LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SIN LÍMITE DE TIEMPO, COMO UNA POSIBLE AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS

MÓNICA FERNANDA SOCHA FIERRO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC-

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS POLÍTICAS

CHÍA – CUNDINAMARCA

2017

LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO SIN LÍMITE DE TIEMPO, COMO UNA POSIBLE AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS

MÓNICA FERNANDA SOCHA FIERRO

Monografía como requisito para obtener el título de ABOGADO

ASESOR TEMÁTICO:

Dra. Luz Karime Angel

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA – UNICOC-

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS POLÍTICAS

CHÍA – CUNDINAMARCA

2017

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Chía 19 de julio de 2017

DEDICATORIA

A Dios, que es primordial en mi vida
A mis padres y hermanos que me motivan a
luchar cada día de mi vida para darles lo mejor
Y a mi prima y amigos que fueron un gran
apoyo emocional.
A todos ellos, gracias por hacer de mí, una
mejor persona.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 6
JUSTIFICACIÓN 7
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 8
OBJETIVOS 9
Objetivo General 9
Objetivos Específicos 9
HIPÓTESIS 10
MARCOS REFERENCIALES 11
Marco teórico 11
Marco conceptual 12
Marco Legal 14
METODOLOGÍA 16
CAPÍTULO I 17
EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL DEL ABORTO EN COLOMBIA COMO PROTECCIÓN DEL ESTADO AL NO NACIDO 17
CAPÍTULO II 23
SENTENCIAS C-133 DE 1994, C-355 DE 2006 Y C-327 DE 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ABORTO 23
CAPÍTULO III 42
LÍMITE DE TIEMPO EN ITALIA, ESTADOS UNIDOS Y EN ARGENTINA EN CUANTO AL ABORTO 42
CONCLUSIONES 44
BIBLIOGRAFÍA 45

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una monografía de grado que se basa en una investigación sobre el límite de tiempo para realizar el aborto dentro de las tres circunstancias permitidas, ya que, desde el Código Penal de 1837, se penalizó el aborto como medida de protección del Estado al derecho a la vida del *nasciturus*, no obstante, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-355 de 2006 despenalizó la interrupción de la gestación del feto en tres situaciones en las que se consideran afectados los derechos fundamentales de la mujer en estado de embarazo, tales como: (i) cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer, (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida y, (iii) cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto.

Así las cosas, mediante la presente investigación se pretende establecer si existe una vulneración al derecho a la vida del no nacido, al no establecer un límite de tiempo para la realización del aborto, ya que si bien es permitido practicarlo, éste se puede realizar en cualquier semana de gestación del nasciturus, es decir, que aun la madre en estado de embarazo en sus 40 semanas de formación del feto, puede terminar con la vida de él, dentro de las causales eximentes de responsabilidad penal, sin tener en cuenta si existe una formación total del embrión.

JUSTIFICACIÓN

Hablar de aborto tanto en Colombia como a nivel internacional, ha generado polémica por los distintos puntos de vista, uno de ellos, es el de la Iglesia Católica –gobernada por el Vaticano con su principal sede en Roma-, quien siempre ha considerado que la vida humana debe ser protegida desde su comienzo como en las diversas etapas de su desarrollo (Cardenal Seper, 1974), no obstante, en Italia, el aborto puede ser realizado dentro de los 90 días de gestación, siempre y cuando se encuentre dentro de las siguientes circunstancias: que el embarazo, parto o maternidad generen un serio peligro para su salud física o psíquica, a causa de su estado de salud, de sus condiciones económicas, o sociales o familiares, o de las circunstancias en que ocurrió la concepción, o en previsión de anomalías o malformaciones del concebido (Ley, 1978).

Por otro lado, actualmente en las legislaciones como Italia, Bulgaria, Eslovaquia, Malaysia, etc., (Aborto, 2009) está permitido el aborto hasta dentro del primer trimestre de gestación, empero, en Colombia, si bien el aborto es legal en tres casos, no existe un límite de tiempo para realizarlo dentro de las tres causales eximentes de responsabilidad penal, dejando así un vacío en la norma, de manera que se puede dar por terminada la formación del feto hasta los 9 meses de gestación.

Es por esto que es importante realizar una investigación respecto del límite de tiempo para realizar el aborto, ya que, así como los derechos de la mujer en estado de embarazo deben de protegerse, también los derechos nasciturus.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El aborto en Colombia ha sido penalizado desde el Código Penal de 1837, no obstante, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres circunstancias en las que se considera que deben primar los derechos de la madre que los del no nacido como: (i) cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer, (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida y, (iii) cuando el embarazo sea resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto.

Empero, si bien la Corte despenalizó el aborto en tres casos, no estableció un límite de tiempo para realizarlo, esto es, que en cualquier etapa de gestación se puede dar por terminada con la vida del no nacido, a ello, debe sumarse que un feto en su sexto mes de gestación ya se encuentra parcialmente formado, prueba de lo anterior, son los bebés que nacen prematuros, que, si aún no cuentan con el desarrollo completo de algunos de sus órganos, ya pueden

Por lo tanto y teniendo esta problemática evidente, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo la Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006 vulnera el derecho a la vida del no nacido al no fijar un límite de tiempo para realizar el aborto dentro de los tres casos permitidos?

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar cómo la Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006 vulnera el derecho a la vida del no nacido al no fijar un límite de tiempo para realizar el aborto dentro de los tres casos permitidos.

Objetivos Específicos

- Describir la evolución del tipo penal del aborto en Colombia como protección del Estado al no nacido.
- Analizar las sentencias C-133 de 1994, C-355 de 2006 y C-327 de 2016 de la Corte Constitucional en cuanto al aborto.
- Relatar los motivos de la legislación en Italia, Estados Unidos y en Argentina, para establecer un límite de tiempo a la interrupción voluntaria de la formación del feto, demostrando que, la ausencia del mismo, puede vulnerar el derecho a la vida del nasciturus.

HIPÓTESIS

En el momento en el que se despenalizó el aborto en Colombia en tres circunstancias, se dispuso como prioridad proteger los derechos de la mujer en estado de gestación sobre el derecho fundamental a la vida del no nacido. Empero, al no fijar un límite de tiempo, se vulnera el derecho a la vida del nasciturus, ya que si bien en Colombia se considera que la existencia legal de una persona principia la nacer (Código Civil, 1887), la Convención Americana de Derechos Humanos –la cual hace parte del bloque de constitucionalidad- dispuso que la vida inicia desde la concepción y que ésta, debe protegerse (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Así las cosas, si bien es cierto que se deben proteger los derechos fundamentales de la mujer gestante, de igual forma se deben proteger los derechos del ser humano en formación, estableciendo un límite de tiempo dentro del cual sea legal realizar el aborto, ya que, este se puede ejecutar en cualquier etapa de gestación del nasciturus, por ejemplo, aun la madre en estado de embarazo en sus 40 semanas de formación del feto, puede terminar con la vida de él, dentro de las causales eximentes de responsabilidad penal, sin tener en cuenta el avanzado grado de gestación del no nacido.

