

**POSTURAS TEÓRICO-JURÍDICAS QUE LOS DIFERENTES GRUPOS  
SOCIALES LE HAN DADO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL  
EMBARAZO O IVE**

**PRESENTADO POR:**

**JOHAN SEBASTIAN MENESES CASTILLO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI**

**FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**2022**

**POSTURAS TEÓRICO-JURÍDICAS QUE LOS DIFERENTES GRUPOS  
SOCIALES LE HAN DADO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL  
EMBARAZO O IVE**

**PRESENTADO POR:**

**JOHAN SEBASTIAN MENESES CASTILLO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADO**

**DIRECTOR:**

**IVÁN LEONARDO MARTÍNEZ PINILLA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI**

**FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**2022**

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de grado lo dedico a mis padres, Alberto Meneses y Amparo Castillo quienes con su ejemplo, amor y dedicación hicieron que mi sueño de ser profesional se hiciera realidad. En especial a la memoria de mi madre, quien pese a no poder estar presente físicamente en este momento, es y siempre será mi mayor fuente de inspiración para seguir siendo mejor persona cada día.

A mis hermanos, tíos y abuela que con sus oraciones, apoyo y amor me permitieron seguir adelante en los momentos adversos, así como encontrar un lugar al que siempre podía acudir cuando necesitara ayuda. Así mismo, al resto de mis familiares que aportaron a este proyecto de vida.

En general, a todas y cada una de las personas que hacen parte de mi vida, y que con su comprensión además de apoyo me permitieron no desfallecer y seguir adelante para conseguir cada uno de los objetivos planteados.

## **AGRADECIMIENTOS**

Mi profundo agradecimiento, a la Universidad Javeriana Cali que siempre estuvo para apoyar con los recursos necesarios para lograr que pudiese conseguir este título, así como brindar la oportunidad de crecer con sus valores a nivel profesional y personal.

Un especial y profundo agradecimiento al doctor Iván Leonardo Martínez quien con su acompañamiento brindó una guía valiosa para poder llevar a cabo este trabajo de grado, pues con su asesoría el debate fue profundo y enriquecedor.

Artículo 23 de la Resolución No. 13 del  
6 de Julio de 1946. Del Reglamento de la  
Pontificia Universidad Javeriana:

“La Universidad no se hace responsable  
por los conceptos emitidos por sus  
alumnos en sus trabajos de tesis. Solo  
velará porque no se publique nada  
contrario al dogma y la moral católica y  
porque la tesis no contenga ataques o  
polémicas puramente personales; antes  
bien, se vea en ellas el anhelo de buscar  
la Verdad y la Justicia”.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>TABLA DE CONTENIDO</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>(II) PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	4
<b>(III) OBJETIVO GENERAL</b> .....	4
<b>(IV) OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b> .....	4
<b>(V) METODOLOGÍA</b> .....	5
<b>(VI) TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	6
<b>FIJACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y ONTOLOGÍA DESDE EL POST POSITIVISMO     CONSTITUCIONAL</b> .....	7
<b>EL SISTEMA NORMATIVO COMO ONTOLOGÍA DEL DERECHO</b> .....	7
<b>LA CATEGORÍA “SENTIDO NORMATIVO” COMO CATEGORÍA METODOLÓGICA     PARA ABORDAR LA IVE</b> .....	9
<b>DUALISMO REGLA-PRINCIPIO COMO PARÁMETRO BÁSICO DE INTERPRETACIÓN</b>	12
<b>LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO CRITERIO DIFERENCIAL</b> .....	15
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	17
<b>IDENTIFICACIÓN DE LOS SENTIDOS NORMATIVOS ANTITÉTICOS RESPECTO DE LA     IVE</b> .....	18
<b>GENESIS DE LA POSTURA PRO-NASCITURUS</b> .....	18
<b>GENESIS DE LA POSTURA PRO-MUJER</b> .....	20
<b>LA SECULARIZACIÓN DE LA DISCUSIÓN, EL LENGUAJE DE LA CIENCIA Y LA     INTERPRETACIÓN IUS POSITIVISTA</b> .....	22
<b>LA REIVINDICACIÓN DE LA IGUALDAD Y LAS SOLICITUDES FEMINISTAS</b> .....	25
<b>LA RECEPCIÓN DE LOS SENTIDOS NORMATIVOS EN EL ORDENAMIENTO     COLOMBIANO</b> .....	29
<b>RECEPCIÓN DE LA POSTURA DE PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL NO NACIDO EN EL     DERECHO COLOMBIANO: LA PENALIZACIÓN TOTAL DEL ABORTO</b> .....	31
<b>CAPITULO 3</b> .....	43
<b>DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y     REPRODUCTIVOS DE LA MUJER</b> .....	43
<b>CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS     HUMANOS: INTERPRETACIONES A FAVOR DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA     DEL EMBARAZO</b> .....	45
<b>EL DEBATE ENTORNO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: UNA     MIRADA A LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL</b> .....	45

<b>EL ÁMBITO INTERAMERICANO .....</b>	<b>46</b>
<b>CAPITULO 4 .....</b>	<b>56</b>
<b>INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA: LEGISLACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL. ....</b>	<b>56</b>
<b>DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CIERTOS CASOS: UN AVANCE QUE REIVINDICA LOS DERECHOS DE LA MUJER. ....</b>	<b>61</b>
<b>ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IVE: UNA CUESTIÓN DE SALUD PÚBLICA Y UNA DECISIÓN LIBRE E INFORMADA DE LA MUJER. ....</b>	<b>66</b>
<b>ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA IVE: PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL NO NACIDO Y LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD Y AUTONOMÍA DE LA MUJER. ....</b>	<b>73</b>
<b>CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LIMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA. ....</b>	<b>77</b>
<b>ACLARACIONES DE VOTO EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: NO DEBEN EXISTIR PROHIBICIONES ABSOLUTAS.....</b>	<b>82</b>
<b>SALVAMENTOS DE VOTO EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: DEBER DE EXISTIR UNA PROTECCIÓN DEL NO NACIDO COMO SUJETO DE DERECHOS.....</b>	<b>84</b>
<b>LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA IVE: OTRA ARISTA EN SALVAMENTO DE VOTO DE LA SENTENCIA C 355 DE 2006.....</b>	<b>86</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>89</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>94</b>

## INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos de las mujeres, en particular de sus derechos sexuales y reproductivos han sido el resultado de un camino de lucha histórica entorno al replanteamiento de antiguas concepciones que con fundamento en principios como la igualdad han abogado para que la mujer no tenga ninguna distinción en el goce de los derechos. Así se inició una serie de conquistas que desde el punto de vista social y jurídico han permitido la superación de la ideología según la cual a la mujer se le asignaba un trato desigual y un lugar de inferioridad y dependencia respecto a sus pares hombres, para pasar a una visión en la cual se trabaja por la igualdad de hombres y mujeres con énfasis en la deconstrucción de escenarios donde se fundamentaron por mucho tiempo los privilegios masculinos como pilares inagotables de discriminación y estigmatización del rol femenino en la sociedad y la familia.

Ahora bien, este cambio de concepción ha permeado de forma progresiva el desarrollo y la protección de los derechos de las mujeres, encontrando en Francia con Olympe una de las primeras manifestaciones por la lucha de la igualdad del sexo femenino, pues en 1791 con fundamento en sus postulados de la igualdad jurídica en los derechos de la ciudadanía se declararon los derechos de la mujer y la ciudadana, que se convertirían en presupuestos del movimiento feminista por la libertad y dieron lugar a cambios en la sociedad occidental para continuar buscando desde todos los planos y principalmente el jurídico, la igualdad material de las mujeres.

De esta manera, uno de los temas que mayor enfrentamientos doctrinales e ideológicos genera es el que surge con ocasión del planteamiento de la interrupción voluntaria del embarazo, pudiendo así identificar dos posturas antípodas entre sí, la primera de ellas le atribuye al cigoto personalidad humana, y como tal, defiende un derecho absoluto a la vida que no puede ser quebrantado bajo ninguna circunstancia; por otro lado, se encuentran quienes propugnan por un derecho absoluto de



la mujer de decidir sobre su cuerpo, en pocas palabras, a tomar la determinación sin ningún tipo de sanción o prohibición.

En ese contexto, es posible estipular un campo de interpretación de argumentos limitado por estas dos grandes concepciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Para lograr acotar las discusiones jurídicas al respecto, se ha circunscrito el análisis en este trabajo al marco jurídico colombiano intentando dilucidar las diferentes interpretaciones que se le adjudican a los derechos tanto de la mujer como del nasciturus y el alcance que tienen los mismos.

## **(II) PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

En ese orden de ideas, y una vez ahondados en todos los temas precedentes el problema de investigación se centrará en analizar la siguiente pregunta: A partir de los postulados del post positivismo constitucional ¿Cuáles son los sentidos normativos (pro mujer- o pro nasciturus) que subyace en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de la interrupción voluntaria del embarazo o IVE?

## **(III) OBJETIVO GENERAL**

Describir, a partir de los postulados del post positivismo constitucional las posturas teórico-jurídicas que los diferentes grupos sociales le han dado a la interrupción voluntaria del embarazo o IVE.

## **(IV) OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Describir los elementos esenciales del post positivismo constitucional como horizonte hermenéutico-metodológico de interpretación.

2. Describir la postura teórico-jurídica (sentido normativo) que los grupos conservadores en contra de la interrupción voluntaria del embarazo o pro feto han adoptad en Colombia.
3. Describir la postura teórico-jurídica (sentido normativo) que los grupos feministas a favor de la interrupción voluntaria del embarazo o pro mujer han adoptado en Colombia.
4. Interpretar la postura que la Corte Constitucional de Colombia ha adoptado al respecto en su jurisprudencia para el ordenamiento jurídico interno.

## **(V) METODOLOGÍA**

El post-positivismo constitucional presenta un modelo ontológico abierto en el cual el derecho cambia constantemente en concordancia o discordancia de las dinámicas sociales que van creando sentidos normativos que, al ser intrínsecamente conflictivos generan un amplio debate en la sociedad en tanto suelen tocar asuntos estructurales de la cosmovisión del mundo para los sujetos sociales. Por lo anterior se pretende explorar esos sentidos normativos con el propósito de ejecutar un acto de cognición y con ello lograr escoger los sentidos normativos que se le han dado a la interrupción voluntaria del embarazo a partir del análisis que se ha hecho de textos jurídicos.

En ese sentido, en este texto se estudiará la postura adoptada por la normatividad nacional e internacional con énfasis en tratados de derechos humanos como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Sobre los Derechos de los Niños entre otros. Adicionalmente se analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar cómo han interpretado la normatividad a la luz de las diferentes posturas que existen en torno a la interrupción voluntaria del embarazo agrupadas en dos posturas antitéticas, a saber, aquellos que defienden la inviolabilidad de la vida del nasciturus o pro feto y por otro lado los que defienden el derecho a elegir o pro mujer. Lo anterior, se

desarrollará teniendo en cuenta un modelo de derecho basado en la escuela del Constitucionalismo postpositivista de Manuel Atienza agrupado en la teoría del derecho de De Asís, la teoría de la ponderación de Robert Alexy y la teoría de la interpretación de Ronald Dworkin.

## **(VI) TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

En este trabajo de grado, para poder cumplir con los objetivos y la metodología planteada que van encaminados a responder la pregunta de investigación propuesta, es necesario que se utilicen como técnicas de investigación: el análisis bibliográfico, la interpretación de textos jurídicos, la interpretación de teorías jurídicas, el análisis histórico del tema y recurrir a las interpretaciones hechas por organismos internacionales de textos jurídicos.

## **CAPÍTULO 1**

# **FIJACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y ONTOLOGÍA DESDE EL POST POSITIVISMO CONSTITUCIONAL**

## **EL SISTEMA NORMATIVO COMO ONTOLOGÍA DEL DERECHO**

La teoría constitucionalista post-positivista, es un modelo en el cual el derecho tiene una naturaleza dual, Atienza (2017), ya que, como también lo manifiesta De Asís (2006) este no puede sintetizarse en un simple conjunto de normas sometidas a la validez de su creación, es decir, que provengan de las instituciones competentes para hacerlo, a saber el legislativo, sino que el derecho es, además de lo anterior, una práctica social que busca alcanzar fines y valores queridos pero dentro del sistema. Es así como puede decirse que el derecho está conformado por aquellas normas que se encuentran dadas por la autoridad competente pero también consiste en una praxis, que no se encuentra estática pues por el contrario se somete al debate y la participación de la sociedad en conjunto. Por lo tanto, el derecho conserva su fin último de organizar o conservar un orden en la sociedad, pero ello no implica que sea algo inamovible pues cambia conforme la sociedad lo requiera y en consecuencia se termina reflejando en el sistema jurídico y repercute en la manera de concebirlo. De esta forma, el derecho como creación humana no puede estar limitado a aquello que ha sido ordenado por la autoridad competente, pues por su naturaleza dual implica una búsqueda por satisfacer valores que se ven reflejados en los derechos fundamentales, pues conforme a Atienza (2017) el derecho no debe ser solamente formal sino incorporar elementos sustantivos y de valor<sup>1</sup>.

---

1. En cuanto al concepto de valor en el derecho y su influencia en el mismo, Reale (1985) sostiene que este está compuesto por 3 elementos: hecho, valor y norma, y entre ellos existe una relación de complementariedad, es decir, que estos elementos no solo están co-relacionados, sino que también hay una especie de comunicación entre ellos, lo que se traduce en que pese a ser términos que conservan tanto su independencia como identidad, no pueden llegar a considerarse individualmente por la relación recíproca entre ellos, en pocas palabras se complementan para entender el fenómeno jurídico, siendo esto la propia vida del derecho. En lo que respecta a los elementos mencionados con anterioridad Reale (1985) manifiesta

De lo anterior puede extraerse el valor teórico de estos autores al imprimir en este trabajo una definición del derecho como un modelo dinámico que debería evolucionar con los valores de la sociedad, permitiendo con ello que se pueda establecer un debate en términos jurídicos de las normas imperantes en un tiempo y lugar determinado, en este caso la penalización del aborto. Esto quiere decir, que desde un concepto del derecho fuera del positivismo y del ius naturalismo, se admite que existan diferentes posiciones por la influencia que tienen los valores en el mismo, sin embargo no se trata de dejar el derecho a merced de conceptos abstractos y promover un activismo judicial como el desarrollado con el movimiento neo-constitucionalista que critica Atienza (2017), pues con ello dejaría sin fuerza normativa los derechos fundamentales que se tratan de proteger por carecer de un medio eficaz para defender y propender el cumplimiento de los mismos.

Ahora bien, en este modelo de derecho la categoría de norma, es abordada por Atienza (2017) como la generalidad que se divide en dos subcategorías que corresponden a las reglas y los principios, por lo tanto, la norma no equivale a un concepto estático que se torna en inamovible, pues el carácter dual del derecho le proporciona dinamismo y adaptación a la realidad, en principio esto lo aportan los principios, sin embargo tampoco se trata de dejar al derecho como un concepto abstracto pues la fuerza de las reglas permiten darle aplicación a las consecuencias jurídicas.

En ese orden de ideas, conforme a Atienza (2017) es necesario un objetivismo moral, porque de lo contrario se dejaría abierta la posibilidad a la arbitrariedad en la construcción de una teoría del

---

que el hecho es consecuencia de las vivencias sociales, y de cuyos comportamientos surgen reglas que se hacen obligatorias para la convivencia, por lo tanto, no puede considerársele como un componente estático pues este va evolucionando y adaptándose a las circunstancias que condicionan el posible significado que tengan las normas jurídicas. En ese orden de ideas, el valor corresponde a las creencias o posibles convicciones del momento histórico determinado en el que se desarrolla, es decir, aquello que es aceptado o rechazado, en consecuencia, con el valor se califican las situaciones y producto de la comunicación entre estos elementos la norma es el sistema jurídico imperante o vigente en un determinado momento y territorio

derecho y en la práctica promovería el activismo judicial que podría tornarse en decisiones arbitrarias que no estarían sometidas a la racionalidad. Es así que, el objetivismo moral no propugna por atribuir la objetividad de los valores y el discurso moral<sup>2</sup> a entidades superiores o que no se puedan verificar, pues según Atienza (2017), los valores pueden ser descritos como propiedades que se le atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas conforme a la satisfacción de las necesidades básicas del individuo y que le proveen de las condiciones necesarias para desarrollar un proyecto de vida, método que implica racionalidad, por lo cual se descarta una interpretación arbitraria, dejando con ello de lado el discurso irracional.

### **LA CATEGORÍA “SENTIDO NORMATIVO” COMO CATEGORÍA METODOLÓGICA PARA ABORDAR LA IVE**

Es así que, con ese dinamismo en lo que respecta al derecho, y en consecuencia a las normas, se produce que existan diferentes interpretaciones de las mismas, esto produce que existan entonces “*sentidos normativos*” diversos respecto de una regla.

Entonces, para abordar la despenalización o no de la interrupción voluntaria del embarazo debe acudir a la categoría de “sentido normativo” porque estudiar sentidos normativos no supone

---

2. Añadiendo elementos de juicio en este debate para poder tener un análisis a profundidad desde los diferentes significados que se le atribuyen a las normas de la penalización del aborto provocado, es menester traer a colación que conforme a Dworkin (1989) la filosofía jurídica está caracterizada por cimentarse en los derechos individuales, arguyendo así que de ninguna forma un objetivo social-colectivo o normativa política general puede atropellar el auténtico derecho, es decir, el derecho individual, principalmente el derecho de igual consideración ante los demás. Por esa razón, rechaza de forma tajante la teoría utilitarista por cuanto considera que no se puede subordinar los intereses particulares al general. Es así como, Dworkin (1989) considera, a diferencia de los positivistas, que existen más derechos que los reconocidos por el ordenamiento jurídico, y son los derechos morales individuales, pues el derecho es un instrumento que debe permitir garantizar esos derechos frente a la vulneración por parte de la mayoría, siendo esta la principal función del sistema jurídico.

estudiar reglas sino interpretaciones sobre reglas, pues de lo contrario en una postura positivista formalista la discusión estaría superada por cuanto no habría espacio a la interpretación.

Ahora bien, debido a que en este trabajo se intentará una aproximación sobre cuántos y cuáles son los sentidos normativos existentes en torno a la interrupción voluntaria del embarazo para con ello determinar cuáles de estos se han convertido en “*productos normativos*”.

Así las cosas, se hace indispensable comprender el llamado fenómeno normativo y los sentidos normativos que se derivan de su estipulación. Es así que De Asís (2006) ofrece una aproximación a estos conceptos y él parte diciendo que el derecho, entre sus múltiples concepciones, puede ser descrito como ordenamiento, cuya principal característica se funda en un conjunto sistemático normativo, que no puede llevar a la conclusión de concebir el derecho como un sistema de normas pues el derecho no se compone exclusivamente por normas sino también por otros aspectos que influyen en él pero que pueden ser descritos en términos normativos, es decir, que se encuentra relacionado con lo que se denomina el fenómeno normativo. Así, el derecho como ordenamiento no puede ser concebido como lo interpreta el positivismo clásico que lo identifica como un conjunto unitario de normas capaz de describirse como un único sistema, sino que debe entenderse según este autor como un conjunto unitario de subsistemas normativos, que fundamentado en la constitución se irradia en distintas cadenas normativas.

En ese sentido, De Asís (2006) sostiene que el derecho es un conjunto de normas e instituciones que juntas forman un sistema llamado ordenamiento jurídico, es así, como el fenómeno normativo puede ser descrito en tres diferentes momentos: el primero de ellos es el *acto normativo* que consiste en sí mismo en un acto lingüístico que es llevado a cabo por una persona en un lugar determinado y momento preciso, que a través de una promulgación prescribe conductas que van

dirigidas a otros sujetos. El segundo de los aspectos del fenómeno normativo es el *enunciado normativo*, que se produce como una consecuencia lógica del acto normativo, y se define como expresiones del lenguaje que por lo general tienden a ser correctas y completas. Finalmente, el tercer aspecto es *la norma* que es el significado que tiene el enunciado como consecuencia de la ejecución del acto normativo.

Es por esta razón que *la norma* no podría entenderse tal cual lo hacen las posturas tradicionales del derecho como un enunciado normativo, sino que debe tomarse como *una proposición normativa*, pues entender la norma como un simple enunciado normativo sería limitarse al conjunto de signos lingüísticos con los que se expresa, mientras que si se concibe como una proposición normativa se dirige más bien a la descripción del enunciado o por lo que es lo mismo a su sentido, es decir, busca su interpretación, y no una simple descripción.

