opción armoniza con la filosofía pluralista que la Constitución consagra.</p>	<p>Aunque algunas vertientes del pensamiento comparten la idea de que la vida es un bien sagrado, no existe unanimidad en lo que atañe a su protección frente a circunstancias como la violación, el incesto, la deformidad fetal o el riesgo potencial contra la propia vida de la madre. Hay quienes consideran que ninguno de estos eventos justifica la práctica del aborto, ya que el carácter sacrosanto de la vida merece protección absoluta. Otros, en cambio, pese a reconocer el valor intrínseco de la vida, no extienden su protección hasta el grado de exigir el sacrificio de otros valores igualmente esenciales, como podrían ser la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la mujer embarazada. Las discrepancias en torno a la protección de la vida en potencia reflejan profundas diferencias en las visiones metafísicas sobre el valor y el sentido de la vida.</p>
<p>III. Vulneración de las libertades de conciencia y de religión</p>	<p>De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad</p>

<p>Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales.</p>	<p>de conciencia y de religión consagrada en la Constitución.</p> <p>(...)</p> <p>Por otra parte, el Estado no está autorizado para proteger lo que, de suyo, no tiene un interés propio, con base en razones teológicas.</p>
<p>IV. Vulneración del derecho a la autonomía procreativa</p> <p>El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art 16). Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho constitucional queda condicionada a la protección del</p>	<p>En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto -, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado.</p> <p>(...)</p> <p>Para asegurar que la garantía</p>

<p>valor que se le asigne a la vida, según la creencia religiosa que se adopte.</p> <p>(...)</p> <p>La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa.</p>	<p>constitucional de la libertad se extienda tanto a las mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades. (...)</p> <p>Negarles la libertad de decidir, mediante la tipificación penal absoluta, es causarles un perjuicio grave y desconocer su derecho a una vida digna - en términos materiales como corresponde al concepto de vida en el estado social de derecho - y autónoma.</p>
<p>V. Diferenciación de fases y sopesación de derechos e intereses</p> <p>En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en</p>	<p>A partir del segundo trimestre, al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al nasciturus, salvo la presencia de derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad</p>

<p>los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir.</p>	<p>efectiva de subsistencia independiente del nasciturus -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida.</p>
<p>VI. Razones de política criminal contra la penalización absoluta del aborto</p> <p>La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente.</p> <p>(...)</p>	<p>La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos - madre e hijo - a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana.</p> <p>(...)</p> <p>En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los</p>

<p>La ineficacia de la tipificación se observa tanto en el precepto como en su sanción. La prohibición no se obedece; pero, además, es factible eludir la persecución penal. La ineficacia de un tipo penal, a largo plazo, puede implicar el deterioro de la legalidad y de la legitimidad del Estado.</p>	<p>asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación.</p>
---	--

En este Salvamento de Voto se acudió a los argumentos de autoridad con unas cuantas citas doctrinales y estadísticas, a la normatividad internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, a la historia de la norma y al criterio sistemático de interpretación armonizado con el precedente horizontal, conforme se muestra en la siguiente tabla:

<p>Citas Doctrinales y estadísticas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por último, la doctrina basada en la defensa del <i>right of privacy</i>, prohijado por la Corte Suprema Norteamericana* en el caso <i>Roe vs. Wade</i>, reconoce a la mujer el derecho a decidir, durante el primer trimestre del embarazo - sistema de plazos -, si desea llevarlo a su culminación o interrumpirlo, sin riesgo para su vida, acudiendo a los servicios médicos del Estado, con lo que se deja en libertad a la mujer para decidir sobre esta opción moral. *(Sobre la materia pueden consultarse, entre otras, las obras de Ronald Dworkin "Life's Dominion", Alfred A. Knopf, New York, 1993 y la de Donald P. Judges "Hard Choices, Lost Voices", Iván R. Dee, Chicago, 1993.)

- La doctrina católica sostiene que el feto está dotado de alma desde la concepción por lo que es digno de protección jurídica, pese a que hasta época muy reciente* se sostenía que el alma ingresaba al cuerpo en algún momento posterior a la concepción: cuarenta días para el hombre y ochenta para la mujer. Es así como para la misma doctrina católica el aborto no era, hasta el siglo pasado, sinónimo de homicidio sino una conducta que atentaba contra la obra de Dios. *(Sólo en 1869, el papa Pío IX suprimió la distinción medieval entre el feto dotado de alma y el inanimado, decretando que la animación por Dios se produce desde el momento de la concepción. Ruiz Miguel, Alfonso: El aborto: problemas constitucionales. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.)
- Un criterio moral útil para determinar las acciones inmorales ilícitas es el del daño a terceros, sugerido por el filósofo John Stuart Mill. Según esta teoría, no cabe imponer pautas morales externas a adultos que pueden autodeterminarse cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre, en el que el nasciturus no es víctima de dolor o daño.
- El delito de aborto es quizás el delito que presenta las mayores cifras de clandestinidad. Se calcula que en Colombia se practican cerca de 300 mil abortos al año*, en diversas condiciones y acudiendo a instrumentos tales como la jeringa de Karman, la sonda, los cabos de cebolla, las agujas de tejer, los garfios contaminados, entre otros, que conducen a la muerte de un elevado número de mujeres o a lesiones irreversibles en su salud y en la del futuro niño. *(En 1980 el número de procesos iniciados por el delito de aborto fue 4.215; en 1981, 1.598; en 1985, 1.192; en 1990, 486 y en 1991, 324. Fuente: DANE - Estadísticas de Justicia 1971-1991.)

- Por último, otra razón adicional contra la penalización absoluta del aborto se relaciona con su ineficacia. El número de abortos supera avasalladoramente el número de personas procesadas por este delito*. *(En 1980 el número de procesos iniciados por el delito de aborto fue 4.215; en 1981, 1.598; en 1985, 1.192; en 1990, 486 y en 1991, 324. Fuente: DANE - Estadísticas de Justicia 1971-1991.)

Bloque de Constitucionalidad:

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

Criterio Histórico de interpretación:

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

optó por la permisión del aborto y dejó en manos del Legislador regular los términos de su penalización".

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

Criterio sistemático de interpretación en armonía con el precedente horizontal:

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

El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). El silencio constituyente, o su rechazo a una consagración explícita del derecho a elegir libremente la maternidad, no son razones suficientes para concluir que no existe el derecho a la autonomía procreativa. *(Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 1993).

1.1.2. Sentencia C-013/07.: La Sentencia C-013/97 es la segunda sentencia en la que la Corte Constitucional toma una decisión referente a la justificación constitucional de la penalización absoluta del Aborto en Colombia, reiterando el mismo criterio hermenéutico aplicado en la Sentencia C-133/94, por lo que podemos considerar este fallo como *confirmador de principio*¹⁵.

Esta sentencia fue proferida el 23 de Enero de 1997, con ponencia del Magistrado JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, y en ella se decidieron unas demandas acumuladas de constitucionalidad impetradas por el ciudadano JOSE EURIPIDES PARRA PARRA contra los artículos 328, de una parte, y 345, 347 y 348, por otra, del Código Penal vigente para la época (Decreto 100 de 1980). No obstante como de dichos artículos, solamente el 345 se refiere al delito de aborto, me limitaré a transcribir dicha norma, y sobre la declaración de exequibilidad de la misma procederé a realizar el análisis argumentativo de la sentencia, debido a los objetivos de la presente investigación. El artículo 345 del Decreto 100 de 1980 señalaba:

DECRETO 100 DE 1980 (Código Penal). “ARTICULO 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.”

¹⁵ “Las sentencias confirmadoras de principio (o de reiteración como las denomina la Corte Constitucional) son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio, contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia al precedente. La mayor parte de sentencias de la Corte son de este tipo, mientras que las sentencias hito o las sentencias fundadoras de línea constituyen una proporción relativamente pequeña de la masa decisional.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. p.166-167.

Se acusaba al artículo 345 del Decreto 100 de 1980 de vulnerar los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 16, 22, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 83, 94, 95, 96, 228 y 229 de la Constitución Política. En síntesis, los argumentos del demandante se refieren a que las penas menos severas establecidas por el legislador cuando se comete el delito de aborto cuando el embarazo era resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, constituían una vulneración flagrante al principio de igualdad y de la protección constitucional a la vida del nasciturus, por ser demasiado poco severas.

En esta ocasión la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, con Aclaración de Voto del Magistrado JORGE ARANGO MEJÍA, y salvamento de voto de los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO (los mismos que salvaron voto en la Sentencia C-133/94, de hecho en la parte respectiva del salvamento se transcribe de manera íntegra dicho documento). Los principales argumentos de la Corte para declarar la exequibilidad de la disposición acusada se refieren a que a pesar de que dichas penas son en extremo benignas, esto obedecía a las circunstancias en que se había producido el embarazo fruto de una conducta delictiva, y en consecuencia no podía el Juez Constitucional entrar a controvertir la libertad de configuración de los delitos y de las penas, que está en cabeza del legislador. Además se reiteran los argumentos expuestos en la Sentencia C-133/94, referentes a la justificación constitucional de la penalización absoluta del Aborto en Colombia para proteger la vida del nasciturus.

A continuación se transcribirán en la siguiente tabla los argumentos centrales y los sub-argumentos que sirvieron de base para proferir la decisión de la sentencia referida:

Argumento Central	Sub-argumentos
<p data-bbox="298 338 867 541">Facultad del legislador para señalar ciertas conductas como delictivas, para establecer sus modalidades y para contemplar y graduar las penas</p> <p data-bbox="298 615 867 1083">La censura primordial de la demanda recae, entonces, sobre la cuantía e intensidad de la sanción impuesta, la cual, de acuerdo con los escritos presentados por el impugnante, resulta complaciente y laxa. De allí deduce que los señalados tipos penales desconocen numerosos preceptos de la Carta Política.</p> <p data-bbox="298 1157 867 1625">Las sanciones en cuestión pueden considerarse, en efecto, bastante benignas si se advierte la gravedad de las conductas descritas, que ofenden de manera directa el derecho fundamental a la vida, y si se tiene en cuenta que los seres contra los cuales se dirigen son precisamente los más inocentes e indefensos del género humano.</p> <p data-bbox="298 1703 867 1797">Sin perjuicio de reconocer -como lo hace la Corte- que ello es así, tal</p>	<p data-bbox="894 338 1463 758">La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces.</p> <p data-bbox="894 831 943 873">(...)</p> <p data-bbox="894 947 1463 1797">Si la Corte Constitucional pudiera, por ese sólo hecho, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuaníme y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de</p>

<p>circunstancia no configura por sí misma una razón de inconstitucionalidad de las normas objeto de examen.</p> <p>Por una parte, no puede olvidarse que el bajo nivel de las sanciones previstas por la ley en estos casos no es gratuito, toda vez que encuentra explicación en los antecedentes de la concepción y en los efectos que la violencia o el engaño ejercidos, causantes a su vez del embarazo, han provocado en el ánimo y en los sentimientos de la madre.</p> <p>(...)</p> <p>En ese orden de ideas, no es posible acceder a lo pedido en este proceso por el demandante, quien pretende la eliminación de la pena menor, no obstante las circunstancias en que se funda, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva.</p>	<p>pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.</p> <p>Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.</p>
<p>Consideraciones acerca del aborto como repudiable ataque contra la vida humana</p>	<p>El valor constitucional de la vida</p> <p>La penalización de los delitos de aborto, infanticidio y abandono es expresión de</p>

<p>En torno al aborto, la Corte Constitucional, al interpretar el sentido de las normas fundamentales, en especial la consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política, ha establecido una doctrina que ahora se reitera, cuyos elementos básicos se exponen a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física. 2) La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional. 3) Para la Corte, el derecho a la vida 	<p>la política criminal del Estado y desarrollo de los principios y preceptos constitucionales.</p> <p>(...)</p> <p>Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica.</p> <p>(...)</p>
--	---

<p>está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el Derecho, no en la ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección -como lo destaca esta sentencia- no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico.</p>	<p>Por ello, el amparo constitucional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan, con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo cual el Estado no puede permanecer</p>
<p>4) En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital.</p>	<p>indiferente. (...) No puede afirmarse, entonces, que el legislador vulnere la Carta Política por penalizar el aborto, como tampoco es inconstitucional que prevea distintos niveles de sanción, de acuerdo con las hipótesis que él mismo construya con apoyo en su conocimiento de la realidad</p>

<p>5) El aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre con todos los delitos, o, en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse.</p>	<p>social y en ejercicio de las atribuciones que, según la propia Constitución, le corresponden.</p> <p>(...)</p> <p>Lo dispuesto tiene sentido, en cuanto, de todas maneras, con el aborto se causa voluntariamente el agravio al bien jurídico protegido. La intención de la madre en el momento de actuar -tal es el supuesto del aborto inducido, que es el objeto de sanción penal- está dirigida de manera cierta e indudable a interrumpir el proceso de gestación, causando la destrucción del embrión humano o del nasciturus.</p> <p>La ilicitud de tal acto es manifiesta frente al texto constitucional -el derecho a la vida es inviolable- y, si se castiga con una pena menor, ello acontece en razón del factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune o, como erróneamente se sostiene por algunos, que en los</p>
<p>6) Ningún criterio de distinción es aceptable, a la luz del Derecho, para suponer que esa protección constitucional tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento de la persona, o que deba ser menos intensa durante las etapas previas al</p>	<p>social y en ejercicio de las atribuciones que, según la propia Constitución, le corresponden.</p> <p>(...)</p> <p>Lo dispuesto tiene sentido, en cuanto, de todas maneras, con el aborto se causa voluntariamente el agravio al bien jurídico protegido. La intención de la madre en el momento de actuar -tal es el supuesto del aborto inducido, que es el objeto de sanción penal- está dirigida de manera cierta e indudable a interrumpir el proceso de gestación, causando la destrucción del embrión humano o del nasciturus.</p> <p>La ilicitud de tal acto es manifiesta frente al texto constitucional -el derecho a la vida es inviolable- y, si se castiga con una pena menor, ello acontece en razón del factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune o, como erróneamente se sostiene por algunos, que en los</p>

<p>alumbramiento.</p> <p>7) La mujer -considera esta Corte- no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él.</p> <p>8) Dedúcese de lo dicho que, si la defensa de la vida humana en todos sus estadios es obligación y responsabilidad de las autoridades (Preámbulo y artículos 2 y 11 de la Constitución Política), es plenamente legítima y constitucional la decisión del órgano competente en el sentido de penalizar el aborto provocado en cuanto, en esencia e independientemente de las motivaciones subjetivas de quien lo ocasiona -las cuales, desde luego, pueden dar lugar a la disminución de la pena y al establecimiento de causales de justificación del hecho o de exculpación, como en todos los</p>	<p>casos expuestos sea un <u>derecho</u> de la madre.</p> <p>La Corte debe declarar al respecto que, aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente -de cuya sanción deberá ocuparse el Estado-, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. Pero, además, a ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto retaliatorio contra un ser totalmente ajeno al agravio causado.</p> <p>Obsérvese que, miradas las cosas con objetividad, el ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima -la más indefensa e inocente- del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha</p>
--	---

<p>delitos-, es agresión, ataque, violencia contra un ser vivo, de tal magnitud que, al perpetrarse, corta definitivamente, de modo arbitrario, el proceso vital y representa, ni más ni menos, la muerte de la criatura.</p> <p>9) La norma del artículo 345 del Código Penal, materia de proceso, contempla, como ya se dijo, una forma atenuada del delito de aborto. Mantiene la penalización de la conducta pero contempla para ella una pena menos rigurosa, en consideración a la diferencia evidente que existe entre una mujer que aborta en condiciones normales y la que hace lo propio habiendo sido víctima de los actos violentos o abusivos descritos en la disposición legal: mientras al aborto en su forma no atenuada se le asigna una pena de uno a tres años de prisión, para la forma atenuada, en caso de violación o inseminación artificial no consentida, por cuya virtud se</p>	<p>sido el agresor, es decir, que espíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir.</p> <p>La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización -aun leve- de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene. Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara</p>
--	---

<p>haya causado el embarazo sin la anuencia de la mujer, la pena señalada es de arresto entre cuatro meses y un año.</p>	<p>agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.</p>
--	---

En esta sentencia se acudió a los argumentos de autoridad con citas doctrinales, a la normatividad internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, y al criterio sistemático de interpretación armonizado con el precedente horizontal, conforme se muestra en la siguiente tabla:

<p>Citas Doctrinales:</p> <p>Afirma el Papa Pablo VI en su Encíclica "Humanae Vitae": "...si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones..."</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pero, con miras a la futura consideración del legislador, cabe recordar lo señalado por el Papa Juan Pablo II en su reciente encíclica "Evangelium Vitae": "Las opciones contra la vida proceden, a veces, de situaciones difíciles o incluso dramáticas de profundo sufrimiento, soledad, falta total de perspectivas económicas, de presión y angustia por el futuro. Estas circunstancias pueden atenuar incluso notablemente la responsabilidad
--

subjetiva y la consiguiente culpabilidad de quienes hacen estas opciones, en sí mismas moralmente malas. Sin embargo hoy el problema va bastante más allá del obligado reconocimiento de estas situaciones personales. Está también en el plano cultural, social y político donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante en la tendencia cada vez más frecuente a interpretar estos delitos contra la vida como *legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos.*

- De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los "derechos humanos" -como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados- incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se 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 en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte.
- Por una parte, las varias declaraciones universales de los derechos del hombre y las múltiples iniciativas que se inspiran en ellas, afirman a nivel mundial una sensibilidad moral más atenta a reconocer el valor y la dignidad de todo ser humano en cuanto tal, sin distinción de raza, nacionalidad, religión, opinión política o clase social.
- Por otra parte, a estas nobles declaraciones se contraponen lamentablemente en la realidad su trágica negación. Esta es aún más desconcertante y hasta escandalosa, precisamente por producirse en una sociedad que hace de la afirmación y de la tutela de los derechos humanos

su objetivo principal y al mismo tiempo su motivo de orgullo. ¿Cómo poner de acuerdo estas repetidas afirmaciones de principios con la multiplicación continua y la difundida legitimación de los atentados contra la vida humana? ¿Cómo conciliar estas declaraciones con el rechazo del más débil, del más necesitado, del anciano y del recién concebido? Estos atentados van a una dirección exactamente contraria a la del respeto a la vida, y representa una amenaza frontal a toda la cultura de los derechos del hombre. Es una amenaza capaz, al límite, de poner en peligro el significado mismo de la convivencia democrática: nuestras ciudades corren el riesgo de pasar de ser sociedades de "*con-vivientes*" a sociedades de excluidos, marginados, rechazados y eliminados".