MARCOS REFERENCIALES

Marco teórico

Para la presente monografía, es necesario tener una contextualización de las dos teorías que se dieron en el Derecho Romano, ya que, al nasciturus no se le consideraba como persona, razón por la cual, estaba permitido el aborto, no obstante, se le reconocían derechos al no nacido, por ejemplo, si la mujer en estado de embarazo estaba condenada a muerte, ésta se posponía hasta el nacimiento, de igual forma, si el padre del feto era senador al momento de la concepción, este nacía con los privilegios de hijo senador (Juan, 2009).

Así las cosas, en el Derecho Romano existieron dos teorías sobre el nasciturus, la primera, una teoría tradicional, "*pars viscerum matris*", en la que sostiene que:

> en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento2, ya que el nasciturus no habría sido sino "una porción de la mujer o de sus vísceras" ("pars viscerum matris" o "mulieris portio est vel viscerum"). De ésta manera antes de nacer, el ser humano no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre. Pero no obstante y teniendo en cuenta de que en el futuro sea un ser humano, se le va a brindar una cierta protección al nasciturus. Para ello el derecho romano –sostiene la tesis tradicional- creó una ficción, por la cual el hijo concebido era considerado como si ya hubiera nacido, siempre que se tratare de hacerle adquirir un derecho y ello sujeto a la condición de que se produjera el nacimiento con vida, condición que funcionaba como suspensiva. (Pellicano, 2004)

Ésta postura se basa fundamentalmente en un párrafo del jurista ULPIANO en el cual expresa que el hijo "antes del parto, es una porción de la mujer. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir de propio derecho, mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que permita llevárselo". Además, dentro de ésta teoría se pronunció el italiano romancista PIETRO BONFANTE, manifestando que el nasciturus no es actualmente una persona, siendo, no obstante, siempre una persona eventual, a la que se tutelan sus derechos que desde el nacimiento le fueron transmitidos. (Pellicano, 2004)

Ahora bien, la segunda teoría del nasciturus en el Derecho Romano, contraria a la anterior, es la teoría moderna, "*nasciturus pro iam nato habetur*", en la cual el nasciturus es una porción de la mujer o de sus vísceras, allí se reconoce el comienzo de la personalidad desde el momento de la concepción en el seno materno con la condición de que éste debe nacer con vida. Los partidarios de esta postura se basan en la misma del jurista JULIANO, quien adujo que:

> "Qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse" ("los que están en el útero se reputa en casi todo el Derecho Civil que son como nacidos"), lo que ha sido traducido en la máxima "nasciturus o conceptus pro iam nato habetur" (al concebido se lo tiene por ya nacido).". (Pellicano, 2004)

Posteriormente, en contra de éstas dos teorías, se pronunciaron varios juristas, entre ellos, el brasileño FREITAS, quien manifestó que "la existencia antes del nacimiento (del nasciturus) es real y sus efectos jurídicos no dan lugar a dudas", apoyando su teoría VÉLEZ SARSFIELD, discrepa también con la teoría de la ficción y de la regla "*pars viscerum matris*", estableciendo enfáticamente que la existencia del nasciturus comienza desde la concepción en el seno materno, reconociéndole por tanto el status jurídico de persona, no obstante no haber nacido. (Pellicano, 2004)

Marco conceptual

Es importante realizar una contextualización a manera de definición de conceptos, ya que se verán expresados en el desarrollo de la presente monografía de grado. Para ello, inicialmente es importante definir el derecho a la vida como uno de los Derechos Humanos Universales:

> recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones. Como ejemplo podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención Americana de los Derechos Humanos, entre otros, que garantizan el derecho a la vida, como un derecho fundamental autónomo. El Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, es decir, tanto antes como después del nacimiento. (Erazo, 2008-2009)

Ahora bien, el concepto de embarazo se define como el periodo de tiempo que va, desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta el momento del parto, en el cual se incluyen procesos físicos de crecimiento y desarrollo del feto en el útero de la madre, este proceso tarda un total de 40 semanas, equivalentes a 9 meses calendario (Ucha, 2008). Así las cosas, también debemos definir el nasciturus como "… el concebido aún no nacido (<< nondum natus>>), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto …" (Calvo Meijide, 2004), por embrión debe entenderse que:

> Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario

> se habla de distintas fases, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto. (Calvo Meijide, 2004)

En concordancia con lo anterior, el no nacido es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción y/o fecundación, hasta el momento de su nacimiento, desarrollándose en las etapas de embrión y feto (Uzcátegui, 2013). De igual forma, el concepto de feto se da cuando los órganos que constituyen un ser humano están presentes, es decir, a partir de la semana 8 de embarazo (Kioskea.net, 2014).

Finalmente, respecto al aborto, éste proviene del latín abortus, ab: privación y ortus: nacimiento, lo que significa, sin nacimiento. Así las cosas, el aborto es "… la interrupción del desarrollo del embrión durante el embarazo, cuando aún no ha alcanzado la madurez fetal, o capacidad suficiente para vivir por fuera del útero" (Profamilia, 2017).

Marco Legal

Dentro del marco legal se expondrá la Convención Americana de Derechos Humanos –a nivel internacional-, y –a nivel nacional- los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Constitución Política de Colombia, el Código Penal y el Código Civil, respecto del aborto como mecanismo de protección de los derechos de la mujer en estado de gestación. Así las cosas, es necesario exponer en este caso, la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, respecto de la protección al derecho fundamental de la vida, estableció que, "… toda persona tiene 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…". (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias respecto al aborto, empero, para nosotros es fundamental exponer tres que son: (i) sentencia C-133 de 1994, en la cual la Corte señaló que "… el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efecto, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales…"; (ii) sentencia C-355 del año 2006, en esta sentencia la Corte despenalizó el aborto considerando en tres casos, por considerar que en estos se podría vulnerar los derechos de la mujer, al obligarla a llevar a término un embarazo fruto de una conducta tipificada por el Código Penal –Ley 599 de 2000-, como el acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o en caso que el feto tenga malformaciones que haga inviable su vida y, finalmente, en caso que la gestación del nasciturus constituya un peligro para la vida de la madre; (iii) sentencia C-327 del año 2016, mediante la cual la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "*principa al nacer*" comprendida en el Código Civil en su artículo 90, por considerar que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, empero no tiene la misma protección que el derecho a la vida.