Aunado a ello, el fenómeno jurídico con base en De Asís (2006) está compuesto por tres momentos que son: *la creación, el producto y el significado de la forma normativa*, en ese sentido, por creación del derecho puede entenderse como un suceso complejo en donde existe la producción de un *enunciado normativo* por medio de un *acto normativo* y que está sometido a interpretación para poder conseguir un significado. Ahora bien, en la creación del fenómeno normativo pueden diferenciarse los *centros de producción normativa* de las *formas normativas*, pues los primeros son entes con la competencia de producir formas normativas, mientras que estas se originan con ocasión de los actos normativos ejercidos por esos centros. Es así como, a raíz de estas concepciones tradicionales las fuentes del derecho no serían más que formas normativas.

En ese sentido, en la creación del derecho se hace referencia a *enunciados normativos* y no a normas, porque como se ha mencionado hasta el momento, *la norma se compone por un estándar lingüístico semántico que se alinea con el significado del enunciado consecuencia de la*



*interpretación*. Por ello el resultado de los centros de producción normativa son enunciados normativos cuyo significado será atribuido posteriormente por los operadores jurídicos. De esta forma, un *enunciado normativo* puede dar origen a una *norma*, y esta, por medio de un *acto normativo*, puede llegar a convertirse en un *enunciado normativo* que incluso puede llegar a dar origen a otra *norma*. En ese orden de ideas, es aquí donde se puede vislumbrar el aspecto sistemático del derecho, y con ello se permite analizar la labor de los jueces en la producción de normas, puesto que por creación de normas deberá entenderse como la unión de los diferentes aspectos del fenómeno jurídico.

De esta forma y en el análisis del tema objeto de estudio, uno de los conceptos que ha generado conflicto y que ha sido sometido al fenómeno jurídico-normativo es la interrupción voluntaria del embarazo o aborto.

## **DUALISMO REGLA-PRINCIPIO COMO PARÁMETRO BÁSICO DE INTERPRETACIÓN**

Una vez abordadas las categorías de sentido normativo y norma que se manejarán en el presente trabajo, resulta importante entonces acudir a la subdivisión de las normas hecha por Atienza (2017) a saber reglas y principios para adentrarse en la diferenciación que existe entre ambas subcategorías sin descartar una u otra, por cuanto se hace necesario acudir a los principios, ya que como se explica estos contienen un grado de abstracción que hace posible someter a debate los diferentes postulados en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, pues de someterse esta discusión simplemente a la regla, esta por si misma sería suficiente para cerrar de plano el conflicto ya que taxativamente se prohíbe el aborto provocado. Sin embargo, los estados modernos tienden al constitucionalismo para someter las reglas a los principios y derechos fundamentales cuando se encuentren en conflicto como sucede en el presente caso.

En este respecto, Alexy (2009), al igual que Dworkin (1989), sostienen que la principal distinción que existen entre reglas<sup>3</sup> y principios<sup>4</sup> radica en que los segundos son una orden de optimización ya que son normas que implican que algo se realice en la mayor medida posible, tanto jurídica como fácticamente, mientras que las reglas son una orden de cumplimiento. En consecuencia esto implica que los principios se pueden cumplir en diferentes grados, a diferencia de las reglas que ordenan un cumplimiento total, lo que implica que únicamente existan dos posibilidades, que se cumplan o se incumplan.

Es así que Dworkin (1989) denomina como principio al estándar que ha de ser observado por razones de equidad, la justicia y algunas dimensiones de la moralidad. En este orden de ideas, establece que tanto reglas como principios son un conjunto de estándares que tienen como propósito brindar decisiones a casos particulares en lo que se refiere a la obligación jurídica en ciertas circunstancias. Sin embargo, las reglas contienen una aplicación disyuntiva pues si los hechos que acontecen están determinados en las mismas y estas son válidas, la consecuencia sería su aplicación y por el contrario si no se ajusta entonces no se aplica.

Por otra parte, los principios no tienen el mismo comportamiento, ya que no tienen una aplicación mecánica como ocurre con las reglas cuando se satisfacen todos los postulados que contenga, para ello Dworkin (1989) trae a manera de ejemplo el principio según el cual nadie puede beneficiarse de sus propias injusticias, donde sustenta que si sucediera como ocurre con las reglas nadie podría

---

3. Dworkin (1989), también hace fuertes críticas al positivismo, así como a Hart, porque les atribuye que definen al derecho como un sistema compuesto exclusivamente por reglas, lo cual es equivocado porque en la realidad cuando se vaya a razonar, existen otra clase de normas a parte de las reglas y esos son los principios.

4. Según Dworkin (1989) los principios tienen una dimensión que la reglas no y es la dimensión del peso o importancia la cual implica que quien deba decidir en un respectivo caso deberá tener como estándar el peso que tenga cada principio, es decir, responder a la pregunta de cuál es la importancia o el peso que tiene para la aplicación en determinado conflicto

llegar a cometer esa conducta, sin embargo dentro del ordenamiento jurídico existen normas que admiten esto, es decir, legalmente se puede beneficiarse de su propia injusticia, como sucede con la prescripción donde alguien puede hacer suyo lo ajeno con el paso del tiempo. Así mismo, Alexy (1993) adentrándose en esta discusión señala que resulta importante establecer la diferencia entre reglas y principios en la teoría de los derechos fundamentales, porque de lo contrario no existiría una colisión de principios, para sustentar una teoría de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, y como ya se mencionó someramente, la principal diferencia para este autor resulta en el mandato de optimización de los principios a diferencia de las reglas que tienen un mandato definido, esto implica que los principios puedan ser aplicados en mayor o menor grado conforme a las posibilidades reales y jurídicas. Otro criterio que aborda Alexy (1993) para argumentar la diferencia entre estos dos conceptos es la colisión que sucede en los principios y el conflicto que hay en las reglas, esto quiere decir, que en las dos situaciones existe un conflicto de coherencia por cuanto, de aplicar las dos colisiones que están en disputa al mismo caso, habría una solución jurídica contradictoria pero la forma en cómo se aborda la solución a esta situación en los dos casos es diferente. Así, para explicar la diferencia recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional Alemán, en la primera se presenta un conflicto de reglas, en el que una prohíbe lo que otra permite, en el caso una ley federal permitía la apertura de puestos de comida los miércoles hasta las 8 de la noche, mientras que una regla de un Land, denominado así a un estado parte de la federación, autorizaba hasta la una de la tarde, la solución del tribunal fue decir que la regla federal prevalecía sobre la regla del Land declarando nula la segunda, en esta situación siendo ambas reglas válidas una misma conducta estaría autorizada y prohibida al mismo tiempo, por lo que la solución sería establecer excepciones a una de ellas o declarar la invalidez para que no exista dicho conflicto. Por otro lado, distinto tratamiento le da el tribunal a una colisión

de principios, para ello se trae a colación el caso de un juicio oral en contra de una persona que tenía el riesgo de sufrir un ataque cardíaco a consecuencia del mismo, en ese sentido sucede la colisión entre el principio federal de garantizar la vida e integridad física y el principio que impone al estado la obligación de garantizar la funcionalidad de las instituciones del derecho penal. Es así que de sólo existir el derecho a la vida como consecuencia se debería de prohibir el juicio oral que pusiera en peligro este principio, mientras que, si únicamente se tuviera la obligación del estado de garantizar el funcionamiento de las instituciones del derecho penal, el juicio oral no tendría otra opción que llevarse a cabo. Por lo tanto, si la colisión fuese tratada como un conflicto de reglas, la solución radicaría en eliminar uno de los dos principios en disputa ya sea el derecho a la vida o la obligación del estado, pero ello no sucede así porque el tribunal trató el conflicto como una tensión y argumentó que por sí solas ninguno de estos principios tenía la cualidad de superioridad o primacía por sobre el otro. En consecuencia, la colisión de principios debe ser solucionada de otra forma, y es que en estos casos uno de los principios en conflicto deberá ceder ante el otro, y ello no implica que se declare inválido pues continuará teniendo vigencia y validez, pero en el caso concreto tendrá otro comportamiento. Es así que en los casos concretos los principios de acuerdo a las circunstancias tienen un peso diferente y se deberá elegir el de mayor peso.

## **LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO CRITERIO DIFERENCIAL**

Es necesario entonces abordar la ponderación de principios y para ello Alexy (2009) plantea que las constituciones modernas tienen en su composición dos tipos de normas, las primeras son de tipo orgánico, es decir, regulan la organización de los tres poderes del Estado, a saber, el legislativo,

ejecutivo y el judicial, mientras que las segundas son de tipo dogmático, que limitan y regulan el poder del estado pues son principalmente los derechos fundamentales. En ese sentido, hay dos tipos de teorías según Alexy (2009) sobre los derechos fundamentales, la primera de ellas se caracteriza por ser estrecha y rigurosa conocida como la teoría de las reglas, mientras que la segunda es abierta y comprehensiva llamada también como la teoría de los principios. Así la primera teoría sustenta que no se puede distinguir entre las normas del sistema jurídico como tal, de las que garanticen derechos fundamentales, pues, aunque reconoce que estos derechos por pertenecer a la constitución se encuentran en la cúspide de sistema jurídico y que tienen una elevada abstracción, ello no es suficiente para reconocerle diferencia en cuanto a su estructura, ya que son aplicables al igual que todas las demás normas.

Ahora bien, por su parte la teoría comprehensiva sustenta que las normas que consagran derechos fundamentales no tienen el único objetivo de proteger a la persona del poder estatal, sino que gozan de un marco más amplio y abierto. De esa forma Alexy (2009) sostiene que cuando una norma del derecho civil o cualquier norma que condujera a vulnerar un derecho fundamental o a restringirlo, es imprescindible que haya un ejercicio de ponderación de los principios constitucionales que se encuentren en colisión, pues se establece que los derechos fundamentales no solamente tienen la calidad de regla, sino que adquiere también el carácter de principio.

Sin embargo, Atienza (2017) enriqueciendo la discusión manifiesta que la disputa que se pretende establecer entre los dos métodos de interpretación de las normas a saber la subsunción (en las reglas) y la ponderación (en los principios), es una falacia de falsa oposición, porque es absurdo que se pretenda que el juez, a la hora de determinar una argumentación, deba limitarse a uno u otro método, pues ambos esquemas argumentativos pueden ser utilizados en un caso en concreto, ya que en ciertas circunstancias se necesitará acudir a las reglas y en otras a los principios, esto puede

sucedan por ejemplo en el caso de las lagunas normativas, es decir, cuando la norma no diga nada del caso, o cuando haya una laguna axiológica que consiste en el desajuste que puede haber entre la regla y la razón subyacente que le da su sentido, o sea, los principios.

Por lo tanto, para cumplir con los objetivos de este trabajo para identificar las diferentes posturas que hay respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, es necesario optar por la teoría de los derechos fundamentales desde la postura comprensiva pues, para someterse a discusión la despenalización o no del aborto provocado debe existir la posibilidad de interpretar los derechos de forma abierta para que exista la manera de hacer un ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto concibiendo los derechos desde una perspectiva dual de ser regla, pero también principios.

En ese orden de ideas, los valores y principios constitucionales no se agotan en la función de proteger a la persona en contra del poder del Estado, sino que tienen la facultad de poder irradiar todo el sistema jurídico, es decir, que los derechos fundamentales se vuelven a la vez ubicuos, es decir, están en todo el ordenamiento y cuando exista una colisión entre principios constitucionales la forma de solucionarlo será con la ponderación<sup>5</sup>

## CAPÍTULO 2

---

5. Desde Alexy (2009), la ponderación requiere de un principio amplio y este es la proporcionalidad que a su vez está compuesto por la adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto y tiene por objeto la optimización, lo que implica que los derechos fundamentales al ser un mandato de optimización exigen que haya una realización en la mayor medida posible tanto en las circunstancias materiales como jurídicas de esos derechos. De esta forma, la adecuación por sí misma debe excluir los medios que conduzcan a perjuicios en la realización del derecho sin que se promueva con ello la realización de otro principio, en cuanto a la necesidad se exige que cuando lo anterior suceda, es decir, la afectación de un derecho fundamental por otro, se elija el medio que afecte en menor grado el derecho vulnerado, y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto predica que el nivel de afectación a un derecho o principio debe ser igual de importante que la realización del otro

## **IDENTIFICACIÓN DE LOS SENTIDOS NORMATIVOS ANTITETICOS RESPECTO DE LA IVE**

La intervención voluntaria del embarazo ha tenido un amplio desarrollo en la historia de la humanidad y ha sido concebida de diversas formas según el momento histórico del que se trate, de acuerdo a Mayo (2002) en la antigüedad el aborto provocado era utilizado como un instrumento de poder del hombre sobre su propiedad, ya que este disponía de la vida de sus descendientes aún sobre los no nacidos, por lo cual no tenía un carácter penal, sino que por el contrario era un derecho que le asistía al padre. Esto se fundamentaba bajo la premisa que el no nacido pertenecía al cuerpo de la mujer, y como esta se encontraba en una posición de alienación al poder masculino, ya fuera el paterno o del marido, estos tenían la facultad de decidir sobre ella, por consiguiente, sobre el feto.

Ahora bien, sobre el aborto se ha legislado en diferentes épocas así en Grecia según Mayo (2002) en el libro La República de Platón se sustentó que para casos donde el feto fuera producto de incesto o los padres tuvieran una avanzada edad provocar un aborto era la mejor solución, y ello aunado a la creencia que el feto no tenía alma<sup>6</sup> le daba un mayor peso a este argumento, ya que se consideraba al no nacido como parte del cuerpo de la madre.

### **GENESIS DE LA POSTURA PRO-NASCITURUS**

Por otro lado, y privilegiando el derecho a la vida desde la concepción, movimientos religiosos como el cristianismo 200 años D.C. implantaron reglas estrictas en contra del aborto provocado la creación de sanciones como la pena de muerte, el exilio o medidas que llegaban a castigos

---

6. Según Bruna (2010) el concepto de alma en Platón se asocia con el movimiento, es decir, que serán seres con alma aquellos que tengan la capacidad de moverse por sí mismos, pues lo que caracteriza al alma es su esencia dinámica.

corporales en contra de las mujeres que cometieran este acto. Esto tenía una justificación en que la mujer no tenía la potestad de transgredir el derecho del hombre sobre su descendencia, además se trataba de la vida de un ser inocente.

Posteriormente y desde el catolicismo de acuerdo con Mayo (2002) se promovió la concepción según la cual el ser humano podía ser considerado como tal sólo si tenía alma, primando con ello una creencia *hilomórfica*<sup>7</sup> y se implantó de forma plena en el concilio de Oxena en el año de 1312, por lo tanto, el aborto no podría considerarse como un asesinato ya que al feto no se le atribuía alma pues no estaba animado. Concepción que se fue desarrollando en el medio evo por juristas canónicos que establecieron según Mayo (2002) que la animación del cuerpo del feto ocurría a las 40 semanas del embarazo para los niños, y a las 90 para las niñas.

En el papado de Sixto V, expone Mayo (2002) que esta posición inicial de la iglesia católica cambió y la atenuación que se le daba al aborto desapareció porque en su Bula estableció que absolutamente todos los abortos sin ninguna distinción, como ocurría en la concepción hilomórfica, tenían la sanción de la excomunión. Esto fue un impulso para que en Francia bajo el reinado de Enrique II se reviviera la pena de muerte para las mujeres que se provocaran un aborto. Ahora bien, siguiendo la línea de Sixto V el papa Pio XI hacia el año de 1930 sostuvo que la distinción que se hacía entre las diferentes etapas del embarazo no era aplicable pues la vida, tanto del feto como la de la mujer, eran igualmente sagradas y no se podían transgredir de ninguna manera. Esto se consolidó con el papa Juan XXIII que reafirmó la postura que en la actualidad la

---

7. De acuerdo con Dewan (2008) el hilomorfismo traído por Santo Tomás de Aquino proviene de la teología aristotélica que dice que el cuerpo se compone de materia y forma, por tanto, estos elementos son dependientes entre sí, y con ello se pretendió darle una unidad al alma y al cuerpo, es decir, no entenderlo de forma separada como lo hacía Platón.



iglesia católica defiende y es que la vida humana se considera sagrada desde el momento mismo de la concepción

## **GENESIS DE LA POSTURA PRO-MUJER**

Por otro lado, mientras esta postura conservadora<sup>8</sup> se perfilaba, también surgía un movimiento que abordó la interrupción voluntaria del embarazo de una forma contraria, pues proponía que esta práctica debería ser excluida de una sanción penal. En particular hacia el siglo XVIII en adelante, en países como Francia y Alemania el ordenamiento jurídico empezaba a tornarse más humanitario<sup>9</sup> en cuanto a las sanciones al aborto, esto producto del replanteamiento que tuvo el papel de la mujer y el movimiento por la igualdad ante la ley respecto de los hombres.

Así mismo, en el año de 1602 según Mayo (2002) en España el jurista Tomás Sánchez en su Tratado de Moralidad Sexual y Matrimonial, sostenía que la sanción penal sobre el aborto provocado no podía aplicarse en casos en que la concepción haya sido producto de una violación sólo si esta estaba comprometida o cuando este hecho fuera posterior al matrimonio, con el propósito de evitar su propia muerte ya que el marido podría asesinarla por pensar que esto fue producto de una infidelidad, o con el fin de recuperar su honor. En ese sentido, la causal del honor fue desarrollada para el año de 1882 en el código penal español y con ello apareció un atenuante conocido como el aborto honoris causa.

---

8. Posturas que defienden el derecho inviolable a la vida del nasciturus, y que en consecuencia propugnan por la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

9. Esto por cuanto hubo una sensibilización y atenuación sobre los castigos que se le daban a la mujer que se practicara un aborto, pasando de la pena de muerte por lapidación, agresiones físicas o mutilaciones a penas privativas de la libertad.

Es así como, a lo largo de las legislaciones del planeta se empezaba a atenuar el delito del aborto o incluso a desaparecer, como es el caso de Suiza que en el anteproyecto legislativo de 1916 en el artículo 12 sostenía que cuando la interrupción del embarazo fuera practicada por un médico especializado y con el consentimiento de la mujer, este acto no se podía considerar como punible. Así mismo, surgieron dos corrientes que promovían la despenalización del aborto, a saber la eugenesia y el feminismo, en cuanto a la primera tenía la intención de evitar enfermedades hereditarias a través de la práctica de la interrupción del embarazo en caso de mal formaciones o defectos que afectarían la calidad de vida, mientras que la segunda promulgaba el derecho de la mujer de decidir sobre su maternidad y cuerpo.

De igual forma, en el año de 1920 en Rusia por medio de los decretos para la protección de la salud femenina del 28 de noviembre de ese año según la traducción de Gaido (1943) se estableció que una interrupción del embarazo cuando fuera asistida por un médico, en un hospital y teniendo fundamento para adelantar el procedimiento, no tenía sanción. Esto con la intención de evitar que las mujeres sufrieran quebrantos de salud cuando se veían sometidas a realizar este procedimiento en lugares clandestinos y por personal no idóneo para la intervención. En consecuencia, el no nacido no tiene una protección y en cambio es la mujer quien aparece como centro en este escenario.

En la década de los años ochenta en Estados Unidos se inició una amplia controversia en torno a la interrupción del embarazo destacándose tres posiciones diferentes como lo expresa Mayo (2006), la primera propugnaba que el aborto provocado debía ser excluido como una práctica aceptada y no se debía permitir legalmente en ninguna circunstancia, pues sostenía que la vida del no nacido debía protegerse como fin último, por otra parte estaban aquellos que manifestaban que la libre elección de la mujer era un bien jurídico que no podía supeditarse a la voluntad del estado

y por tanto, el aborto como interrupción voluntaria del embarazo no debería estar penalizado, y finalmente, una posición intermedia propugnaba que la practica abortiva podría permitirse pero sólo en determinadas circunstancias como sucede en casos donde la vida de la madre esté en peligro si continua con el embarazo o si dicha concepción sucedía como producto de una violación, pero en lo demás debía estar prohibida esta práctica.

### **LA SECULARIZACIÓN DE LA DISCUSIÓN, EL LENGUAJE DE LA CIENCIA Y LA INTERPRETACIÓN IUS POSITIVISTA**

En ese orden de ideas, estas posiciones se fueron perfilando a lo largo de la discusión y conforme el debate se hacía más álgido surgía nuevos elementos de juicios para sustentar una u otra concepción, ello con fundamento en los estudios científicos sobre aquello que podía considerarse como vida humana o el tiempo en el que podría predicarse consciencia respecto al nasciturus, Ahora bien, en torno al aborto provocado una de las primeras posturas es aquella que pretende que se prohíba este procedimiento en todos los casos sin ningún tipo de excepción pues una de las principales razones que sirven de bandera para sostener esta tesis es que tanto el feto como el embrión son seres humanos, siendo una tesis acogida por pocas legislaciones entre ellas la de Irlanda que hasta hace apenas tres años su constitución por medio de la octava enmienda de 1983 hablaba de la personalidad que se le predicaba al no nacido haciendo que el aborto sin lugar a dudas estuviera prohibido, y esta concepción permaneció así hasta el referéndum del año 2018 donde por medio del voto los irlandeses determinaron derogar dicha disposición de la carta política.