Bloque de Constitucionalidad:

El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del **nasciturus**, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (...) La consagración explícita del derecho a la vida por parte del Constituyente de 1991 y por los tratados y declaraciones internacionales sobre la materia no implica que el valor y prevalencia de aquél estén fincados exclusivamente en la existencia de tales

cláusulas, que, si desaparecieran, no lo derogarían.

Criterio sistemático de interpretación en armonía con el precedente horizontal:

De otro lado, resulta pertinente aplicar ahora la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que la inconstitucionalidad de una norma no puede tener lugar sino sobre el supuesto de su oposición objetiva a los principios y mandatos del Estatuto Fundamental, bien difícil de establecer cuando, como en esta oportunidad, el artífice del precepto enjuiciado goza de un margen de apreciación a él reconocido por la misma Carta.

En Sentencia C-587 del 7 de diciembre de 1995, la Corte señaló:

"...el presupuesto básico para declarar inexecutable una norma jurídica es el de que esa norma, examinados el proceso de su adopción o su contenido, entre en contradicción con postulados o preceptos de la Carta.

La definición acerca de la posible inconstitucionalidad de un precepto tiene que ser objetiva, por lo cual no es posible deducirla de otros ordenamientos ni de hipótesis no plasmadas en su texto".

En la Sentencia C-504 del 9 de noviembre de 1995 se había dicho:

"Para llegar a la declaración de inexecutable total o parcial de una disposición de la ley es menester definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución".

(...)

Ya manifestó la Corte:

"Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las

necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquél". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996).

Esta doctrina debe ratificarse, para sostener que ningún vicio de inconstitucionalidad se encuentra en los artículos demandados, los cuales se limitan a señalar, como causa de atenuación de la pena para los delitos de aborto (art. 345 C. Penal), infanticidio (art. 328 C. Penal) y abandono de un niño menor de ocho días (art. 348 C. Penal), la circunstancia de haberse producido la concepción por acceso carnal violento o abusivo, o por inseminación artificial no consentida. Por su parte, el 348 consagra una agravación de la pena para el caso del abandono cuando el niño expósito sufre lesiones o muerte como consecuencia de aquél, en una disposición que de ninguna manera puede tacharse de contraria a las prescripciones fundamentales, pues mediante ella no se hace nada diferente de atribuir unos efectos sancionatorios más fuertes cuando la lesión causada reviste mayor gravedad y causa peores efectos.

Ahora bien, esta Corte mediante Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994 (M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell), declaró exequible el artículo 343 del Código Penal, que consagra el delito de aborto en su expresión principal, sin atenuantes.

Aunque respecto de una de las normas acusadas -la del artículo 345, que plasma el delito de aborto en su forma atenuada por las circunstancias dichas- no puede hablarse de que el fallo anterior la haya cobijado bajo el concepto de cosa juzgada constitucional (art. 243 de la Constitución), puesto que se trata de hipótesis diferentes con consecuencias jurídicas también distintas, es claro que, dada la íntima relación entre uno y otro precepto, no resultaría coherente una sentencia de inexecutable, por cuanto, si ya se dijo con efectos vinculantes y **erga omnes** que el legislador podía penalizar el aborto como delito básico, con una sanción de

uno a tres años de prisión, sería inexplicable que se concluyera en la inconstitucionalidad de la norma que suaviza tal sanción cuando el delito es perpetrado por una madre que se halla en las excepcionales condiciones de la concepción provocada por acceso carnal violento o por inseminación artificial abusiva. Ello equivaldría a cercenar, sin fundamento, la competencia del legislador, obligándolo a imponer siempre la misma pena -precisamente la más grave- para un delito cuyas motivaciones, características y circunstancias determinantes son diversas.

(...)

Tal solución, a juicio de esta Corte, habría edificado una inexequibilidad sobre la base de la prevalencia de una mal entendida dignidad de la mujer sobre el derecho a la vida del **nasciturus**, contrariando lo resuelto en la Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994 y, además, habría comprometido a la Corporación en el ejercicio de una función propia del Congreso y que, por lo tanto, no le corresponde.

Además, según ya lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, aunque la potestad legislativa de tipificación penal está sometida al control constitucional para asegurar que al ejercer su función el legislador no desconozca el núcleo esencial de los principios y preceptos constitucionales, no puede olvidarse que el **ius puniendi** es ejercido por el Estado a través de la ley.

La jurisprudencia, tratándose del principio de proporcionalidad que relaciona las sanciones penales con las conductas a las cuales se atribuyen, ha sostenido que "la mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad". (Cfr. Sentencias C-213 del 28 de abril de 1994. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía y C-070 del 22 de febrero de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

La última de las providencias citadas advirtió con claridad que "para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal".

Viniendo al caso del artículo 345 del Código Penal, comparado con el del 343, normas que consagran respectivamente la pena atenuada para el caso de aborto cuando la mujer ha sido embarazada en el curso de un acto violento o como consecuencia de una inseminación artificial no consentida, y la sanción de mayor drasticidad para el mismo delito cuando se ha cometido sin atenuantes, no se configura una desproporción punitiva de tal magnitud que pudiera encajar en el supuesto de irrazonabilidad e injusticia exigido en la citada doctrina y que, por tanto, hiciera forzosa su inconstitucionalidad.

(...)

En efecto, si se comienza por el Preámbulo de la Carta Política -que según lo ha destacado esta Corte (Cfr. Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992. M.P.: Drs José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero), goza de fuerza vinculante y constituye insustituible elemento de interpretación que se proyecta sobre la integridad del Estatuto Fundamental-, aparece la vida como el primero de los objetivos básicos buscados por el Constituyente. El marco jurídico que, a partir de sus postulados se establece, ha de garantizar, como allí se expresa, un orden político, económico y social **justo**.

El artículo 1º de la Constitución señala el respeto a la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho que estructura. Para la Corte Constitucional es claro que esa dignidad, que concibe al ser humano -valioso en sí

mismo- como objetivo primordial del orden jurídico, sería lastimada de fondo si la legislación ignorara o dejara impunes los crímenes cometidos contra él en cualquiera de las etapas de su ciclo vital.

El artículo 2º de la Carta indica como fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes en ella consagrados y la vigencia de un orden justo y declara que las autoridades de la República están instituidas para proteger, entre otros valores, el de la vida de las personas, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. De este principio constitucional se deriva sin duda la obligación del legislador -dentro de la autonomía ya subrayada- de establecer los mecanismos adecuados para la efectiva protección de la vida humana -en especial la de los niños y la de los que están por nacer-, así como para la prevención y sanción de las infracciones que contra ella se intenten o perpetren.

(...)

Como la ha enseñado la jurisprudencia, se trata de un derecho del cual se es titular por el sólo hecho de existir, mientras que los demás requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad. Como lo ha dicho esta Corte, "no se puede ser titular de derechos sin la vida presente, pasada o futura" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-452 del 10 de julio de 1992. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz).

En el mismo sentido se pronunció la Corporación en sentencia posterior:

"El derecho a la vida recibe en la Carta de 1.991 un reconocimiento expreso como derecho. No es ya el reflejo de una obligación estatal, aunque ésta se mantiene

(Art. 2 C.N.), sino que existe como derecho y como tal tiene una mayor autonomía y alcance.

El derecho a la vida es uno de aquellos derechos inalienables de la persona cuya primacía reconoce el artículo 5o. de la Constitución, lo que hace que ellos vinculen al Estado en dos sentidos: en la de su respeto y en la de su protección. La autoridad estatal está constitucionalmente obligada a no hacer cosa alguna que destruya o debilite el contenido esencial de esos derechos, y a crear las condiciones indispensables para que tengan cabal observancia y pleno cumplimiento.

El artículo 11, a su turno, consagra el derecho a la vida como un derecho constitucional fundamental y reconoce su inviolabilidad, en el sentido de que sin justa causa nadie tiene un título legítimo para vulnerarlo o amenazarlo. El derecho a la vida - que es el derecho de toda persona al ser y a la existencia - es intangible frente al Estado y a los particulares mientras con su ejercicio no se infiera daño injusto a los derechos de otro.

Una característica relevante de este derecho es que la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones.

Tener derecho a la vida es reconocer que nadie puede por una causa injusta desconocérmela, lesionármela ni quitármela.(Subrayado fuera de texto)

(...)

Una amenaza contra la vida puede tener niveles de gravedad diversos. Puede ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los que se derive la inminencia de un atentado. Con independencia de la responsabilidad penal que se deduzca de cada

una de estas situaciones, la Constitución protege a las personas contra todos aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva su vida. El Estatuto Fundamental protege el derecho a la vida y dicha protección tiene lugar cuando quiera que se afecte el goce del derecho, no importa el grado de afectación". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-102 del 10 de marzo de 1993. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

(...)

Como ya lo ha puesto de presente la Corte, "el derecho a la vida sólo puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado ejerce a plenitud la exclusividad de la administración de justicia y el privilegio de la coerción legítima" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-102 del 10 de marzo de 1993), lo cual excluye tanto la posibilidad de que las personas hagan justicia por su propia mano como la omisión de la autoridad en la preservación y defensa cierta y eficiente de la vida.

1.1.2.1. Aclaración de voto a la Sentencia C-013/97.: En esta Sentencia se presentó una Aclaración de Voto del Magistrado JORGE ARANGO MEJIA, la cual parece más un Salvamento de Voto, porque si bien apoya la declaración de constitucionalidad de la norma acusada, los argumentos utilizados son totalmente contrarios a los expuestos por la mayoría. A continuación, dada la brevedad y claridad de dicha Aclaración de voto, se transcribirá de manera íntegra:

"Con mi acostumbrado respeto, aclaro mi voto, porque comparto la decisión de la Corte, pero discrepo de algunas de las razones en que se apoya. Mi disentimiento se basa en estos motivos:

Primero.- *Como lo sostuve en el debate, la declaración de inexecutable del artículo 345 del C.P. habría traído como consecuencia el que a la mujer que abortara*

en las circunstancias previstas por esta norma, se aplicaran las penas más graves contempladas por el artículo 343. Esto, porque la Corte no podría legislar, sustituyendo una norma declarada inexecutable (el art. 345) por otra que consagrara unas causales de justificación del aborto, tarea que compete exclusivamente al legislador.

Segundo.- *Afirmé en el mismo debate, y sigo creyendo, que bien puede el legislador consagrar causales de justificación del aborto (cuando se cometa en las circunstancias previstas por el art. 345 o en otras análogas), y aun despenalizarlo, en general. Tales leyes no irían en contra de la Constitución, porque ninguna de sus normas consagra específicamente el delito de aborto.*

Pienso que el Congreso, en su sabiduría, es el llamado a establecer los delitos y las penas. Si él decide en el futuro, interpretando la realidad social y la moral general, despenalizar el aborto, estará obrando dentro de la Constitución. A los jueces, que no legislan, no queda más que aplicar la ley, no controvertirla o tratar de desconocerla con argumentos no jurídicos.

Tercero.- *En la sentencia se citan algunas encíclicas como fundamento de la decisión, en especial de la relativa a la exequibilidad del artículo 345. Por respetables que sean esos documentos, debo manifestar que no estoy de acuerdo en que se traigan como sustento de un fallo que tiene que ser exclusivamente jurídico. La moral, según el propio Diccionario de la Lengua Española, “no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano”. Por eso, es necesario distinguir entre la moral de una determinada religión (en este caso, la católica) y el ordenamiento jurídico. Sólo éste puede servir de razón a las decisiones judiciales.*

Es todo. **JORGE ARANGO MEJÍA**¹⁶

¹⁶ Aclaración de voto a la Sentencia C-013/97. Magistrado JORGE ARANGO MEJIA.

1.1.2.2. Salvamento de Voto a la Sentencia C-013/97.: En esta ocasión nuevamente presentaron salvamento de voto los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, (los mismos que salvaron voto en la Sentencia C-133/94), Salvamento que se encuentra dividido en tres partes a saber:

1. La primera a modo de introducción nos señala la forma en que está dividido el documento, así como un resumen de los argumentos de la posición minoritaria:

“Con todo respeto nos apartamos de la sentencia de la Corte, en lo que respecta a la constitucionalidad de la tipificación legal del aborto cometido bajo circunstancias especiales - acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida -, en cuyo caso consideramos que el Estado, por las razones que exponemos, no puede, sin violar la Constitución Política, sancionar dicha conducta, ni siquiera mediante la imposición de penas menos severas de las que contempla el tipo básico. La conservación del tipo penal, no obstante atenuado, a nuestro juicio, carece de toda justificación constitucional.”

2. La segunda parte es la transcripción íntegra y literal del Salvamento de Voto presentado en la Sentencia C-133/94, los Magistrados que salvaron voto consideraron pertinente transcribir de manera íntegra el documento para reiterar su posición frente a la penalización absoluta del aborto en Colombia (como ya nos referimos a este salvamento, no se considera necesario profundizar en el mismo).

3. La tercera corresponde a la ponencia original presentada por el Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, que fue derrotada por la mayoría, en la que se señalaba que el aborto no debería ser considerado delito cuando fuere fruto de una violación o inseminación no consentida:

“La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de inseminación artificial no consentida, a juicio de la Corte, tiene un significado anormalmente gravoso para la mujer que se ve obligada injustamente a soportarlo y, por lo tanto, la punición de su conducta en este caso quebranta la Constitución Política.”

4. Y la ultima que corresponde a los comentarios finales:

“Las razones expuestas por la Corte en la sentencia ponen de presente los múltiples aspectos de orden moral que están en juego en la decisión de abortar cuando median las circunstancias del embarazo criminal como causas del mismo. Se trata de eventos trágicos que por afectar de manera tan íntima a la mujer, no pueden resolverse desde la cómoda y externa posición espiritual de un grupo social, sin darle una oportunidad a la mujer violada que es la llamada a decidir desde su perspectiva existencial y moral un asunto que como pocos sólo le incumbe a ella. El precio que la Corte ha pagado por asumir una posición moral de las varias que concurren en la sociedad colombiana, haciéndola propia, y decidiendo la constitucionalidad de una ley a partir de ella, no puede ser más elevado: ha perdido su imparcialidad y ha dejado de fallar conforme a derecho.”

1.1.3. Sentencia C-674/01.: La sentencia C-674/01 es la tercera sentencia de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la justificación de la penalización absoluta del aborto en Colombia. Fue proferida el 20 de Junio de 2001,

con ponencia del Magistrado ALFREDO BELTRAN SIERRA; en ella se decidió una demanda de inconstitucionalidad impetrada por el ciudadano CARLOS HUMBERTO GOMEZ ARAMBULA contra el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”. La norma acusada señala:

Ley 599 de 2000 (julio 24) “Por la cual se expide el Código Penal” (...)

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

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

Se acusaba el parágrafo de la normativa citada de vulnerar el Preámbulo y los artículos 1º, 11 y 16 de la Constitución Política. En síntesis, los argumentos del demandante se refieren a que la despenalización del aborto cometido en “*extraordinarias condiciones anormales de motivación*”, constituye un “*repudiable*” ataque contra la vida humana que es el más importante de los derechos fundamentales, y para justificar su argumento cita apartes de la encíclica “*El evangelio de la vida*”, de JUAN PABLO II.

En esta ocasión la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acusada, con Salvamento de Voto de los Magistrados MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL, y Aclaración de Voto de los Magistrados CLARA INEZ VARGAZ HERNANDEZ, JAIME ARAUJO RENTERIA,

ALFREDO BELTRAN SIERRA y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA. Los principales argumentos de la Corte para declarar la exequibilidad de la disposición acusada se refieren a que corresponde al legislador, de acuerdo a la política criminal del Estado, establecer que actos son considerados como delitos, así como la pena que se cometan. No obstante esta libertad configurativa del legislador, se debe ajustar a los postulados constitucionales, de manera que aunque el Aborto sigue siendo un delito penalizado de manera absoluta, en circunstancias excepcionales, de acuerdo a su potestad configurativa, el legislador otorga a los jueces la atribución de ponderar dichas circunstancias excepcionales en cada caso concreto para determinar si se hace necesaria o no la aplicación de la pena, conforme al principio de la Dignidad Humana.