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia de 1991, en el preámbulo y en sus artículos 2, 5, 11 y 43, respectivamente, estableció que, como uno de los deberes del Estado proteger la vida de las personas; por otro lado, el Código Civil en su artículo 90 estableció que, la existencia de una persona principia al nacer, esto es, al desprenderse completamente de la madre, al respecto se demandó en diferentes ocasiones la exequebilidad del precitado artículo, por considerar que contradice la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4.1. Finalmente, el Código Penal penalizó el aborto como mecanismo de protección al feto, al disponer que: "…la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión…" (Código Penal, 2000)

METODOLOGÍA

En la presente investigación, para el desarrollo de los tres capítulos, se adoptó el método deductivo con un enfoque cualitativo junto con el descriptivo y analítico, ya que se basa en la recolección de información en cuanto al aborto y su límite de tiempo para ser realizado, sin tener en cuenta una medición numérica, de tal manera que, una vez estudiada, analizada y organizada la información, se pueda llegar a una respuesta y conclusión al problema planteado.

Los precitados métodos se abordarán con la compilación de información como los Códigos Penales en Colombia a partir de 1934, el Código Civil actual, sentencias de la Corte Constitucional como la C-133 de 1994, C-355 de 2006 y, C-327 de 2016, así mismo conceptos y artículos referentes al aborto en Colombia. De ésta manera, una vez recolectados los precitados datos, se procederá con su respectivo, estudio, análisis y organización, de manera que se pueda determinar hasta donde puede haber una afectación en el derecho a la vida del no nacido por parte de la Corte Constitucional, al no establecer un límite de tiempo para practicar el aborto en los tres casos que fueron despenalizados.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL DEL ABORTO EN COLOMBIA COMO PROTECCIÓN DEL ESTADO AL NO NACIDO

El sistema jurídico en Colombia proviene del Derecho Romano y del Europeo Continental, es por esto que, la Ley ha sido la base sobre la que se mantiene el sistema jurídico, siendo así, la Constitución Política la que contiene los derechos y deberes de la sociedad, convirtiendo los derechos humanos en derechos fundamentales. (Molina Betancur, 2006)

Así las cosas, las instituciones penales de la primera mitad del siglo XIX en Colombia, orientaron el comportamiento de los ciudadanos frente al Estado jurídicamente estructurado con ideas liberales, en una sociedad que se regía por la moral católica. Es así como el 27 de junio de 1837 fue sancionado por el ejecutivo el primer Código Penal de Colombia. El 29 de mayo lo firmaron el presidente del Senado doctor José Joaquín Gori; el de la Cámara de Representantes, doctor Judas Tadeo landines, y los secretarios de las mismas cámaras, doctores Francisco de Paula Torres y Pastor Ospina (El código penal de 1837. Dr. Jorge Enrique Gutierrez Anzola), el cual, tendría como propósito orientar las conductas de las personas. Al respecto, Gilberto Parada indicó que (Marquéz, 2011):

> Entre 1826 y 1827 el proyecto del Código Penal fue aprobado por una de las cámaras legislativas, pero fue rechazado por el ejecutivo. En 1833 el Consejo de Estado en su sesión del 21 de marzo eligió, para la preparación de un nuevo proyecto de código penal, a los consejeros José Ignacio de Márquez (quien ejerció como presidente del consejo), Vicente Azuero, Manuel Benito Rebollo, Manuel Mosquera, Bernardino Tobar, Salvador Camacho y José Manuel Restrepo; durante julio de 1833 ya se estaba discutiendo el articulado del proyecto que fue sancionado en 1837 y entró en vigencia un año después dela sanción presidencial. (Marquéz, 2011)

De ésta manera por primera vez en 1837 se da la primera codificación de leyes para la entonces República de Nueva Granada, la cual permitió la definición de los delitos y se establecieron los respectivos castigos para cada uno, creando así un nuevo orden en la legislación y un cambio en el accionar de los ciudadanos. (Beltrán Guzmán & Lorena). Por otro lado, se habló del aborto de una manera flexible y con cierta libertad, por considerarse más en el ámbito de los derechos colectivos como las buenas costumbres y la moral, similar a como se analiza hoy en día sobre el derecho fundamental a la vida o integridad física, es por esto que, para esa época se estableció la libertad del aborto terapéutico si era realizado por una persona que tuviese las facultades necesarias para practicarlo, esto es, un médico cirujano para el manejo de situaciones en las que peligrara la vida de la madre gestante. (Gómez Gualdrón, 2011)

No obstante, el aborto fue penalizado para aquella época en cierto grado variable, siendo la sanción más severa cuando:

> el aborto era provocado sin el consentimiento de la mujer, si se al final se lograba el objetivo de abortar y si era realizado por cirujano, boticario, comadrón o partera con la excepción que se expuso en el caso anterior. El aborto honoris causa en caso de mujeres con fama y reputación se consideraba como atenuante de la sanción. En términos generales se le indicaba a la mujer no provocar ni causarse el aborto y mencionaba el aborto preterintencional dado por lesiones sin intención de causar el mismo. Desde la antigüedad en nuestro país se puede observar la consideración hecha por la legislación al permitir el aborto cuando está en juego la vida de la madre y además estableciendo la condición de ser realizado por personal capacitado. (Gómez Gualdrón, 2011)

Es así como desde los primeros Códigos Penales dados en Colombia, se ha establecido bien sea de manera explícita o no, la “impunidad” del aborto cuando este se realizara para salvar la vida

de la mujer gestante, para lo que entonces se denominada el aborto terapéutico, causal eximente de responsabilidad penal también, para el médico que realizara el aborto. (Bernate Ochoa, 2016)

Posteriormente, en los Códigos Penales siguientes al de 1837 como el Código de 1873 y 1890, tuvieron conceptos similares para la penalización del aborto. (Gómez Gualdrón, 2011) No obstante, se encontraba una atenuante para la sanción penal, llamada aborto *honoris causa*, con el fin de preservar la reputación de las mujeres solteras o viudas de buen prestigio, ésta figura había sido tomada de la legislación penal española. (Bernate Ochoa, 2016)

Así las cosas, en el Código Penal de 1890 en su libro tercero título primero capítulo cuarto artículo 638 al 643, se penalizó el aborto estableciendo que:

> Artículo 638: El que, empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes o cualquiera otro medio, procura que aborte una mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio. – Si lo hiciere con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años.
> Artículo 640: Si el que administra, facilita o proporciona, a sabiendas, los medios para el aborto, fuere el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá, respectivamente, las penas señaladas en los artículos anteriores. –**No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer** (…)
> Artículo 642: Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena (…) (Santander, 1980) (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Luego viene el Código Penal de 1936, el cual introdujo aspectos generales como la tipificación moderna del delito de aborto, penalizando el aborto consentido en su título XV capítulo IV artículo 387 al 390 estableciendo que:

> Artículo 387: La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurre en la prisión (…) En la misma sanción incurre el que produce el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.
> Artículo 388: El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en prisión (…)
> Artículo 390: Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial. (Código Penal, 1936)

A partir del precitado Código Penal y en adelante, "desaparece una regulación específica sobre el denominado aborto terapéutico- el que se causa para salvar la vida de la mujer- en el entendido que se trata de un evento de estado de necesidad, mismo que excluye la ilicitud del comportamiento." (Bernate Ochoa, 2016)

Posteriormente, se da el Código Penal de 1980, el cual mantiene la clasificación entre aborto consentido y no consentido, establecido así en el título XIII capítulo III artículo 343 que:

> Artículo 343: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. (…) A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.