En ese sentido, la argumentación según la cual el embrión o el feto humano posee personalidad jurídica hace imposible el permitir el aborto provocado pues se privilegia la vida humana. En este

orden argumental, de acuerdo a García (2006) Finnis sostiene que la personalidad del feto hace que el aborto no sea viable bajo ninguna justificación, por lo que argumentos como la concepción producto de una violación, las condiciones de salud de la madre tanto física como psíquica no puedan tomarse como puntos de referencia a la hora de tomar una determinación porque el feto es una persona y en consecuencia debe gozar de la protección que cualquier ser humano tiene y disponer de su vida se equipara al homicidio y estas no son razones suficientes para intentar justificar este procedimiento, ya que siguiendo un orden lógico, el aborto sería tan inmoral como el homicidio. Es así que como García (2006) afirma que en palabras de Finnis el aborto es una decisión que no tiene más remedio que caracterizarse como decisión contra la vida, esto es suficiente para que se pueda sostener que una condena del aborto terapéutico no parte de un prejuicio contra las mujeres o en favor de los niños, sino de una recta aplicación de la solución de un caso a otro, sobre la base de que la madre y el niño son igualmente personas en las que debe plasmarse el valor de la vida humana sin ser atacado. (García, p. 190, 2006)

Por consiguiente, al sostener que la mujer y el feto son personas, no cabe la posibilidad de que sea un tercero el que decida qué persona vive y cuál no, porque no existiría un parámetro objetivo con el que se pueda determinar la muerte de alguien a cambio de la vida de otro. Es así como bajo esta argumentación existe una relación dependiente del feto, y que por tanto se clasifica como la parte débil de esta relación, teniendo como consecuencia que no pueda privilegiarse la vida de la madre a cambio de la del feto. A esto Finnis según García (2006) le denomina la teoría del doble efecto que predica que no es posible realizar una acción si esta tiene como efecto un daño, en ese sentido, no es predicable justificar salvar la vida de la madre si tiene como consecuencia que el no nacido muera.

Aunado a ello Finnis como aparece en Garcia (2006) plantea dentro de su argumentación que la posibilidad de un aborto sólo podría asimilarse bajo tres circunstancias, la primera de ellas sucede cuando el aborto es producto de un efecto colateral, es decir, que médicamente se hizo todo lo posible y como efecto del tratamiento se produjeron consecuencias mortales para el feto. La segunda radica en que la decisión provenga de la propia implicada, esto quiere decir, que sea la madre gestante quien tome una determinación, esto tiene como consecuencia que bajo conocimiento la mujer pueda concluir tomar o no hacerlo una medicina que le pueda salvar la vida pero producir la muerte del feto como efecto no deseado y finalmente la tercera, sostiene que la elección escogida únicamente puede implicar la omisión de solicitar ayuda y nunca una intervención que ponga en peligro la vida del feto, en pocas palabras la mujer sólo puede esperar la muerte natural del no nacido.

En consecuencia, se plantea la idea de la mujer como un contenedor de otro cuerpo humano, donde existe una relación simbiótica a consecuencia de la dependencia del feto para sobrevivir de la madre, y que en un escenario de la consideración del aborto se encontraría ante una realidad de intereses en conflicto, estableciéndose así una especie de relación contraria donde existe una parte débil que es la víctima, es decir el feto, y por otro lado el victimario que es la madre. Es de esto que se predica la necesidad de la intervención del Estado para proteger a la parte más débil de la relación, estableciendo incluso penas equiparables al homicidio ya que bajo esta línea argumental el aborto es semejante al homicidio.

## **LA REIVINDICACIÓN DE LA IGUALDAD Y LAS SOLICITUDES FEMINISTAS**

Pese a que la posición conservadora que se ha defendido a lo largo de los años y su precepto de prohibir el aborto provocado, la discusión se ha alimentado por una posición liberal que busca proteger las decisiones de la mujer sobre su cuerpo y plan de vida.

En ese orden de ideas, las corrientes feministas sostienen de acuerdo con García (2006) que, a lo largo de la historia humana, el papel de la mujer en muchas culturas se ha dejado en segundo plano respecto de sus pares masculinos, asignándoseles un papel materno, de cuidado de los hijos, bajo el argumento que biológicamente tienen la capacidad de traer al mundo nueva vida, recayendo sobre ellas un peso que no se equipara con el de los hombres, quedando bajo su responsabilidad el trabajo de llevar a los niños a la adultez con todas las implicaciones socio-económicas que conlleva.

De esta forma, bajo este escenario la prohibición del aborto en García (2006) es conservar una obligación que culturalmente les ha sido asignada a las mujeres, y es la de ser madres o por lo menos gestantes. Frente a ello quienes defienden el mantener la prohibición vigente sostienen que tomando en gracia de discusión que el embarazo sea una obligación esta es reducida porque la mujer podría dar en adopción al niño una vez este nazca, no obstante según García (2006) para los defensores del aborto con la anterior aseveración se desconoce lo complejo que resulta un embarazo y el trabajo de parto, reduciendo a la mujer a una especie de contenedor de otro ser, poco más que un objeto, pues niegan o no tienen en cuenta que en este proceso se involucran los sentimientos y la salud tanto física como psíquica de la mujer.

Es así como, los movimientos feministas de acuerdo con García (2006) buscan una reivindicación que les ha sido negada a las mujeres y es la de considerar que el cuerpo es propio, puesto que las

decisiones legislativas en torno a la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo se han sustentado en argumentos heterónomos<sup>10</sup> ajenos a la decisión de la mujer. En consecuencia, consideran que el cuerpo femenino no le pertenece a la sociedad, y que comités éticos, jurídicos o morales sin la participación de las directamente implicadas no pueden imponer a través de herramientas como la penalización una maternidad o gestación obligada.

Por lo tanto, de admitirse la posición según la cual la mujer debe gestar y luego puede entregar a su hijo en adopción, es en términos de Ferrajoli “la lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma” (García, p. 204, 2006), es decir, que se considera a la mujer como un medio en sí mismo, al pedirle que continúe con la gestación que no desea y que por intervención del Estado a través de la legislación esta debe ceder con una obligación que por simple naturaleza recae en ella.

A tribuirle al Estado por medio de la prohibición o imperativos penales la capacidad de regular la gestación y los procesos en el vientre de las mujeres, equivale para Picht según García (2006) a perpetuar en la legislación el desconocimiento del género femenino como sujetos plenamente morales, y que como consecuencia se asuma que no sea dable confiarles su propio cuerpo y la vida que tienen en él, dando como resultado que las mujeres dispuestas a someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, más allá de las implicaciones físicas y psicológicas deban someterse socialmente a justificar su actuar, para saber si así puede obtener una validación del mismo.

---

10. Conforme a García (2006) son aquellos argumentos que no provienen de la voluntad de la mujer, sino imposiciones de la mayoría, es decir, que provienen de terceros, negándose a las mujeres la posibilidad de tener una decisión autónoma.

Así que bajo los argumentos anteriores se considera a la mujer como un ser que no es capaz de tomar las decisiones sobre sí misma, perpetuando una cultura de discriminación en razón a su sexo, ya que se les impone aquello que pueden o no hacer con su cuerpo y se les concibe como seres cuyo fin último es embarazarse y por tanto se debe proteger a los embriones o fetos del actuar de la gestante.

De ello, conforme a la concepción de los movimientos a favor del aborto es dable que en los Estados modernos se privilegie la autonomía individual enmarcada en la libertad de elegir sobre sí mismos para cumplir sus planes de vida, esto porque según Nino, el estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de los planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (García, p. 205, 2006) es decir, que no reconocer la capacidad del género femenino de tomar decisiones en torno al aborto provocado y a sus derechos sexuales y reproductivos equivale a negarles la calidad de sujetos autónomos sin una justificación objetiva más que su sexo. En consecuencia, el reconocimiento de los derechos humanos de primera generación cuando se habla de mujeres parece haber detenido su desarrollo en lo que respecta a la autonomía y libertad pues no se tiene en cuenta su decisión en torno a la maternidad.

En la actualidad en países como Estados Unidos los grupos feministas sostienen de acuerdo a García (2006) que si bien se ha dado vía libre a la interrupción voluntaria del embarazo las razones por las cuales está permitido mancillan la libertad de la mujer, pues el procedimiento se encuentra aprobado bajo el derecho de privacy, que consiste en un hecho en el que el Estado consiente la acción pero no goza de garantía porque pertenece a la esfera de la vida privada, frente a ello feministas como MacKinnon según García (2006) sostienen que el derecho es utilizado como



herramienta de opresión a las mujeres porque en el ámbito jurídico norteamericano existe una distinción entre lo público y lo privado, donde lo público está reservado al hombre mientras que las mujeres se ven subyugadas a la vida privada donde es evidente la desigualdad, pues se traduce en que el aborto provocado es un asunto que sólo le compete a la mujer y en consecuencia no tiene derecho a la asistencia de la sanidad pública. De igual forma, es en la privacidad es donde sucede la subordinación de la mujer y esa no intervención hace que exista de acuerdo con las aseveraciones feministas una falsa libertad ya que es lo mismo la penalización del aborto provocado como la no asistencia para realizarlo.

De esta forma, el movimiento por los derechos de la mujer sostiene según García (2006) que no se trata de una lucha de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos de la libertad sino bajo la prerrogativa de la igualdad de hombres y mujeres y su fundamento es que los hombres no tienen una obligación de tener una gestación no deseada, por razones biológicas y al no tener dicha carga no están en igualdad de condiciones con los hombres, sin contar con las ya difíciles situaciones sociales que se afronta con la gestación, como consecuencia de ello sostienen que un elemento de la libertad es establecer la asistencia del Estado en un aborto provocado, es decir que no se limite a la privacy, sino que el derecho sea ahora un instrumento de protección de las mujeres. En ese sentido, Dworkin respecto a la privacy sostiene que:

A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado (...). A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado (...). En ocasiones, sin embargo, la privacidad connota algo distinto de cualquiera de estos dos sentidos: significa soberanía en la toma de decisiones personales. (García, p. 207-208, 2006)

Ello implica reconocer a la mujer como la soberana de su cuerpo, que tiene derechos sobre él, y además concebirla como sujeto moral y jurídico. De igual forma, en interpretación del grupo feminista en palabras de esta autora, la autonomía necesariamente conlleva el reconocimiento de la toma de decisiones sobre el propio cuerpo frente a posibles alteraciones y sobre los derechos sexuales y reproductivos alineados con el proyecto de vida.

## **LA RECEPCIÓN DE LOS SENTIDOS NORMATIVOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO**

Como ya se mencionó la lucha por la igualdad y la libertad femenina ha sido un proceso constante tanto de triunfos como de derrotas pero que en definitiva ha generado cambios en la sociedad occidental y en el rol social de las mujeres en todos los escenarios de la vida humana y especialmente en el enfoque jurídico. Ahora bien, en el caso particular de Colombia desde una perspectiva histórica la concepción de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo ha variado a lo largo de los años; así, con ocasión de la Primera Conferencia de la Mujer organizada por las Naciones Unidas, en el año 1975 se radicó el proyecto de ley número 17 ante el congreso de la república, que tenía por objeto modificar el artículo sobre el aborto en el código penal para reglamentar el aborto terapéutico en Colombia, dicho proyecto, y cuya autoría se le atribuye al senador liberal Iván López Botero, buscaba habilitar el aborto en un tiempo establecido de máximo 12 semanas en mujeres casadas o solteras siempre que el procedimiento quirúrgico fuera realizado por la autoridad médica u hospitalaria de la residencia donde hubiesen ocurrido los hechos que pusieron en riesgo la vida y salud de la madre o cuando se demostrara científicamente que existía la posibilidad que el no nacido tuviera una enfermedad o mal formación genética incurable, y

adicionalmente sólo se haría viable la solicitud cuando la mujer que lo solicitase estuviera en un rango de edad mayor a los 15 años.

Posteriormente se presentarían otros como el proyecto de ley número 95 de 1979 presentado por la representante del partido liberal Consuelo Lleras, que tenía pretensiones similares a las anteriores descritas, pero que, por condiciones de la época y el predominante conservatismo, así como el proyecto de ley mencionado anteriormente, terminó por ser archivado y no ver la luz de la legislatura. En consecuencia, el trabajo por la despenalización del aborto continuó pues Colombia hasta el 2005 de acuerdo a Gonzales (2005) estaba dentro del 4 por ciento de los países que prohibían el aborto en todos los casos y sin ningún tipo de consideración o excepciones, esto en pocas palabras se traducía de acuerdo a Gonzales (2005) en que el 96 por ciento de las mujeres del mundo tenían acceso a la interrupción del embarazo voluntaria en por lo menos alguna causal, y las colombianas no podían acceder a lo mismo.

Igualmente resulta importante abordar el tema desde la perspectiva de la problemática en salud pública que causa el aborto cuando se realiza con medios insalubres o por personal que no conoce de los procedimientos adecuados para tal fin. Esto porque en el país se practican según Gonzales (2005) entre 200.000 y 400.000 interrupciones voluntarias de embarazos al año, representando una cifra muy alta pues se traduce en que ese mismo número de mujeres están poniendo en riesgo sus vidas cuando se hacen un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en sitios que no toman las medidas necesarias para garantizar su salud y vida.

En ese orden de ideas, en Colombia según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística o DANE (cómo se citó en Gonzales, 2005) el aborto representa la segunda y tercera causa de muerte en las mujeres gestantes, lo que en términos porcentuales implica que el 16 por ciento de los decesos en las mujeres corresponden a la interrupción voluntaria del embarazo. Así

mismo, es importante resaltar que según datos del DANE aproximadamente el 22,9 por ciento de las mujeres entre 15 y 55 años se han practicado un aborto a lo largo de su vida.

Por lo tanto, estas cifras logran evidenciar de acuerdo a Gonzales (2005) la magnitud del problema que enfrenta el país, pues aun estando penado el aborto, las mujeres acuden a él como una forma de decidir sobre su actividad sexual y reproductiva, poniendo en riesgo no solo su salud, sino que también su vida ya que en vista de la ilegalidad de este procedimiento, se ven en la necesidad de acudir a sitios clandestinos en los que el procedimiento es practicado sin las medidas sanitarias adecuadas, ocasionando que esto se traduzca en futuras complicaciones en la salud de las mujeres que acuden a él y que al final va a necesitar tratamiento en el sistema público de salud para poder salvaguardar la vida y salud de quienes han tenido complicaciones producto de la falta de higiene o personal preparado por lo que lo convierte necesariamente en un problema de salud pública.

Como se indicó en el acápite anterior, el objetivo de este trabajo consiste en examinar los argumentos que han desarrollado las diferentes posiciones entorno a la interrupción voluntaria del embarazo. Para ello se analizará la forma en la que el legislador nacional, el juez nacional e internacional y la doctrina han abordado este tema, con especial énfasis en la sentencia C 355 de 2006 a través de la cual la Corte Constitucional autorizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias.

### **RECEPCIÓN DE LA POSTURA DE PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL NO NACIDO EN EL DERECHO COLOMBIANO: LA PENALIZACIÓN TOTAL DEL ABORTO**

A lo largo de la historia una de las primeras posturas que se puede encontrar entorno a la interrupción voluntaria del embarazo, es la que aboga por una total prohibición de dicha práctica y la penalización de las mujeres que opten por provocarse un aborto. Ahora bien, uno de los principales argumentos para sustentar lo anterior, es el indicar que la vida humana comienza desde

la concepción. Frente a ello, varios son los instrumentos jurídicos que abordan la concepción como el inicio de la vida humana, así es menester acudir a la Constitución Política de Colombia (1991) que en su artículo 11 indica que “el derecho a la vida es inviolable y que no habrá pena de muerte”, que en términos de Velásquez (2006) es uno de los artículos que la Corte Constitucional ha denominado como de textura abierta<sup>11</sup>, y que sirve de base para determinar subreglas, siendo una ellas la ponderación del derecho a la vida al momento de la concepción, pues según Velásquez (2006) en la sentencia C-133 de 1994 la ratio decidendi de la providencia estableció que la vida tiene su inicio en la concepción, en consecuencia es la obligación del Estado determinar las garantías en un sistema de protección al feto dado el carácter fundamental del derecho a la vida.

Así mismo, en la sentencia C-591 de 1995 la misma corte, estableció que la existencia legal de las personas tiene su origen en el nacimiento, mientras que la vida en la concepción, para lo cual se aplicó un principio de favorabilidad al feto, consistente en que para todos los efectos se tiene al feto como nacido, es decir, que para la protección del derecho a la vida se tendría que este ya gozaba de personalidad. Más adelante en la sentencia C-013 de 1995 la Corte Constitucional volvió a ratificar esta posición, bajo el argumento que la vida es un derecho de máxima relevancia que por sus características es insustituible, y que el titular del mismo es el ser humano desde su concepción, creándose en cabeza del estado la obligación de proteger la vida en todos los sentidos.

En ese orden de ideas, Velásquez (2006) manifiesta que la constitución no es extraña a la idea de vida desde la concepción y que el nasciturus tiene los mismos derechos que una persona. Es así

---

11. De acuerdo a la sentencia C-651 de 2003 son aquellos que suelen tener ciertas características lingüísticas, en específico un lenguaje más indeterminado y abierto, que está sujeto a distintas interpretaciones, por lo cual se trata de un contenido más o menos amplio

que para defender su postura recurre a los artículos 33<sup>12</sup> y 74<sup>13</sup> del Código Civil (1873) para concluir que la distinción entre la existencia legal y la natural no es suficiente para excluir la protección a la vida en la existencia natural, de igual manera sostiene que el artículo 42 de la Constitución Política, en su numeral 6 al decir que los hijos procreados de forma natural o con asistencia profesional tendrán los mismo derechos, hace alusión a la vida desde la concepción, adicionalmente para darle mayor fuerza a su postura arguye que cuando en el texto constitucional se establece una obligación al Estado de tener una especial protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, ello también implica una obligación de tener una especial protección para el no nacido desde el momento de la concepción.

De igual forma, las posiciones que defienden la protección de la vida del no nacido, en sus argumentaciones sostienen que la defensa de la vida es un principio desarrollado en tratados internacionales, que por medio del bloque de constitucionalidad entra a ser parte del ordenamiento jurídico colombiano. Es así que se trae a colación la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH,1969) que en su artículo 1.2 establece que persona es todo ser humano, así en términos de Velásquez (2006) cuando el artículo 1 de la CADH indica que todos los seres humanos tienen el derecho a la vida, haciendo un trabajo de silogismo, se puede concluir que el no nacido al ser considerado humano tiene derecho a la vida y que de acuerdo al artículo cuarto numeral primero de la CADH (1969) esa protección comienza desde la concepción.

---

12. Este artículo dice que "Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes que en su sentido general se aplicaran a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno solo"

13. Esta disposición reza que "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición "

Frente a la anterior argumentación, hay quienes sostienen que el artículo primero numeral cuatro ha establecido una excepción por medio de la expresión "y, en general". Sin embargo, al respecto, según Velásquez (2006) lo indicado en el artículo no es una excepción sino una cualificación de la protección del derecho a la vida por la ley, teniendo así un efecto contrario al pretendido por los que ven en ello una excepción ya que lo que se busca es proteger la vida en todos los estadios, incluyendo la concepción. Ahora bien, admitiendo que ello fuera una excepción sería para los estados que ya tenían dentro de su ordenamiento causales excluyentes de responsabilidad para el aborto provocado, pero para los que al momento de la suscripción de la convención no lo tuvieran esa excepción no resultaría aplicable porque artículos más adelante de la misma, específicamente el veintinueve, dice que ninguna de las disposiciones de la convención pueden ser interpretadas como una autorización a los estados para suprimir los derechos que han quedado manifestados en dicho texto

Por otra parte, la CADH (1969) en su artículo primero establece que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, artículo que ha sido interpretado por grupos a favor de la interrupción voluntaria del embarazo en el sentido que bajo determinadas circunstancias con razones justificadas y objetivas esta prohibición no sería aplicable, arguyendo que los derechos a decidir, así como la libertad de la mujer son una razón suficiente para no predicar la prohibición antes dicha cuando de aborto provocado se trate. Sin embargo, para los defensores del derecho a la vida del nasciturus esta interpretación no es razonable, puesto que en la misma convención se establece que el único caso donde se permite una excepción al derecho a la vida, es en la pena de muerte, de forma que no hay lugar a otras interpretaciones.