A continuación se transcribirán en la siguiente tabla los argumentos centrales y los sub-argumentos que sirvieron de base para proferir la decisión de la sentencia referida:

Argumento central	Sub-argumentos
<p>La libertad configurativa del Estado en materia punitiva. Funciones y requisitos de la pena.</p> <p>Como es suficientemente conocido, al Estado corresponde en virtud de su soberanía la potestad de definir las conductas que considere como hechos punibles y, así mismo, la de establecer las penas correspondientes. Es esa la</p>	<p>Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde</p>

<p>razón por la cual se ha dicho desde antiguo que, el principio de legalidad ha de cumplirse de manera estricta en el derecho penal, de tal suerte que no hay delito sin ley que lo defina “<i>nullum crimen sine lege</i>”, ni pena sin ley que la determine “<i>nullum poena sine lege</i>”.</p> <p>De esta suerte, aparece entonces claro que, cumplida por el legislador la función de determinar los delitos y las penas de manera general, impersonal, abstracta y objetiva, lo que al juez corresponde, en el caso concreto, es analizar si el acto cometido por una persona determinada reúne los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para concluir luego en la responsabilidad del sindicado y, en consecuencia, imponerle la pena correspondiente conforme a las previsiones y con los requisitos señalados por la ley, lo que significa que sólo con el cumplimiento a plenitud de las garantías constitucionales al debido proceso puede llegarse a la imposición de una pena, pues, conforme al artículo 29 de la Constitución a nadie puede juzgarse</p>	<p>establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.</p> <p>(...)</p> <p>La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas.</p>
---	--

<p>sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia plena de las formalidades legales <i>“nemo iudex sine lege”, “nulla poena sine iudicio legali”</i>.</p>	
<p>Exclusión y extinción de la punibilidad</p> <p>Verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena o la medida de seguridad autorizada por la ley, pues, como se sabe, en tal evento es indispensable la declaración de responsabilidad de la misma con respecto a una persona determinada. Esa responsabilidad es una situación jurídica concreta que por decisión judicial se predica de alguien.</p> <p>(...)</p> <p>Sin embargo, en casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena,</p>	<p>En el proceso penal, una vez producida tal declaración de responsabilidad, sigue entonces como consecuencia jurídica que, conforme a la ley el juez imponga a los imputables una pena y, a los inimputables la medida de seguridad que corresponda.</p> <p>(...)</p> <p>Como puede advertirse, cuando existen causales personales de exclusión de la pena el Estado, teniendo la potestad punitiva para el caso concreto, no hace uso de ella, se abstiene de imponer la pena, como ya se señaló; en cambio, en la extinción de la pena, el Estado ya no tiene, para el caso concreto, la potestad para imponerla. Pero en las dos hipótesis, el fenómeno jurídico es el de la inaplicación de la pena.</p>

<p>en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.</p>	
<p>Exclusión de la pena en el delito de aborto</p> <p>De la lectura misma del artículo 124 del nuevo Código Penal queda claro que regula dos asuntos diversos: el primero, las circunstancias de atenuación de la pena, la cual opera en los cuatro casos específicos allí señalados; y el segundo, al que se refiere su párrafo, en el cual se autoriza al juzgador para prescindir de la pena cuando se cumplan los requisitos que contempla ese precepto. Ellos son: a) que el aborto se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación de la pena; b) que se efectúe en extraordinarias condiciones anormales</p>	<p>Tampoco resulta inconstitucional el párrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo código penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado Social, pluralista y democrático de Derecho. 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</p>

de motivación; y, c) que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto.	pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa, que fue precisamente lo sucedido al incluir como disposición legal el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que en manera alguna viola la Carta Política.
--	---

En esta Sentencia se acudió al criterio histórico de interpretación, conforme se muestra a continuación:

“En las excusas absolutorias el Estado, dadas las circunstancias personales del agente de la conducta delictual, se abstiene de la imposición de la pena, asume una posición de indulgencia penal, que explica la denominación de “perdón judicial” que a ella se daba en el Código Penal de 1936. Las causales personales de exclusión de la pena, fueron autorizadas por el legislador en el Código Penal de 1980 para algunos delitos, lo que significa que esa institución ni es ni ha sido extraña al Derecho Colombiano.”(Sentencia C-647/01 Corte Constitucional).

1.1.3.1. Salvamento de Voto a la Sentencia C-647/01.: Los Magistrados MARCO GERARDO MONROY CABRA y RODRIGO ESCOBAR GIL salvan su voto argumentando que la disposición acusada es inexecutable por vicios de forma y por razones de fondo.

Inconstitucionalidad por vicios de forma:

“Como lo manifesté en la sesión de la Sala Plena en la que se adoptó la decisión de la cual me aparto, la norma acusada, esto es el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, es inexecutable por vicios de forma. En efecto, dicho parágrafo fue incorporado dentro del texto del proyecto de ley correspondiente por la Comisión Accidental de Conciliación designada conforme al artículo 161 de la Constitución Política. De conformidad con lo preceptuado en dicha norma superior, a las comisiones de conciliación corresponde acordar el texto definitivo que tendrá la nueva ley, en aquellos casos en los cuales se presentan discrepancias entre el texto aprobado en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, pero no adicionarlos con disposiciones que no han sido objeto del trámite señalado por el artículo 157 superior. Su labor es precisada por el artículo 186 de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso, que señala que se consideran discrepancias, “las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas.” Es decir, a dichas comisiones accidentales corresponde superar las divergencias de redacción de las normas aprobadas en ambas cámaras, e incluso de aquellas introducidas por la última de las Cámaras en donde se surtió el debate (a ello se refiere la expresión “disposiciones nuevas”), pero no se extiende a la incorporación al proyecto de nuevos textos que no han sido objeto de aprobación por ninguna de las cámaras ni de las comisiones durante el trámite del proyecto. La reciente jurisprudencia sentada por la Corte respecto de las facultades de las referidas comisiones, es clara al señalar que ellas no pueden adicionar los proyectos de ley con textos inexistentes en los proyectos aprobados por las Cámaras legislativas.” (Salvamento de Voto a la Sentencia C-647/01).

Inconstitucionalidad por razones de fondo:

“Pero no sólo por razones formales ha debido declararse inexecutable la disposición acusada. A juicio del suscrito, la misma presentaba también vicios de inexecutable sustancial. En efecto, ella consagra una causal de exclusión subjetiva de punibilidad, que por los términos indeterminados en que está redactada, origina el desconocimiento de las disposiciones superiores relativas a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida.” (Salvamento de Voto a la Sentencia C-647/01).

1.1.3.2. Aclaración de Voto a la Sentencia C-647/01.: Los Magistrados CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, JAIME ARAUJO RENTERIA, ALFREDO BELTRAN SIERRA y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA presentan Aclaración de Voto, cuyos argumentos centrales se transcriben literalmente a continuación para una mejor comprensión:

“Al margen de nuestras preferencias personales y de nuestras convicciones derivadas de la propia conciencia, los magistrados que suscribimos la presente aclaración de voto, lo hacemos para exponer razones adicionales a las consignadas en la ponencia, las cuales, a nuestro juicio, exigen una interpretación de la norma demandada que refleje el respeto a los derechos constitucionales fundamentales insoslayables en materia de aborto y una aplicación que garantice los bienes jurídicos tutelados por la Carta.

Estimamos que la rama legislativa del poder público, en ejercicio de su potestad de configuración, puede castigar el aborto así como puede prescindir de la imposición de pena en algunas hipótesis en las cuales éste es realizado en nuestra sociedad. Sin embargo, la política criminal respecto de esta materia toca

de manera directa con varios derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, el legislador debe respetarlos a todos, no sólo a uno de ellos.

(...)

Finalmente, quienes concurrimos en esta aclaración de voto lo hacemos por razones estrictamente jurídicas derivadas de una Constitución generosa en el reconocimiento de derechos y fundada en el respeto de la dignidad humana. La opinión personal de cada uno en nuestra vida cotidiana como ciudadanos, no como magistrados, probablemente diferirá en algunos aspectos por razones de conciencia. Sin embargo, nuestra investidura no nos autoriza para imponerle al legislador ni mucho menos a los ciudadanos nuestras preferencias personales. Sólo nos autoriza y obliga a fallar en derecho y a hacer respetar todos los bienes jurídicos tutelados por la Constitución con el nombre de derechos fundamentales, cuyo goce efectivo todas las autoridades debemos asegurar por ser éste uno de los primeros fines esenciales del Estado (artículo 2 de la C.P.).” (Aclaración de Voto a la Sentencia C-647/01 de la Corte Constitucional).

1.1.4. Sentencia C-198/02.: La última sentencia del periodo de la penalización absoluta del aborto es la C-198/02, en ella se demanda la inexecutableidad del Parágrafo del Artículo 142 de la Ley 599/00, por razones de forma en su trámite legislativo. En esta ocasión la Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada MARIA INES VARGAS HERNANDEZ, declaró executable la norma acusada por razones de forma al no encontrar vicios en su trámite legislativo, con Salvamento de Voto de los Magistrados MARCO GERARDO MONROY CABRA, RODRIGO ESCOBAR GIL y ALVARO TAFUR GALVIS. Dado que se trata de un fallo por vicios de forma en el trámite legislativo de la norma demandada, no se profundizará mucho en su análisis por considerar que no es pertinente para el objeto de la investigación.

1.1.5. Conclusiones de la etapa de la penalización absoluta.: Durante la etapa de la penalización absoluta del Aborto en Colombia, se mantuvo por un periodo de 12 años el criterio interpretación tradicional, según el cual se justificaba constitucionalmente la prohibición para proteger la vida del nasciturus, no obstante encontrar en todos esos fallos salvamentos de voto que planteaban una despenalización parcial para proteger la dignidad y autonomía reproductiva de la mujer. Si bien el aborto siempre fue considerado delito, se dejó en claro que en circunstancias excepcionales de motivación, el Juez al resolver el caso concreto podía prescindir de la aplicación de la pena. Poco a poco se abría el camino para el giro hermenéutico...

1.2. ETAPA DEL CAMBIO DEL PARADIGMA INTERPRETATIVO: DESPENALIZACION PARCIAL DEL ABORTO Y CONSOLIDACION DEL NUEVO PRECEDENTE.-

La segunda etapa dentro de la Jurisprudencia Constitucional sobre el aborto, corresponde al cambio del paradigma interpretativo de la Corte hacia la despenalización parcial del aborto, por considerar que en determinadas circunstancias la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer y su vida digna.

1.2.1. Sentencia C-355/06.: La sentencia C-355/06 es la *Sentencia Hito o Dominante*¹⁷ de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el aborto.

¹⁷ *“Finalmente, se encuentra la sentencia dominante. Se trata de aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional. En la jurisprudencia colombiana es infrecuente que hoy en día sea dominante una sentencia fundadora de línea. En cambio, una sentencia dominantes puede darse en cualquiera de las otras formas existentes de sentencia hito: puede tratarse de una sentencia consolidadora, modificadora*

Fue proferida el 10 de Mayo de 2006, con ponencia de los Magistrados JAIME ARAUJO RENTERIA y CLARA INES VARGAZ HERNANDEZ, en ella se decidió una demanda de inconstitucionalidad impetrada por la ciudadana MONICA DEL PILAR ROA LOPES y Otros, solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”. La norma acusada señalaba:

LEY NÚMERO 599 DE 2000 (Julio 24) “Por la cual se expide el Código Penal”. (...)

ART. 32. —Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. (...)

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

(...) **CAPÍTULO CUARTO Del aborto**

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

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

o reconceptualizadora de línea.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. p.165.

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

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

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

Se acusaba la normativa demandada de vulnerar los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.). En síntesis, los argumentos de los demandantes se refieren a que la penalización absoluta en un Estado Social de Derecho no se justifica constitucionalmente, porque en determinadas ocasiones la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer y la vida digna.

En esta ocasión, en una extensa sentencia de 286 páginas, la Corte Constitucional Colombiana en un cambio de paradigma interpretativo profirió una decisión que

despenalizó la práctica del aborto en tres circunstancias específicas, bajo el entendido de que no se justifica la penalización de la conducta por vulnerar los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer y su vida digna, cuando: *la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la madre certificada por un médico, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida igualmente certificada por un médico, y cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.*

Dicho criterio fue reiterado en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09. Salvaron su Voto los Magistrados RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONMROY CABRA y ALVARO TAFUR GALVIS; y aclararon su voto los Magistrados JAIME ARAUJO RENTERIA y MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOZA.

En ese sentido y debido a la gran extensión del fallo, de aquí en adelante se variará el esquema de reconstrucción argumentativa de Jurisprudencia, en el sentido de consignar únicamente los aspectos más importantes de la Sentencia Hito y los fallos consolidadores de línea jurisprudencial.

A continuación se transcribirán en la siguiente la que considero la *ratio decidendi* de la Sentencia C-355/06:

“Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó

que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

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

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

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta

oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento. “

“VII. DECISIÓN *En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE***

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

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

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

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

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

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. (FIRMAS).”

Como se puede evidenciar de la *ratio decidendi* de la Sentencia C-355/06, resultó de vital importancia la aplicación del criterio interpretativo de la Ponderación de Intereses¹⁸ por tratarse de la pugna entre dos derechos fundamentales: el derecho a la vida del nasciturus, y el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer y su dignidad humana. La respuesta que da la Corte nos aclara que no existen derechos fundamentales absolutos, ni siquiera el de la vida, que antaño fue considerado el más importante de los derechos fundamentales.

1.2.1.1 Reconstrucción argumentativa de la sentencia hito.

Identificación de la sentencia hito

Corte Constitucional, Sentencia C-355/06

Descripción de los hechos

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

¹⁸ “La ponderación de intereses, por tanto, busca eliminar del derecho la influencia excesiva del textualismo, del historicismo y de la interpretación sistemática (cuando esta última es fruto del conceptualismo de la ciencia del derecho). En vez de estos criterios, la teoría del conflicto” busca que el juez investigue el choque de intereses que subyacen cada precepto y, en consecuencia, aplique tal balance legislativo a casos que no parecen explícitamente cubiertos por él. Se respecta al legislador, no en su texto sino en el balance de intereses que hace entre grupos de choque. Este enfoque de metodología del derecho da un evidente giro hacia terrenos sociológicos y empíricos, en últimas hacia la “vida” que tanto reclamaba Ihering en su confrontación contra los cánones de interpretación que utilizaba Savigny para el noble, pero muerto derecho romano.” LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Primera edición. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p.59.

acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6123. Las ciudadanas Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la ley 599 de 2000 – Código Penal, modificados por el art. 14 de la ley 890 de 2004, a la cual correspondió el expediente D- 6124.

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

“CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY NÚMERO 599 DE 2000

(Julio 24)

“Por la cual se expide el Código Penal”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

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

1. (...)

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

(...)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

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

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

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

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

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

Problema jurídico: Se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia?

TESIS B: NO se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia porque en determinadas circunstancias la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer.

Argumento central

Premisas Normativas: Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP¹⁹, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁰, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²¹, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Premisa Fáctica: Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

²⁰ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

²¹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

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

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

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

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se

considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

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

Sub-argumentos Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes²² consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así mismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos²³, el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas

²² Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs Perú, Comunicación No.1153/2003.

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁴, y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus

²⁴ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

La despenalización parcial del aborto mediante la sentencia C-355/06 no es un cambio que se da de la noche a la mañana, sino que constituye un proceso de interpretación de las normas jurídicas constitucionales de acuerdo a las nuevas realidades y paradigmas de la sociedad ante las reclamaciones de grupos tradicionalmente discriminados que buscan reivindicar sus derechos a través de transformaciones en el ordenamiento jurídico por la vía del juez constitucional, criterio que se consolida con el paso del tiempo.

1.2.2. Sentencia C-822/06.: La Sentencia C-822/06 fue proferida el 4 de Octubre de 2006, con ponencia del Magistrado MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOZA, con Aclaración de Voto de los Magistrados ALVARO TAFUR GALVIS y NILSON PINILLA. En ella se demandó la inexecutable de los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000, ante lo cual la Corte Constitucional señaló que ya había existido cosa juzgada al respecto y por lo tanto se debía estar a lo resuelto en la Sentencia C-355/06.

1.2.3. Sentencia T-171/07.: La sentencia T-171/07 fue proferida el 9 de Marzo de 2007, con ponencia del Magistrado JAIME CORDOBA TRIVIÑO, y en ella se presentó el caso de un Juez que invocando el contenido normativo de la Constitución, presentó objeción de conciencia para declararse impedido de fallar una Tutela en la que se solicitaba mediante el derecho de amparo una orden judicial para la práctica del aborto en una de las circunstancias en los que esta conducta fue despenalizada. En su manifestación de impedimento el Juez Primero Civil Municipal de Cúcuta señaló:

“Sería del caso, entrar a pronunciarnos sobre la admisión o no, de la acción de tutela impetrada por la señora YOLANDA PEREZ ASCANIO contra SALUDVIDA EPS, en el sentido de que se le tutele el derecho a la libertad del aborto quirúrgico; si mi conciencia como consecuencia de esta acción, no estuviere afectada gravemente, hasta el punto que me impide ser imparcial en la decisión a tomar, llevando a inclinarme irresistiblemente a una decisión no jurídica, la cual no estoy obligado a tomar.

Y lo expreso, por cuanto una vez me entere de la asignación de la acción a este despacho por vía de reparto, mi vida se ha convertido en un tormento, en un conflicto interno en lo que me dice mi conciencia y en la aplicación del derecho, hasta el punto, que por primera vez en casi 20 años de servicio judicial, me veo inclinado forzosamente a no ser (sic) imparcial, sin que humanamente sea capaz de controlarme subjetivamente, para examinar el caso con sobriedad.

Como persona que soy, como humano, pido al Juez de similar categoría, y al Superior Funcional Jerárquico, en el evento de que llegue a conocer de este caso, que se me respete la libertad de conciencia, y no sea obligado a actuar en contra de ella, ya que reitero, el conflicto interno que estoy viviendo es monumental,

debido a que no me siento capaz de tomar una decisión donde se ordene interrumpir un proceso de gestación.

Y esto se debe a que soy un defensor acérrimo de la vida, donde me crié defendiéndola y respetándola además que soy un ferviente practicante de la Fé Católica Cristiana, la cual no me ha coadyuvado, sino que ha sido la base para alimentar mi convicción, de ser incapaz de tomar una decisión en pro de la naturaleza que se pretende.

El Artículo 18 de nuestra Carta Política, preceptúa que se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia. .

*Como se observa la Carta Magna garantiza la libertad de conciencia y **su contenido normativo prohíbe obligar a alguien a actuar contra su conciencia.***

Por eso, como persona, que ostento con orgullo la calidad de Juez, cargo que he venido desempeñando hace muchos años, se muy bien que la Constitución Política de Colombia no me excluye, por cuanto nos cobija a todos, sin excepción por eso de una manera respetuosa solicito se acoja la objeción de conciencia que estoy ejerciendo para no conocer, ni pronunciarme en cuanto respecta a la pretensión formulada en la acción presentada.

Precisamente la Honorable Corte Constitucional, en S.C.355 de 2006 en uno de sus párrafos, en forma textual expreso: Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a persona naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centro de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente

fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o nó (sic) de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los Derechos Fundamentales de las Mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente remitir a la Mujer que se encuentra en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

De lo anterior se desprende que la objeción de conciencia solo se predica para las Personas Naturales, es decir para los humanos, y quien está haciendo uso de esta figura de rango Constitucional con calidad de derecho fundamental, es precisamente una persona humana, que tiene su conciencia afectada severamente por el conflicto interno que se me esta presentando, debido a que por mi formación, a por mis convicciones, a por mi fe católica cristiana, como practicante que soy, no gozo de independencia para tomar una decisión imparcial en lo que se pretende; ya que mi inclinación tiende por formación, por convicción y por credo católico cristiano, a respetar y a defender la vida humana.