> Artículo 344: El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.
> Artículo 345: La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. (…) En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias. (Código Penal, 1980)

Es así como mediante este Código se elimina el denominado aborto *honoris causa* he introduce una atenuante punitiva para el aborto causado cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Bernate Ochoa, 2016), de manera que, si bien no lo despenalizó, introdujo una disminución en la pena cuando se ven vulnerados los derechos de la mujer, al ser violentada sexualmente, entre otras.

Finalmente, mediante la Ley 599 del 2000 –Código Penal actual- en su libro segundo título primero capítulo cuarto artículo 122 y 123 estableció que:

> Artículo 122: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. (…) A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.
> Artículo 123: El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses. (Código Penal, 2000)

De esta manera se mantiene la clasificación entre aborto consentido y no consentido, igualmente conserva, al igual que el Código anterior, una disminución de pena en el evento en que el

embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, presentando variaciones en las atenuantes, en las que "tradicionalmente se estableció el aborto honoris causa, mismo que desaparece en 1980, dando paso a las atenuantes cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas." (Bernate Ochoa, 2016)

CAPÍTULO II

SENTENCIAS C-133 DE 1994, C-355 DE 2006 Y C-327 DE 2016 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CUANTO AL ABORTO

La Constitución Política de Colombia de 1991, en el preámbulo[1] y en sus artículos 2[2], 5[3], 11[4] y 43[5], respectivamente, consagró como uno de los deberes del Estado proteger la vida de las personas; aunado a ello, el 28 de mayo 1973 Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos –DDHH-, la cual, en su artículo 4.1 estableció 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 …" SIC (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Posteriormente, la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994 por cuanto el ciudadano Alexander Sochandamandou ejerció la acción pública de constitucionalidad demandando el artículo 343 del Decreto Ley 100 de 1980 por considerar que las autoridades de Colombia únicamente están constituidas para proteger a todas las personas en su vida y, que un nasciturus no es una persona. Así mismo adujo que:

> las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus creencias y no todas las personas sustentan la misma creencia sobre las cualidades de las no personas, en las diferentes etapas de su gestación: la etapa celular que se sucede durante las primeras seis

[1] Constitución Política de Colombia de 1991. Preámbulo: "… en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida…" SIC (P1)

[2] Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 2: "… Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos …" SIC. (P2)

[3] Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 5: "… El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona …" SIC (P1)

[4] Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 11: "… El derecho a la vida es inviolable …"

[5] Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 43: "… La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado …" SIC. (P1)

> semanas del embarazo, la etapa embrionaria que se sucede entre las seis semanas y el cuarto mes del embarazo y la etapa fetal que se sucede del cuarto mes en adelante" (…) “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito y comúnmente lo practican por motivos eugenésicos, de malformación congénita, terapéuticos, quirúrgicos, sentimentales, sociales, económicos o como recurso destinado a mantener el equilibrio de la población dentro de la familia, en armonía con sus medios de subsistencia. SIC.

Así las cosas, dentro de las intervenciones es importante resaltar la del Defensor del Pueblo, por cuanto adujo que "El demandante afirma que el derecho a la vida se tiene desde el momento del nacimiento, como si con esa condición aflorase la vida humana.” continuó:

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

Finalmente, el Defensor de Pueblo afirmó que "La dignidad de la persona humana es el fundamento no sólo del artículo penal demandado, sino de toda la juridicidad. Sólo en la medida en la que se reconozca al ser humano que por su calidad **óntica** es fin del mismo, jamás absoluto,

podremos aspirar a una práctica social razonable”. (Subrayado y negrillas fuera del texto original) En cuanto a la expresión subrayada, se da por cuanto ontológicamente se define persona a partir de la esencia, lo que hace que un ser sea lo que es y no otra cosa, es decir, aquello cuya virtud el hombre es precisamente hombre, razón por la cual donde hay esencia humana, hay un hombre.

Ahora bien, el Procurador General de la Nación se pronunció al respecto estableciendo que:

> no se encuentra a lo largo de la preceptiva constitucional disposición alguna que establezca, expresa o tácitamente, el momento en que alguien comience a ser persona, vale decir, si lo es desde la concepción, desde el nacimiento o desde una época o periodo intermedio", (…) "No habiendo definido el Constituyente tal circunstancia, es el Legislador quien ha señalado el momento en que un individuo es persona y en consecuencia cuando tiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones". (…) "Así, la constitucionalidad de la norma no puede estudiarse con fundamento en una premisa falsa señalada por el actor, en el sentido de que la Constitución establezca que los no nacidos, no son personas, y que por lo tanto, no son sujetos de derechos y obligaciones. SIC.

Finalmente, la Corte consideró que el derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como la vida humana. Así mismo, citó al doctor Jéröme Lejeune, profesor de Genética Fundamental en la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, en testimonio presentado ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos, de separación de poderes1, en punto a la determinación del momento en que comienza la vida humana, quien manifestó que:

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

Igualmente, la Corte señaló que, la vida que la Constitución Política protege inicia desde el instante de la gestación, razón por la cual la protección de la vida en su proceso dentro del cuerpo de la mujer, es una condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre materno. Por tal razón:

> el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. (…) El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. (…) **La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como**

> **persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado**. SIC. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, en cuanto a los cargos presentados en la demanda, la Corte señaló que persona es un sujeto de derechos, por ello, la argumentación del demandante no es de recibo por cuanto no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para poder tener derecho a la protección de la vida, ya que el no nacido ostenta tal derecho desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento se llegue a la configuración como persona. Igualmente, en cuanto a la vulneración del derecho de pareja a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos, la sala consideró que ello debe ser entendido bajo el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho solo hasta antes del momento de la concepción.

Lo anterior, para concluir en la exequebilidad de la norma demandada, por considerar que la tipificación del aborto no genera una afectación en los derechos de la mujer y de la pareja en cuanto a decidir por el número de hijos, y, en cuanto al nasciturus, la Corte señaló que el no nacido debe ser protegido desde la concepción.

Es así como la Corte Constitucional mediante la precitada sentencia protegió la vida del no nacido, comprendiendo el amparo a la vida en desarrollo al considerar que desde el momento de la concepción del nasciturus existe la esperanza de su existencia como persona y, por su estado de indefensión manifiesto, requiere de especial protección del Estado. Por esta razón la Corte declaró la exequebilidad del artículo 343 del Decreto Ley 100 de 1980, resaltando que, el aborto no vulnera los derechos de la mujer y, que los derechos del feto deben ser protegidos mediante la tipificación de esta conducta.