Aunado a ello, para Velásquez (2006) la pena de muerte autorizada en la convención no puede aplicarse de forma arbitraria, ya que la CADH (1969) en su artículo cuarto establece que esta pena

en los estados que no haya sido abolida se aplicará únicamente para los delitos más graves, además en el artículo quinto se sostiene que está prohibida una sentencia en la que se aplique la pena de muerte a una mujer embarazada, por lo tanto, no puede ser otra la interpretación sino que la convención tiene una especial protección por la vida desde la concepción, contrario a lo argumentado por quienes están a favor de la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, continuando con los argumentos a favor de la penalización del aborto provocado, es necesario hacer referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN, 1989) que en su artículo primero dice que es niño todo ser humano menor a dieciocho años, en ese sentido si el no nacido es un ser humano como ya se sustentó, aplicando un silogismo el feto es entonces un niño y debe protegerse como tal. Adicionalmente la CSDN (1989) en su novena consideración establece que los niños son seres humanos que tienen una inmadurez tanto mental como física, y que por ello necesitan una especial protección de los Estados antes y después del nacimiento, de forma tal que las garantías no se resumen únicamente en el derecho a la vida después del nacimiento, siendo contraria a esta convención la tesis de quienes niegan la calidad de persona del nasciturus.

Ahora bien, en cuanto al ordenamiento jurídico colombiano y tomando en cuenta las anteriores consideraciones, se encuentra que conforme a la Constitución Política (1991) artículo 44, los niños gozan de una especial protección constitucional y son titulares del derecho a la vida, de manera que al ser el nasciturus un ser humano tiene derecho a la vida, porque los derechos humanos se predicán de todas las personas sin distinción alguna.

Ahora bien, dicho lo anterior, puede entonces adentrarse en otro de los argumentos a favor de la penalización del aborto, el primero para dejarlo claro entonces, es considerar al nasciturus ser humano titular de los derechos que le asisten a una persona, principalmente la vida, y que no le es aplicable la muerte bajo ninguna circunstancia. Es así que entonces, se aborda el tema del



comienzo de la vida, pues quienes propugnan por una despenalización del aborto sustentan que desde el ámbito científico no se puede hablar de vida humana desde el momento de la concepción. Sin embargo, esta tesis resulta falsa pues en la sentencia C-133 de 1994, mencionada ya con anterioridad, la Corte Constitucional cita el concepto de Gerónimo Lejeune sobre el comienzo de la vida, uno de los genetistas más respetados en el mundo, por descubrir la trisomía del cromosoma 21 que causa el síndrome de Down, y este dice en pocas palabras que si bien la vida en términos generales tiene una historia larga y compleja, no es así con los individuos puesto que su vida comienza en la concepción.

En ese sentido, cuando lo que se busca es hacer un juicio de constitucionalidad para Velásquez (2006) debe realizarse una comparación en abstracto, entre el contenido material de la regla que se está sometiendo a debate, en este caso el aborto en el código penal, y el contenido material de la constitución, entonces se debe acudir al inicio de la vida para determinar desde qué momento inicia la vida y poder hablar de su protección. En este contexto, como se ha sostenido, la vida se protege desde la concepción, queda entonces por abordar ya no sólo jurídica, sino que también científicamente el momento desde el cual inicia la vida.

Al respecto, según los grupos en contra del aborto la respuesta es precisa pues hay vida desde el mismo momento que hay concepción, pero entonces resulta pertinente decir desde cuándo hay vida humana para lo cual Velásquez (2006) plantea varias respuestas, desde que el espermatozoide fecunda al ovulo, durante el transcurso del embarazo en algún momento, en el nacimiento o en un punto después del nacimiento.

En este tema, los defensores del aborto provocado traen como fundamento la aclaración del voto en la sentencia C-647 de 2001 de cuatro de los nueve magistrados, en donde se sintetiza que la protección de la vida sólo adquiere peso cuando la gestación ha madurado a tal punto que el

embrión se convierte en ser humano que tenga la capacidad física, sensorial y síquica de sobrevivir por sí mismo, es decir, que sea viable, situación que se genera cuando han transcurrido entre 22 y 24 semanas del embarazo, es entonces cuando la interrupción voluntaria del embarazo con fundamento en los derechos de la madre y salvar su propia vida e integridad no tendría justificación en el marco constitucional, debido a que al ser viable el feto entonces la mujer podría tenerlo y sobrevivir fuera del vientre materno.

Por otro lado, en la aclaración del voto a la que se hace referencia, se argumenta que no tiene el mismo tratamiento la situación donde la concepción se acaba de producir, es decir, las primeras semanas, ya que en ese punto no existe un ser como tal, sino la potencialidad de llegar a serlo. En consecuencia, al estar frente a alguien que es ser, la madre, y otro que sólo es una potencialidad - el embrión-, los derechos constitucionales del primero tienen una mayor preponderancia, por lo tanto, la libertad, la autonomía y libertad de conciencia de la mujer justifican a nivel constitucional que se prescinda de la imposición de la sanción penal.

A esto, Velásquez (2006) atacando este primer argumento pro-mujer expuesto en la aclaración del voto sustenta que esta interpretación equivale a asemejar el comienzo de la vida humana con la metamorfosis. Es así que sustenta que, de la potencialidad al acto, consiste en el paso de un estado a otro, y no como se expresó en la aclaración del voto antes mencionada, en el paso de un ser a otro, pues la esencia del ser se sigue conservando, porque antes era humano y lo seguirá siendo pese al cambio de estado, de ello entonces se tiene que la potencialidad consiste en la capacidad de adquirir la perfección mientras que el acto en sí mismo ya es la perfección. En consecuencia, cuando del nasciturus se habla no se puede sustentar que antes de nacer se trate de una potencialidad de ser persona o humano, pues ya lo es, lo que tiene potencialidad es que el no nacido

pueda realizar todos los actos que un ser humano puede hacer, y esto se refuerza en el hecho que tanto antes como después del nacimiento el genoma sigue siendo exactamente el mismo.

Es así que, de acuerdo a aquellos que defienden la penalización del aborto, surge la pregunta retórica de cuál es entonces realmente la diferencia entre el nasciturus y el nacido, si biológicamente seguirán siendo el mismo, planteamiento que se hacen Velásquez (2005) y Silva (1994), este segundo va más allá y plantea que de admitir la teoría proaborto según la cual hay un antes y después de ser humano, cabe preguntarse qué es el nasciturus, un animal, una planta o un conjunto de células, es así como en términos de los defensores de la prohibición del aborto, lo anterior es inadmisibile pues en todo el proceso de desarrollo cada una de las diferentes etapas y estados dirigen la vida para que sea un ser humano, es decir, que en todas no es otra cosa que un ser humano. Así mismo, Silva (2005) para sustentar su argumentación se pregunta si con la ingeniería genética es posible transformar el embrión humano antes de que se convierta en humano, por ejemplo en un perro, es decir, el prehumano se interviene para volverlo otra cosa, resultando algo absurdo incluso el sustentar que hay un estado anterior a ser humano para poder serlo en algún momento, de ello entonces se concluye que la identidad genética en todas las etapas del desarrollo del embrión, implica que siempre es un ser humano y por ende sujeto de derechos.

Ahora bien, atacando el segundo argumento pro-mujer consistente en la dependencia del feto a la gestora, es decir, que sustenta la instrumentalización de la mujer a una especie de incubadora Velásquez (2005) indica que tal situación no excluye la calidad de ser humano del no nacido, pues incluso después del nacimiento este sigue teniendo tanto o mayor dependencia por parte de los progenitores al requerir de cuidados especiales, ya que en esta etapa la vida es más frágil que en los otros estados, teniendo en consecuencia que es con el desarrollo humano y la madurez tanto física como psíquica que se empieza a tomar una verdadera autonomía o desprendimiento de la

madre y no con el nacimiento. En este orden argumental, según los defensores del derecho al aborto como Velásquez (2005) quienes pretenden que no existan las protecciones para el nasciturus, pero si para el ser humano que ya nació, adoptan una posición discriminatoria, pues el ser antes y después del nacimiento sigue siendo el mismo, violentando el derecho a la igualdad. Es así que esta discriminación, como otras que han sucedido en la historia, no tiene fundamento alguno, ya que se trata de un ser humano en condiciones de debilidad sin tener la posibilidad de defenderse violentando el principio de igualdad en sentido formal, que en términos de Pérez (2012) se resume en la igualdad ante la ley y en la aplicación de la misma, entendida la primera como la configuración de la norma de forma tal que no se dé un trato distinto a los individuos, mientras que la segunda implica la interpretación y aplicación semejante ante la misma situación, en el presente caso, sería la defensa de la vida de un ser humano que haya nacido o no aún.

De todo lo anterior, y suscitado el debate del inicio de la vida humana aquellos que sustentan la penalización del aborto provocado, acuden a la ciencia para desvirtuar entonces la teoría de la potencialidad del ser que justifica el argumento que predica la carencia de ser persona del no nacido, y para ello arguyen que genética y científicamente los estudios recientes distinguen entre el proceso constitutivo de ser humano, y el consiguiente desarrollo, es decir, se trata entonces de un proceso de perfección del ser, y el final del mismo sucede en la muerte. De esta manera Corral (2015) acude al especialista Moratalla que indica que el proceso de la vida consiste en una cooperación entre genes y medio que produce la expresión regulada de los genes tanto en la constitución como desarrollo de un nuevo ser, en ese sentido, sustenta el nuevo ser ya es individuo pues es un organismo y se trata de una unidad con estructuras y funciones, esto independiente de lo compleja que sea.

Por esta razón, afirma Velásquez (2006) si bien los argumentos a favor de la interrupción voluntaria del embarazo hacen distinción entre el no nacido y el nacido, ello biológicamente no existe, por tanto, es contrario a la ciencia que se busquen razones para decir que alguien, en este caso el nasciturus, no lo sea. En este sentido, entorno a la prohibición del aborto provocado cuando se habla de seres humanos, y de acuerdo a lo expuesto hasta el momento el nasciturus es un ser humano, por tanto los derechos que le asisten, derechos humanos, no permiten la gradualidad, porque una de las principales características es la objetividad por cuanto se predicen de los seres humanos, además esto se traduce en la Constitución política de Colombia (1991) en el reconocimiento de la dignidad humana sin ningún tipo de distinción.

Aunado a ello Corral (2015) sostiene que las diferentes teorías que han tratado de hacer una distinción entre las diferentes etapas del desarrollo humano para argumentar que no debe existir una protección, como sucede por ejemplo con aquella que dice que existe un pre-embrión el cual durante las primeras 14 semanas no podría considerarse como vida humana o embrión pues es el tiempo que demora el cigoto en implantarse en el útero, entre otras que tratan de excluir al embrión humano en cualquiera sea de sus estados de vida de una protección del ordenamiento jurídico, no cuentan con un sustento científico pues la ciencia ha determinado que la vida inicia desde el momento de la fecundación y es ahí donde comienza el desarrollo humano.

En esto Silva (1994) coadyuva la argumentación sosteniendo que determinar una fecha exacta entre lo que no es y sí es un ser humano es una arbitrariedad, prueba de ello es decir, que se llega al estado humano en el día catorce de la fecundación, justificando esta postura en que a partir de ese momento se hace visible o al menos identifica el sistema nervioso, pero este argumento se funda entonces en un elemento frágil para determinar cuándo se es un sujeto de derechos, es así que es la ley la que vendría a determinar el inicio de la protección de la vida sin sustento real, y es

por esta razón que los derechos humanos tienen como objetivo según este autor estar por encima de la ley para evitar arbitrariedades por lo que de asumir este postulado pro-mujer para aprobar el aborto provocado, la ley terminaría por convertirse en el instrumento para violar los derechos humanos.

En ese mismo sentido, Corral (2015), al igual que Velásquez (2006) exponen que no existe un razonamiento por lo menos ontológico que permita justificar dicha dicotomía entre una etapa del desarrollo humano y otra, es decir, que de forma inequívoca pueda sustentarse en qué estado de la vida del cigoto o embrión pasa a ser humano, en pocas palabras delimitar esa frontera en que el ser no humano pasa a ser humano. Esto entonces resultaría contradictorio de acuerdo al primer autor porque la evidencia científica sustenta que desde el mismo momento en que sucede la unión de las membranas gaméticas, es decir, cuando el espermatozoide ingresa al ovulo, puede asegurarse que existe un organismo puesto que se evidencia un sistema celular completo capaz de crecer y desarrollarse por sí mismo. Por lo cual, resulta importante para Corral (2015) plantearse la pregunta de cuál es la razón para negarle el carácter de humano, y por consiguiente la protección que requiere, al embrión o cigoto, por el sólo hecho de dividir su etapa de formación cuando el estado de la vida sucede en todo el proceso de gestación.

En esa misma línea, Silva (1994) indica que los defensores del aborto aseguran que el producto de la gestación no es aún un ser humano, sino que en algún momento más adelante lo será. Es así que para Silva (1994) surge el interrogante respecto a cuál es ese momento en el que sucede esa metamorfosis de prehumano a humano, pero para este autor que la ley pretenda determinar esa fecha es contra la ciencia, pues cualquiera que sea esa frontera para llegar a ser humano de existirla no es posible que mecanismos legales la delimiten pues sería equiparable a hablar de una generación de vida espontánea que biológicamente es una arbitrariedad.

Así, en cuanto a la identidad del ser antes y después del nacimiento, los grupos a favor de la penalización de la práctica abortiva provocada acuden a decir como lo hace Velásquez (2006) que la ciencia en este tema es clara en cuando sustenta que el genotipo es el que determina identidad biológica de cada individuo, adicionalmente no varía, es decir, permanece idéntica en cada una de las instancias del desarrollo del mismo. Por lo tanto, individualmente concebido cada ser desde la fecundación del espermatozoide al óvulo, obtendrá y conservará las biomoléculas que hacen única a su especie, a saber, la cadena de nucleótidos de ADN Y ARN durante todo el desarrollo de su vida, es decir, en cada uno de los estados será la misma.

En ese mismo sentido, Corral (2015) menciona que en la literatura científica se ha evidenciado por medio de los diferentes estudios realizados en laboratorio, que el ovulo cuando es fecundado por el espermatozoide, esto de forma in vitro, se considera como un organismo que es capaz de dirigir su propio desarrollo sin que exista algún tipo intervención ulterior, incluso el embrión puede desarrollarse fuera del vientre materno, donde puede dividirse y comenzar su desarrollo de forma independiente por lo cual es un ser distinto a la madre. Lo cual ha llevado según Corral (2015) a que en la genética y la ciencia desde el punto de vista biológico pueda afirmar que la vida humana comienza con el proceso en que el espermatozoide ingresa al ovulo, es decir, desde la concepción que da como resultado un nuevo organismo que es el cigoto.

En consecuencia si se toma esta tesis es innegable que el comienzo de la vida humana se da desde la concepción, lo que posteriormente radica la discusión según Corral (2015) en si esa vida conlleva personalidad, es decir, reconocer al nasciturus como un individuo diferente a la madre que lo gesta, pues de sostenerse lo contrario da lugar a la posibilidad de sustentar que el embrión puede ser utilizado para fines diversos por fuera de su protección, puesto que se le niega la inviolabilidad de la dignidad humana, situación que resulta improcedente porque lleva a

implicaciones como la posibilidad de alterar el genoma humano en busca de una eugenesia desconociendo la diversidad innata en el ser humano.

### **CAPITULO 3**

#### **DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER.**

En el acápite anterior se plantearon los argumentos de quienes tienen una posición conservadora para oponerse a la reglamentación o despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en cualquier circunstancia. Ahora bien, para enriquecer el debate se hace necesario desarrollar una postura que ha cobrado mayor preponderancia en los últimos años, en particular, una posición a



favor de la libertad y poder de decisión de la mujer que busca la despenalización del aborto provocado.

Para lograr lo anterior, es indispensable tomar como punto de partida la discusión en torno a si existe o no un tratamiento diferenciado en el ordenamiento jurídico entre el nasciturus y el nacido. En ese sentido, Ruiz y Zúñiga (2014) sostienen que, partiendo de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico chileno, pero aplicable por analogía a Colombia, puede establecerse que en el ámbito civil como penal existe una diferencia entre los estatutos que regulan a los nacidos de los no nacidos.

Al respecto el artículo 90 del código civil colombiano (1873) establece que la existencia legal, y en consecuencia la personalidad tiene origen en el nacimiento, es decir, cuando existe una separación de la madre, en ese mismo sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 1995 sostiene que la constitución no determina que la personalidad tenga origen en la concepción, y que cuando el código civil permite que los derechos que le asisten al nasciturus estén suspendidos como si hubiera nacido, ello obedece a razones como: la moral, la justicia, política entre otros.

Desde el ámbito penal, es menester mencionar que los delitos del aborto y homicidio en el Código Penal (2000) tienen un tratamiento diferenciado, pues tratándose del primero se observan penas inferiores, incluso existe el delito del artículo 108, en el que si la madre asesina al hijo nacido dentro de los primeros 8 días cuando fuere producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas tendrá un tratamiento atenuado frente al delito de homicidio. Lo cual permite sostener que la protección absoluta del no nacido que alegan quienes proponen mantener la penalización del aborto en todos los casos, en palabras de Ruiz y Zúñiga (2014) se caen por su propio peso, pues desde el mismo ordenamiento se le ha dado un tratamiento diferente al nacido y al no nacido, llevando así a que después del

nacimiento se proteja un derecho como tal, mientras que en el caso del nasciturus sólo se hable de un mero bien jurídico tutelado.

## **CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: INTERPRETACIONES A FAVOR DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.**

### **EL DEBATE ENTORNO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: UNA MIRADA A LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL**

Molina y Silva (2005) sostienen que en cuanto a materia internacional desde los años noventa se empieza a dar un amplio debate en el seno de las Naciones Unidas en torno al aborto inseguro, y que pese a las grandes oposiciones que provenían de grupos conservadores, hubo una ola creciente que propendía en reconocer la despenalización del aborto como un tema de Derechos Humanos, esto produjo que en 1994 en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo con epicentro en la ciudad del Cairo, se redactara por primera vez el documento intergubernamental en cuyo párrafo 825 se hicieron 4 apreciaciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la primera es que el aborto no puede ser una forma de planificación, la segunda que la planificación debe tender a bajar la incidencia de abortos, la tercera que donde sea legal el aborto sea seguro y la cuarta que donde sea ilegal el aborto deba tratarse las consecuencias de un aborto inseguro.

Adicional a lo anterior, en la conferencia de la mujer celebrada en la ciudad china de Beijín en 1995 se redacta el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que de acuerdo a Molina y Silva (2005) ratifica lo plasmado en El Cairo en lo referente al aborto inseguro, pero abordando de una manera integral esta problemática al dictar recomendaciones para que aquellos países en los que se penalizara la interrupción voluntaria del embarazo revisaran su legislación pues esto encamina a las mujeres a practicarse un aborto inseguro, posteriormente en el año 2000

el Comité Internacional de Derechos Humanos hace una recomendación a Argentina y Perú para que despenalicen el aborto en los casos que la concepción sea producto de una violación.

En este sentido, conforme a las apreciaciones hechas hasta el momento en defensa de los derechos de las mujeres, se observa que el ordenamiento jurídico colombiano establece un tratamiento diferenciado del nasciturus respecto al nacido, por cuanto consideran que el primero es una expectativa de ser humano, existiendo una prevalencia de los derechos ciertos de la mujer, que sí comporta en todo sentido un ser humano y persona sujeta a la protección del derecho, entiéndase internacional o nacional. Así mismo, Molina y Silva (2005) hacen una férrea crítica a la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo por cuanto consideran va en contra de los compromisos internacionales adquiridos por los países en materia de derechos humanos, en este caso Colombia, pues vulnera y pone en riesgo los derechos de las mujeres, al verse sometidas a practicarse procedimientos inseguros.

## **EL ÁMBITO INTERAMERICANO**

Ruiz y Zúñiga (2014) sostienen que aquellos que propugnan por la protección del feto indicando que en el articulado de la CADH (1969) se ha desarrollado una férrea defensa del derecho a la vida del no nacido dándole los mismos derechos o reconocimiento que tiene cualquier ser humano desde la concepción y estableciendo con ello una prohibición para los estados contratantes de reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo, yerran porque la misma Corte Interamericana

de Derechos humanos (Corte IDH, 2014) ha sostenido que ante un control de convencionalidad<sup>14</sup> los Estados parte no deben ceñirse exclusivamente al texto del tratado en referencia sino que debe incluirse en el análisis las interpretaciones que la misma corporación hace de los derechos o normas allí consignadas, esto sin importar si el estado ha sido o no parte del litigio que llevó a esa decisión. Como lo indican Ruiz y Zúñiga (2014) dicho parámetro no debe aplicarse únicamente a la convención, sino que a cualquier tratado internacional cuyo fin sea la protección de Derechos Humanos, además sostienen que la Corte IDH asevera que es competencia del control de convencionalidad todo cuanto sea necesario para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en materia de derechos humanos. Es así que, para Ruiz y Zúñiga (2014) en términos de la constitucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos, se han creado figuras como el bloque de constitucionalidad, que elevan a rango constitucional o incluso mayor normas relacionadas con la protección de los Derechos Humanos, esto gracias al principio pro persona, conforme al cual se aplicará la norma más favorable para el sujeto en el caso en discusión.