Pido respetuosamente que se me entienda en mi posición y además no se me vulnere el derecho al libre desarrollo de mi personalidad, ya que este derecho es amplio y como persona natural que soy, me ampara en mi autonomía personal, moral y subjetiva; ya que si nos remitimos a la norma constitucional, nos damos cuenta que esta norma ampara a todas las personas, sin excepción, al derecho del libre desarrollo de la personalidad.

Fíjese bien, que no me estoy pronunciando con relación al aborto, sino me estoy pronunciando con relación al YO, con referencia a lo que se esta pretendiendo con la acción incoada, ya que mi conciencia sigue perturbada, y la única manera de medio descansarla es escribiendo lo que ella me dice.

Razones éstas, por las cuales me declararé en la parte resolutive de este auto

impedido para conocer y fallar esta acción de tutela, con observancia a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991, que dice en uno de sus apartes, el Juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente.

Antes de entrar a analizar esta norma, quiero dejar en claro que el impedimento se da no por vía Legal, sino por vía Constitucional, teniendo en cuenta lo acá expuesto; más sin embargo, si analizamos el mencionado artículo 39, no damos cuenta que preceptúa,... cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 99 de la ley 600 de 2000, establece. Son causales de impedimento: 1- Que el funcionario Judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en la actuación procesal.

Por su parte el artículo 150 del C. de P.C., modificado por el D. E. 2282/89, artículo 1°, numeral 88, consagra como causas de recusación las siguientes:

1.- Tener el Juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso.

Se colige de las anteriores transcripciones, que las primeras causales se refieren a lo mismo; y al respecto el maestro Hernán Fabio López Blanco se pronunció así: Esta es, una causal genérica, dentro de la cual se pueden englobar todas las demás, y en la que es posible encuadrar cualquier circunstancia que no encaje dentro de las otras que consagra el artículo que comento. Constituye a no dudarlo la más amplia de todas las causales donde pueden ubicarse circunstancias que ameritarían el impedimento o la recusación pero que no quedaron expresamente tipificadas.

En efecto, dice, el interés de que habla la ley puede ser directo o indirecto y de cualquier índole, es decir, material, intelectual, o inclusive puramente moral. Como bien lo expresa la Corte al comentar similar disposición del anterior código y al afirmar que " la Ley no distingue la clase de interés que ha de tenerse en cuenta y no haciéndose tal distinción, el interés moral queda comprendido en la causal".

(Procedimiento Civil, Tomo I, parte general, Novena Edición, DUPRE EDITORES, Bogotá D.C., Colombia 2005).

Bajo estos argumentos me declaro impedido para pronunciarme sobre la competencia, admisión y conocimiento de esta acción de tutela; insistiendo que el impedimento surge como consecuencia de las normas constitucionales, más no de las normas legales, infiriéndose, que si no estoy obligado a actuar contra mi conciencia lo más lógico, es que la consecuencia es el impedimento.

Por ende, se ordena que la acción pasara con sus anexos a la Señorita Juez Primero Civil Municipal de la ciudad, quien es, quien sigue en turno para que se pronuncie al respecto.

No está por demás, poner en conocimiento que el suscrito no se pronuncia con relación a lo pretendido; sino únicamente con respecto a lo que me dice mi conciencia.

Con base en ello, se RESUELVE:

PRIMERO: En razón a la objeción de conciencia planteada y sustentada en la parte motiva de este auto; me declaro impedido para pronunciarme con relación a la competencia, admisión y conocimiento de la. acción impetrada.

SEGUNDO: Remítase la acción instaurada junto con sus anexos, al Juzgado Primero Civil Municipal de la ciudad; autoridad que sigue en tuno para lo de su competencia." (Sentencia T-171/07).

Aunque el impedimento no le fue aceptado al Juez Objeter, por considerar el Juez de Segunda Instancia, que en la ley no se establece de manera taxativa que la Objeción de Conciencia fuese causal de impedimento; ante lo cual el a-quo tuvo que fallar la Tutela, eso sí, negándola con los mismos argumentos que expuso en su manifestación de impedimento, decisión que fue apelada y finalmente llega a la Corte para revisión. En dicha ocasión ante la existencia de carencia actual de objeto debido a la ocurrencia de un hecho superado por la práctica de una cesárea, la Corte no entró a analizar lo relativo a la procedencia de la objeción de conciencia presentada por el Juez, dejando este problema jurídico sin resolver en esa ocasión (razón por la cual fue planteado para realizar la presente investigación)-

1.2.4. Sentencia T-988/07.: La sentencia T-988/07 fue proferida el 20 de Noviembre de 2007, con ponencia del Magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO, y en ella se presentó el caso de una mujer de 24 años de edad, con retardo mental, quien a través de su madre solicita mediante la Acción de Tutela se ordene la práctica del Aborto a su hija, la cual fue negada en primera y segunda instancia. Pero al llegar a la Corte dichos fallos fueron revocados (a pesar de haberse presentado carencia actual de objeto por hecho superado) por contrariar lo dispuesto en la Sentencia C-355/06.

“En atención a lo anterior, esta Sala de Revisión encuentra evidente que lo solicitado en la tutela – la interrupción del embarazo - ya no es relevante. Se presenta en el caso bajo estudio, el fenómeno de la carencia actual de objeto, según el cual, como quiera que la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección del derecho fundamental de quien acude al amparo constitucional, entonces dicha finalidad se extingue al momento en que la vulneración o

amenaza cesa, por cualquier causa.

*34.- Sin embargo, la carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte constate que los derechos constitucionales cuya protección se solicitó fueron efectivamente vulnerados. Así sucedió en el caso bajo examen, al negarse la E. P. S a practicar de inmediato la interrupción del embarazo en mujer discapacitada – con limitaciones físicas y sensoriales sin posibilidad de exteriorizar de modo libre directo su consentimiento - víctima de acceso carnal violento, sin consentimiento y abusivo, esgrimiendo excusas de orden formal inadmisibles bajo las circunstancias del asunto en concreto. Por ello, revocará la Sala parcialmente el fallo de tutela de primera instancia, en el sentido de confirmar la negativa de lo solicitado en la demanda de tutela, **pero no por haber cesado la amenaza de los derechos fundamentales pues, como se vio, dicha amenaza terminó por carencia actual de objeto.***

35.- De otro lado, estima la Sala que la sentencia emitida por la Juez Cuarta Civil del Circuito de Villavicencio debe ser revocada por cuanto desconoció el precedente constitucional y, más exactamente, la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual la Corte Constitucional despenalizó la práctica del aborto inducido bajo ciertas circunstancias. En razón de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia emitida por la Juez Cuarta Civil del Circuito de Villavicencio y, en su lugar, confirmará parcialmente el fallo emitido por la juez Séptima Civil Municipal de Villavicencio.

36.- También, advertirá la Sala a la E. P. S. SALUDCOOP que no puede poner obstáculos de orden formal ni hacer exigencias irrelevantes o imposibles de cumplir cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada – limitada física, psíquica y sensorialmente e imposibilitada para manifestar libre y directamente su consentimiento – que ha sido víctima de acceso carnal sin consentimiento, violento o abusivo. En ese mismo orden, le recordará que, bajo este supuesto, la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin

requisitos formales adicionales al denuncia.”

“II. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil de Circuito de Villavicencio el día 4 de octubre de 2006. En su lugar, confirmar parcialmente – con base en los motivos manifestados en la presente providencia - la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio el día 26 de septiembre de 2006.

TERCERO.- ADVERTIR a la E. P. S. SALUDCOOP que debe abstenerse de elevar obstáculos de orden formal cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada – con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento –cuando ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. **ADVERTIR** asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

CUARTO.- TUTELAR igualmente el derecho a la intimidad de la peticionaria y de su hija, razón por la cual sus nombres no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia.

De esta manera, **SE ORDENARÁ** a la Secretaría de esta Corporación así

*como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria y de su hija. **LÍBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase (FIRMAS)."*

1.2.5. Sentencia T-209/08.: La sentencia T-209/08 fue proferida el 28 de Febrero de 2008, con ponencia de la Magistrada CLARA INES VARGAZ HERNANDEZ, y en ella se presentó el caso de una niña menor de 14 embarazada al ser víctima de acceso carnal violento, quien a través de su madre solicita mediante la Acción de Tutela se ordene la práctica del Aborto, por presentarse en una de las circunstancia de despenalización establecidas en la Sentencia C-355/06; la cual fue negada en primera y segunda instancia. Pero al llegar a la Corte dichos fallos fueron revocados por contrariar lo dispuesto en la Sentencia C-355/06, como se ve en el siguiente cuadro:

1.2.6.

"Cabe recordar, que en la sentencia C-355 de 2006, entre otros asuntos, la Corte resolvió:

(i) Declarar exequible el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, que consagra como causal de ausencia de responsabilidad, cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

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

(iii) Declarar inexecutable la expresión, o en mujer menor de catorce años, contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000, por lo que queda tipificado el aborto cuando se practica sin consentimiento de la mujer, cualquiera que fuere su edad.

(iv) Declarar inexecutable el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que consagraba como circunstancias de atenuación punitiva para el delito de aborto, cuando el embarazo hubiere resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, eventos en los cuales, si se realizaba el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podía prescindir de la pena cuando ella no resultara necesaria en el caso concreto.

3.4. La mencionada decisión de la Corte, armoniza las normas demandadas con la Constitución por las siguientes razones de orden jurídico:

(i) La Constitución de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. En efecto, en el ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos, es un bien que goza de protección constitucional y también es un derecho fundamental.

(ii) El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos, está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición.

(iii) La vida como un bien de relevancia constitucional se constituye en un límite a la libertad de configuración del legislador.

(iv) La vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

(v) A partir de la Constitución de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron relevancia constitucional, por lo que hoy en día la mujer es un sujeto constitucional de especial protección.

(vi) Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son derechos humanos y por lo tanto forman parte del derecho constitucional.

(vii) La potestad de configuración del legislador en materia penal tiene como límites los derechos fundamentales, los principios constitucionales y el bloque de constitucionalidad.

(viii) El legislador, a fin de darle protección a la vida, en ejercicio de su potestad de configuración decidió dar distinto tratamiento punitivo a los atentados contra ella, atendiendo las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo

para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

3.5. En efecto, a que a partir de la sentencia C-355 de 2006, en Colombia hay tres circunstancias que permiten interrumpir un embarazo sin que tal procedimiento sea ilegal, para lo cual, la madre gestante deberá acreditar encontrarse en alguno de tales eventos presentando la prueba mínima requerida para cada caso, de conformidad con la sentencia C-355 de 2006, a saber:

(i) Para el evento en el cual la continuación del embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la mujer, se requiere que esa situación de peligro sea certificada por un médico.

(ii) Para el evento en el cual la malformación del feto sea de tal grave que lo haga inviable, se requiere que tal circunstancia sea certificada por un médico.

(iii) Para el evento en el cual el embarazo sea el resultado de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, se requiere acreditar solamente que el correspondiente hecho punible haya sido debidamente denunciado ante la autoridad competente.

Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.”

Además de lo anterior la Corte fija las reglas respecto de las cuales resulta procedente la Objeción de Conciencia por parte de los médicos:

“La objeción de conciencia no es un derecho absoluto. Los profesionales de la salud deben atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 y es su obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que pueda practicar dicho procedimiento.

(...)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto los requisitos para que el aborto no constituya delito y para que un médico pueda abstenerse de practicar un aborto aduciendo objeción de conciencia son los siguientes:

1.- El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de ovulo fecundado no consentida o incesto, certificado médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto.

2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tiene la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres.

3.- Los médicos o el personal administrativo no puede exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE.

4.- La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las

personas jurídicas.

5.- La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.

6.- La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.

7.- La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.

8.- La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.

9.- La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.

10.- La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.

11.- El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.

12.- Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

13. *El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.*

14.- *Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.*

15.- *El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.*

16.- *El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR *la sentencia proferida el veinte de abril de 2007 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora xxx en representación de la menor, así como la sentencia proferida el siete de mayo de 2007 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por*

medio de la cual se confirmó la decisión de primera instancia.

Segundo.– Condenar en abstracto a Coomeva EPS, y solidariamente a las IPS de su red, y a los profesionales de la salud que atendieron el caso y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito administrativo de Cúcuta –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez del circuito administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COOMEVA EPS deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra las IPS de su red y los médicos vinculados a las mismas que atendieron el caso y negaron el procedimiento de IVE. El juez del circuito administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Tercero.- La Secretaría General de esta corporación comunicará inmediatamente lo aquí resuelto a la accionante y a la Defensoría del Pueblo para que haga el acompañamiento en el respectivo incidente de reparación de perjuicios a favor de la menor.

Cuarto.- Disponer que la Procuraduría General de la Nación vigile el

trámite del incidente de regulación de perjuicios dispuesto en el numeral segundo, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de esta providencia y de lo actuado en esta tutela.

Quinto.- Comunicar a la Superintendencia de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por Coomeva EPS y las IPS de su red, así como el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad pública, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2007. Igualmente, para que tomen las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 y en el citado decreto. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto.- Comunicar a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por Coomeva EPS y las IPS de su red, así como el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad pública, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2007. Igualmente, para que tomen las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 y en el citado decreto. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Séptimo.- Comunicar a la Procuraduría General de la Nación lo aquí resuelto, a fin de que vigile que la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con lo dispuesto en los numerales quinto y sexto de esta

providencia, y también vigile que cualquiera otra entidad del sector descentralizado cumpla con lo previsto en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría General de esta corporación le remitirá copia de todo lo actuado.

Octavo.- Comunicar al Tribunal Nacional de Ética Médica lo aquí resuelto, para lo cual la Secretaría General de esta corporación enviará copia de esta providencia.

Noveno.- Ordenar a la Secretaría General de esta corporación, expida copias de esta providencia y de todo el expediente de tutela, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander –Sala Disciplinaria-, a fin de que investigue las posibles faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los jueces de instancia que actuaron en esta tutela. Igualmente copias remitirá a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la conducta de los funcionarios que fallaron en primera y segunda instancia esta tutela. También se remitirá copia de todo lo actuado con destino a la Procuraduría General de la Nación para que vigile el trámite de éstas actuaciones.

Décimo.- La Superintendencia Nacional de Salud y la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social, rendirán informe a este Despacho, en el término de los dos (2) meses siguientes a la comunicación de esta providencia, sobre las actuaciones realizadas para el cumplimiento de la presente sentencia.

Decimoprimer.- Levantar la suspensión del presente proceso.

Decimosegundo.- **LÍBRESE** por secretaría la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. “

1.2.7. Sentencia T-946/08.: La sentencia T-946/08 fue proferida el 2 de Octubre de 20078 con ponencia del Magistrado JAIME CORDOBA TRIVIÑO, y Aclaración de Voto de los Magistrados RODRIGO ESCOBAR GIL y MAURICIO GONZALES CUERO. En ella se presentó el caso de una mujer de 18 años de edad (pero con edad cronológica de cuatro años debido a que desde su nacimiento padece el SÍNDROME DE PRADDER WILLY), quien a través de su madre solicita mediante la Acción de Tutela se ordene la práctica del Aborto, por presentarse en una de las circunstancias de despenalización establecidas en la Sentencia C-355/06; la cual fue negada en primera y segunda instancia. Pero al llegar a la Corte dichos fallos fueron nuevamente revocados por contrariar lo dispuesto en la Sentencia C-355/06, como se ve en el siguiente cuadro:

“Reiteración de jurisprudencia. Interrupción voluntaria del embarazo. Causales de despenalización del aborto. Objeción de conciencia. Obligaciones de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud. Consecuencias jurídicas por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados. (...)

La Corte debe reiterar que cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia.

La solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo. Por ello, no es de recibo la alegación del médico relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.”

“Finalmente, este Tribunal considera que la actuación de los jueces de instancia amerita una investigación penal y disciplinaria comoquiera que los jueces de instancia omitieron ordenar la práctica de la IVE bajo las condiciones previstas en la sentencia C-355 de 2006. En primera instancia, el juez desestimó por ilegible la copia de la denuncia penal aportada por la accionante cuando ha debido, como en sede de revisión lo hizo esta Corporación, oficiar la autoridad competente para obtener copia de la denuncia penal. Y en segunda instancia, el juez pese a dar credibilidad a la denuncia concluyó que el estado de embarazo era avanzado, cuando no es de su competencia determinar la oportunidad para realizar la IVE.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, que resolvieron la acción de tutela promovida por la señora María, en representación de su hija Ana, en contra de COSMITET LTDA por los motivos expuestos en esta providencia, y en su lugar, **CONCEDER** la acción de tutela y el amparo demandado para proteger los derechos sexuales y reproductivos, la integridad y la libertad de la hija de la accionante.

Segundo: ADVERTIR a COSMITET LTDA que debe abstenerse de interponer obstáculos cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. **ADVERTIR** asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

Tercero: COMUNICAR al Tribunal Nacional de Ética Médica lo aquí resuelto, para lo cual la Secretaría General de esta corporación enviará copia de esta providencia.

Cuarto: COMUNICAR a la Superintendencia Nacional de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Quinto: COMUNICAR a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto: CONDENAR en abstracto a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a Ana, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente.

Séptimo: La Secretaría General de esta corporación comunicará inmediatamente lo aquí resuelto a la accionante y a la Defensoría del Pueblo para que haga el

acompañamiento en el respectivo incidente de reparación de perjuicios.

Octavo: ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación, expida copias de esta providencia y de todo el expediente de tutela, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas –Sala Disciplinaria-, a fin de que investigue las posibles faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los jueces de instancia que actuaron en esta tutela. Iguales copias remitirá a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la conducta de los funcionarios que fallaron en primera y segunda instancia esta tutela.

Noveno: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.”