Posteriormente, el 24 de julio del año 2000 fue derogado el Decreto Ley 100 de 1980 con la entrada en vigencia la Ley 599 del 2000 –Código Penal actual-, en el cual, se continuó con la protección a la vida del no nacido mediante la tipificación del aborto, estableciendo en sus

artículos 122, 123 y 124 que “la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión (…) El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses” y las circunstancias de atenuación punitiva, respectivamente.

No obstante, el 10 de mayo del 2006, el aborto vuelve a ser centro de discusión por cuanto la Corte se pronunció respecto de las distintas demandas de constitucionalidad interpuestas por los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, por considerar que los artículos 122,123 (parcial),124 y 32 numeral 7 del Código Penal actual, violan el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la libertad, a la autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a ser libre de tratos crueles inhumanos y degradantes y, las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos.

Los fundamentos en cuanto a la vulneración a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, consistió en que aquellas situaciones en las que atañen a una persona, sólo por esta misma deben ser decididos, y, en caso de tomarse la atribución y decidir por ella, es despojarla de su “condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.”, es por esto que, “cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.”, continuó:

> La decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. Así las cosas, penalizar ésta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. En otras palabras, al considerar a la persona autónoma y libre, como

> lo preceptúa la Constitución, se hacen inviables todas aquellas normas en donde el legislador desconoce la condición mínima del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida. (…) La regla que ha adoptado la Corte Constitucional para privilegiar una concepción de inicio de la vida para proteger el aborto hasta el momento, debe invertirse y la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer deben primar sobre cualquier concepción moral de vida.

En cuanto a la vulneración del derecho de la igualdad, según la demandante Mónica del Pilar Roa López, la penalización de una práctica médica en la que únicamente se ven involucradas las mujeres, viola el derecho a la igualdad "e ignora los efectos diferenciales que un embarazo no deseado, tiene en la vida de mujeres y jóvenes, de bajos recursos, y/o de distinto origen étnico.", siendo así el aborto terapéutico ilegal, una vulneración del derecho al acceso a la salud. Por otro lado, en cuanto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes, según la precitada ciudadana esto se da por cuanto:

> La más reciente decisión del comité de derechos humanos de naciones unidas, parte del bloque de constitucionalidad, establece que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. (…) La mayoría de estas anomalías fetales no se pueden diagnosticar sino hasta la semana décimo catorce de embarazo. Este tipo de malformaciones generalmente permiten una vida intrauterina relativamente normal, lo que implica que a la mujer le es impuesto un embarazo (que a partir del diagnóstico empieza a ser indeseado) violando sus derechos

> fundamentales con la pretensión de proteger una vida humano que no tiene futuro. SIC.

Ahora bien, la vulneración a la dignidad se da -según la demandante-, porque:

> cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear al penalizar el aborto sin ninguna excepción. (…) La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de una inseminación artificial no consentida, tiene un significado excesivamente gravoso para la mujer que se ve obligada a soportarlo de manera injusta. Por lo tanto, la punición de su conducta en ese caso quebranta la Constitución Política. SIC.

Por otro lado, el ciudadano Pablo Jaramillo Valencia adujo que, “en circunstancias de aborto como el peligro inminente para la vida de la madre, la ley no puede despersonalizar a la mujer hasta el punto de considerar que es necesario conservar la vida del nasciturus en perjuicio de otra”, por tal razón, una legislación que despenalice el aborto en la precitada circunstancia es una violación clara al derecho fundamental a la vida. Y, en cuanto a la responsabilidad del Estado de

proteger el derecho a la vida, adujo que “es responsabilidad de las autoridades públicas llevar a cabo todos los actos que puedan hacer posible mantener la vida de la madre”. Continuó:

> Centrar toda la acción pública en una vida que aún no existe de forma autónoma, implica el sacrificio de la de la madre, des humanizándola, atentando contra su carácter de persona y viéndola como un simple vehículo de desarrollo molecular. Con la deshumanización de la madre que se da en obligarla a llevar a término un embarazo que pone en peligro su vida el legislador irrumpió en el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. (…) De argumentarse que dicha protección al derecho a la salud vulnera el derecho a la vida del nasciturus, es importante recordar que dicha ponderación no cabe pues la salud del nasciturus no es más que la que deriva de su propia madre. SIC.

Finalmente, las demandantes Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad, adujeron que con el aborto “el Estado colombiano interfiere en el derecho de la mujer a tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo y sobre su capacidad reproductiva, decisiones propias de la esfera de cada mujer y no del Estado.”. Y, por último, en cuanto a la violación al derecho a la vida, manifestaron que:

> el Estado colombiano ha incumplido ampliamente con su obligación de proteger la vida de mujeres con embarazos no deseados a través de actos positivos. Las medidas legislativas hasta ahora adoptadas no sólo han sido ineficaces para impedir la práctica del aborto y las muertes que de ahí se derivan, sino ante todo contraproducentes. (…) La penalización del aborto le ha impedido a la mujer embarazada acceder a un servicio médico adecuado, digno,

> seguro dentro de lo posible, económicamente factible y debidamente regulado para evitar abusos y riesgos innecesarios. SIC.

Así las cosas, si bien dentro de las intervenciones varios estuvieron de acuerdo como en contra, es importante resaltar tres posturas, una de ellas, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, quien manifestó que, el aborto, es un problema de salud pública, que las mujeres en cualquier condición y edades tienen estas interrupciones voluntarias de embarazos, empero, son las mujeres pobres, jóvenes y adolescentes quienes lo realizan en condiciones inseguras, igualmente, que la mayoría de los programas de educación sexual tienen un enfoque restringido, etc., es por esto que, el ICBF señaló que no aprueba ni consiente el aborto como un método de planificación familiar, empero, tratándose de una decisión favorable de la Corte a la despenalización del aborto, bien sea por "la vía de declaratoria de inexequebilidad de los artículos 122, 123 (parcial) y 124 del Código Penal o la declaratoria de constitucionalidad condicionada" de manera que no fueran sancionadas en las siguientes circunstancias:

> (i) cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de la madre; (ii) cuando el embarazo sea el resultado de violación, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; (iii) cuando exista una malformación fetal; el Sistema de Salud con el apoyo de las demás entidades competentes deberá adoptar inmediatamente y de manera prioritaria la regulación y adecuación de programas tendientes a garantizar la prestación de servicios de aborto seguro en forma oportuna para todas las mujeres. SIC.

Igualmente, dichas circunstancias deben ser acompañadas por un marco regulativo del sector de la salud, y, dichos servicios, debían ser incluidos dentro de las prestaciones obligatorias del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Sentencia , 2006)

La segunda, de la Corporación Casa de la Mujer, quien solicitó la inexequebilidad del artículo 122, 124, numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, consideró que, "la incapacidad del Estado y la sociedad para otorgar a la madre y al que está por nacer garantías de educación, salud, alimentación, recreación y seguridad", no puede ser una obligación para las mujeres que no cuentan con las condiciones adecuadas para traer niños al mundo, y, que, al momento de despenalizar el aborto su resultado es la obligación del Estado a realizar políticas dirigidas a la educación sexual y reproductiva, a la prevención y control tanto de métodos de planificación, como de enfermedades de transmisión sexual, de manera que, se otorgue la posibilidad de escoger varias opciones de vida basadas en el respeto por la diversidad sexual, y brindando una adecuada atención hospitalaria.