Lo anterior es aplicable al caso de *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012) en donde la Corte IDH en su sentencia se encarga de interpretar el artículo 4.1 de la convención el cual es utilizado en varias ocasiones por los grupos pro feto para sustentar que no es posible despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo pues contraría la obligación de los estados en materia internacional de defender la vida sin ninguna excepción desde la concepción, indicando que conforme a este artículo la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de

---

14. Según Ruiz y Zúñiga (2014) el control de convencionalidad se presenta como una vertiente del control constitucional, en donde, la constitución ya no es el último parámetro para someter a discusión las normas del ordenamiento, sino que ahora lo es el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia, lo cual en términos de Ruiz y Zúñiga (2014) es la primera vez que se hace una alusión a los derechos sexuales y reproductivos, pues se hace una ponderación entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad.

Es por ello que según Ruiz y Zúñiga (2014), para que existan dentro de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos una convergencia entre los significados importantes y destacados sobre los derechos que se estén considerando, es necesario que se tengan en cuenta las interpretaciones que la Corte IDH realice sobre los derechos consagrados en la convención, pues como ya se mencionó uno de los principios que utiliza esta corporación en sus sentencias es el de pro persona, de forma tal que el intérprete debe elegir o priorizar aquella interpretación que mejor propenda por el cumplimiento de los Derechos Humanos, es decir, la regla de optimización, pues se implanta una exigencia de preferir el cumplimiento en un mayor grado de los derechos fundamentales (Alexy, 2009)

En ese sentido, Ruiz y Zúñiga (2014) plantean, que el principio pro persona resulta de mayor aplicación cuando lo que se encuentra en discusión es el cumplimiento de dos derechos fundamentales, sin embargo mencionan que para el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, el tema en primer plano se encontraría superado porque lo que está en conflicto es un derecho frente a un bien jurídico, pues el no nacido no goza de un derecho como tal, lo que hace que la balanza se incline en garantizar el de la mujer.

Ahora bien, respecto a la elección de la interpretación que mayor cumplimiento de un derecho garantice, Ruiz y Zúñiga (2014) declaran que tiene fundamento, como también lo sustenta Alexy

(2014), en la tesis según la cual los derechos fundamentales son un estándar mínimo, que de ser posible se ampliaran en su máxima realización en la interpretación realizada por los operadores judiciales, lo cual no se limita a esta rama del poder, pues es una obligación tanto del legislador como del ejecutivo. En ese mismo sentido, en procuradora del mayor grado de realización de un derecho fundamental, Ruiz y Zúñiga (2014) plantean que los jueces a la hora de decidir tienen el deber de poner de presente en sus sentencias los tratados internacionales sobre DDHH y hacer una correcta aplicación al caso concreto, adicionalmente es indispensable que tengan dentro de su argumentación las interpretaciones y desarrollos que las cortes internacionales les han dado a los derechos que están en dichos tratados. Lo que conforme a Atienza (2011) implica reconocer el derecho como una práctica social, en la cual no solo las autoridades sino la sociedad en general coadyuven en la creación y aplicación del derecho, teniendo un especial papel la labor del juez, pues es este quien a través de sus decisiones en los casos concretos puede, con fundamento en los tratados internacionales y en las interpretaciones de los mismos, enriquecer a nivel nacional los sentidos normativos, permitiendo que el ordenamiento se acerque y responda a la realidad social

Adicionalmente, Ruiz y Zúñiga (2014) señalan que en cuanto a obligaciones, los Estados parte de un tratado se comprometen a adecuar sus legislaciones nacionales con el propósito de dar cumplimiento a lo suscrito dentro del texto, esto sustentado en la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados (1969) que en su artículo 27 establece que un estado contratante no puede alegar como justificación para el incumplimiento de una de sus obligaciones, la forma en la que está configurada su legislación nacional, lo que se refuerza en sus artículos primero y segundo cuando indican que los estados se comprometen a respetar los derechos y libertades consagrados en el texto convencional sin ninguna clase de discriminación o distinción a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción, y que si dado el caso en que estos derechos y libertades no se

encuentren desarrollados en la legislaciones internas se obligan a adoptar los procedimientos necesarios para que ello suceda.

En consecuencia, con este desarrollo argumental de acuerdo a Ruiz y Zúñiga (2014), los Estados firmantes de la convención están obligados a adoptar en su legislación interna, como sería en el caso de Colombia, los derechos y libertades que el texto consagre y además en las decisiones judiciales se deben tener en cuenta las interpretaciones que de los mismos se hagan por parte de la Corte IDH ya que es la entidad encargada de vigilar el cumplimiento del tratado.

Una vez hecho este recorrido, Ruiz y Zúñiga (2014) sostienen que el primer acercamiento a interpretar el artículo cuatro punto uno de la CADH en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se dio con la resolución No 23 de 1981 dentro del caso 2141 o también conocido como el baby boy por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH, 1981), la cual dentro de esta decisión indicó que la expresión “y, en general” de dicho artículo <sup>15</sup> tiene el propósito de evitar que los estados realizaran una interpretación limitada y excluyente del mismo, que pudiera llevar a la conclusión que se trataba de una prohibición a autorizar ciertas formas de aborto, es decir, tiene el único propósito de armonizar la convención con las legislaciones internas donde la interrupción voluntaria del embarazo no estuviere penalizada, interpretación contraria a la realizada por Velásquez (2006), en el capítulo anterior, pues frente a la expresión “y, en general” hizo lo que según la comisión IDH se trató de evitar, una interpretación restrictiva del artículo, pues los pro-feto como este autor la sustentan como una prohibición al Estado para permitir el aborto en cualquier caso.

---

15. El artículo 4.1 de la CADH reza que “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.”

Es por esto que la corte IDH en el fallo antes mencionado de Artavia Murillo Vs Costa Rica (2012), entra a analizar los conceptos de persona, ser humano, concepción y la expresión “y, en general” del artículo 4.1 y que para Ruiz y Zúñiga (2014) se puede resumir en dos conclusiones, la primera de ellas es que en términos generales el nasciturus no es persona o ser humano de acuerdo a la CADH, pero si goza de protección legal la cual debe tener en cuenta las excepciones que enmarca el término “y, en general” cuando existe un conflicto entre lo que la corporación denomina el valor gradual o incremental de la vida del feto<sup>16</sup> y el derecho a la autonomía de la mujer, y la segunda consiste en que la concepción se entiende que sucede en el momento en que el embrión<sup>17</sup> se implanta en el útero (posición anteriormente criticada por Corral (2015), Velásquez (2006) y Silva (1994)), por lo tanto, sólo hasta ese momento se puede hablar de una protección, antes no.

Ahora bien, desarrollando la argumentación de las dos conclusiones ya mencionadas, para la Corte IDH (2012) el nasciturus no es persona con fundamento en el artículo 4.1, por su parte la expresión “y, en general” para Ruiz y Zúñiga (2014) puede interpretarse de dos formas la primera desde su tenor literal y como lo hizo Velásquez (2006) en algún momento, como el derecho a la vida de toda persona y que su protección legal empieza en la concepción, pero también puede interpretarse como la intención de distinguir o más bien establecer una diferencia entre la vida antes y después del nacimiento. Es decir, que lo complejo de la situación radica en la interpretación que se le puede dar al término “y, en general”, ya que si no existiera podría afirmarse que la vida es un derecho absoluto que se protege desde la concepción, pero con la introducción de esa

---

16. Según la Corte IDH (2012), el valor gradual o incremental de la vida indica que la vida humana tiene varias etapas en la cual el feto se desarrolla y en cuanto mayor sea el tiempo de gestación mayor valor tiene la protección de la vida.

17. Según Ruiz y Zúñiga (2014) el embrión en la literatura científica llega hasta la semana octava de gestación y en adelante hasta el parto se denomina feto.



expresión parece clara la intención de establecer una cualificación a la vida del nasciturus. Es así que la Corte IDH (2012) para zanjar esa disputa de interpretaciones trae a colación el análisis hecho por la comisión IDH (1981) en el caso baby boy ya mencionado, ratificando que el termino mencionado en el artículo 4 de la CADH tiene el propósito de evitar una interpretación restrictiva y excluyente en cuanto a la legalización de ciertas clases de aborto.

En lo que respecta a la tesis sobre la personalidad del nasciturus, defendida en el capítulo antecedente, Ruiz y Zúñiga (2014) manifiestan que la corte IDH (2012) en el fallo analizado concluyen que al nasciturus no le es predicable el estatus de persona por dos razones, primero porque a lo largo del texto de la convención cuando se hace referencia a la expresión "toda persona" no se incluye al nasciturus pues este no puede ejercer todos los derechos a los que se hace mención en cada uno de los artículos donde aparece la expresión, y segundo que quien es objeto de la protección es la embarazada. Por lo tanto, según Ruiz y Zúñiga (2014) puede argumentarse que al carecer el feto de personalidad no es titular del derecho a la vida, o por lo menos no en el mismo grado que quienes sí son personas, por lo que podría decirse, como lo ha sustentado el Tribunal Constitucional Alemán y luego el Español<sup>18</sup>, que la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido y no es posible adjudicarle ser titular de derechos.

Ahora bien, Ruiz y Zúñiga (2014) hacen una crítica al fallo de Artavia Murillo vs Costa Rica por cuanto resulta un poco contradictorio que la Corte IDH (2012) establezca que el nasciturus no sea persona, pero que en su interpretación diga que el derecho a la vida es predicable desde la concepción, pues al no ser persona tendría como consecuencia que no sea sujeto de derechos, sin

---

18. Tanto la posición del Tribunal Alemán como español son analizados en la sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica (2012).

embargo, resaltan igualmente que dentro de la sentencia se reconozca que no se trata de un derecho absoluto pues admite excepciones y limitaciones cuando exista conflicto con otros derechos, por ejemplo la autonomía de la mujer, por lo tanto, sustenta la Corte IDH (2012) que la finalidad del artículo 4.1 de la CADH es salvaguardar la vida, pero sin desconocer otros derechos convencionales y esa es la razón de ser de la expresión “y en general”, pues tiene como objetivo que cuando exista una colisión de derechos, pueda establecerse una excepción al derecho a la vida desde la concepción. Por lo tanto, no se trata de un derecho absoluto<sup>19</sup> ante el cual deban cederse o negarse otros derechos.

Aunado a lo anterior, Ruiz y Zúñiga (2014) señalan que pese a que en la interpretación de la Corte IDH (2012) se reconoce un derecho a quien no es persona, en la práctica con las consideraciones en el fallo de *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012), sea que al no nacido se le reconozca un bien jurídicamente protegido o el derecho a la vida, la consecuencia es en lo menos parecidas, porque lo que resulta relevante en ambas consideraciones es que en la etapa de gestación y hasta el nacimiento, no existe una persona, sino que en gracia de discusión la potencialidad de ser persona, por esto no es titular de un derecho absoluto a la vida, sino que se encuentra limitado por la convergencia con otros derechos, como sucede con los de la mujer embarazada. Pues la Corte IDH (2012) reconoce en este fallo que la vida en gestación tiene una gradualidad, es decir, que la protección de la que goza la vida en gestación dependerá de la mayor o menor cercanía para ser persona, es decir, del parto, este principio de gradualidad según Ruiz y Zúñiga (2014) puede verse aplicado en diversas legislaciones del mundo donde consideran no punible una interrupción

---

19. Seguidamente Ruiz y Zúñiga (2014) sostienen que la corte IDH haciendo uso del principio pro homine ya mencionado con anterioridad y recurriendo de forma implícita al derecho a la autonomía de la mujer, declara que es inadmisibile una interpretación que le dé el carácter de absoluto al derecho a la vida del no nacido.

voluntaria del embarazo dentro del primer trimestre de gestación mientras que está prohibida penalmente en casi todos los casos en la última etapa del embarazo.

Así mismo, la Corte IDH en el fallo de *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012) hace un análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se concluye que el no nacido no es persona, pues se utiliza en el artículo primero<sup>20</sup> la expresión “nacen”<sup>21</sup> como una clara distinción entre el nasciturus y el estado después de nacer, por lo cual se puede concluir que el no nacido no goza de los derechos consagrados en la declaración. Así mismo, el cuerpo colegiado de acuerdo a Ruiz y Zúñiga (2014) sostiene que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en las observaciones generales 6 y 17, que se refieren al alcance del derecho a la vida y los derechos de los niños respectivamente, no se hace referencia al derecho a la vida del no nacido, de hecho, en las observaciones finales el comité de Naciones Unidas sostuvo que se viola el derecho a la vida cuando se prohíbe a una mujer practicarse una interrupción voluntaria del embarazo segura, pues se la obliga a someterse a procedimientos que ponen en riesgo todos sus derechos.

Es así que la corte IDH en el fallo de *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012), igualmente repasa la jurisprudencia internacional como ocurre con las sentencias de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en los casos *Patón vs Reino Unido* (1980), *RH vs Noruega* (1992), y *Boso vs Italia* (2002), pronunciamientos en los que dicha corporación concluyó que en el Convenio

---

20. El artículo primero de la declaración universal de los derechos humanos reza que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

21. Al respecto la Corte IDH en el fallo *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012) señala “Respecto al alegato del Estado según el cual “la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] protege al ser humano desde [...] el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide”, la Corte estima que, según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración”.

Europeo para la protección de los Derechos Humanos (1953), específicamente en el artículo segundo no se hace extensivo el derecho a la vida al no nacido, en ese mismo sentido para el caso Vo vs Francia (2004), se estableció por parte de esta comisión que el nasciturus se considera parte de la especie humana pero con potencialidad de ser persona sin ser susceptible del derecho a la vida que menciona el artículo segundo del Convenio Europeo.

De igual forma, para entrar a profundizar en uno de los argumentos criticados por los grupos a favor de la prohibición del aborto, entre ellos por Velásquez (2006), Corral (2015) y Silva (1994), que consiste en la diferenciación que existe entre dos etapas del desarrollo humano a saber, la fecundación, que es cuando el espermatozoide penetra en el ovulo, y el momento en que ese producto se implanta en el útero alrededor del octavo día, en el fallo Murillo vs Costa Rica (2012) la Corte IDH, entiende que hay dos momentos denominados la fecundación y la implantación, señalando que la protección del no nacido que predica el artículo 4.1 de la CADH (1969) aplica únicamente a partir de la segunda etapa, es decir, a partir del octavo día de gestación antes no, y para ello existen 3 razones según lo expresan Ruiz y Zúñiga (2014): la primera de ellas es de tipo semántico, según la cual al momento de redactarse dicho artículo la academia de la lengua diferenciaba el concepto de fecundación y de concepción, entendido este último como la implantación del ovulo fecundado; el segundo razonamiento indica que existen dos momentos complementarios en el desarrollo del embrión y son los ya mencionados, siendo en el segundo en donde sucede la concepción, pues este suceso no puede ser entendido como un evento sin tener en cuenta el cuerpo de la mujer pues la viabilidad del embrión radica en que este se implante en el útero y finalmente la tercera razón es una consecuencia de la anterior, y es que sólo con la implantación puede decirse si hay un embarazo o no.

## CAPITULO 4

### **INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA: LEGISLACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.**

Con la ratificación de Colombia del texto de la CADH (1969) por medio de la ley 16 de 1972, se creó para el Estado el deber de implementar en el territorio nacional, las medidas encaminadas a su cumplimiento, por lo cual el Estado por medio del poder legislativo, judicial y ejecutivo tiene la obligación de aplicar no sólo el texto, sino las interpretaciones o el desarrollo que de los derechos y libertades consagradas en él realizan los organismos facultados para su interpretación, es decir, la corte IDH, o incluso las recomendaciones de la comisión IDH, haciendo la salvedad que las segundas no son vinculantes.

De esta forma en el ordenamiento jurídico de Colombia, o por lo menos hasta el año 2006, existe un aparente incumplimiento de la convención por cuanto a nivel legislativo se adoptó una concepción de prohibición total del aborto provocado, pues si bien existen atenuantes dependiendo de la situación lo cierto es que en el capítulo 4 del título 1 del código penal colombiano (2000) existe el delito del aborto sin ningún tipo de excepción a la conducta, en ese sentido en el artículo 122 establece una pena que oscila entre el año y los cuatro años de prisión, y más adelante en el artículo 124 (posteriormente declarado inexecutable por medio de la sentencia C-355 de 2006) predicaba algunas atenuaciones pues la pena sería menor si el embarazo era con ocasión de un acceso carnal violento o acto sexual no consentido entre otras conductas que no obedezcan a la voluntad de la mujer, lo que permite concluir que a nivel legislativo se adopta una postura de darle un valor absoluto al derecho a la vida o a la protección legal que se le predica al no nacido, esto contrariando en primera medida la interpretación hecha por la corte IDH a este derecho.

Lo anterior se predica en cuanto a nivel legislativo, aunque en el desarrollo de las interpretaciones existen personas como Malagón (2006) que sostienen que a nivel jurisdiccional hay penalistas que argumentan que en este delito en particular se debe tener en cuenta el artículo 32 del Código Penal (2000) y en específico el inciso segundo que habla sobre la necesidad de la pena, es decir, que si el juez observa que con la imposición de la condena no se cumple el objetivo, pues basta con el dolor al que ha sido sometida la mujer tanto moral como físico, no es dable aplicar la sanción.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial en un inicio la Corte Constitucional Colombiana realizó una interpretación parecida a la hecha por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* (2012), al concluir que debe existir una protección absoluta del derecho del que está por nacer, que en el caso colombiano llevo a que la Corte Constitucional avalara una prohibición sin ningún tipo de excepción al aborto provocado, como se observa en las sentencia de constitucionalidad<sup>22</sup> C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-213 de 1997 y C-647de 2001, por medio de las cuales se declaró la exequibilidad<sup>23</sup> de los diferentes artículos sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

En estas sentencias según Malagón (2006) la corte determinó que el derecho a la vida principia con la concepción y esta es la unión del espermatozoide con el ovulo, y para esta autora la Corte en las sentencias mencionadas en el párrafo anterior en su argumentación recurre en algunas ocasiones al concepto de vida expuesto en la encíclica *Humana Vitae* (1968) escrita por el Papa Pablo VI, lo que permite cuestionar la legitimidad de un estado declarado laico donde su Corte

---

22. Estas sentencias son producto del procedimiento adelantado por la Corte Constitucional de Colombia, por medio del cual se somete a discusión si una norma se ajusta a la constitución.

23. En el juicio de normas que hace la Corte Constitucional, puede determinar que estas están sometidas a la constitución en cuyo caso las declara exequibles, es decir, que se ajustan a la carta política.

Constitucional acude a este tipo de argumentación para decir que una norma se ajusta o no a la constitución, que es precisamente la que declara a Colombia como un país no confesional.

A raíz de ello, Malagón (2006) se cuestiona por medio de Hegel el acontecimiento anterior, por ello acude a la diferenciación que hace él entre la religión y la filosofía, pues mientras en la primera la finalidad es conocer a Dios en la segunda radica en conocer la esencia y verdad de las cosas. En este sentido, el punto de partida de la religión y la filosofía es diferente porque en la primera hay un pilar subjetivo y en la segunda hay objetividad, esto es así porque para conocer a Dios se necesita de un examen de sí mismo y de sus creencias, en pocas palabras depende de cada uno, y conocer las cosas o su esencia requiere un análisis de lo comprobable.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir de acuerdo a Malagón (2006) que los jueces no pueden acudir a las opiniones para tomar una decisión en los casos puestos a su consideración, pues una opinión se caracteriza por ser eminentemente subjetiva y varía de acuerdo a la persona, esto permite entonces establecer que, si el juez acude a un argumento religioso para decidir en un caso concreto, el fundamento de su decisión son aspectos que se relacionan con su esfera íntima. Es por esta razón que para Malagón (2006) algunas de las sentencias de la Corte Constitucional en el sentido de prohibir el aborto provocado no tomó o no tuvo en cuenta argumentos jurídicos sino que acude a la moral cristiana, violando en su criterio el artículo 230 de la propia constitución que predica que al momento de fallar, los jueces solo están sujetos al imperio de la ley, entendida esta en sentido extenso más como norma, es decir, la categoría general y no la subcategoría regla (Atienza, 2012)

Así mismo, Malagón (2006) hace una fuerte crítica a las posiciones pro feto que indican que la vida, y en especial la vida humana, principia en la concepción y no en el nacimiento, pues amplios son los estudios en uno y otro sentido, por lo que aseverar que ello es cierto implica fundarse en

un argumento moral cristiano del valor de la vida del no nacido, lo cual es sumamente grave ya que equivale a una interpretación absolutista de la protección del feto que no admite excepciones.