1.2.8. Sentencia T-009/09.: La sentencia T-009/09 fue proferida el 16 de Enero de 2009, con ponencia del Magistrado MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y Salvamento del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL. En ella se decidió el caso de una mujer en estado de embarazo a quien le fue negada la práctica de una *Histerectomía abdominal* para tratar el *cáncer de matriz*, tutela que fue concedida en primera instancia, pero revocada en segunda instancia al considerar el fallador que “(...) el hecho de que *Adiela* se encuentre en estado de embarazo hace imposible ordenarle a la EPS la práctica de la *histerectomía*, pues ello significaría la orden para un aborto, abiertamente ilegal, pues ni siquiera el juez de tutela tiene facultades para vulnerar la ley. (...)”²⁵ Pero al llegar a la Corte el fallo en revisión fue

²⁵ Sentencia T-009/09, Corte Constitucional.

revocado por contrariar lo dispuesto en la Sentencia C-355/06, como se ve en el siguiente cuadro:

“En el presente caso todos aquellos que participaron en su proceso para acceder a los servicios de salud que requería, decidieron por ella: los profesionales de la salud que ordenaron suspender el tratamiento médico para que continuara el embarazo, la EPS que no autorizó el procedimiento y el juez de tutela que denegó el amparo, entre otros, para garantizar la continuación del embarazo. Con todo, de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella quien tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo, cuando éste representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo ha certificado. No ser tratado como un objeto sobre el cual otros toman decisiones trascendentales para el proyecto de vida de la persona, en este caso la mujer, hace parte del derecho a la dignidad humana. Una decisión de tan alta importancia como la de interrumpir o continuar un embarazo, cuando este representa riesgo para la vida o la salud de la mujer, es una decisión que puede adoptar únicamente ella, bajo su propio criterio y dentro del respeto de las reglas vigentes, ya que será quien deberá soportar las consecuencias que se deriven de dicha decisión. Si bien las condiciones de salud de la accionante han sido superadas, se constata la amenaza de su derecho a la dignidad humana derivada de la imposición de la continuación del embarazo sin permitirle decidir al respecto, por lo que se le informará, de manera preventiva, que como sujeto de derechos constitucionales, en ejercicio de su dignidad humana decidirá por sí misma en casos futuros.”

En mérito de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín y en su lugar, proteger el derecho a la dignidad de Adiela Orozco Loaiza.

Tercero.- COMUNÍQUESE la presente decisión a través de la secretaria General de esta Corporación a Adiela Orozco Loaiza. Así mismo, habrá de informar que a partir de la sentencia C-355 de 2006 la decisión de interrumpir o continuar el embarazo cuando éste ponga en riesgo su salud física o mental, o su vida, y en los demás casos previstos en esa sentencia, depende únicamente de su propio criterio, dentro del respeto de las reglas vigentes.

Cuarto.- COMUNÍQUESE la presente decisión a través de la secretaria General de esta Corporación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín.

Quinto.- PREVENIR a Coomeva EPS para que, en el plazo de un (01) mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, de cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas en la Circular 0031 de 2007, específicamente, para que informe al Ministerio de Protección Social las instituciones dentro de su red habilitada para prestar servicios de gineco-obstetricia de baja, mediana y alta complejidad, que cuentan con profesionales dispuestos a proveer los servicios de IVE.

Sexto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. (FIRMAS)

1.2.8.1. Salvamento de Voto a la Sentencia T-009/09.: El Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, salva su voto, con los argumentos que dada su brevedad, se transcriben a continuación en la siguiente tabla

<p>1. En la presente oportunidad la Corte debió declarar la existencia de un hecho superado, por cuanto la acción de tutela se interpuso para obtener que la EPS accionada autorizara una cirugía sin la exigencia de los co-pagos previstos en la ley, la cirugía ya fue practicada, y, según expresa el informe rendido por la EPS accionada a esta Sala de Revisión, para la fecha “... <i>la paciente está completamente sana...</i>”.</p>
<p>2. En la presente oportunidad la Corte debió declarar la existencia de un hecho superado, por cuanto la acción de tutela se interpuso para obtener que la EPS accionada autorizara una cirugía sin la exigencia de los co-pagos previstos en la ley, la cirugía ya fue practicada, y, según expresa el informe rendido por la EPS accionada a esta Sala de Revisión, para la fecha “... <i>la paciente está completamente sana...</i>”.</p>
<p>3. En la sentencia se abordó un problema jurídico distinto del que fue planteado por el accionante y que no surge de los hechos del caso que obran en el expediente.</p> <p>En efecto, no existe en el expediente manifestación ni evidencia alguna que indique que el embarazo de la paciente significara un riesgo para su salud al punto que fuese recomendable evaluar una interrupción artificial del mismo.</p> <p>Así, no hay una manifestación médica conforme a la cual la interrupción del embarazo resultase imperativa para evitar un grave riesgo para la salud y la vida</p>

de la paciente, y, del mismo modo, tampoco hay una expresión de voluntad del accionante o de la persona en cuyo beneficio se interpuso la acción, orientada a que se evalúe la opción de interrumpir el embarazo. Por el contrario, lo que consta en el expediente es que en criterio médico, dadas las condiciones de la patología de la paciente, era posible esperar a que el niño naciera para practicar la cirugía que ya había sido autorizada por la EPS.

4. En la sentencia se abordó un problema jurídico distinto del que fue planteado por el accionante y que no surge de los hechos del caso que obran en el expediente.

En efecto, no existe en el expediente manifestación ni evidencia alguna que indique que el embarazo de la paciente significara un riesgo para su salud al punto que fuese recomendable evaluar una interrupción artificial del mismo.

Así, no hay una manifestación médica conforme a la cual la interrupción del embarazo resultase imperativa para evitar un grave riesgo para la salud y la vida de la paciente, y, del mismo modo, tampoco hay una expresión de voluntad del accionante o de la persona en cuyo beneficio se interpuso la acción, orientada a que se evalúe la opción de interrumpir el embarazo. Por el contrario, lo que consta en el expediente es que en criterio médico, dadas las condiciones de la patología de la paciente, era posible esperar a que el niño naciera para practicar la cirugía que ya había sido autorizada por la EPS.

5. De este modo, se tiene que la Corte se pronunció sobre un problema jurídico puramente teórico, y para este caso apenas hipotético, y en un supuesto de hecho que no se acomoda a las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006, en la cual el suscrito magistrado también salvó el voto, porque para que, en el contexto de lo dispuesto en esa sentencia, proceda el aborto en caso de riesgo

para la salud de la madre se requiere que exista una certificación médica conforme a la cual la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer.

En este caso, como se ha dicho, la opinión médica, documentada en el expediente, fue la de que la condición de la patología de la paciente permitía esperar a que se produjera el parto, antes de proseguir cualquier tratamiento.

Así, no estaban dadas en esta oportunidad, o al menos no surge así del expediente, las condiciones previstas en la Sentencia C-355 de 2006, la que, además, se expidió con posterioridad a los hechos y a las decisiones judiciales del presente caso. De ese modo, las consideraciones de la sentencia de la que me aparto parecerían partir de la idea de que la interrupción artificial del embarazo es una opción libre de la madre cuando quiera que se vea afectada por cualquier tipo de patología en la que pueda tener alguna incidencia el embarazo, consideración que, se repite, no encaja en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 en la cual esa eventualidad es una posibilidad absolutamente excepcional cuando, de acuerdo con certificación médica, la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer.

6. De este modo, se tiene que la Corte se pronunció sobre un problema jurídico puramente teórico, y para este caso apenas hipotético, y en un supuesto de hecho que no se acomoda a las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006, en la cual el suscrito magistrado también salvó el voto, porque para que, en el contexto de lo dispuesto en esa sentencia, proceda el aborto en caso de riesgo para la salud de la madre se requiere que exista una certificación médica conforme a la cual la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer.

En este caso, como se ha dicho, la opinión médica, documentada en el expediente, fue la de que la condición de la patología de la paciente permitía esperar a que se produjera el parto, antes de proseguir cualquier tratamiento.

Así, no estaban dadas en esta oportunidad, o al menos no surge así del expediente, las condiciones previstas en la Sentencia C-355 de 2006, la que, además, se expidió con posterioridad a los hechos y a las decisiones judiciales del presente caso. De ese modo, las consideraciones de la sentencia de la que me aparto parecerían partir de la idea de que la interrupción artificial del embarazo es una opción libre de la madre cuando quiera que se vea afectada por cualquier tipo de patología en la que pueda tener alguna incidencia el embarazo, consideración que, se repite, no encaja en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 en la cual esa eventualidad es una posibilidad absolutamente excepcional cuando, de acuerdo con certificación médica, la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer.

7. En virtud de lo anterior, la protección brindada por la Corte y las órdenes emitidas en esta sentencia resultan ajenas a la realidad del caso y, por consiguiente no debieron producirse.

1.2.9. Sentencia T-388/09.: La sentencia T-388/09 fue proferida el 28 de Mayo de 2009, con ponencia del Magistrado HUMBERTO SIERRA PORTO y Aclaración de Voto del Magistrado CARLOS HENAO PEREZ. En ella se decidió el caso de una mujer en estado de embarazo con graves malformaciones del feto que a través del derecho de amparo se ordene la interrupción voluntaria del embarazo conforme lo señalado en la Sentencia C-355/06. El Juez a quien correspondió conocer en primera instancia se declaró impedido por razones de objeción de conciencia, impedimento que no fue aceptado por el superior, al considerar que las causales

de impedimento deben estar consagradas expresamente en la ley; por lo que le fue devuelto el expediente, fallándola negativamente por las mismas razones de conciencia. Apelado el fallo, el superior decide revocarlo y conceder la Tutela conforme lo dispuesto en la Sentencia C-355/06.

Al llegar el fallo a revisión de la Corte, se procede a hacer un análisis reconstructivo de la Sentencia C-355/06, determinando sus alcances y procedimientos; señaló también que a pesar de que a los médicos se le permite ser objetores de conciencia en estos casos, se debe tratar de una decisión individual que debe fundamentarse por motivos religiosos; por ende las personas jurídicas no pueden objetar de conciencia.

Además de lo anterior este fallo resulta relevante para la investigación dado que por primera vez en un fallo de la Corte declara que los jueces en ejercicio de sus funciones no pueden ser objetores de conciencia porque solamente están sometidos al imperio de la ley, pudiendo ser Juzgados penalmente por prevaricato además de ser sancionados disciplinariamente por no acatar la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad.

“En conclusión, lo establecido respecto del ejercicio de la objeción de conciencia implica lo siguiente:

- (i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta.

- (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 Superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.
- (iii) Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu*, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.
- (iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo.
- (v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio *prima facie* admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo.
- (vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas.
- (vii) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez

pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2º Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisibles, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1º y 7º o Superiores).”

Finalmente debo señalar que dicho fallo de Tutela no se encuentra en firme, dado que el señor Procurador General de la Nación, en su “ (...) *condición de Director Supremo del Ministerio Público, y en ejercicio de sus funciones constitucionales de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y las decisiones Judiciales; de proteger los derechos humanos y de asegurar su efectividad, así como de <<(I)ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario ante la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos fundamentales>>* (artículo 277, numeral 7º), dentro de la

*oportunidad procesal reconocida para promover incidente de nulidad de las providencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional, (...)*²⁶, presentó mediante un extenso escrito de 143 páginas, un incidente de nulidad contra la sentencia T-388/09, que la Corte aún no ha entrado a decidir razón por la cual se considera, que hoy con mayor razón se justifica profundizar aún más en esta investigación (con algunos pequeños ajustes que son precisados en la parte correspondiente). Sus argumentos estriban en señalar que la fijación de reglas sobre la objeción de conciencia judicial corresponde al Congreso, o por lo menos a la Sala Plena de la Corte porque las sentencias de revisión de tutela solo tienen efectos inter-partes.

1.3. LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA.-

Desde su creación por la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional ha tenido un creciente protagonismo como intérprete autorizado de la Constitución y máximo guardián de su integridad y primacía, liderando transformaciones en todos los ámbitos de la vida jurídica, política y social del país mediante sus fallos. *“El cambio, en breve, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de sub-reglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores.”*²⁷

²⁶ ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. Solicitud de incidente de Nulidad de la Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Proferida por la Sala Octava de Revisión T-388 de 28 de mayo de 2009 Expediente T-1.569.183 M.P. Humberto Sierra Porto (Página 1, disponible en Internet en la dirección www.procuraduria.gov.co).

²⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2000. p. 1.

Sobre el tema del aborto, la Corte en principio mantuvo una línea jurisprudencial en las sentencias C-133/94 y C-013/97, caracterizada por un criterio interpretativo tradicional que asumía la penalización absoluta como garantía de protección a la vida del nasciturus, prevalente sobre los derechos a la autonomía reproductiva de la mujer. Posteriormente en las sentencias C-647/01 y C-198/02 dicho criterio fue atemperado en el sentido de considerar que no obstante ser el aborto una conducta penalizada, en circunstancias extraordinarias el Juzgador podía prescindir de la aplicación de la pena de acuerdo a la valoración realizada por él en el caso concreto.

Finalmente, con la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana en un cambio de paradigma interpretativo profirió una decisión que despenalizó la práctica del aborto en tres circunstancias específicas; bajo el entendido que no se justifica la penalización de la conducta por vulnerar los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la madre certificada por un médico, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida certificada por un médico y cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Dicho cambio ha significado una transformación en el ordenamiento jurídico Colombiano por la vía del Juez constitucional, quien ha creado con esta decisión una verdadera norma jurídica de carácter general, abstracto, impersonal y con efecto vinculante para todas las autoridades a pesar de no ser ley en sentido

formal (entendida esta como norma producida por el legislador conforme a los criterios de validez del sistema), reiterándose el nuevo criterio interpretativo en las sentencias C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09.

La despenalización parcial del aborto en Colombia no es un cambio que se da de la noche a la mañana, sino que constituye un proceso de interpretación de las normas jurídicas constitucionales de acuerdo a las nuevas realidades y paradigmas de la sociedad, ante las reclamaciones de grupos tradicionalmente discriminados que buscan reivindicar sus derechos a través de transformaciones en el ordenamiento jurídico por la vía del juez constitucional, por lo que se justifica realizar un análisis de la línea jurisprudencial para determinar cuál es el criterio interpretativo imperante, dada la obligatoriedad del precedente constitucional.

1.3.1. Presentación Del Problema Jurídico Y De Las Tesis Que Lo Resuelven.-

Se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia?

- **TESIS A:** SÍ se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia para proteger la vida del nasciturus.

- **TESIS B:** NO se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia porque en determinadas circunstancias la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer.

1.3.2. Explicación Metodológica De La Línea.-

- **Punto arquimédico de apoyo:** Sentencias T-388/09 y T-946/08

- **Ingeniería de reversa:**

a) Nicho citacional: T-388/09, T-009/09, T-946/08, T-209/08, T-988/07, T-171/07, C-822/06, C-355/06, C-198/02, C-647/01, C-013/97 y C-133/94.

b) Lapso estudiado: Quince (15) años.

c) Patrón fáctico similar: Todas las sentencias del nicho citacional hacen referencia a la justificación constitucional de la penalización absoluta del aborto en Colombia.

- **La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia:**

a) Sentencia fundadora de línea: C-133/04. TESIS A: *SÍ se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia para proteger la vida del nasciturus.*

b) Sentencia hito: C-355/06. TESIS B: *NO se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia porque en determinadas circunstancias la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer.*

1.3.3. Esquema Gráfico De La Linea Jurisprudencial.-

<p>Problema jurídico: Se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia?</p>		
<p><u>TESIS A:</u></p> <p><i>Sí se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia para proteger la vida del nasciturus.</i></p>	<p>X</p> <p>C-133/94</p> <p>C-013/97</p> <p>X</p> <p>Salvamento voto</p> <p>Marco G. Monroy</p> <p>Rodrigo Escobar</p> <p>X</p> <p>Salvamento voto</p> <p>Marco G. Monroy</p> <p>Rodrigo Escobar</p> <p>Álvaro Tafur</p> <p>X</p> <p>C-822/06, T-171/07, T-988/07, T-209/08, T-946/08, T-009/09 y T-388/09</p>	<p><u>TESIS B:</u></p> <p><i>NO se justifica constitucionalmente la penalización absoluta del aborto en Colombia porque en determinadas circunstancias la prohibición vulnera los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva de la mujer.</i></p>

2. LA INTERPRETACION JUDICIAL Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El establecimiento de un referente interpretativo de protección de derechos dentro de una sociedad, implica determinar cuál es el paradigma jurídico imperante dentro de esta, para poder establecer su verdadero alcance dentro del sistema debido a que los diferentes modelos de sociedades evolucionan dentro de dichos paradigmas:

*“Cada uno de los paradigmas históricamente dominantes han puesto el énfasis en una u otra interpretación sobre la validez del derecho, acudiendo algunos de ellos a factores extrajurídicos: el iusnaturalismo al moral, el realismo a la eficacia, así como el positivismo clásico al formalismo legal. A partir de este último se pone de manifiesto un conflicto de paradigmas postpositivistas (autopoiético, interpretativo, consensual-discursivo, crítico) que intenta una reinterpretación de tales énfasis y la **reconsideración interdisciplinaria** de los mismos, poniendo respectivamente el acento en la validez moral, jurídica y social que el derecho debe comportar.”²⁸*

Solo de esta manera los derechos consagrados en textos normativos se podrán transformar en derecho viviente integrado con la sociedad, articulado con los fines últimos e ideales de justicia imperantes en la misma.

²⁸ MEJÍA Quintana, Oscar, artículo “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho”, en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006. Pág. 25.

“El fin propio de la ciencia jurídica consiste entonces, además del discernimiento de lo justo en relaciones y situaciones concretas en definir los actos (medios) a realizar para hacerlo efectivo. Tiene así el derecho una finalidad teórica, la declaración de lo justo en concreto, y otra práctica, la determinación de la conducta a practicar. Pudieran reunirse ambas diciendo que el derecho es la ciencia de lo justo posible o practicable.”²⁹

Se precisa conceptualizar los elementos de la Interpretación Judicial para luego pasar al análisis central objeto de investigación, cual es la procedencia de la objeción de conciencia del Juez frente a casos de aborto legal. En consecuencia, se procederá mediante un acercamiento a la teoría jurídica contemporánea partiendo del positivismo, pasando por las teorías críticas, discursivas e interpretativas del derecho.