Finalmente, la Conferencia Episcopal Colombia solicitó a través del Arzobispo de Tunja Luis Augusto Castro Quiroga que, se desestimara las pretensiones de inexequebilidad de las normas demandadas y declarar la constitucionalidad de los mismos, por cuanto las normas acusadas no solo protegen la vida, la salud y la integridad del no nacido, sino también de la mujer gestante. Y, en cuanto a la tradición de la iglesia católica respecto a la protección de la vida humana naciente, siempre ha manifestado que ésta se deberá proteger y favorecer desde su inicio como en sus etapas. Así mismo, que la gravedad moral "del aborto procurado se manifiesta en toda su verdad si se reconoce que se trata de un homicidio (…)", continuó "reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio. a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado perverso e inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás." SIC.

Ahora bien, la Corte Constitucional manifestó que, si dentro del ordenamiento constitucional la vida ostenta distintos tratamientos normativos, pudiendo diferenciar el derecho a la vida contemplado en el artículo 11 de la Carta, de la vida como un bien jurídico protegido por la Constitución Política, "el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición". Así las cosas, para la sala en esta ocasión consideró que la Corte en su sentencia C-133 de 1994 no reconoció al nasciturus como titular del derecho a la vida y el carácter de persona, y, por ello, la prohibición del aborto para entonces, se basó en "el deber de protección del Estado

colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida.” SIC.

Así mismo, la Honorable –H- Corte consideró que:

> más allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

Por otro lado, sobre los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la sala consideró que no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación, “por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos” SIC. Y, en cuanto a la vulneración de derechos de la mujer señaló que, con la Constitución Política de Colombia de 1991 se expresó la voluntad de reconocer los derechos de las mujeres protegiéndolos de manera efectiva y reforzada. Empero, hay situaciones que afectan a la mujer sobre todo a aquellas concernientes a su vida, a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción. (Sentencia , 2006)

En cuanto a la dignidad humana, la Corte estableció que, se constituye en un límite a la potestad del legislador en materia penal, por tal razón, el legislador al adoptar normas penales, no puede desconocer que una mujer es un ser humano digno y, "por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear" SIC.

Ahora bien, del caso en concreto la Corte Constitucional expresó que con una regulación en materia penal que sancione el aborto bajo todos los supuestos, significa "la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección" SIC. No obstante, el Código Penal actual consagra una prohibición general del aborto que podría atenuarse a juicio del funcionario judicial, siempre y cuando se vulneraran ciertos derechos fundamentales de la mujer en estado de gestación, como su dignidad y libre desarrollo de la personalidad. (Sentencia , 2006)

Pese a lo anterior, el legislador consideró que la mujer en estado de embarazo aún bajo la afectación de sus derechos, debía ser juzgada y sancionada conforme al desplegar de su acción, situación que, para la Corte Constitucional, es algo desproporcionado porque "sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante" SIC. No obstante, si bien es cierto que los derechos de la mujer no pueden ser afectados por el nasciturus, ello no quiere decir que por la protección de los mismos se debía declara la inexequebilidad del artículo 122 acusado, por cuanto se desprotegería la vida.

Así las cosas, la Corte concluyó que debía de proferirse una sentencia de exequebilidad condicionada mediante la cual se considerara que no se incurría en el delito de aborto, bajo las hipótesis de acceso carnal violento, incesto, malformación del feto y, cuando la vida de la mujer en gestación se encuentre en peligro. Y, una vez ponderados el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada determinó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional, por lo que, no se incurrirá en delito de aborto cuando:

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

Es por esto que, si bien la Corte Constitucional mediante la precitada sentencia ponderó los derechos del nasciturus con los derechos de la mujer gestante y consideró que priman los derechos de la mujer en determinadas circunstancias, no fijó un límite de tiempo en el cual pueda ser realizado el aborto, dejando así a disposición o consideración de la titular de estos derechos, la semana de embarazo en la cual podrá practicar este procedimiento para dar por terminada con la vida del no nacido.

Es por esto que, se creó una disposición normativa abierta a la interpretación del lector o a quien pueda acogerse a la misma, pudiéndose practicar el mismo en cualquier semana de gestación, sin perjuicio del derecho a la vida del nasciturus.

Finalmente, uno de los último pronunciamientos de la Corte fue mediante la sentencia del 22 de junio de 2016, ya que los ciudadanos Alexander López Quiroz y Marco Fidel Marinez Gaviria presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 90 (parcial) del Código Civil por considerar que viola el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 11 y 93 de la Constitución y el precedente establecido por la sentencia C-133 de 1994 de la Corte Constitucional.

Lo anterior, por cuanto los ciudadanos manifestaron que al establecer que la existencia legal de una persona principia al nacer, excluye de manera directa la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4, ya que "el reconocimiento de la existencia legal desde el nacimiento implica que ""la concepción se tiene como si no otorgará derechos, en especial el derecho a la vida, que es lo que reconoce de forma expresa la Convención Americana de DDHH"". Así mismo afirman que el reconocimiento de una persona se da desde la especie y por ello ostenta el derecho a la vida y, como el cigoto es parte de la especie humana plantean que "es persona y goza de esta protección. Por lo tanto, para ellos, el reconocimiento de la persona desde el nacimiento desconoce que la vida inicia desde la concepción, como fue determinado" por la Corte en sentencia C-133 de 1994.

Así las cosas, la Corte en ésta sentencia al respecto de la vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos consideró que, si bien es cierto que mediante el inciso segundo del artículo 93 de la Carta, el bloque de constitucionalidad como parámetro de control de las normas, obliga a que los derechos fundamentales deban ser expresados de acuerdo con los tratados de derecho internacional sobre derechos humanos. No obstante, en la sentencia C-028 de 2006 la Sala precisó que las normas del bloque de constitucionalidad debían ser interpretadas de forma consistente con la Carta Política, para que se construya un parámetro de control coherente. (Sentencia, 2016)

En concordancia con lo anterior, la Corte señaló que:

> ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el

> alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad. SIC.

Por otro lado, citó la sentencia C-591 de 1995 mediante la cual se explicó que las normas acusadas establecían la existencia legal de las personas desde el nacimiento y, la existencia de la vida desde la concepción. Y, que es importante reiterar el marco constitucional en el que se reconoció el derecho fundamental al aborto en las tres circunstancias previstas, ya que ha sido coherente en cuanto a la distinción del nivel de protección que el Estado debe al valor de la vida, el cual "ha establecido un límite de configuración del Legislador en materia penal respecto de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.".