En ese orden de ideas, la lucha jurídica por la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los estrados judiciales continuó en el año 2005 con una nueva demanda al tipo penal del aborto, en la cual según Malagón (2006) los demandantes argumentaron que las recomendaciones hechas por organismos internacionales en especial los Comités de Monitoreo de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994, 1995), señalaban como, también lo dice Ruiz y Zúñiga (2014), que cimentar por los estados una prohibición absoluta al aborto provocado perpetua una situación de alta mortalidad y morbilidad en las mujeres lo que equivale a vulnerar el derecho a la vida de las mismas, por esto arguyen que con fundamento en el bloque de constitucionalidad la Corte debía declarar en lo menos la exequibilidad condicionada del artículo 122 del código penal, sin embargo por medio de las sentencias C-1300 de 2005 y C-1299 del mismo año, el alto tribunal se declaró inhibido para analizar de fondo las demandas de constitucionalidad fundándose en la ineptitud de los cargos, los cuales para Malagón (2006) eran lo suficientemente fuertes no solo para ser analizados de fondo sino para que prosperaran tal cual lo sustentó en el salvamento de voto el magistrado Jaime Araujo Rentería en la sentencia C-1300 de 2005, por lo que para esta autora el declararse inhibida la corte correspondió a una motivación política y no a argumentos jurídicos.

Para sustentar lo anterior Malagón (2006) afirma que los argumentos por medio de los cuales la corte se declaró inhibida para decidir en la sentencia C-1300 del año 2005, son injustificados, pues la Corte únicamente indicó que los cargos fueron confusos, poco claros, y que por tanto existía una ineptitud sustancial de la demanda, sin entrar a exponer de forma clara y de fondo porqué ello era así.



Por otra parte en el fallo inhibitorio de la sentencia C-1299 de 2005, fueron dos los argumentos esgrimidos en los que se fundamentó esa decisión, el primero de ellos consiste en que para la Corte la demandante debió señalar los artículos que buscaba que fueran declarados inconstitucionales, para Malagón (2006) el cuerpo colegiado yerra en ese argumento por cuanto en muchos fallos, la misma corte ha hecho uso de la integración normativa<sup>24</sup> para evaluar normas que no habían sido demandas; ahora bien frente a esta figura de integración la Corte en su decisión indica que no es posible valerse de la misma pues no se cumplían con las condiciones para poder utilizarla, lo que según Malagón (2006) carece de fundamento.

Por otro lado, el segundo argumento fue que no era de su competencia declarar la constitucionalidad condicionada de la norma<sup>25</sup>, puesto que los ciudadanos en los términos de la Constitución Política de 1991 únicamente pueden solicitar la inconstitucionalidad de una norma, y no acudir a este mecanismo para que se declare la constitucionalidad condicionada, esto según Malagón (2006) en términos jurídicos resulta inverosímil además de absurdo, por cuanto la doctrina ha dicho que los tribunales constitucionales no se deben limitar a ser interpretadores en negativo, además que la misma Corte a lo largo de su jurisprudencia ha sostenido que tiene la facultad de dictar sentencias interpretativas, es decir, providencias donde no se declara la constitucionalidad o inexecutable de una norma, entendida como regla, pero si contiene una interpretación de la misma, posición sustentada en dos principios el de la conservación del derecho conexo con el principio democrático y el principio de la interpretación de la constitución que hace la Corte, lo anterior permite concluir según Malagón (2006) que la corte acudió a argumentos que

---

24. Este es un argumento mediante el cual se hace necesario integrar normas que no han sido demandas porque tienen una incidencia directa para poder producir un fallo de fondo.

25. Sucede cuando la corte considera que para que una norma se ajuste a la constitución debe ser entendida en el sentido que ella lo interpreta en su fallo, porque de lo contrario sería inconstitucional.

incluso contradicen sus propios pronunciamientos para negarse a estudiar de fondo los cargos de la demanda, lo que implica acudir al ánimo político y no a la realidad jurídica.

Ahora bien, en esa misma línea Molina y Silva (2005) manifiestan que la penalización del aborto en Colombia representa una forma de violencia e injusticia estatal, a causa de las múltiples muertes que ocasiona en las mujeres realizar procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo inseguros, además que en los casos donde no se produce el deceso si ocasiona graves daños físicos y psicológicos a las gestantes por no recibir una asesoría profesional, teniendo como consecuencia que los derechos fundamentales a la vida y la salud de las mismas se miren quebrantados, cimentando una cultura de violencia de género, además de ello esta prohibición va en contra de la jurisprudencia constitucional internacional, como lo señalan igualmente Malagón (2006) y Ruiz y Zúñiga (2014), ocasionando que el Estado colombiano incumpla de forma tajante y grave los compromisos adquiridos.

### **DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CIERTOS CASOS: UN AVANCE QUE REIVINDICA LOS DERECHOS DE LA MUJER.**

En los capítulos precedentes se ha hecho un análisis de los argumentos que han desarrollado los grupos pro-feto y pro-mujer, en los que se sustenta su posición acudiendo a argumentos principalmente jurídicos, como los convenios suscritos por el Estado colombiano, las interpretaciones hechas por la Corte IDH, así como también el ordenamiento jurídico del país, a saber, el código penal, el concepto de persona, vida humana, y los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional de Colombia.

Sin embargo, para tener un cierre argumental, y aunque hasta el momento se ha hecho un análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional del país, se hace necesario abordar en un sólo capítulo la sentencia C-355 del año 2006 porque fue a través de la misma que el alto tribunal cambió la posición que venía desarrollando para que en su lugar se despenalizara la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales que serán abordadas más adelante.

Ahora bien, los promotores de la demanda de inconstitucionalidad que dio como resultado la mencionada sentencia, demandaron los artículos 122, 123, 124, y 32 numeral séptimo de la ley 599 de 2000 por medio de la cual se expide el código penal colombiano, por considerar que violan preceptos constitucionales de rango superior como lo son los derechos fundamentales de las mujeres.

En la primera intervención, la demandante Mónica del Pilar Roa López sustenta que las normas demandadas violan el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo y los artículos 1º, 16 y 42 de la Constitución Política, así mismo considera que se desconocen los derechos a la igualdad, a la libre determinación, a la vida, a la salud, a la integridad y el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes contenidos respectivamente en los artículos 11, 12, 13, 43 y 49 de la carta política e incumple las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos consagradas en el artículo 49 del texto constitucional.

La demandante, hace un estudio sobre la procedibilidad de la demanda, alegando que los fallos anteriores sobre los mismos artículos si bien, son respetables, no constituyen en la práctica cosa

juzgada constitucional<sup>26</sup> porque de ellos no se puede predicar que haya cosa juzgada material<sup>27</sup> ni formal<sup>28</sup>, en la medida que las sentencias anteriores produjeron siempre una decisión de exequibilidad por lo que son precedentes más no cosa juzgada, adicionalmente el artículo 122 del código penal nunca había sido demandado ante la Corte Constitucional.

Además, Pilar Roa, sostiene en la sentencia C-355 de 2006 que no puede haber cosa juzgada material por cuanto en el año 2005 entra en vigencia el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en el cual se modifican las penas aumentándolas para los delitos consagrados en la parte especial del código penal, en consecuencia, se añade un nuevo elemento a los artículos demandados a través de dicha norma.

En cuanto, al fondo de la inconstitucionalidad de los artículos, la demandante argumenta que los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, tienen su núcleo central en permitir que los asuntos de la esfera íntima de las personas, sean decididos únicamente por el afectado, así, si desde la legislación se decide por la mujer embarazada consistiría en un acto de alienación

---

26. Cuando existe cosa juzgada constitucional, la Corte Constitucional ha sustentado que no es posible demandar nuevamente una norma, porque ya existe un pronunciamiento al respecto, en aras de garantizar la seguridad jurídica y evitar una dilación en el tiempo de un asunto.

27. En la sentencia C-393 de 2011 la Corte Constitucional sustenta que la cosa juzgada material "se presenta cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican, de tal forma que, si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material."

28. Al respecto en la sentencia C-100 de 2019 la Corte Constitucional sustenta que la cosa juzgada formal sucede cuando "existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma."

desproveyendo su condición ética, es decir, es una concepción cosificada de la misma convirtiéndola en un medio para un fin ajeno a sí misma. Lo anterior es así porque cuando el Estado reconoce a un sujeto ético le atribuye la capacidad de tomar las decisiones sobre su proyecto de vida, es decir, su propia existencia, y con la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo a las mujeres se les desconoce su condición de sujeto moral<sup>29</sup>.

Lo anterior implica según Pilar Roa que la interrupción de un embarazo que no desea la mujer, debe ser una decisión que únicamente le competa a la misma, pues es la única que tiene la capacidad moral de decidir sobre su cuerpo, en consecuencia la penalización de la conducta consiste en una clara contradicción con la esencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, por cuanto la legislación desconoce a la mujer las condiciones mínimas del ser humano, en particular las relacionadas con decidir por sí mismas para dirigir su proyecto de vida, por cuanto esto no es sólo un derecho sino un principio general que consiste en la autodeterminación de los individuos que implica una protección especial constitucional en la toma de decisiones y que estas no se vean coaccionadas por una intromisión ajena a la propia consciencia. En orden lógico, el legislador, no debe privilegiar una concepción de lo que es la vida para obligar a las mujeres a llevar a término un embarazo que no quieren.

Así mismo, Pilar Roa en la misma línea de Malagón (2006), como se pudo observar en el segundo capítulo, manifiesta que la responsabilidad de mantener el embarazo con ocasión de la penalización absoluta del aborto, les impone a las mujeres una obligación que a todas luces supera

---

29. Para Asís (2012) un sujeto moral es aquel ser dotado de dignidad y libertad de elección, que tiene la capacidad de elaborar y determinar su plan de vida conforme a sus decisiones, sin intervención de otro.

la carga que una persona deba soportar en un Estado Social de Derecho, porque pone en riesgo su vida y salud, además que es discriminatoria pues aunque sea por factor biológico es una obligación que únicamente le asiste a las mujeres. Además, un embarazo, tiene implicaciones complejas y variadas como son el carácter social, económico, de salud, entre otros, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de prohibir el aborto en todos los casos, pues se ven afectados derechos fundamentales de las mujeres, coincidiendo con argumentos ya expuestos a lo largo de este trabajo.

En consecuencia, como el embarazo es algo que afecta exclusivamente a la mujer se vulnera el derecho a la igualdad e incluso es un caso de discriminación porque según la actora, en el sector poblacional donde sucede la mayor cantidad de embarazos no deseados e interrupciones voluntarias del embarazo inseguras es en los estratos socioeconómicos deprimidos, en condiciones de pobreza o extrema-pobreza.

Adicionalmente, la demandante trae al debate la decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como en su momento también se miró en Ruiz y Zúñiga (2014), y en su criterio estas recomendaciones hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues ahí se establece que no permitir un aborto seguro y legal, en los casos donde el feto tenga malformaciones consiste en un desconocimiento al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, por cuanto se obliga a las mujeres que no lo desean a continuar con un embarazo que en ocasiones aunque sea deseado es inviable.

En cuanto a la dignidad humana, Pilar Roa asevera que en los casos de violación, inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo menoscaba este derecho por cuanto instrumentaliza a la mujer, puesto que se convierte en una especie de objeto para el que ejerce el poder sobre ella, y lo anterior se agrava

cuando la legislación que debería proteger sus derechos es quien la obliga a continuar cosificada porque de manera injusta y en contra de su voluntad se le impone seguir adelante con la gestación.

Así mismo, se vulnera el derecho a la salud y la vida, cuando se prohíbe de forma absoluta el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos donde médicamente se diagnostica que la continuación del embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer gestante, y que a causa de la legislación la misma deba ceder a derechos tan fundamentales sin que exista una proporcionalidad. En resumen, los demás demandantes de alguna forma u otra terminan coadyuvando los argumentos expuestos por Mónica del Pilar Roa López.

### **ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IVE: UNA CUESTIÓN DE SALUD PÚBLICA Y UNA DECISIÓN LIBRE E INFORMADA DE LA MUJER.**

Ahora bien, antes de pasar al estudio hecho por la Corte Constitucional resulta importante destacar algunas de las tantas intervenciones que se presentan en el fallo pues en términos académicos enriquece el análisis. De esta forma, el Instituto Colombiano de Bienestar Familia o ICBF, en su escrito dirigido a la corporación menciona que la institución no aprueba ni consiente que el aborto sea considerado como un método de planificación familiar, pero lo considera un problema de salud pública, calificación que también le dan el Ministerio de la Protección Social y la Defensoría del Pueblo, puesto que afecta a todas las mujeres independientemente de la edad y condición social, pero con una mayor frecuencia en las mujeres pobres, niñas, jóvenes y adolescente quienes tienen una exposición a un aborto inseguro, esto agravado por el enfoque restringido que tienen los programas de educación sexual. Además señala que un embarazo tiene graves afecciones físicas y psicológicas en las adolescentes especialmente las niñas menores de 14 años, y en general a

cualquier mujer cuya gestación se produce con ocasión de una violación, el feto sea inviable o el embarazo ponga en riesgo la vida de la misma.

En su intervención el ICBF también sostiene que, en todo caso, si la mujer se va a someter a una interrupción voluntaria del embarazo, incluidas las adolescentes, debe procurarse que su decisión sea producto de un asesoramiento con información completa y verás sobre esta intervención, así mismo contar con un acompañamiento terapéutico y social de llegarlo a necesitar, pues sólo así hay seguridad que la gestante tome su determinación de forma libre y espontánea. Lo anterior, con el objetivo de garantizar la autonomía personal, la confidencialidad, la intimidad y tener la certeza que existe un consentimiento libre e informado.

Es por esto que el ICBF, si bien ratifica su posición de no consentir el aborto provocado como una forma de planificación, señala igualmente que para evitar esta práctica es imperante trabajar desde diferentes frentes para prevenir los embarazos no deseados, prestando especial interés en los aspectos socioculturales y estableciendo cargas a la sociedad, la familia y el Estado para garantizar que los servicios de salud sexual y reproductiva se presten en condiciones de calidad. Adicionalmente, el ICBF solicita que se adecúe la legislación a los estándares internacionales con el propósito de evitar la morbilidad<sup>30</sup> por la práctica de abortos inseguros en condiciones deplorables, ante lo cual el Estado debe garantizar los servicios necesarios en salud, así como lo expusieron en el segundo capítulo Molina y Silva (2005).

---

30. De acuerdo con la real academia de la lengua española la morbilidad es la tasa de muertes por enfermedad en una población y en un tiempo determinados. Y de acuerdo con Vaca y Cordero (2018) el aborto inseguro se encuentra entre las 5 principales causantes de mortalidad materna e indican que para evitar esto es indispensable que "todas las mujeres, y en particular las adolescentes, deben tener acceso a la contracepción, a servicios que realicen abortos seguros y a una atención de calidad tras el aborto" (Vaca y Cordero, 2018).



Por esta razón, el ICBF solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de los artículos demandados, o su constitucionalidad condicionada para despenalizar el aborto inducido en algunas causales como en su momento también lo sustentó Malagón (2006), y que se exhorte a las instituciones para que de forma inmediata adopten la regulación adecuada que permita a las mujeres acceder al sistema de salud con el objetivo de tener asistencia en la prestación de servicios adecuados tendientes a la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo segura y oportuna pues la sola despenalización del aborto no es suficiente si no existe un marco regulatorio en el sector salud para poder hacer efectiva dicha decisión, pues debe haber una garantía de prestación así como un sistema de información para la vigilancia, el control y monitoreo de los servicios, los cuales deben estar cubiertos por el Sistema General de Seguridad Social.

Igualmente según el ICBF, si el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en niñas y adolescentes fuera negado por el personal médico bajo el argumento de objeción de conciencia, debe existir en el sistema de salud una medida que permita acceder de forma inmediata y prioritaria a un prestador de salud alternativo que le practique la interrupción voluntaria del embarazo y finalmente se debe promover una amplia capacitación al personal médico para que ofrezca un acompañamiento profesional en estos casos.

Por otro lado, en su intervención la Corporación Casa de la mujer coadyuva las pretensiones de las demandas señalando que se debe declarar por parte de la Corte Constitucional la inexecutable del artículo 122 de la ley 599 de 2000 por cuanto la penalización del aborto vulnera los derechos fundamentales de las mujeres. Así mismo, sustenta esta Corporación que una norma que trata de proteger el bien jurídico de la vida y la integridad personal del nasciturus penalizando el aborto, resulta contradictoria por cuanto vulnera precisamente esos derechos en las mujeres como también lo sustentó Ruiz y Zúñiga (2014), en ese sentido este artículo es el resultado de una política de

intervención por parte del Estado que termina por ocasionar limitaciones a derechos y libertades de rango constitucional.

En concordancia la Corporación Casa de la Mujer manifiesta que las limitaciones al derecho fundamental de la libre determinación que se le impone a las mujeres sobre su proyecto de vida, en el sentido que estas no puedan decidir autónomamente cuantos hijos quiere tener, y en consecuencia obligarle a continuar con un embarazo, es incoherente con los deberes que le asisten al Estado y la sociedad respecto de la mujer, pues deben garantizar, proteger y establecer la condiciones para el ejercicio de la autonomía y que sea la mujer la que decida en qué momento quiere ser madre de acuerdo a sus condiciones sociales. Es así que, la incapacidad estatal para ofrecer tanto a la mujer como al que está por nacer condiciones dignas como educación, salud, alimentación entre otros, no se puede transmitir a la mujer como una especie de obligación cuando esta no tiene las condiciones para asumirlo, siendo un claro ejemplo de la falta de inclusión de políticas públicas para la protección y ampliación de los derechos sexuales y reproductivos.

Por tanto para la Corporación Casa de la Mujer, la no autorización de la interrupción voluntaria del embarazo en la legislación es el reflejo del temor a despenalizar una conducta, cuya realización sólo le compete a la mujer, plano en el cual la libertad de configuración del legislador no es absoluta<sup>31</sup> y es deber del poder judicial intervenir para excluir del ordenamiento jurídico aquellas normas que resultan violadoras de derechos fundamentales como sucede en este caso, de lo

---

31. Según la Corte Constitucional como lo expresa en la sentencia C-047 de 2001 la libertad que cuenta el legislador para producir normas en el marco de su mandato superior tiene limitaciones pues "la Carta es el referente necesario y fundamento último de la actuación de los poderes constituidos, por lo que toda actuación debe condicionarse a la vigencia del Estado constitucional. Por ello, nunca pueden concebirse decisiones políticas o jurídicas, por más loables que sean, como excepciones a la propia institución superior, pues de ella dependen y su función es garantizarla "

contrario existiría una deslegitimación del Estado al utilizar el poder legislativo para prohibir derechos. Igualmente, cuando de medidas que busquen limitar derechos fundamentales se trate, estas solo podrán tener aplicación si cumplen con determinadas características de proporcionalidad y razonabilidad, lo que en el caso de la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo no se da, pues el legislador protege la vida del que está por nacer y no los derechos a la salud y vida de la mujer, los cuales tiene una prevalencia, pues se trata de una autentica titular de derechos y no de una expectativa de vida.

Lo anterior para la Corporación Casa de la Mujer, implica que el debate sobre la despenalización del aborto deben ser abordados como punto de partida los Derechos humanos que le asisten a la mujer, por lo que desde esta óptica la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo es una representación de las diversas formas de discriminación que sobre este grupo poblacional se han ejercido, pues el Estado bajo el rotulo de administrar justicia estaría desconociendo Derechos Humanos como la libertad, la vida, la autodeterminación prefiriendo reglas como las del código penal al disfrute de estas garantías inherentes a todas las personas.

En la misma línea, interviene la Corporación Cisma Mujer al señalar que no existe cosa juzgada constitucional por los argumentos ya esbozados por los actores y demás intervenciones que coadyuvan a la demanda. En el asunto de fondo, sostiene la corporación que el artículo 122 del código penal debe ser declarado inconstitucional por vulnerar los derechos a la dignidad, autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en igual sentido desconoce las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos suscritas por el Estado colombiano al tenor de las razones expuestas por la demandante Mónica del Pilar Roa.

Ahora bien, en una ampliación de sus argumentos la Corporación Cisma Mujer indica que una penalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo incluso en casos donde la gestación pone en riesgo la vida o la salud de la madre, es a todas luces inconstitucional por impedir que el Estado cumpla con su obligación de garantizar los derechos a la vida y la salud de la mujer, esto en la misma línea de argumentación que Malagón (2006). Para vislumbrar lo anterior la Corporación Cisma trae a colación que el alto tribunal a través de sus sentencias<sup>32</sup> ha establecido que cuando se alegue que una norma vulnera o amenaza Derechos Fundamentales como la vida y la salud, estos deben ser garantizados por el juez constitucional en su ámbito de aplicación, es decir, que la Corte Constitucional en sede de tutela ha establecido que cuando se encuentre un escenario donde una norma o reglamento del Sistema General de la Seguridad Social atente contra derechos fundamentales, se debe proceder a su inaplicación, por lo que la alta corte debe ser coherente con su línea jurisprudencial, pues la interrupción involuntaria del embarazo en los casos donde esté en peligro la vida o la salud de la madre es el único procedimiento que garantiza que no se consuma un daño irreparable.