“De esta manera, tenemos que toda teoría se construye siempre dentro de ciertos modelos o marcos generales. Pero estos marcos conceptuales o tradiciones de investigación se desarrollan y cambian a través de la historia.”³⁰

Carl Schmit distingue tres formas de concebir la ciencia jurídica:

²⁹ ADAME Goddard, Jorge, artículo *“La objetividad de las proposiciones jurídicas”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (sin fecha). Pág. 8

³⁰ ULLOA Cuellar, Ana Lilia, artículo *“El derecho y la filosofía de la ciencia”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Veracruzana, México (sin fecha). Pág. 6.

“Todo pensamiento jurídico trabaja tanto con reglas como con decisiones, como con órdenes y configuraciones. Pero la concepción última que se posea acerca de lo jurídico, de la cual será deducido todo lo que posteriormente venga a ser considerado jurídico, es siempre solo una: bien una norma (en el sentido de regla o ley), bien una decisión, bien un orden concreto.”³¹

Mientras que para Kelsen el derecho como ciencia solo puede ser visto desde una concepción normativista en la que la validez de todo el sistema está condicionada por su correspondencia con la norma fundamental presupuesta, que es la Constitución (norma fundante básica en sentido formal).

“Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico, la respuesta solo puede consistir en referir a la norma fundante básica. (...)”

(...) Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella. (...) Solo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, es decir, solo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme a esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes,

³¹ SCHMITT, Carl, *“Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica”* en Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Madrid: Técnos, 1996, pp. 5.

y los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas validas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas.”³²

Por su parte, H. L. A. Hart concibe al derecho como un sistema de reglas, en la que la validez de las mismas está condicionada por la regla de reconocimiento efectiva, la cual no es otra que la misma Constitución.

“Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema.”³³

“La regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber que regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar que argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la validez de una regla determinada, y que argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones. Aunque no podamos aplicar ninguna prueba mecánica, no hay peligro que confundamos la regla de reconocimiento de una comunidad con sus normas de moralidad. La regla de

³² KELSEN, Hans, “*El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica*” en *Teoría Pura del Derecho*, México: Porrúa, 1997 (1960). Pág. 207 - 209

³³ HART, H.L.A., “*Regla de reconocimiento y validez jurídica*” en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 129.

*reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismos, policía y cosas semejantes.*³⁴

El paradigma autopoiético de Luhman constituye un gran aporte para el positivismo porque plantea la validez del derecho como autorreferencial (Un sistema que se autorregula internamente).

*“La innovación que introduce el concepto de autopoiesis es que transporta La representación de la constitución autorreferencial y la lleva al nivel de las operaciones más elementales del sistema (que para el sistema opera como unidad). No se trata, por consiguiente, de una pura autoorganización en el sentido de determinaciones y cambios de las propias estructuras, y tampoco simplemente de autonomía en el sentido del antiguo concepto de autorregulación. El concepto de autopoiesis aporta nueva luz a un antiguo problema, a saber, la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de la norma y acción o a la de regla y decisión.”*³⁵

Por consiguiente la validez autorreferencial del sistema jurídico en las sociedades modernas visto desde el positivismo parte del modelo constitucional imperante en las mismas, del cual se derivan las notas esenciales para la protección y

³⁴ DWORKIN, Ronald, “El modelo de las normas (I)” en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 71.

³⁵ LUHMANN, Niklas “La clausura operativa del sistema del derecho” (viii-ix) en El Derecho de la Sociedad, México: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 29.

aplicación de los derechos fundamentales consagrados normativamente para dicha sociedad en la Constitución.

“Otros dos criterios de validez son complementarios de los anteriores, por una parte se encuentra el de un mínimo de eficacia o cumplimiento de las normas jurídicas así como el orden jurídico que ellas forman y, por otra parte, se encuentra el de la coacción que siendo la nota distintiva del derecho es una persuasión implícita en el sistema de normas que lleva a los sujetos a realizar las conductas obligatorias y a omitir las conductas prohibidas. Por ello un derecho valido es un orden coactivo eficaz.”³⁶

Como corolario de lo anterior podemos afirmar lo siguiente:

“Lo que denominamos derecho queda incorporado en la Constitución que tuvo que ser redactada, construida por conceptos, enunciados y argumentos con un sentido, con un propósito, con un fin cierto y determinado. Al manifestarse en un texto integrado y congruente, al usar papel y tinta, cobra manifestación externa en el mundo de la forma, por ello puede decirse que el derecho es un producto del espíritu común objetivado.”³⁷

³⁶ RODRIGUEZ Manzanera, Carlos, artículo *“Kelsen y el problema de la objetividad”*. Facultad de Derecho UNAM México (sin fecha). Pág. 5.

³⁷ ESPINOSA Gómez, Magdalena., artículo *“Que es y para qué sirve el derecho”*. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México (sin fecha). Pág. 10.

Solo en la medida en que la Constitución positiva imperante en una sociedad sea producto del espíritu común objetivado será expresión de los ideales de justicia imperantes en la misma. De esta manera podemos articular el paradigma positivista con el propósito intrínseco de la teoría de la justicia rawlsiana.

“Ya no tiene porque parecer desesperadamente hostil en el que deban prevalecer inevitablemente la voluntad de dominio y las crueldades opresivas, alimentadas por el prejuicio y la locura. Situados como acaso lo estamos en una sociedad corrupta, puede que no haya consuelo para nuestra perdida; pero podemos pensar que el mundo no es en sí mismo inhóspito para la justicia política y el bien que ella encierra. Nuestro mundo social podría haber sido diferente y hay esperanza para los que vivan en otro tiempo y lugar.”³⁸

Desde este punto de vista la Constitución positiva constituye un elemento integrador de la justicia y moralidad imperante en la sociedad, lo cual le brinda la nota de legitimidad al sistema.

“Cuando las directivas son legítimas adquieren su sentido a través del papel que juegan al pretender señalar cuál es la acción adecuada a través de la acción correcta, precisamente analizando las razones dependientes, el derecho da esa expresión y concretiza las demandas de moralidad, empero, añade en su curso razones excluyentes y protegidas como ya lo mencionamos al analizar la postura de Raz. Es precisamente a través de dichas razones que el derecho no incorpora expresamente, pero modifica la forma en que se aplican dichos aspectos de moralidad, Raz menciona tres ejemplos:

³⁸ RAWLS, John, *“Ideas fundamentales”* en La Justicia como Equidad: Una Reformulación, Barcelona: Paidós, 2002, pp. 65.

- a) *El derecho concretiza consideraciones morales y decide cual es la acción correcta, una decisión que pasamos a la autoridad, el derecho pretende acertar en el análisis de dichas acciones;*
- b) *A través de sus directivas que proporcionan razones adicionales pretende el derecho asegurar su cumplimiento, incluso facilitando lo anterior y al impedir injusticias entre los que cumplen y entre los que deciden no acatar las directivas, y*
- c) *El derecho coordina las actividades facilitando la posibilidad de cumplir objetivos y realizar metas.*³⁹

Para otros autores el derecho es un conjunto de hechos relevantes para la vida social, razón por la cual requieren regulación; pero estos para poder ser validos y efectivos deben estar consagrados positivamente en el texto constitucional.

*“Lawyers often talk as if a statute (or other law practice) is simply a text. It is of course permissible to use the word “statute” (or “Constitution”, “judicial decision”, etcetera) to refer to the corresponding text, and I will occasionally write in this way. But if law practices are to be determinant of the content of the law, the relevant practice must be, for example, the fact that a majority of the legislature voted in a certain way respect to a text (or alternatively, the event of their having done so), not merely the text itself. So I will generally use the term “statute” (“Constitution”, etcetera) is shorthand for a collection of facts (or events), not a text.”*⁴⁰

³⁹ VEGA Gómez, Juan, artículo *“En torno al debate Raz/Coleman: ¿excluyente o incluyente?”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (sin fecha). Pág. 19.

⁴⁰ GREENBERG, Mark, article *“How facts make law”*. University of California, USA (sin fecha). Pág.: 8.

La crítica Marxista al derecho lo devalúa como un producto de la sociedad burguesa capitalista, destinado a desaparecer ante la imposición del ideal comunista, como lo plantea Pashukanis.

“Solo la sociedad burguesa capitalista crea todas las condiciones necesarias para que el momento jurídico quede plenamente determinado en las relaciones sociales.”

“(…) La desaparición de las categorías del derecho burgués significará en esas condiciones la desaparición del derecho en general, es decir, la desaparición del momento jurídico en las relaciones humanas.”⁴¹

El derecho en la sociedad burguesa capitalista garantiza el ejercicio del poder por parte de la oligarquía. Foucault lo describe a manera de *panóptico* para caracterizar esta forma de dominación de lo jurídico sobre todos los aspectos de la vida social.

“Es polivalente en sus aplicaciones; sirve para enmendar a los presos, pero también para curar a los enfermos, para instruir a los escolares, guardar a los locos, vigilar a los obreros, hacer trabajar a los mendigos y a los ociosos. Es un tipo de implantación de los cuerpos en el espacio, de distribución de los individuos unos en relación con los otros, de organización jerárquica, de disposición de los centros y de los canales de poder, de definición de sus instrumentos y de sus modos de intervención, que se puede utilizar en los hospitales, los talleres, las

⁴¹ PASHUKANIS, Eugeni, *“Finalidad de la teoría general del derecho”* (Introducción) en Teoría General del Derecho y Marxismo, Barcelona: Labor, 1976, pp. 40.

*escuelas, las prisiones. Siempre que se trate de una multiplicidad de individuos a los que haya que imponer una tarea o una conducta, podrá ser utilizado el esquema panóptico. Es aplicable —bajo reserva de las modificaciones necesarias— "a todos los establecimientos donde, en los límites de un espacio que no es demasiado amplio, haya que mantener bajo vigilancia a cierto número de personas. En cada una de sus aplicaciones, permite perfeccionar el ejercicio del poder."*⁴²

Sin embargo, las Teorías críticas del derecho aunque conciben al derecho como un instrumento de dominación; buscan a partir de este mismo subvertir dicho orden a través de un modelo alternativo para constituirlo de este modo en un instrumento de emancipación social.

*"El objetivo práctico del jurista crítico, movido por ideales de emancipación, busca más bien, "desde dentro", la subversión de ese Derecho o su instrumentalización en un sentido alternativo al que tradicionalmente se le ha dado."*⁴³

Es aquí donde cobra importancia y es preciso traer a colación las teorías discursivas e interpretativas del derecho que permiten integrar desde el positivismo un sistema jurídico provisto de legitimidad.

⁴² FOUCAULT, Michel, "El panoptismo" en Vigilar y Castigar, México: Siglo XXI, 1980. Pág. 189-190.

⁴³ PÉREZ Lledó, Juan, "Teorías críticas del derecho" en E. Garzón y F. Laporta (eds.), El Derecho y la Justicia, Madrid: Trotta, 1996, pp. 100.

“La teoría discursiva del derecho conduce, como se ha expuesto, a la necesidad de institucionalización de un sistema jurídico. Esto implica la autoridad del derecho positivo. Una institucionalización lograda conforme a los criterios de la teoría del discurso incluye los principios del Estado constitucional, el de separación de poderes y el de Estado de Derecho. La noción de autoridad del derecho positivo, apoyada por este principio exige una preeminencia de los fundamentos institucionales sobre los sustanciales.”⁴⁴

“Desde que se concibe el derecho como una práctica social, la teoría de la interpretación/aplicación no puede ser separada de la teoría del derecho, por la simple razón de que los procesos interpretativos y aplicativos son elementos constitutivos de la existencia del derecho positivo y, por tanto, entran plenamente en el ámbito de la teoría del derecho. Lo mismo puede afirmarse de la incorporación de contenidos morales, ya sea formando parte de una norma explícita, ya de modo implícito, pues dicha entrada no se realiza tampoco “de una sola vez”, mediante actos o decisiones concretos, sino mediante un flujo continuo de complejas prácticas de carácter productivo, interpretativo y aplicativo que van especificando progresivamente tales contenidos.”⁴⁵

Dentro de este modelo interpretativo/discursivo la Constitución será la encargada de establecer los alcances de los derechos fundamentales institucionalizados en esta, lo que de una u otra forma dependerá de la ideología imperante en dicha sociedad.

⁴⁴ ALEXI, Robert, *“Interpretación jurídica y discurso racional”* en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 58.

⁴⁵ SERNA, Pedro, artículo, *“El positivismo incluyente en la encrucijada”*. Universidad de Coruña, España (sin fecha). Pág. 7-8.

“What Hart and Kelsen refer to as “legislative” motives we all understand to fall within the domain of “ideology”. An ideology is a “universalization project” asserting a conception of justice that is controversial, alleged by some to be mere rationalization of non-universal interests and by others to be universal –as well as leading to vindication of the interests alleged by its opponents to be merely partial (Mannheim, Habermas). Judges (and jurists) sometimes work not randomly in trying to make law correspond to justice but according to their commitment to well know universalization projects o ideologies.”⁴⁶

Será entonces labor de los jueces a través de la jurisprudencia y justificándose se en los principios establecidos en la Constitución, establecer los alcances del derecho en la práctica social.

“Most of the prominent contemporary theories about the nature of law tend to assume that it is possible and valuable to do general jurisprudence, and that conceptual analysis is the appropriate approach. However, these basic methodological positions have been subject to challenge, and they require justification.”⁴⁷

“Así aunque es cierto que el derecho es en principio indeterminado, también está claro que es determinado o mejor dicho determinable, asimismo es objetivo, pero

⁴⁶ KENNEDY, Duncan, article “A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation”. Harvard Law School, USA (sin fecha). Pág. 7-8.

⁴⁷ BIX, Brian, article “Some reflections on methodology in jurisprudence”. Frederic W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota (sin fecha). Page. 25.

no en la forma típica –independiente de las valoraciones subjetivas- sino precisamente por la vía de la ínter subjetividad; i.e., de confrontar las diferentes interpretaciones, al tener presentes y tomar en consideración todas las limitaciones y restricciones a la libertad del intérprete impuestas no solamente por el texto mismo sino –y sobre todo- por la “comunidad interpretativa” a la que pertenece y las estrategias interpretativas propias de esta.

En resumidas cuentas, es posible la indeterminación al haber una infinidad de respuestas correctas tantas como “comunidades interpretativas” y “estrategias interpretativas”, pero al mismo tiempo es deseable la determinación para llegar a una respuesta correcta, al incorporar cierta objetividad en el derecho por la vía de la ínter subjetividad –entendida esta no como un mero acuerdo o consenso sino como la deliberación o discusión- o “subjetividad”.⁴⁸

Para terminar esta primera parte, articularemos lo anteriormente dicho con la teoría discursiva de Habermas para lograr un acercamiento al paradigma imperante establecido en nuestra Constitución.

“Recordemos la distinción que hace Habermas entre derecho como “medio” y derecho como “institución”. Aunque el derecho como medio de dirección social pone en peligro las estructuras legalmente reguladas de las esferas legalizadas de la vida social, el derecho como “institución” enraizada en el corazón de la moralidad de una sociedad determinada puede facilitar los procesos comunicativos al garantizar la “constitución externa” de la esfera social

⁴⁸ FLORES, Imer B., artículo “¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México (sin fecha). Pág.: 21 y 22.

estructurada comunicativamente. El derecho como “constitución externa” puede promover “procesos de decisión discursivos y procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso” (Habermas, 1981:544). Lo hace dando normas sobre procedimientos, organización y competencia que ayudan a otros sistemas sociales a conseguir la autoorganización democrática y la autorregulación que, según Habermas, están en el corazón de la legitimidad procedimental. El derecho reflexivo, en otras palabras, no determinará autoritariamente las funciones sociales ni regulará sus operaciones internas y externas, pero promoverá mecanismos que sistemáticamente llevarán más lejos el desarrollo de las estructuras reflexivas dentro de otros subsistemas sociales.”⁴⁹

“Tanto los procedimientos jurídicos legislativos, judiciales, administrativos y contractuales pueden ser interpretados, ya en lo particular, como actos de habla argumentativos, sujetos a actos de habla regulativos. Es decir los actos de habla regulativos que “regulan” los procedimientos jurídicos son las normas, que según Kelsen, establecen los procedimientos concretos de creación de normas, es decir, de creación de nuevos actos de habla regulativos. Desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, puede interpretarse el modelo de sistema jurídico de Kelsen como una estructura de actos de habla regulativos y argumentativos.”⁵⁰

“Un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el

⁴⁹ TEUBNER, Gunter, “Derecho reflexivo” en P. Bourdieu y G. Teubner, La Fuerza del Derecho, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000, pp. 135.

⁵⁰ BREUMEN Campos, Arturo, artículo “La ética del discurso jurídico”. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México (sin fecha). Pág.: 12-13.

contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas. Un “modelo social del derecho” (Wieacker) representa algo así como la teoría implícita que de la sociedad tiene el sistema jurídico, es decir, la imagen que este se hace de su entorno social. El paradigma jurídico indica entonces como en el marco de tal modelo pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho. Los dos paradigmas jurídicos que mas consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno y que hoy siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos de Estado social.’⁵¹

Después del anterior recorrido tenemos que el paradigma jurídico imperante en nuestra sociedad es el del Estado Social de Derecho establecido por la Constitución, el cual se constituye en el modelo interpretativo que determinará el verdadero alcance de los derechos, principios y reglas allí consagradas. Es a través de este paradigma jurídico interpretativo que se logran transformaciones en el ordenamiento jurídico por la vía del Juez constitucional, como se verá en este caso a través del análisis de la jurisprudencia constitucional sobre aborto y procedencia de la objeción de conciencia en casos de aborto legal:

“El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo para identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. La interpretación de sentencias aisladas no da una buena

⁵¹ HABERMAS, Jürgen, *“Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia”* en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 263-264.

*idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho*⁵²

Cada sistema u ordenamiento jurídico estatal supone un fundamento, así como la construcción de un edificio necesita una base o la existencia de un río implica una fuente. Para el Estado Social de Derecho esa piedra angular es la **dignidad humana**. El Estado Social de derecho constituye una superación del modelo de Estado de Derecho Liberal clásico fruto de la revolución francesa que se fundaba esencialmente en la protección de la propiedad privada y el reconocimiento de unos derechos fundamentales del hombre concebidos como límites al poder del Estado en su labor de gobernar y administrar justicia. A partir de la Constitución de Weimar se empieza a hablar de un Estado Social de Derecho que funda su legitimidad en la protección del hombre y de sus derechos fundamentales en todos los ámbitos de la sociedad, cuyas principales características son:

“(...) 1. En primer lugar, el catálogo de derechos de libertad, surgidos de la declaración francesa de los derechos del Hombre y del ciudadano y de la declaración de Virginia, se amplía introduciendo en el discurso jurídico constitucional una serie de derechos sociales, económicos y culturales, así como reconociendo, posteriormente los llamados derechos colectivos o difusos.