Finalmente consideró que el artículo 90 del Código Civil no viola la protección del derecho a la vida establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4, por cuanto:

> sólo cuando la persona es sujeto de derechos se puede hablar de la titularidad de los derechos fundamentales, lo cual incluye el derecho a la vida. Esta diferenciación, no implica que no exista una protección del que está por nacer, sólo que dicha protección es diferente, pues parte de la protección del valor de la vida, más no de la titularidad de un derecho. A su vez, es importante precisar que la norma no se refiere a la existencia de la vida, sino sólo a la existencia legal de la persona. SIC.

Por lo anterior, la Corte considero que, como la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida, razón por la cual se declaró exequible la expresión *principia al nacer* en el artículo 90 del Código Civil.

Es así como la Corte Constitucional al realizar una ponderación de derechos entre la mujer en estado de embarazo y el nasciturus, pasó de considerar el derecho a la vida del no nacido como un derecho al que se debía proteger de terceros, a concluir que, si bien el desarrollo del feto debe ser protegido mediante la penalización del aborto, tampoco se puede vulnerar los derechos fundamentales de la mujer en circunstancias en las que se vean afectados los mismos.

No obstante, si bien no podemos entrar a definir cuando se es persona o no, no quiere decir que no podamos encontrar argumentos que permitan restringir el derecho al aborto, resaltando la capacidad del no nacido de sentir dolor o de ser consciente de sufrimiento. Así las cosas, la ciencia ha probado que el desarrollo del ser humano:

> es un proceso gradual. "El óvulo fecundado es una célula individual que, después de unos días, sigue siendo un diminuto conjunto de células sin ningún rasgo anatómico del ser en el que se convertirá posteriormente (…) hasta los 14 días después de la fertilización, ni siquiera podemos saber si el embrión va a ser uno o dos individuos" ¿Es verdad que no existiría ninguna línea divisoria moralmente significativa entre el óvulo fecundado y el niño? Como vimos, las sugeridas normalmente –el nacimiento, la viabilidad y el movimiento– no parecen pertinentes. Sí parece importante, en cambio, la capacidad del feto de sentir

> dolor o de ser consciente de sufrimiento. (Zúñiga Fajuri, 2011)

Así las cosas, pese a que en el vientre materno no se puede ver al niño en su interior, con estudios realizados bajo la fibra óptica, ultrasonido, electrocardiogramas, electroencefalogramas, entre otros, han permitido observar el comportamiento del feto. Es por esto que, antes de finalizar el segundo mes del embarazo, hay una clara respuesta del feto a los estímulos, ya que las ondas de los electroencefalogramas revelan que el cerebro del niño no nacido está funcionando; entre la octava y la décima semana, ya se puede detectar la actividad del tálamo, donde se encuentra el centro del dolor. Los receptores sensoriales nerviosos están en la piel antes de la novena semana de gestación, finalmente, hacia el día setenta y siete de vida en el vientre materno, “el niño ya puede tragar (a una velocidad que varía según el nivel de dulce de la sustancia que esté tragando).” (Vicent, Steven, & Thomas)

El Dr. Thomas Verny, autor del libro The Secret Life of the Unborn Child ("La vida secreta del niño no nacido"), afirma que (Vicent, Steven, & Thomas):

> si a la mitad del período del embarazo, (hacia la mitad del quinto mes) se coloca una luz muy luminosa sobre el abdomen de la madre, el resplandor inducirá al niño o la niña a mover sus manos para protegerse los ojos. La música a alto volumen inducirá una respuesta similar de las manos hacia las orejas. A partir de las 19 semanas de gestación, se ha registrado el movimiento rápido de los ojos (REM por sus siglas en inglés) con el que los investigadores miden los estados de alerta, de dormir y los sueños SIC.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante fijar un límite de tiempo para realizar el aborto, ya que éste puede ser practicado hasta el último día de gestación a consideración de la mujer en estado de embarazo, sin tener en cuenta que un feto desde el segundo mes de embarazo el cerebro responde a los estímulos, y, en el peor de los casos, un nasciturus de 41 semanas de gestación, se encuentra completamente formado y listo para comenzar una nueva etapa en su vida que inició desde la concepción, tal como lo planteó la Corte desde 1994 en su sentencia, y, ello, sin tener en cuenta que un no nacido de 7 meses de desarrollo puede nacer, que gracias a las ayudas mecánicas, tecnológicas y afecto de los padres, es un ser capaz de existir.

CAPÍTULO III

LÍMITE DE TIEMPO EN ITALIA, ESTADOS UNIDOS Y EN ARGENTINA EN CUANTO AL ABORTO

Ya para finalizar, es importante tener en cuenta otras legislaciones en las que se ha establecido un límite de tiempo, tales como en Italia, donde la interrupción voluntaria del embarazo está regulada por la Ley 194 del 22 de mayo de 1978, en donde se manifestó que, el aborto mediante la precitada Ley no constituye un instrumento de control de los nacimientos. Continuó "el Estado, las regiones y los entes locales, en el ámbito de las propias funciones y competencias, promueven y desarrollan los servicios socio-sanitarios y demás iniciativas necesarias al fin de evitar que el aborto sea usado para limitar los nacimientos" (Benavides, 2010)

Finalmente, se estableció un lapso de 90 días para la interrupción del desarrollo del feto, y más de 90 días en casos como riesgos para la vida de la mujer, para la salud física y mental, por malformaciones del feto y violación u otros delitos sexuales. (Leyes del Aborto en Europa, s.f.)

Por otro lado, en Estados Unidos el 22 de enero de 1973, mediante el fallo del caso Wade contra Roe se obligó a todos los Estados a garantizar la posibilidad, sin excepción, de abortar durante el primer trimestre. Igualmente:

> dio amplios márgenes para practicar el aborto en el segundo trimestre. Sin embargo, desde 1976, el Gobierno no se responsabiliza de los gastos. Tan sólo 17 de los 50 Estados llegan a financiar algunas intervenciones. Esta ley ha convertido a los estados Unidos en el país con el mayor número de abortos del mundo industrializado. Sin embargo, desde los 80, con la acción de los grupos pro-vida, se ha ido recortando el número de abortos. SIC. (Leyes de aborto en Estados Unidos, s.f.)

Finalmente, en Argentina, desde 1921 el artículo 86 del Código Penal estableció excepciones a la punibilidad del aborto, en los siguientes casos: (i) en caso de peligro para la vida de la mujer; (ii) en caso de peligro para la salud de la mujer; (iii) en caso de violación y, (iv) en caso de atentado al pudor de mujer "idiota o demente". Por otro lado, el 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia, estableció el alcance de los permisos y reafirmó el derecho de las mujeres a interrumpir el desarrollo del feto, igualmente, ordenó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a realizar operativos, "mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos y estableció diversas pautas que los protocolos deben contemplar." (Comité contra la tortura)

No obstante, lo importante aquí que se debe resaltar de la legislación Argentina, específicamente en la ciudad de Buenos Aires, es que el aborto se puede realizar hasta la semana 12 de gestación (Frank, 2015).