Así mismo, encuentra la Corporación Cisma Mujer que el artículo 122 del Código Penal es violatorio del derecho a la vida digna por cuanto impide que mujeres que hayan sido víctimas de accesos carnales violento o puestas en incapacidad de resistir, puedan acceder a interrumpir de forma voluntaria un embarazo que nunca planearon y que es producto de un acto que les causa secuelas físicas y psicológicas, lo que también ocurre cuando el embarazo es con ocasión de un acceso carnal abusivo con menor de 14 años, soslayando con ello un derecho y principio

---

32 . Sentencia C-239 de 1997, Sentencia T-777 de 2004, entre otras.

constitucional como lo es la dignidad humana, columna vertebral de un Estado Social de Derecho que propugna por garantizar una vida digna y no una mera subsistencia.

De igual forma, la Corporación Cisma Mujer considera que las normas demandadas del código penal son violatorias de los derechos a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, puesto que el artículo 122 obliga a una mujer que queda en embarazo en contra de su voluntad a seguir con la gestación. En ese sentido, la corporación señala que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma que limite los derechos de una mujer embarazada, pues de presentarse se les reconocería como incapaces, por ejemplo, no hay prohibición para que una madre en gestación decida suicidarse, ya que ella es autónoma de seguir viviendo o no hacerlo. De lo anterior, trae a colación la sentencia C-239 de 1997 donde se despenalizó el homicidio por piedad en algunas causales donde la Corte Constitucional prima los derechos a la vida digna, a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de la personalidad, incluso cuando existe un conflicto con el derecho a la vida, pues en palabras del alto tribunal, los derechos no son absolutos, y en consecuencia tampoco lo es el deber de garantizarlos, pues pueden encontrar límites en la decisión de los individuos respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañe. De esta forma y frente a la Interrupción Voluntaria del embarazo debe la Corte en su decisión seguir la misma línea argumental pues la penalización del aborto impide el ejercicio de la libertad y el desarrollo personal.

La Corporación Cisma Mujer también aduce que las normas vulneran el derecho a la igualdad por razones similares a las ya expuestas a lo largo de este texto, es decir, que biológicamente las únicas que pueden concebir son las mujeres. En su intervención de igual forma sostiene que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo impide la realización de un estado laico no confesional pues la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia ha dicho que el Estado

no puede demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción, esto porque consiste en un tratamiento cruel obligar a alguien a actuar en nombre de creencias ajenas aún si estas son compartidas por la mayoría de las personas, pues no es posible pretender que una conducta se haga coercitivamente exigible por medio del aparato estatal cuando tienen un fundamento moral o religioso, así penalizar el aborto equivale a admitir las creencias religiosas o morales para impedir que exista libertad de conciencia y libre desarrollo de la personalidad.

### **ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA IVE: PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL NO NACIDO Y LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD Y AUTONOMÍA DE LA MUJER.**

Por otra parte, en el lado opuesto se encuentra la intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana que mediante su escrito manifiesta que se debe declarar la constitucionalidad de las normas acusadas, y en consecuencia mantener una prohibición general del aborto a todos los casos, por cuanto las mismas no solo protegen los derechos a la vida, la salud y la integridad del no nacido, sino también los derechos de la mujer gestante. En ese sentido, sostienen que la protección a la vida naciente debe ser una obligación del Estado en todas y cada una de las etapas de gestación, sin ningún tipo de discriminación al igual que lo dijeron Silva (1994) y Corral (2015).

En el desarrollo de sus argumentos, la iglesia católica desconoce la idea de libertad que sostienen los demandantes, al indicar que cuando la libertad no se enfoca a verdades objetivas como fundamento de la vida personal y social, la persona de forma inevitable termina por asumir como única e indiscutible su decisión pero no sobre el bien o el mal, sino sobre su propia opinión cambiante y subjetiva, hasta llegar a considerar únicamente un interés egoísta o caprichoso, es

decir, que una aceptación de este concepto de libertad tiene como un resultado inevitable que se niegue al otro, asumiendo una posición de defensa al considerarlo su enemigo. De considerarse lo anterior, para la conferencia equivale a renunciar a los valores comunes y una verdad absoluta, pues todo sería negociable, llegando al extremo de considerar no fundamental el derecho primigenio que da origen a todos los derechos, es decir, la vida.

Lo anterior, para la iglesia católica es consecuencia de un relativismo en el que el derecho a la vida deja de ser tal y de estar fundamentado en la dignidad humana, a quedar sometido a la voluntad del más fuerte, así al ser el comienzo de la vida un estado frágil, a través de la libertad se le da a la mujer un poder para decidir contra el que está por nacer. Es así que, la conferencia episcopal manifiesta que el derecho a la vida del no nacido está reconocido por la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales que por disposición de la carta magna hacen parte del bloque de constitucionalidad, adicionalmente sostienen que la Corte Constitucional debe mantener su línea jurisprudencial por cuanto en anteriores pronunciamientos sobre el tema consideró que la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo estaba acorde con la constitución, privilegiando el derecho a la vida del no nacido el cual se predica desde la concepción y en todas las etapas de la gestación, teniendo el Estado la obligación de establecer un sistema efectivo de defensa de la vida como lo son las normas penales dispuestas por el legislador.

En cuanto a las causales que alegan los demandantes, la Conferencia Episcopal Colombiana, sostiene que cuando se alega el peligro a la salud de la mujer como justificación del aborto, el artículo 42 de la constitución determina que la pareja es libre de decidir cuántos hijos quieren tener, pero esto hace referencia es a los futuros hijos no a los ya concebidos, además la mujer cuenta con otros derechos que pueden permitirle llevar una gestación en condiciones seguras, al respecto el artículo 43 constitucional faculta a las mismas para pedir una especial asistencia y protección por

parte del Estado en el embarazo y después de dar a luz, por esta razón ni el Estado ni las autoridades sanitarias pueden poner como justificación la salud pública para consentir el aborto ya que es una solución simplista frente a una obligación constitucional.

De igual forma, al argumento de la violación como patente de corso para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo, es en términos de la iglesia una justificación no válida pues representa un acto de violencia en contra de la mujer y de la vida del nasciturus, es decir, se vuelve a victimizar a la gestante haciéndola pasar por un procedimiento que tiene muchas secuelas físicas y psicológicas, indicando además que recientes estudios en el área de la psiquiatría indican que si la víctima de un acceso carnal violento supera la etapa de gestación y da a luz, siente que ha superado el trauma de ese suceso recuperando con ello el autoestima perdido en el mismo, desvirtuando el argumento de quienes sostienen que el aborto es necesario para que la mujer salga de las secuelas que dicho acto genera.

En lo que respecta a las malformaciones del feto, la Conferencia Episcopal Colombiana señala que con el avance de la ciencia en materia de ginecología se pueden conocer las condiciones que tiene el embrión o el feto cuando aún no ha nacido, permitiendo generar tratamientos para las patologías detectadas en caso de ser posible, pero ello, la malformación del que no ha nacido, no puede ser justificación para practicar un aborto pues constituye en una violación al derecho a la vida además se implementaría un sistema de lo que la iglesia católica denomina como "prevención de la subnormalidad", creando una discriminación injustificada e intolerante donde se concede el derecho a existir sólo a los "bien dotados", lo que provoca que siguiendo esa lógica sería factible quitarle la vida a los ancianos improductivos, a enfermos incurables o cualquiera en condición de debilidad, lo cual es inadmisibles.



A su turno los Miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo de la Fe, intervienen para sustentar que el aborto debe seguir penalizado en Colombia, sin ninguna excepción, por cuanto es una garantía de protección al derecho a la vida del no nacido, así como también de la salud física y psicológica de la mujer que corre un grave riesgo al someterse a un procedimiento que en sus palabras puede conllevar implicaciones que afecten esos derechos en la gestante. Así mismo, sostienen que el derecho a la vida no puede tener condicionamientos para su protección la cual se debe predicar desde el momento de la concepción, pues cuando el espermatozoide penetra en el ovulo y lo fecunda existe vida humana, susceptible de ser titular de todos los derechos que un humano tiene, entre ellos la vida.

En su intervención el ciudadano Rafael Nieto Navia manifiesta que algunas de las elucubraciones hechas por los promotores de la demanda a las normas acusadas, yerran al pretender que las recomendaciones hechas por los comités de vigilancia de algunos tratados de Derechos Humanos sean vinculantes y considerados dentro del bloque de constitucionalidad, pues al Estado únicamente lo vincula los tratados que este suscriba, incluso si Colombia quiere atender las observaciones que se realizan primero debe verificar que sean coherentes con el texto del tratado. En consecuencia, ni las recomendaciones de esos comités, ni el derecho comparado es algo que la Corte Constitucional deba tener en cuenta para adoptar una decisión de fondo sobre la constitucionalidad de una norma que ya había sido puesta en juicio y se declaró que estaba ajustada a la constitución. Además, señala respecto al bloque de constitucionalidad que sólo los tratados de derechos humanos que prohíban la limitación de Derechos Humanos en estados de excepción hacen parte de este.

Aunado a lo anterior, Rafael Nieto sostiene que la jurisprudencia internacional en la cual se interprete un tratado ratificado por Colombia solamente es una fuente auxiliar del derecho y no es

vinculante para la Corte Constitucional en sus decisiones. Adicionalmente indica como también lo hizo Velásquez (2006) que de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de los Niños, se concluye que existe un especial interés por la protección de la vida sin ningún tipo de condicionamiento, incluso desde la concepción, por lo que no se puede afirmar que de ellas se deriva una autorización para la interrupción voluntaria del embarazo, es por ello que coadyuva a las intervenciones que piden declarar la constitucionalidad de las normas acusadas en la demanda.

Es así que hasta el momento se han tomado los argumentos relevantes de la demanda de las normas acusadas del código penal, así como de algunas de las intervenciones tanto a favor como en contra de la declaración de inconstitucionalidad de las mismas. Ahora bien, para cumplir con los objetivos propuestos es menester analizar la posición de la Corte Constitucional y por ende del ordenamiento jurídico aplicable en la actualidad en Colombia.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LIMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA.**

Del análisis realizado a la parte motiva de la sentencia se puede establecer que la Corte Constitucional realiza un cambio a la interpretación que años atrás había establecido respecto del tema de la interrupción voluntaria del embarazo, pues en lugar de ratificar la constitucionalidad de las normas demandadas que en el pasado el alto tribunal consideró como ajustadas al texto superior reconociendo con ello una amplia potestad al legislador para reglamentar la protección a la vida,

para que en su lugar ahora en este fallo justifique que existan límites a la libertad de configuración legislativa.

En ese sentido la Corte Constitucional señala que el marco de acción del poder legislativo se encuentra limitado por el texto de la constitución, tanto en su parte dogmática como programática pero con especial énfasis en los derechos fundamentales, es así que considera que la labor del legislador es debatir los temas que causan escozor en la vida pública como lo demanda un sistema democrático verificando las limitaciones antes dichas, por ello como lo señala el magistrado Araujo Rentería en su aclaración del voto, en cuanto al tema del aborto trata el constituyente cuando se encontraba redactando la constitución política determinó que un concepto con tanta relevancia como lo era el hecho de determinar el inicio de la vida, y en consecuencia su protección, debía ser tocado en un debate amplio y posterior a la constitución.

Sin embargo, pasaron quince años, desde la promulgación de la constitución política y el Congreso de la República no discutió un tratamiento diferente al establecido en el Código Penal respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, es más, existió una negativa a debatir este tema a profundidad con el objetivo de solucionar las graves problemáticas que generaba una práctica abortiva en condiciones de inseguridad. Es así que, la Corte Constitucional señala que si bien se dictaron atenuantes a la conducta ello no tenía como tal un factor diferenciador porque en la práctica representaba que todas modalidades de interrupción voluntaria del embarazo fueran criminalizadas, en consecuencia esto se traduce en que ni los médicos ni las mujeres pudieran hacer este procedimiento de forma legal, lo que lleva a que las segundas acudan a lugares insalubres o sin conocimiento suficiente en el que ponen en riesgo su vida y salud, más allá las implicaciones sociales, económicas, familiares, entre otras.

En consecuencia, la Corte Constitucional a raíz de las demandas a estos artículos del código penal<sup>33</sup> entra a examinar no la política criminal del país como tal, sino lo que se censura es la constitucionalidad o no de las normas que criminalizaban la interrupción voluntaria del embarazo en todos los casos sin ninguna clase de excepción, entrando así en colisión con los derechos fundamentales de las mujeres, por esto la corte intenta verificar la afectación de derechos con la norma penal. Así para Román, Silva y Pabón (2015) el problema jurídico planteado por la Corte tiene asiento en tres premisas, la primera predicar que el nasciturus no es persona, por lo que no es un titular del derecho a la vida, pero que si cuenta con una protección, la segunda que el ejercicio del poder punitivo del Estado radicado en la rama legislativa encuentra límites en la constitución y los derechos fundamentales y por último que los ciudadanos pueden hacer valer la defensa de la supremacía de la constitución y los derechos fundamentales por medio de las demandas de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la Corte Constitucional señala que los individuos cuentan con derechos subjetivos que pueden hacer valer o defender en el escenario público como ocurre en el presente caso con las demandas presentadas por los accionantes, es por ello que el alto tribunal considera necesario que se realice una ponderación entre la protección que se predica del no nacido y los derechos alegados por los demandantes respecto de las mujeres como lo son la vida, la salud, la libertad, entre otros, lo cual se debe hacer desde un marco democrático, laico y pluralista, por ello se permitió la intervención de voces a favor así como en contra de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

---

33 . Los artículos demandados son 122, 123, 124, y 32 numeral séptimo de la ley 599 de 2000

De dicha ponderación la Corte Constitucional determinó que la penalización del aborto en sí misma no constituye una vulneración a la autonomía de la voluntad de la mujer, esto debido a que el no nacido está revestido de una protección constitucional y por lo tanto las decisiones que tome la gestante que llegasen a afectar directamente al nasciturus trascienden de su esfera personal para radicar un especial interés en el Estado por medio del legislador, por lo tanto este tiene la facultad tanto legal como constitucional para dictar normas que penalicen esta práctica, sin que pueda entenderse como una justificación moralista de determinado modelo de virtud preferido.

Sin embargo, si bien el legislador cuenta con la facultad de dictar normas que vayan acordes con ese deber de protección al no nacido, ello no significa que la libertad de configuración normativa sea ilimitada, pues esta encuentra límites en la constitución y los derechos fundamentales. Así la Corte Constitucional sustenta que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en todos los casos equivale a reconocer un valor absoluto a la protección del no nacido, y en el sistema constitucional colombiano no existen derechos o principios absolutos, ya que de ello se deriva que los derechos de la mujer frente a los del no nacido tienen que ceder de forma absoluta, lo que resulta inadmisibles e inconstitucionales. De esta forma, un sistema penal que sancione en todos los casos un aborto provocado anula en su totalidad los derechos de las mujeres, lo que implica desconocer su dignidad como ser humano, y reducirla a una especie de incubadora de vida carente de derechos e intereses superiores que deban ser protegidos, razonamiento que no resulta coherente con un Estado Social de Derecho como lo es Colombia puesto que se encuentra cimentado en la dignidad humana. Por esta razón el alto tribunal llegó a la determinación que la penalización del aborto resultaba inconstitucional en tres causales.

Así, en la primera de esas causales, a saber, cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer, según la Corte Constitucional se debe hacer un juicio

de ponderación entre el valor de la vida del nasciturus y el derecho a la vida o la salud de la mujer, en este caso para el alto tribunal la protección que debe darse a la vida en uno u otro caso resulta diferente pues el ordenamiento jurídico ha establecido un tratamiento diferenciado en el grado salvaguarda de la vida. Es así que se asigna un mayor grado de intensidad a la protección de los derechos de la mujer que a los del no nacido, esto porque la primera tiene un derecho cierto al ser persona, mientras que el segundo no reviste del mismo carácter pues no posee personalidad. Por esta razón, cuando la continuidad del embarazo represente un peligro a la vida o la salud de la mujer gestante la protección al nasciturus debe ceder ante un derecho de mayor intensidad, así la interrupción voluntaria del embarazo en estos casos no puede ser constitutiva de una conducta delictiva que amerite una sanción penal.

La segunda de esas causales tiene que ver cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida, en ello la Corte Constitucional trae a colación que los avances científicos en ginecología han permitido que desde el mismo vientre materno se puedan detectar graves malformaciones en el no nacido que hacen el desarrollo de su vida inviable, es decir, que el ejercicio de la vida no es posible. Por esta razón, se debe prevalecer los derechos de la mujer a interrumpir el embarazo voluntariamente, pues de lo contrario se le estaría obligando a lidiar con una carga que resulta desproporcionada ya que se le priva de la posibilidad de escoger su propio plan de vida por proteger una vida inviable, lo que lleva a que se privilegie el derecho a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad por revestir en estos casos un mayor grado de intensidad que la protección del nasciturus cuya vida científicamente no es realizable como vida independiente, de ello que resulte inconstitucional penalizar este procedimiento cuando se producen estos supuestos fácticos.

La tercera causal expuesta por la Corte Constitucional sucede cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial, de transferencia de ovulo fecundado no consentidas o de incesto. En estos casos el alto tribunal expone que la libertad de la mujer a establecer sus propios planes de vida debe estar protegida para que no se mire afectada por la injerencia de terceros, por esa razón cuando un embarazo resulte de un acto en contra de su voluntad sea este violento o no, resulta inconstitucional penar el deseo de interrumpir dicha gestación, pues estas tienen la potestad de dirigir su vida de acuerdo con sus prioridades sin límites externos que le impidan realizar sus objetivos. Ahora bien, en cabeza de las mujeres está la facultad de traer vida al mundo, por ello tienen libertad sexual y reproductiva para decidir en qué momento sostener un encuentro sexual, es así que cuando esa libertad se mira soslayada o violentada por no contar con su consentimiento, cuando se trate de una menor de 14 años que aunque medie su voluntad para el ordenamiento jurídico esta última no cuenta con la madurez necesaria para poder brindarla, e incluso en el caso del incesto que proviene de un hecho punible e ilegítimo y que produce un menoscabo inmenso a la moralidad pública, puede contemplarse la interrupción voluntaria del embarazo como un procedimiento que reviste de una protección constitucional por estar en juego derechos que tienen una mayor intensidad, por lo tanto no puede ser penalizado ni quien lo practica ni la mujer.

**ACLARACIONES DE VOTO EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: NO DEBEN EXISTIR PROHIBICIONES ABSOLUTAS.**

Ahora bien, para abordar de una manera integral el debate que se sostuvo alrededor de la constitucionalidad o no de la interrupción voluntaria del embarazo, es necesario mencionar los salvamentos y las aclaraciones de voto presentes en la sentencia C-355 de 2006. Frente a ello el

magistrado Araujo Rentería aclara su voto indicando que, si bien comparte la interpretación de la Sala mayoritaria al señalar que la penalización absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo es una negación de los derechos de la mujer, sostiene que la decisión debió ir más allá pues el no nacido no tiene personalidad y no es titular de los derechos que le asisten a cualquier persona. Por lo tanto, carece de sentido para este magistrado que se realice el ejercicio de ponderación propuesto ya que no puede existir un conflicto de derechos entre el nasciturus que no tiene personalidad, y la mujer que tiene personalidad y es sujeto de derechos y obligaciones, es decir, no existe una equivalencia entre derechos, además menciona que la personería imprime certeza en derechos como la vida, la salud, la igualdad entre otros, a diferencia de la probabilidad de ser persona que existe en el no nacido.

Resultado de ello, para el magistrado Araujo Rentería debe primar la autonomía de la voluntad de la mujer, ya que tanto la sociedad como el estado deben propender porque este derecho se disfrute pues es la esencia de la libertad, así que se debe limitar la configuración legislativa para impedir que se intervenga en asuntos que son de la esfera íntima del individuo, de esta forma para Araujo Rentería en términos de Rawls se debe garantizar la mayor libertad posible, por ello sostiene que en un Estado Social de Derecho si bien las restricciones al derecho a la libertad son válidas, estas solo tiene lugar si buscan el respeto a la seguridad del otro, y como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo los derechos del no nacido son inciertos, debe operar el principio in dubio pro libértate, es decir, favorecer la decisión que tome la mujer, puesto que si se quiere establecer una limitación a la libertad de esta, la justificación debe ser amplia y que tenga asiento en la constitución pues no tiene sentido que quien ejerza su libertad tenga la carga de justificarlo pues es la base de su propia dignidad como persona. En consecuencia, el magistrado sustenta que dentro de un estado constitucional y democrático se deben respetar los propósitos o fines plurales de los



individuos sin privilegiar marcos morales que establezcan lo que les conviene a las personas o qué deben hacer con sus proyectos de vida, en síntesis, que cada ser humano es dueño de su destino y juez de sus propios intereses.