2. En segundo lugar, el carácter normativo de la Constitución y la introducción de nuevas categorías de derechos, obligan al poder público no solo a abstenerse frente a posibles violaciones de los derechos de libertad, sino a actuar positivamente para garantizar, de una parte los derechos de prestación y de otra,

⁵² LOPEZ Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis, Segunda edición 2006. página 139.

el debido respeto y eficacia de aquellos derechos que en la práctica pueden ser vulnerados en las relaciones privadas.

3. Por último, dado que el Estado adquiere un papel activo en la protección de los derechos, se crea un sistema cada vez más completo de garantías, que hace cierta y eficaz la responsabilidad del poder público frente a posibles vulneraciones. De ahí, la existencia de la justicia constitucional y el establecimiento, en la mayoría de los regímenes constitucionales, de un recurso de amparo o tutela judicial efectivo.”

(Corte Constitucional. Sentencia C-587 de 1992)

Colombia es un estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, la cual es inherente a todo ser humano por el simple hecho de serlo. Este atributo esencial de todo ser humano es lo que le permite desenvolverse en sociedad con la confianza suficiente de que será respetado en su integridad, individualidad y creencias personales. La dignidad humana es algo intrínseco del hombre, es la nota característica que nos diferencia del resto de la creación, es el hecho de ser semejantes a Dios hijos de un mismo padre y por eso mismo iguales aunque diferentes en muchos sentidos; o será la capacidad de razonar y gozar del libre albedrío según sea la concepción del mundo que se tenga, lo cierto es que no se puede concebir la existencia de un hombre sin dignidad. Así mismo, la dignidad también entraña el sentido del respeto por los demás ya que si yo como ser humano soy valioso *per se*, también lo serán mis congéneres: ni más ni menos.

"La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la

*racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que **reconoce en el ser humano la razón de su existencia** y la base y justificación del sistema jurídico." (Corte Constitucional. Sentencia T-556 del 6 de octubre de 1998. Subrayado fuera del texto)*

De este sentido de Dignidad intrínseca de la persona humana se derivan una serie de derechos que por estar íntimamente relacionados con esta nota esencial del ser humano son denominados **derechos fundamentales**. No puede existir un Estado Social de Derecho sin el reconocimiento, ejercicio y promoción de los derechos fundamentales; los cuales son irrenunciables y deben ser protegidos eficazmente por el Estado para que no sean transgredidos por ninguna persona o autoridad ya que se derivan de la dignidad humana y por ende su protección y reconocimiento justifica la existencia del Estado mismo, no como una superestructura de poder que domina todas las relaciones sociales y económicas sino como un catalizador de los diferentes intereses particulares en procura del bien común y la protección concreta del hombre como un fin en sí mismo. Estos derechos fundamentales se encuentran consignados en el capítulo primero del título segundo de la carta fundamental, pero no por esto son taxativos, como lo señala la misma Constitución Política:

“Artículo 94. *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse*

como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Constitucional:

*“Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 **son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana.** De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia -aún de su concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.” (Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. Subrayado fuera del texto)*

En razón a lo anterior vemos que **no es posible vulnerar un derecho fundamental sin atentar contra la dignidad humana**, y es por esto que los derechos fundamentales se consideran intangibles inclusive en estados de excepción, y corresponden entre otros a: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de

seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles, y el derecho al Habeas Corpus.

De la misma forma de acuerdo al artículo 93 de la Carta, los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia se entienden incorporados a la Constitución y prevalecen sobre el orden interno, entre estos tenemos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

En la Constitución de 1991 se estableció además la acción de Tutela como el mecanismo idóneo para el amparo de los derechos fundamentales. Lo anterior significó un paso fundamental hacia la consolidación de nuestro modelo de Estado Social de Derecho, ya que se pasó de la simple enunciación de derechos y garantías fundamentales a la creación de un mecanismo eficaz, rápido y eficiente al alcance de cualquier persona a quien se le vulneraran o se vieran amenazados

de vulneración sus derechos fundamentales. Dicho recurso de amparo establecido en el artículo 86 de la Constitución destaca por su sencillez y falta de formalidades, lo cual es importante resaltar pues de esta manera se garantiza su utilización por cualquier persona sin importar su condición social o nivel educativo.

Es tanta la importancia de la protección de los derechos fundamentales dentro del Estado Social de derecho colombiano que la Corte Constitucional ha establecido que la protección por vía de Tutela procede incluso cuando se trata de vulneración de derechos que en principio no son considerados fundamentales pero que de manera indirecta o por conexidad puedan afectar derechos reconocidos como tales. El ejemplo más importante y de mayor ocurrencia en nuestro país es el amparo por vía de Tutela al derecho a la salud cuando se afecta el núcleo esencial del derecho a la vida o su desarrollo en condiciones dignas como lo ha señalado la Corte Constitucional:

*“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, **de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.** Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.” (Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. Subrayado fuera del texto)*

Otro tópico para resaltar la importancia de la protección a los derechos fundamentales es su ponderación frente a otros valores constitucionales que en casos de conflicto deben ceder ante la preponderancia de la dignidad humana en nuestro ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la procedencia de la Acción de Tutela contra decisiones judiciales. En estos casos es la seguridad jurídica la que debe dar un paso al costado para permitir que en caso de vulneración del debido proceso se quiebre la apariencia de cosa juzgada de la decisión y se proteja el derecho fundamental; todo en aplicación de la teoría de la *vía de hecho* desarrollada por la Corte Constitucional, lo que ha ocasionado en ya varias ocasiones los denominados “choques de trenes” entre las altas cortes; basta para destacar su importancia la siguiente consideración de la Corte Constitucional:

*“La acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, **la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho** y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.” (Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Subrayado fuera del texto)*

De lo anteriormente expuesto se puede evidenciar la importancia de la protección a los derechos fundamentales en nuestro país, aunque si bien es cierto falta mucho camino por recorrer para conseguir su verdadera efectividad, desde la

expedición de la Constitución de 1991 se ha avanzado mucho en esta materia. Por lo pronto y para finalizar señalaremos las principales conclusiones de esta corta reflexión: La dignidad humana es la base del Estado Social de Derecho. Los derechos fundamentales son aquellos derivados directamente de la dignidad humana. Luego no puede existir un Estado Social de Derecho sin un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales. Pero no basta con que los derechos fundamentales estén enunciados en la Constitución sino que debe existir un mecanismo ágil y eficaz al alcance de todos para su protección. En nuestro ordenamiento jurídico dicho mecanismo es la Acción de Tutela. La acción de Tutela o recurso de amparo constitucional procede no solamente cuando se afectan o se ven amenazados derechos fundamentales de manera directa sino también cuando de manera indirecta se puedan ver afectados ante la vulneración de otro derecho que no sea considerado como fundamental, e incluso procede contra sentencias judiciales por vulneración al debido proceso.

La dignidad humana como principio fundamental inherente al ser humano requiere no solo su reconocimiento expreso en la carta fundamental sino que además se deben generar los mecanismos necesarios que permitan la consecución de los fines establecidos y derivados de ella misma, fines que entre otras cosas no son otros que los mismos derechos fundamentales, ahora bien, tales mecanismos no son deliberados sino que se consideran verdaderos instrumentos al alcance de quienes consideren afectados o vulnerados de forma alguna sus derechos y, que como consecuencia directa implique un detrimento en las condiciones mínimas de existencia. No se pueden vulnerar los derechos fundamentales sin menoscabar el fundamento del Estado, es por esto que las autoridades y particulares deben procurar en todas sus actuaciones el máximo respeto por estas garantías que constituyen el motor esencial y existencial del individuo, la familia y la sociedad.

Regla de reconocimiento: críticas e implicaciones.

H.L.A. Hart es un autor estadounidense del siglo XX, perteneciente a la escuela del positivismo metodológico, en la cual la validez de derecho no depende necesariamente de la moral, sino que su relación es meramente contingente. Su concepción del derecho pretende superar el modelo de órdenes respaldados por amenazas, defendido por J. Austin y J. Bentham. La crítica que les hace, es que en dicha concepción en nada se diferencian las órdenes emitidas por el soberano de las que puede dar un asaltante al poner en indefensión a su víctima. En ese modelo el criterio de identificación de lo que es el derecho corresponde a una orden emitida por el soberano. En contraposición podemos decir que la descripción que hace Hart del derecho corresponde a un sistema de reglas primarias y secundarias dotadas de validez. La definición de regla para Hart es la misma que Kelsen denomina norma, en este punto los dos autores coinciden en considerar el derecho como un sistema normativo/de reglas coherente dotado de legitimidad. Las reglas primarias imponen deberes y obligaciones a los individuos, y las secundarias otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para generar consecuencias jurídicas. Así la estructura básica de una regla (norma), está determinada por un supuesto fáctico que de realizarse da lugar a una consecuencia en el mundo jurídico, a determinada acción, determinada consecuencia jurídica, como ocurre con los tipos penales, que son el ejemplo básico de una regla primaria. Por otro lado las reglas secundarias pueden ser de tres tipos:

- 1. Reglas de cambio:** Son aquellas que otorgan potestades a los particulares o al legislador para crear reglas primarias, como cuando se establece en el Código Civil que el acuerdo de voluntades es ley entre las partes, o cuando la Constitución determina la potestad del Congreso para expedir leyes de acuerdo a un procedimiento preestablecido.

2. Reglas de adjudicación: Son aquellas que dan potestades a los jueces para establecer la regla particular que decidirá el caso concreto al momento de desatar las controversias. Sobre este punto cabe anotar que debido a la pretensión normativa de la Constitución propia del neoconstitucionalismo, muchas veces las altas cortes en sus decisiones establecen reglas primarias de carácter general con fuerza vinculante.

3. Regla de reconocimiento: El punto medular de la teoría Hartiana, pues la regla de reconocimiento constituye el criterio de identificación de lo que es derecho en determinada sociedad. Solo aquel material que se adecue a la regla de reconocimiento puede ser considerado como jurídico. La regla de reconocimiento como práctica social es la fuente de validez del sistema.

De acuerdo a lo anterior podemos decir que para Hart, la validez de un sistema jurídico no puede consistir en la amenaza de sanción o en el poder del soberano, sino en una práctica socialmente aceptada por la comunidad como legítima de acuerdo a los criterios de validez del sistema jurídico establecidos en la denominada *regla de reconocimiento*.

“Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema.”⁵³

⁵³ HART, H.L.A., “Regla de reconocimiento y validez jurídica” en El Concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 129.

Ahora bien, para poder explicar que se entiende por regla de reconocimiento, acudiré a uno de los principales críticos de la Teoría Hartiana, Ronald Dworkin:

“La regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber que regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar que argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la validez de una regla determinada, y que argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones. Aunque no podamos aplicar ninguna prueba mecánica, no hay peligro que confundamos la regla de reconocimiento de una comunidad con sus normas de moralidad. La regla de reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismos, policía y cosas semejantes.”⁵⁴

La crítica de Dworkin a Hart consiste en establecer que el derecho no está formado únicamente por reglas, sino que también incluye los principios. La diferencia entre una regla y un principio, es que este último es una pauta valorativa que carece de supuesto fáctico, como por ejemplo la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad, etc. Según Dworkin los principios no pueden ser identificados por medio de la regla de reconocimiento, debido a que muchas veces no se encuentran positivizados o no son producidos conforme a las pautas establecidas en una regla de reconocimiento, sino que pueden ser fruto de la costumbre, la moral política o de la idiosincrasia de determinada sociedad. El

⁵⁴ DWORKIN, Ronald, “El modelo de las normas (I)” en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 71.

Juez al decidir el caso no aplica únicamente las reglas sino que también debe acudir a los principios.

En este punto resulta necesario anotar que para Hart, cuando el Juez va a decidir un caso se puede encontrar con dos tipos de situaciones: un caso fácil o un caso difícil. Un caso fácil es aquel en el que la situación a resolver se adecua de manera clara al supuesto fáctico establecido en la regla jurídica, por lo cual la decisión corresponde a un mero proceso de subsunción conocido como silogismo jurídico, como si fuera una operación matemática, razón por la cual en este tipo de casos no puede haber discrecionalidad judicial, pues al Juez no le queda otra opción que aplicar la consecuencia jurídica establecida en la regla. En el caso fácil la interpretación judicial es un acto de mero raciocinio, el Juez no crea derecho, se limita a declararlo.

Por otro lado el caso difícil es aquel que resulta de la indeterminación del lenguaje utilizado en la regla o reglas llamadas a resolverlo. Como sabemos, el derecho como las demás ciencias (aceptando la científicidad del derecho), se vale del lenguaje ordinario, pero muchas veces le otorga significados diferentes. A esta indeterminación del lenguaje de la regla jurídica, se le conoce como *zona de penumbra*. Dentro de dicha *zona de penumbra* el Juez se ve obligado a acudir a criterios extrajurídicos o morales para llenar de contenido a la disposición, lo cual constituye un amplio margen de discrecionalidad. Por esta razón en los casos difíciles la interpretación judicial es un acto volitivo, y por ende no habría una sola respuesta correcta para este tipo de casos.

En este punto la crítica de Dworkin consiste en establecer que no puede haber discrecionalidad por parte del Juez pues esto fácilmente puede dar lugar a

arbitrariedades. Señala que en los casos difíciles el Juez está obligado a acudir a los principios. Estos principios no son extrajurídicos, son criterios morales de orden político que se han construido a través de la historia de determinada sociedad y que son generalmente aceptados y utilizados en esta, aunque no necesariamente deban estar positivizados. Para explicarlo acude a la figura del Juez Hércules, quien está dotado de grandes facultades intelectuales para reconstruir desde la teoría política de una determinada sociedad, los principios y reglas que lleven a una única respuesta correcta para el caso difícil, eliminando de contera cualquier posibilidad de discrecionalidad en la decisión judicial.

Las implicaciones de este debate para el derecho han sido muchas, pero quizás las más importantes ha sido la de superar la vieja concepción normativista de tipo exegético que comúnmente se atribuye a autores como Kelsen o Hart, para dar paso a una nueva concepción de la interpretación judicial que supera el silogismo jurídico como una mera actividad racional, para tener en cuenta la voluntad del intérprete. La otra implicación importante ha sido el paso a un papel protagónico de los principios como parte integrante del derecho, directamente aplicables por el Juez al resolver el caso, debido a la pretensión normativa de la Constitución. El Juez ha dejado de ser un mero aplicador de la ley para convertirse en el actor principal en la determinación del derecho vigente aplicado al caso concreto mediante el ejercicio hermenéutico. Esta nueva visión propende por la efectividad de los principios y derechos expresados en la Constitución, siendo su labor determinar el alcance de dichos contenidos. Si no se examina de esta manera puede quedar la falsa idea de que el Juez se ha convertido en un legislador de carácter excepcional desbordando sus funciones.

CONCLUSIONES

Objeción de conciencia judicial frente a la Interrupción Voluntaria del embarazo. Perspectiva Hermenéutica – Bucaramanga.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado tenemos que en un Estado Social de Derecho el Juez juega un papel crucial en la determinación del criterio normativo jurídico imperante a través de la Interpretación judicial. De acuerdo a lo establecido en la Constitución únicamente se encuentra sometido al imperio de la Ley, lo que da a entender que goza de un alto grado de independencia; no obstante en realidad se encuentra sumamente restringido por los materiales jurídicos.

DUNCAN KENNEDY en su obra *“Libertad y restricción judicial”* pone de presente que cada decisión del Juez goza de un tinte político, y que la vaguedad del mensaje expresado en el lenguaje normativo no es la nota determinante para considerar un caso como difícil, a diferencia de HART y DWORKIN. Para KENNEDY el caso difícil se presenta cuando yo como Juez pretendo llegar a determinada sentencia, pero me resulta difícil moldear los enunciados normativos a través de la interpretación para lograr la sentencia deseada.

KENNEDY le da un nombre a esta restricción de las normas frente al actuar del Juez: *“un pacto con el Diablo”*, dado que como servidor público ha jurado someterse siempre a la ley, aun cuando tenga que obrar en contra de su conciencia; sin embargo existe muchas formas de engañar al derecho, y corresponde a cada operador jurídico argumentar sus decisiones de determinada

forma que tras la sombra de la norma utilizada se encuentre mi propio criterio; aunque siempre se corre el riesgo de perder el empleo o de ganarse un disciplinario o un proceso penal por no acatar el texto de la norma.

Contrario a lo anterior RONALD DWORKIN, concibe a un Juez Hércules capaz de lograr la sentencia correcta. Para mí como Juez aquella sentencia correcta es la que en mayor medida satisfaga los ideales de justicia del Estado y mis convicciones personales. Señala además en el capítulo 8 de su obra “*Los derechos en serio*” que en determinadas ocasiones a los objetores de conciencia no se le debería castigar en toda ocasión a pesar de contrariar lo dispuesto por los órganos de cierre, toda vez que muchas veces ni ellos mismos respetan su propio precedente.

Esta facultad de interpretar de todo Juez es la que dinamiza el proceso de aplicación de las normas jurídicas ante las nuevas necesidades. En el caso del Aborto Legal (o interrupción voluntaria del embarazo) tuvimos una solida línea jurisprudencial en la que se consideraba que se justificaba la penalización absoluta del Aborto en Colombia para proteger la vida del nasciturus; línea que fue alterada por la Sentencia C-355/06 al despenalizar parcialmente el Aborto para proteger los derechos a la autonomía reproductiva de la mujer y su vida digna, así como los fallos posteriores que consolidan el nuevo precedente, que a su vez deja entrever que ante un tema tan polémico existen gran variedad de opiniones cruzadas que tienen que ver más con la esencia espiritual de las personas (su conciencia), por lo que debería ser reglamentado por el Congreso y no por una fallo de la Corte Constitucional.