CONCLUSIONES

Con los Códigos Penales derogados, se podía evidenciar una vulneración a ciertos derechos de la mujer, al penalizar el aborto pese a que éste se pudiera atenuar en circunstancias como el peligro de la vida de la mujer en estado de embarazo, no obstante, con la despenalización del aborto en Colombia bajo las tres circunstancias en las que podrían vulnerarse los derechos fundamentales de la mujer, se tuvo en cuenta los derechos de la misma, más no los de nasciturus, al no considerar un límite de tiempo para realizar el aborto.

Si bien es cierto que los derechos de la mujer deben ser ponderados respecto de los derechos del no nacido, también debe tenerse en cuenta la formación o el estado de desarrollo del nasciturus, ya que, como se precisaba con anterioridad, el feto desde el segundo mes de embarazo ya responde a las estimulaciones en el cerebro. Es por esto que, la Corte Constitucional al no establecer un límite de tiempo vulnera el derecho a la vida del nasciturus, ya que el aborto se puede realizar un día antes del nacimiento del feto sin tener en cuenta el dolor que éste pueda sentir. De igual forma, es importante tener en cuenta las diversas formas de dar por terminada la gestación, como la aspiración al vacío, medicamentos, etc., ya que, en los casos donde el no nacido ya se encuentra en avanzado grado de desarrollo, uno de los métodos aplicados es la desmembración del mismo y luego es succionado.

Es por esto que, así como es importante diferenciar el derecho a la vida, de la vida como valor, también lo es diferenciar hasta qué momento es prudencial realizar un aborto. Ya que no es posible que dentro de nuestro ordenamiento el legislador no haya establecido un límite de tiempo para realizar el aborto, ello quiere decir que, a la hora de despenalizar esta conducta, no tuvo en cuenta el desarrollo del feto en el que se puede encontrar y, mucho menos, sus derechos que como futura persona ostenta.

BIBLIOGRAFÍA

Aborto, E. (diciembre de 2009). *Abortos*. Obtenido de Otras legislaciones: http://www.abortos.com/otras_aborto.htm

Beltrán Guzmán, R. d., & Lorena, P. R. (s.f.). *El primer intento Código Penal de 1837 entre la implementación y el conflicto.* Obtenido de http://www.academia.edu/12703741/EL_PRIMER_INTENTO_C%C3%93DIGO_PENAL_DE_1837_ENTRE_LA_IMPLEMENTACI%C3%93N_Y_EL_CONFLICTO

Benavides, C. (2 de Enero de 2010). *La revista católica de derecho .* Obtenido de El aborto en Italia: http://www.iustitiae.tomas-moro.org/derecho-a-la-vida/articulos-derecho-a-la-vida/elabortoenitalia

Bernate Ochoa, F. (12 de Febrero de 2016). *Universidad del Rosario*. Obtenido de http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/Vol-2-Ed-12/Omnia/A-proposito-de-una-nueva-reforma-al-delito-de-abor/

Calvo Meijide, A. (2004). El nasciturus como sujeto de derecho. Concepto Constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. En A. Calvo Meijide. Madrid (España).

Cardenal Seper, F. (18 de noviembre de 1974). *Congregación para la Doctrina de la Fe*. Obtenido de Declaración sobre el aborto: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_sp.html#top

Código Civil, Artículo 90 (Ley 57 1887).

Código Penal, Ley 95 (24 de Abril de 1936).

Código Penal, Decreto - Ley 100 (20 de Febrero de 1980).

Código Penal, Ley 599 (24 de julio de 2000).

Comité contra la tortura. (s.f.). Obtenido de Situación del aborto en Argentina: http://feim.org.ar/wp-content/uploads/2017/04/CAT2017_Informe_conjunto_Aborto_Argentina.pdf

Convención Americana de Derechos Humanos, Capítulo II, artículo 4, numeral 1 (22 de noviembre de 1969).

Convención Americana de Derechos Humanos, Suscrita en san José de Costa Rica (22 de noviembre de 1969).

Erazo, B. S. (2008-2009). *Ámbito Jurídico.* Obtenido de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10306

Frank, M. I. (2015). *Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia.* Obtenido de http://observatoriointernacional.com/?p=2118

Gómez Gualdrón, E. J. (2011). Evolución legislativa del aborto en colombia. Bucaramanga.

Juan, U. d. (2009). Teoría General del Derecho - ICAES. 1.

Kioskea.net. (Junio de 2014). *Salud CCM.* Obtenido de http://salud.ccm.net/faq/12920-feto-humano-definicion

Ley, 194 (Italia 22 de mayo de 1978).

Leyes de aborto en Estados Unidos. (s.f.). Obtenido de http://www.gecoas.com/religion/Trabajos/aborto/legalUsa.htm

Leyes del Aborto en Europa. (s.f.). Obtenido de http://www.clinicas-aborto.com.mx/wp-content/uploads/2010/09/Leyes-del-Aborto-en-Europa.pdf

Marquéz, J. W. (2011). Control Social y Construcción de Estado. En J. W. Marquéz, *El Código Penal de 1837 y su influencia en la legislación criminal del Estado soberano de Bolívar: 1870-1880* (págs. 15-19). Cartagena de Indias: El caribe editores LTDA.

Molina Betancur, C. M. (2006). El derecho al aborto en Colombia. En C. M. Molina Betancur, *El derecho al aborto en Colombia* (págs. 12-13). Medellín - Antioquia (Colombia): Sello.

Pellicano, J. A. (2004). XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. *La protección del concebido en roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea.* Buenos Aires.

Profamilia. (2017). *Profamilia Pensando en ti*. Obtenido de La decisión es tuya, en lo que sigue te acompañamos.: http://profamilia.org.co/aborto/que-es-el-aborto/

Rios, A. (s.f.). *Trabajo de Romano Nasciturus.* Obtenido de El nasciturus de la antigua Roma a la realidad Venezolana.

Santander, A. h.-U. (1980). *Código Penal de 1980 - Ley 19*. Obtenido de https://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890

Sentencia , C-355 (Corte Constitucional 10 de mayo de 2006).

Sentencia, C-133 (Corte Constitucional 17 de Marzo de 1994).

Sentencia, C-327 (Corte Constitucional 22 de Junio de 2016).

Ucha, F. (20 de Octubre de 2008). *Definición ABC*. Obtenido de https://www.definicionabc.com/salud/embarazo.php

Uzcátegui, O. (2013). Derechos del no nacido. 1-3.

Vicent, C., Steven, Z., & Thomas, M. (s.f.). *Vida humana internacional.* Obtenido de Evidencias científicas del dolor que sufre el feto al ser deliberadamente abortado: http://vidahumana.org/aborto/item/292-evidencias-cient%C3%ADficas-del-dolor-que-sufre-el-feto-al-ser-deliberadamente-abortado

Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de derecho*, 171.