A su turno, en su aclaración del voto el magistrado Manuel Cepeda opta por una posición más alineada con los argumentos de la decisión de la sala plena, pues manifiesta que es el legislador quien debe debatir y establecer las normas sociales ya que la facultad de la Corte Constitucional se enmarca en determinar los límites o prohibiciones a esa libertad del legislador. En ese sentido, el magistrado identifica dos prohibiciones a raíz de la sentencia, la primera indica que está prohibido al legislador establecer prohibiciones absolutas cuando busque proteger derechos bien sea por un lado del feto o por el de la mujer, y la segunda tiene que ver con la prohibición al legislador de llamar delincuente a la mujer que realiza una interrupción voluntaria del embarazo bajo una de las tres causales, o al médico que se la práctica de forma segura.

#### **SALVAMENTOS DE VOTO EN LA SENTENCIA C 355 DE 2006: DEBER DE EXISTIR UNA PROTECCIÓN DEL NO NACIDO COMO SUJETO DE DERECHOS.**

Ahora bien, dentro de la sentencia existen dos salvamentos de voto de los magistrados Marco Monroy y Rodrigo Escobar, que de forma conjunta señalan que resulta inadmisibles las posiciones mayoritarias de la Corte Constitucional que sustentan que existe una distinción en la vida humana, donde el no nacido es apenas un bien jurídico sin personalidad, mientras que la vida independiente sí es susceptible de considerarse como sujeto de derechos, puesto que para estos magistrados la vida humana tiene su comienzo en la gestación por lo que es desde ese momento y hasta el fin de la misma que debe protegerse, de esta manera no es coherente que en alguna de las etapas de la vida se le considere como un bien jurídico.

Por lo que para los magistrados disidentes a la mujer le asiste una obligación legal de garantizar el desarrollo del no nacido en su cuerpo, desde el momento de la concepción y hasta que sea una vida independiente, sin tener potestad de decidir sobre el nacimiento o no, por ello critican la posición mayoritaria cuando defienden la finalidad de los derechos de la mujer con una función de aliviar los padecimientos humanos para procurar un bienestar social, puesto que para ellos esa finalidad no es absoluta, y esa tesis sólo tiene asidero cuando la misma se persigue por medio de fines lícitos que no afecten a terceros, pues de lo contrario al afectado, como sucede con la mujer que se encuentra dentro de las tres causales, únicamente le queda ser tolerante y aceptar ese padecimiento, que comparado con el daño que ocasionaría quebrantar los derechos fundamentales de otros se puede considerar como un mal menor resultando aceptable esa renuncia para mantener un orden social justo, es decir, que la gestante cuando su conducta ponga en riesgo la vida del no nacido lo único que le espera es continuar con el embarazo. Esto lleva a concluir a los magistrados en oposición que en ninguna circunstancia resulta justificable interrumpir la vida de un individuo no nacido de la especie humana para hacer prevalecer los derechos de la mujer.

Adicional a lo anterior, los magistrados Marco Monroy y Rodrigo Escobar, continúan con su deliberación sustentando que para el marco de interpretación por ellos interpuesto resulta natural considerar al no nacido como un sujeto de derechos y como una persona, por ello la posición mayoritaria de la Corte Constitucional es equivocada pues para justificar las limitaciones al legislador en su deber de proteger la vida les llevó a separar el concepto de vida del de persona humana, para así interpretar que tienen un mayor peso constitucional los derechos de la madre que los del nasciturus, privilegiando con eso la autonomía, la libertad, el libre desarrollo personal o la salud de la gestante. En ese sentido, para estos magistrados el derecho a la vida es absoluto y no amerita ponderación, pues una afectación al mismo no reviste de proporcionalidad con la violación

de otros derechos, de ello sustentan que el sacrificio de los derechos del feto es superior, ya que con la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra en una situación donde la afectación de la vida del no nacido está revestida de una intensidad máxima comparado con un beneficio de la mujer que anotan es incierto o probable.

La anterior argumentación se asemeja a la intervención que en su turno hizo la Conferencia Episcopal Colombiana, al asignarle un carácter absoluto al derecho a la vida del nasciturus y con ello sustentar que bajo ninguna circunstancia por grave que ella resulte, hay una justificación para convertir en legal o moralmente aceptable el interrumpir la vida de otro ser humano de forma voluntaria, sin que haya una sanción de por medio o una protección al afectado máxime cuando se trata de alguien en condición de debilidad y que no puede defenderse como es el caso del no nacido.

### **LA NECESIDAD DE REGLAMENTAR LA IVE: OTRA ARISTA EN SALVAMENTO DE VOTO DE LA SENTENCIA C 355 DE 2006.**

Por otra parte, si bien existe otro salvamento de voto en la sentencia, correspondiente al magistrado Álvaro Tafur Galvis, este no acude a la argumentación expuesta por Marco Monroy y Rodrigo Escobar, pues admite la posibilidad constitucional de implementar excepciones a la protección que se le debe dar al no nacido desde su concepción, esto lo sustenta haciendo un estudio del bloque de constitucionalidad puesto que afirma que este admite excepciones a las garantías del nasciturus siempre que estén expresamente regladas con el fin de evitar comportamientos o justificaciones caprichosas.

En ese orden de ideas, el magistrado Álvaro Tafur considera que la interrupción voluntaria del embarazo al ser un tema tan complejo es necesario que esté regulado de forma clara, pues en él

intervienen muchas aristas que terminan por estar estrechamente ligadas por ejemplo a la salud física y mental de la mujer, factores socioeconómicos, entre otros. Por esta razón, el magistrado considera que no le es dable a la Corte Constitucional admitir la interrupción voluntaria del embarazo en las causales que despenaliza con la sentencia, puesto que no existe una reglamentación que permita una articulación en el asunto, de ello la importancia que sea el legislador quien deba regular el tema pues es quien naturalmente cuenta con las políticas para llevar a cabo esa regulación.

El magistrado Tafur insiste en su salvamento de voto en la importancia de tener una política pública transversal a todos los factores que influyen en la mujer, pues la sola despenalización de la interrupción del embarazo no es garantía para que se satisfagan derechos como la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, puesto que es un tema que involucra muchas esferas del Estado como son el sistema de salud, de educación, constitución de la familia, entre otros, además esto debe ir acompañado de políticas públicas en educación sexual y reproductiva en aras de prevenir embarazos no deseados, así como tener una amplia difusión de información sobre los métodos anticonceptivos y tener un frente en la lucha contra las enfermedades que causa un embarazo de alto riesgo. Por estas razones, el magistrado Tafur dice de la decisión tomada por la sala plena de la Corte Constitucional al estimar que estos son asuntos que son ajenos a la esfera del alto tribunal, por lo que el escenario propicio donde debe existir regulación sería en el seno del Congreso de la República, sin embargo insiste en afirmar que los derechos a la autonomía, libertad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer no son, ni pueden constituir paradigmas absolutos, para lo cual se apoya en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos donde para acceder a una interrupción voluntaria del embarazo se debe crear una amplia reglamentación así

como practicarse en casos excepcionales pues en principio siempre debe primar el derecho a la vida del no nacido.

Igualmente, el magistrado Tafur sostiene en su intervención, que la penalización del aborto provocado tiene fundamento no sólo en la protección de la vida del que está por nacer, sino que dicha restricción incluso tiene como fin el fortalecer a la mujer para que tenga una responsabilidad en su vida sexual y reproductiva respecto de la decisión de gestar o no una vida. De su argumentación se resalta que para este magistrado deban existir las condiciones necesarias para que una interrupción del embarazo sea innecesaria, por ello la penalización de esta conducta no atenta contra los derechos de la madre ya que es potestad del Estado por medio del legislador desarrollar las políticas pertinentes que fortalezcan a las mujeres. Igualmente dicha posición tiene cierto grado de transversalidad con la posición adoptada por la Conferencia Episcopal Colombiana en su intervención, pues para esta es indispensable que exista una adecuada educación sexual y reproductiva fundada en la dignidad humana así como en el valor de la vida, para evitar que las mujeres acudan al aborto como única medida, y propone que el dinero que ha de gastarse en la promoción de la interrupción voluntaria del embarazo se dirija a garantizar los derechos de las gestantes, y con ello realmente proteger a la mujer evidenciando una posición eminentemente paternalista.

## CONCLUSIONES

La protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, en específico, la disputa por el reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, como ya se pudo observar, ha sido un camino complejo, en el que existen distintos sentidos normativos a la hora de fijar una posición respecto al conflicto de derechos entre la libertad de la mujer y la vida del no nacido.

Para solucionar lo anterior, ha sido necesario entender el derecho como un concepto no estático, pues se nutre de la realidad social coherente con las nuevas y dinámicas necesidades de los individuos (Atienza 2010), es decir, que, para abordar discusiones como la presente en este trabajo, debe acudir al derecho como una práctica social, pues de esta manera a diferencia de otras teorías del derecho esta permite la aplicación de principios, derechos humanos, la ponderación entre otras figuras encaminadas a proteger de forma manera integral los derechos de grupos sistemáticamente marginados por las mayorías.

Si se acepta la tesis según la cual el derecho es un producto de la vida social, entonces su dialéctica interna de cambio opera a través de los sentidos normativos que con el paso del tiempo los actores del derecho van transformando. Bajo esa óptica se pudieron establecer dos grandes grupos de argumentos frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia; de un lado los aquí llamados argumentos pro mujer y los argumentos pro feto. Como resultado de ese ejercicio se puedo establecer lo siguiente:

En la legislación colombiana en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo antes del año 2006 primó el sentido normativo que defiende de forma absoluta el derecho a la vida del no nacido (pro feto) castigando penalmente a las mujeres y las personas que practiquen estos procedimientos, sin ningún tipo de distinción o exoneración penal, instrumentalizando a la mujer y perpetuando el comportamiento misógino, al desproveerla de la posibilidad de elegir sobre sí misma, incluso en los casos donde estuviera en peligro su vida o su salud, sin tener en cuenta con ello las recomendaciones hechas en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de las Naciones Unidas celebrada en la ciudad de Beijing en 1995, donde se exhortó a los países que tuvieran penalizado el aborto revisaran su legislación para evitar procedimientos inseguros.

Este panorama cambió sólo cuando la Corte Constitucional a raíz de una demanda de inconstitucionalidad de los artículos que penalizaban la interrupción voluntaria del embarazo, en la cual realizando un ejercicio de ponderación de los derechos así como una interpretación del alcance de los mismos esta corporación llegó a la conclusión que en algunos casos esta prohibición resultaba vulneradora de derechos fundamentales de las mujeres, pues desconoce la dignidad de la misma, así como su salud, vida, libertad de conciencia, y libertades en general, en ese sentido, bajo estos parámetros la libertad de configuración legislativa se encuentra limitada al reconocimiento de los mismos, por ello se despenaliza el aborto en tres casos a saber: cuando la vida o salud de la madre corre peligro, cuando el feto tenga malformaciones que hagan inviable su vida y cuando la concepción fuera resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de ovulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Esta posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 del año 2006, es un reflejo del papel preponderante del juez en la defensa de los derechos fundamentales pues cuando el ordenamiento

jurídico no satisfaga de manera efectiva los mismo, este puede por medio del análisis del caso en concreto y de la interpretación de las reglas y principios existentes dotar de nuevos sentidos normativos al ordenamiento que sea coherente con la realidad social, (Atienza, 2010).

Lo anterior, es consecuencia de la falta de legislación en la materia y de la negativa del legislador a reglamentarlo aun cuando la misma corte en la sentencia C-355 del 2006 lo exhorta a realizar la adecuación del ordenamiento jurídico encaminado a reglamentar las tres causales mencionadas.

De esta manera, se puede observar que en el ordenamiento jurídico colombiano la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo actualmente se encuentra en un punto intermedio entre las tesis profeto y pro-mujer, pues reconoce a la mujer como alguien autónomo capaz de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, pero también acepta que el no nacido tiene cierto grado de protección a su expectativa de existencia, por ello este procedimiento sólo es permitido en las causales mencionadas.

Ahora, si bien el reconocimiento de estas causales por parte de la Corte Constitucional representa un paso importante en la protección y garantía de los derechos de las mujeres a ser autónomas en sus decisiones de proyecto de vida, aún persisten enormes barreras de carácter administrativo, religioso, moral y sistemático para acceder a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo aun estando dentro de una de las causales. Así mismo en los casos que no aplica las causales, las mujeres o son obligadas a continuar con un embarazo que no desean o se miran en la necesidad de acudir a sitios clandestinos donde ponen en riesgo su vida y salud.

Así mismo de este trabajo puede extraerse que la Corte Constitucional de alguna forma, tomó para sustentar su decisión algunos de los sentidos normativos que existen ya en el derecho internacional, esto en cuanto a la categoría jurídica que se le da al no nacido pues le reconoce un grado de



protección pero diferente del que a una persona se le da, debido a que el mismo es una potencialidad de adquirir derechos de forma plena hasta antes del nacimiento. E incluso en cuanto al Sistema Interamericano respecta, puede decirse que la Corte adoptó los sentidos normativos que la comisión IDH venía desarrollando en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, antes que la Corte IDH, ya que este tribunal de forma más clara señaló que la penalización de la IVE en todos los casos resultaba atentatorio a la convención sólo hasta el fallo de Artavia Murillo y otros vs Costa Rica en el año 2012, es decir, que 6 años después del fallo producido por el alto tribunal constitucional de Colombia, llegó a la misma conclusión una vez repasados los sentidos normativos que el sistema internacional venía adoptado en el sentido de interpretar que el derecho a la vida consagrado en el pacto interamericano no era aplicable al no nacido puesto que la expresión “,Y en general” era claramente una distinción de la protección que se le debe dar a un ser humano nacido del que se le atribuye al nasciturus.

De lo anterior, es posible llegar a concluir que existe una especie de dialogo entre los sentidos normativos que la Corte Constitucional decidió darle a la interrupción voluntaria del embarazo y el sistema internacional en esta materia, puesto que el tribunal antes mencionado decide tomar para sustentar su decisión las interpretaciones que del tema han realizado otros estamentos judiciales en el mundo, además se acerca puede decirse que llega incluso a establecerse una suerte de unanimidad y sujeción de la Corte a las disposiciones del derecho internacional, ya que establece un trato diferencial en cuanto al nivel de protección que se le debe de dar a un ser humano nacido y al nasciturus, e incluso se llega a discriminar un trato distinto dependiendo de la etapa de gestación, configurando una especie de progresividad en la protección que se le da al no nacido.

Cabe mencionar que en la actualidad y hasta el momento de realizar este trabajo cursa en la Corte Constitucional una nueva demanda contra el artículo 122 del código penal, cuya decisión se

conoció el 21 de febrero del 2022, que por medio de la sentencia C-055 de 2022 declaró exequible condicionalmente el delito de aborto, en el entendido que no se configura la sanción penal cuando la interrupción voluntaria del embarazo sucede dentro de las 24 semanas de gestación y en ningún momento en el tiempo para las causales que se repasaron en la sentencia C.355 de 2006. Ahora bien, no es posible a la fecha de presentar este trabajo hacer un análisis de los sentidos normativos adoptados en la sentencia, toda vez que aún no ha sido publicada y solamente se conoce el comunicado de prensa que señaló el sentido del fallo.

Finalmente, una vez terminado este trabajo de grado se evidencia una moratoria injustificada por parte del legislativo nacional para el reglamentación y el debate abierto en cuanto a la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo para llevar esta problemática social al plano de la salud pública y no en la política criminal porque como se evidenció resulta ineficiente, e incluso es patente de curso para victimizar a la mujer generando con ello que no haya avances en la protección de sus derechos. Es así, que este escrito logró cumplir con los objetivos planteados puesto que se planteó un debate abierto y amplio en los sentidos normativos que los diferentes grupos sociales le han dado a la interrupción voluntaria desde los pro-fetos a los pro-mujer llegando hasta la sentencia de la corte constitucional en donde se evidenciaron estas posiciones teóricas en la práctica judicial. Sin embargo, se deja un camino abierto para futuros trabajos de investigación y así avanzar en análisis que superen la dialéctica pro-feto o pro-mujer, hacia elaboraciones teóricas diferentes que permitan un avance en la materia, pues de lo contrario el debate se quedaría estancado.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid. Recuperado de: <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Atienza, M. (2007). *NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA*. DOI: <https://doi.org/10.29166/cap.v2i3.1945>
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1991). *SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS*. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- Brzovic, D. (2010). *EL CONCEPTO ALMA: BREVE ESBOZO PARA UNA DISTINCIÓN PRELIMINAR ENTRE LAS FILOSOFÍAS DE PLATÓN Y ARISTÓTELES*. Recuperado de: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/109987#:~:text=Tesis%20chilenas-,El%20concepto%20alma%3A%20breve%20esbozo%20para%20una%20distinci%C3%B3n%20preliminar%20entre,filosof%C3%ADas%20de%20Plat%C3%B3n%20y%20Arist%C3%B3teles&text=La%20historia%20de%20la%20cultura,una%20realidad%20inmaterial%20y%20eterna.>
- Corpas, E. (2016). *Reflexiones y datos sobre el aborto en Colombia*. *Criterio Jurídico*, p. 65-84. Recuperado de: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1412/1981>

- Corral, H. (2015). el embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de “despenalización” del aborto. En Huidobro, J. Martínez, J. Miranda, A. Contreras, S. Vergara, D. Ferrer, A., ... Rodríguez, C. (Ed) *El aborto, perspectiva filosófica, jurídica y médica*. Recuperado de: <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-27-Libro-Aborto.pdf>
- Corte IDH, Caso Artavia Murillo vs Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No 257.
- De Asís, R. (2006). *Jueces y Normas. Ordenamiento, Fenómeno normativo y Poder Judicial*. Recuperado de: <http://internacionaldhdh.blogspot.com/p/caja-de-herramientas-bibliograficas.html>
- Dewan, L. (2008). *Santo Tomás y la ontología hilemórfica*. Recuperado de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-89532009000100010&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-89532009000100010&script=sci_abstract&tlng=es)
- Ley 84 de 1873. Código civil de los Estados Unidos de Colombia. La ley nunca fue publicada en el Diario Oficial. Sancionada el 26 de mayo de 1873.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de Julio de 2000 D.O. No. 44.097
  - Resolución de los Comisariados del Pueblo de Salud y Justicia de 1920. Sobre la protección de la salud de las mujeres. Publicado en el n. ° 259 del Izvestia del Comité Ejecutivo Central de los Soviets del 18 de noviembre de 1920.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos Enserio*. Ariel S.A. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/derechos-serio-ronald-dworkin/>

- García, C. (2006). *CUESTIONES DE VIDA Y MUERTE. Los dilemas éticos del aborto*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23430.pdf>
- González, A (2005). *La situación del aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad*. *Cadernos de Saúde Pública*, p. 624-628. Recuperado de: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2005.v21n2/624-628/es>
- Guastini, R. (2015). *Interpretación y construcción jurídica* Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf>
- Mayo, D. (2002). *Algunos aspectos histórico-sociales del aborto*. La Habana, Cuba. Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0138-600X2002000200012](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2002000200012)
- Malagón, L. (2006). *El reconocimiento del derecho fundamental a abortar Un camino para evitar la desigualdad*. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/710>
- Mier, E. (2016). *Libertades restringidas: el aborto y el ocaso de la libertad de decisión en Estados Unidos*. Tijuana, Baja California, México. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-39252016000200023&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-39252016000200023&script=sci_abstract)
- Molina, C., y Roldán, S. (2006). *La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia*. *Revista Opinión Jurídica*, p. 15-31. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v5n10/v5n10a01.pdf>
- Pulido, F. (2014). *Análisis de la interpretación y construcción del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Recuperado de: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4497>

- Reale, M. (1985). *Situación actual de la teoría tridimensional del derecho*. Recuperado de: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/5170/4979>
- Román, J. Silva, A. y Pabón, A. (2014). *Análisis de la sentencia C-355 del 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en Diálogo con Ronald Dworkin*. DOI: <https://dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.04>
- Ruiz, R. (2012). *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*. Recuperado de: [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/download/4860/3952/](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/4860/3952/)
- Ruiz, A. y Zúñiga, A. (2014). *derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos “artavia murillo v. costa rica”*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34744.pdf>
- Silva, S. y Molina, C (2005). *El derecho al aborto*. Recuperado de: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1275>
- Silva, M. (1994). *COMO RECHAZAR EL ABORTO CON SUS MISMOS ARGUMENTOS*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649890.pdf>
- Velázquez, O. (2006). *constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida*. Recuperado de: <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/930>