En entrevistas realizadas con algunos jueces de diversas categorías de la ciudad de Bucaramanga en el año 2009, encontramos criterios yuxtapuestos, pues una parte considerable manifiesta que la objeción de conciencia judicial debería ser procedente cuando se toquen asuntos de tal gravedad como es el autorizar que sea cegada una vida. Igualmente se encontraron criterios de jueces que a pesar de tener solidas convicciones morales, manifiestan que la objeción de conciencia judicial no es procedente, ya que todos los jueces deben fallar en derecho.

Por último considero que a pesar de que con la Sentencia C-388/09 se dejó claro que los jueces no pueden ser objetores de conciencia por estar sometidos exclusivamente al imperio de la ley, dicha sentencia aun no ha cobrado firmeza, por lo que resultaría conveniente que se abriera un debate nacional sobre los alcances de la misma, permitiendo que los jueces cuyas convicciones personales les impidan ordenar un aborto se puedan declarar impedidos remitiendo a otro Despacho de manera inmediata la actuación para que se decida sin dilaciones injustificadas.

De esta forma mi hipótesis de trabajo sobre la procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal en principio ha sido desvirtuada con la Sentencia C-388/09, fallo que aun no ha cobrado firmeza, por lo que observando los cambios de criterios interpretativos de la Ley y la Jurisprudencia, tal vez algún día sea reglamentada debidamente la objeción de conciencia judicial frente al aborto, para proteger la independencia del Juez, quien a pesar de haber hecho un *“pacto con el diablo”* y estar sometido al imperio de la ley, tampoco se le puede obligar en contra de su conciencia.

BIBLIOGRAFIA

1. FUENTES PRIMARIAS

1.1. Jurisprudencia de la corte constitucional colombiana sobre el aborto:

- Sentencia C-133/94
- Sentencia C-013/97
- Sentencia C-087/97
- Sentencia C-213/97
- Sentencia C-551/01
- Sentencia C-647/01
- Sentencia Su-1167/01
- Sentencia C-198/02
- Sentencia T-1185/03
- Sentencia C-355/06
- Sentencia C-822/06
- Sentencia T-171/07
- Sentencia T-988/07
- Sentencia T-209/08
- Sentencia T-946/08
- Sentencia T-009/09
- Sentencia T-388/09

1.2. Normatividad:

- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Decreto 4444 de 2006.

- Resolución 4905 de 2006 del Ministerio de la Protección Social.
- Acuerdo 350 de 2006 del CNSSS.
- Circular 0038 de 2008 de la Procuraduría General de la Nación.

1.3. Encuesta que se realizará a jueces de distintas categorías de la ciudad de Bucaramanga sobre la procedencia de la objeción de conciencia judicial frente al aborto legal.

2. FUENTES SECUNDARIAS:

2.1. Fuentes referentes a los temas del aborto legal y la objeción de conciencia:

- ARRIETA, Juan Ignacio. *Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica*. Artículo publicado originalmente en el libro “Objeción de conciencia”. México: UNAM, 1998, Págs. 27-55.
- CEBRIÁ García, María. *La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional*. Artículo publicado en “Anuario de la facultad de derecho no. 21”. Universidad de Extremadura, 2003.
- FORERO, Claudia Helena. *La jurisprudencia constitucional colombiana en los conflictos vida-libertad –Informe de avance-*. Avance del proyecto de investigación doctoral en derecho. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006.
- GUARNIZO, Diana. *Entre el deber y la conciencia. La objeción de conciencia frente al aborto. Elementos mínimos de regulación*. Artículo que hace parte de un texto académico de la Universidad Nacional denominado “Derechos humanos, derechos de la mujer: ante todo el principio de la protección” (sin fecha).

- MENDOZA Cadena, Adriana. *Connotación jurídica y política frente a la despenalización parcial del aborto en Bucaramanga*. Proyecto presentado como requisito para optar al título de abogado. Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, 2007.
- MINISTERIO de la Protección Social. *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social y Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- MINISTERIO de la Protección Social. *Documentación complementaria y norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2007.
- NOVOA Gómez, Mónica María. Artículo: *Despenalización del aborto: la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional y sus implicaciones para la psicología*. (Sin fecha).
- VIANA Garcés, Andrée. *El círculo da la vuelta jurisprudencia constitucional sobre el aborto*. Artículo publicado en Cuadernos Electrónicos No. 3 Enero-Junio 2006.
- VILLAMIL Portilla, Edgardo. *Objeción de conciencia planteada por un juez*. En www.docentes.unal.edu.co/evillamilp/docs/Objeci%F3n%20de%20conciencia%20judicial.doc.

2.2. Fuentes referentes a los diferentes paradigmas jurídicos utilizados para los marcos de referencia:

- ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

- ALEXI, Robert, *“Interpretación jurídica y discurso racional”* en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ADAME Goddard, Jorge, artículo *“La objetividad de las proposiciones jurídicas”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (sin fecha).
- BIX, Brian, article *“Some reflections on methodology in jurisprudence”*. Frederic W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota (sin fecha).
- BREUMEN Campos, Arturo, artículo *“La ética del discurso jurídico”*. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México (sin fecha).
- DWORKIN, Ronald, *“El modelo de las normas (I)”* en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992.
- ESPINOSA Gómez, Magdalena., artículo *“Que es y para que sirve el derecho”*. Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, México (sin fecha).
- FLORES, Imer B., artículo *“¿Ensueño, pesadilla y/o realidad? objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México (sin fecha).
- FOUCAULT, Michel, *“El panoptismo”* en Vigilar y Castigar, México: Siglo XXI, 1980.
- GREENBERG, Mark, article *“How facts make law”*. University of California, USA (sin fecha).
- HABERMAS, Jürgen, *“Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia”* en Facticidad y Validez, Madrid: Trotta, 1998.
- HART, H.L.A., *“Regla de reconocimiento y validez jurídica”* en El Concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- KELSEN, Hans, *“El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica”* en Teoría Pura del Derecho, México: Porrúa, 1997 (1960).

- KENNEDY, Duncan, article “*A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation*”. Harvard Law School, USA (sin fecha).
- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, primera edición 2000.
- LUHMANN, Niklas “*La clausura operativa del sistema del derecho*” (viii-ix) en El Derecho de la Sociedad, México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MEJÍA Quintana, Oscar, artículo “*Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*”, en Humanitas (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006.
- PASHUKANIS, Eugeni, “*Finalidad de la teoría general del derecho*” (Introducción) en Teoría General del Derecho y Marxismo, Barcelona: Labor, 1976.
- PÉREZ Lledó, Juan, “*Teorías críticas del derecho*” en E. Garzón y F. Laporta (eds.), El Derecho y la Justicia, Madrid: Trotta, 1996.
- PEREZ Toro, William Freddy y otros. *Estado de derecho y sistema penal*. Medellín: Universidad de Antioquia. Instituto de Estudios Políticos. Biblioteca Jurídica Diké, 1997.
- PEREZ Villa, Jorge. *Los derechos en Colombia. Derechos fundamentales, civiles y políticos*. Bogotá: Editorial Leyer, 1996.
- RAWLS, John, “*Ideas fundamentales*” en La Justicia como Equidad: Una Reformulación, Barcelona: Paidós, 2002.
- RODRIGUEZ Manzanera, Carlos, artículo “*Kelsen y el problema de la objetividad*”. Facultad de Derecho UNAM México (sin fecha).
- SCHMITT, Carl, “*Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica*” en Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Madrid: Técnos, 1996.

- SERNA, Pedro, artículo, *“El positivismo incluyente en la encrucijada”*. Universidad de Coruña, España (sin fecha).
- TEUBNER, Gunter, *“Derecho reflexivo”* en P. Bourdieu y G. Teubner, La Fuerza del Derecho, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.
- ULLOA Cuellar, Ana Lilia, artículo *“El derecho y la filosofía de la ciencia”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Veracruzana, México (sin fecha).
- VEGA Gómez, Juan, artículo *“En torno al debate Raz/Coleman: ¿excluyente o incluyente?”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (sin fecha).

2.3. Fuentes relativas al papel del Juez y la interpretación judicial:

- AGUILÓ Regla, Joseph. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 2000.
- BONORINO, Pablo Raúl y otro. *Argumentación Judicial: Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- BONORINO, Pablo Raúl y otro. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- BOTERO Marino, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- FUEYO Laneri, Fernando. *Interpretación y Juez*. Universidad de Chile y Centro de Estudios “Ratio Juris”, (sin fecha).
- GOMEZ Serrano, Laureano. *Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008.
- LOPEZ Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis, Segunda edición 2006.

- LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura, segunda edición 2006.
- NIETO Arteta, Luís Eduardo. *La interpretación de las normas jurídicas*. Ediciones Tiempo Presente, 1976.
- UPRIMNY Yepes, Rodrigo y otro. *Interpretación judicial: modulo de autoformación*. Bogotá: Consejo superior de la judicatura, segunda edición 2008.
- UPRIMNY Yepes, Rodrigo y otro. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Bogotá: Consejo superior de la judicatura, segunda edición 2008.
- VILLAMIL Portilla, Eduardo. *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá: Consejo superior de la judicatura, segunda edición 2008.

2.4. Fuentes referentes a la metodología de la investigación jurídica:

- BONILLA, Elsy y otro. *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*. Bogotá: Norma-Uniandes, 1997.
- ECO, Humberto. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- GIRALDO Ángel, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1994.

ANEXOS

Anexo 1. Nueve entrevistas/encuestas anónimas realizadas a Jueces de diferentes categorías de la ciudad de Bucaramanga.

ENTREVISTA/ENCUESTA No.1

Categoría: Magistrado de Tribunal. Sexo: masculino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católico.
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? SI estoy de acuerdo.
3. Los Jueces crean derecho? SI, no solo en este tema sino en otros se debe crear derecho, pero hay que definir linderos para no invadir orbitas.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? SI
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO
6. Los Jueces pueden ser Objetores de Conciencia en casos de IVE? NO, porque el Juez tiene que decidir conforme a Derecho, si se admite para ese caso se debe admitir para otros casos. Las cargas ideológicas no se admiten cuando se debe fallar en Derecho. Los médicos si pueden ser objetores, pero el Juez no porque representa al Estado, no es su decisión.
7. Fallaría un caso de IVE? SI lo fallaría.
8. Con que autor se identifica? Kelsen

9. Estamos en camino a la despenalización total del Aborto en Colombia? NO lo creo

10. Hay respuestas correctas en Derecho? NO, yo pienso que hay diferentes criterios, no respuestas correctas; las circunstancias determinan la respuesta correcta.

ENTREVISTA/ENCUESTA No.2

Categoría: Juez del circuito. Sexo: femenino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católica.
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? SI, porque se trata de un Derecho Fundamental.
3. Los Jueces crean derecho? SI, porque así se desarrolla la autonomía del derecho.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? NO.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO, porque la objeción de conciencia supone un concepto más amplio.
6. Los Jueces pueden ser Objeto de Conciencia? NO-
7. Fallaría un caso de IVE? SI-
8. Con que autor se identifica? Hart.
9. Estamos en camino a la despenalización total del Aborto en Colombia? SI, porque la decisión de tener un hijo o no es solo de la mujer, y así lo debe reconocer el ordenamiento jurídico-
10. Hay respuestas correctas en Derecho? NO.

ENTREVISTA/ENCUESTA No.3

Categoría: Juez del circuito. Sexo: masculino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Cristiano
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? SI
3. Los Jueces crean derecho? SI, al decidir los casos concretos.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? SI, porque implica la libertad de tu conciencia y el individuo es autónomo, los límites son el otro, la sociedad puede estar contra mí doblegándome, pero no puede obligarme a actuar contra mi voluntad.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO, porque tú no eres un fin, y por ende no se puede atar la conciencia a una religión específica.
6. Los Jueces pueden ser Objetores de Conciencia? SI, porque cualquier persona tiene igualdad ante la Ley; se debe respetar la posibilidad de objetar. En un país en que no hay respeto por la vida, primero hay q proteger el valor de la vida.
7. Fallaría un caso de IVE? SI lo fallaría, de acuerdo a mi propio criterio.
8. Con que autor se identifica? Kelsen y Duncan Kennedy.
9. Estamos en camino a la despenalización total del Aborto en Colombia?
Yo pienso que las sociedades tienen un momento para su madurez,

venimos con un fenómeno de Aborto Clandestino que se debería despenalizar de manera completa, por motivos de salud pública.

10. Hay Respuestas correctas en Derecho? NO

ENTREVISTA/ENCUESTA No.4

Categoría: Juez del circuito. Sexo: femenino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católica
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? SI, porque impide la muerte de muchas personas, mujeres, jóvenes, y permite tener una vida mas digna tanto de quien aborta como del que va a nacer, en efecto, tendría una vida mas digna el embrión abortado.
3. Los Jueces crean derecho? SI.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? La Objeción de conciencia no es un derecho fundamental debe estar acorde con los tiempos, se puede manejar pero es muy subjetiva su aplicación.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? SI.
6. Los Jueces pueden ser Objetores de Conciencia? NO, el operador de justicia asume la condición de operador y pasa de influir en sus decisiones, no se debe amparar, debe ser ecuánime.
7. Fallaría un caso de IVE? SI.
8. Con que autor se identifica? Kelsen.
9. Estamos en camino a la despenalización total del Aborto en Colombia? No, por los condicionamientos morales de los operadores de justicia,

legisladores, que no están acordes con la política de salud pública que las mujeres deben tener.

10. Hay Respuestas correctas en Derecho? SI

ENTREVISTA/ENCUESTA No.5

Categoría: Juez del circuito. Sexo: masculino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Agnóstico.
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? Me parece que es muy limitado frente a un problemas de salud pública, se debió despenalizar de manera total.
3. Los Jueces crean derecho? SI.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? La Objeción de conciencia es un derecho fundamental pero falta su desarrollo.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO.
6. Los Jueces pueden ser Objetores de Conciencia? SI el Juez es conservador de pensamiento iusnaturalista debe aceptarse la objeción de conciencia por corresponder a su concepción del derecho.

PERO, si es un Juez normativista no debe aceptarse la objeción de conciencia porque la aplicación del derecho no la concibe como valores.
7. Fallaría un caso de IVE? Si, de fondo.
8. Con que autor se identifica? Normativismo jurídico – KELSEN.
9. Estamos en camino a la despenalización total del Aborto en Colombia? En Colombia no hay separación iglesia estado, mientras no suceda, no...
10. Hay Respuestas correctas en Derecho? NO

ENTREVISTA/ENCUESTA No.6

Categoría: Magistrado de Tribunal. Sexo: masculino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católico pero poco practicante.

2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? No esta de acuerdo con la penalización absoluta, cada caso se analiza de manera particular y dependiendo de las circunstancias de modo, tiempo y lugar se mirara si la decisión se justifica.

3. Los Jueces crean derecho? SI.

4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? SI.

5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO
estoy de acuerdo con atarla a asuntos religiosos políticos de los cuales me aparto, y porque insisto uno puede y debe fallar de fondo dejando ínsitos y claros los principios y valores con una argumentación. Carga argumentativa solida en el que recoja todas las posibles posiciones pero destaque la propia

6. Los Jueces pueden ser Objeto de Conciencia? No hay porque uno puede fallar de acuerdo con sus principios y valores siempre y cuando estén claramente argumentados en la decisión que permita una interpretación coherente.

7. Fallaría un caso de IVE? Se puede fallar en derecho en la medida que la jurisprudencia es un medio auxiliar, lo que obliga para aceptarla en un caso particular controvertido es que exista la argumentación suficiente que permita ilustrar a cualquier lector desprevenido de la pertinencia de la ratio

decidendi, la cual debe guardar coherencia con el debate probatorio ,. Los hechos y la consecuente decisión. LO FALLARIA DE FONDO.

8. Con que autor se identifica? Dworkin
9. Estamos en camino de la Despenalización total del Aborto en Colombia?
No sabria decirlo.
10. Hay Respuestas correctas en Derecho? NO

ENTREVISTA/ENCUESTA No.7

Categoría: Juez municipal. Sexo: femenino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católica
2. Esta de acuerdo con la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? En casos de deformación por no garantizar la dignidad humana, cuando es por violación no esta en desacuerdo; esta de acuerdo por malformación y peligro de la madre.
3. Los Jueces crean derecho? NO.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? Si es derecho fundamental.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO.
6. Los Jueces pueden ser Objetores de Conciencia? SI procede la objeción de conciencia del juez.
7. Fallaría un caso de IVE? Lo fallaría a favor x ser juez
8. Con que autor se identifica? Principios - Dworkin
9. Estamos en camino de la Despenalización total del Aborto en Colombia? Es posible.
10. Hay Respuestas correctas en derecho? Depende del caso.

ENTREVISTA/ENCUESTA No.8

Categoría: Juez del circuito. Sexo: femenino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católica.
2. Que opinión tiene sobre la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? NO esta de acuerdo con la sentencia, pero en riesgo la vida de la madre si esta de acuerdo.
3. Los Jueces crean derecho? SI.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? SI.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO debería estar atado a lo religioso.
6. Los Jueces pueden ser Objeto de Conciencia? SI.
7. Fallaría un caso de IVE? Me declararía impedida por razones de conciencia, a pesar de las sanciones, (salvo caso peligro de la madre).
8. Con que autor se identifica? Dworkin.
9. Estamos en camino de la Despenalización total del Aborto en Colombia? SI.
10. Hay Respuestas correctas en Derecho? NO.

ENTREVISTA/ENCUESTA No.9

Categoría: Juez del circuito. Sexo: femenino.

1. Profesa alguna religión o ideología? Católica.
2. Que opinión tiene sobre la sentencia que despenalizó de manera parcial el Aborto en Colombia? Me parece mejor volver a la época anterior.
3. Los Jueces crean derecho? SI.
4. La Objeción de Conciencia es un derecho fundamental? SI.
5. Se debe fundar la Objeción de Conciencia en motivos religiosos? NO.
6. Los Jueces pueden ser Objeto de Conciencia? SI.
7. Fallaría un caso de IVE? Me declararía impedida por objeción de conciencia y asumo las consecuencias.
8. Con que autor se identifica? DWORKIN.
9. Estamos en camino a la Despenalización total del Aborto en Colombia? SI.
10. Hay Respuestas correctas en Derecho? NO.