

EL CÍRCULO DA LA VUELTA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE ABORTO

SENTENCIA C-355 DE 2006

Andrée VIANA GARCÉS

SUMARIO: I. El legislador colombiano ante el problema del aborto. II. Jurisprudencia de control de constitucionalidad de las normas penales sobre aborto: 1 La línea jurisprudencial: 1.1 Gráfico. 1.2. Estructura teórica de la *línea dominante*. 1.3. Estructura teórica de la *línea Margina*. III. Conclusiones.

La discusión acerca de la corrección constitucional del tipo penal del aborto es obligada en la coyuntura actual, pues por primera vez en aproximadamente cien años, se despenaliza parcialmente la interrupción voluntaria del embarazo en casos en que obligar a la mujer a llevar a término su embarazo supone una carga desproporcionada en detrimento de sus derechos.

Este importante cambio, en beneficio de los derechos de las mujeres ha tenido lugar como consecuencia de una sentencia que la [Corte Constitucional](#) profirió el pasado 10 de mayo. La decisión se dio a conocer mediante dos comunicados de prensa que contenían la parte resolutoria de la sentencia y las razones básicas que la soportaban, pero sólo hasta el 5 de septiembre se publicó el texto completo de la providencia junto con un salvamento de voto y una aclaración.

La prolija decisión quebró una línea jurisprudencial marcadamente influida por la doctrina católica y abrió una nueva puerta para la emancipación de la mujer colombiana. Para comprender la magnitud del cambio que esto puede suponer tanto a nivel institucional como a nivel social en Colombia, es útil hacer un repaso por la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de aborto.

Si bien el centro de atención de este escrito es la producción judicial en sede de constitucionalidad, es importante conocer, muy superficialmente al menos, la tendencia del

legislador penal colombiano en el asunto. Por eso, el esquema de trabajo que seguiremos será el siguiente:

i) Haremos un recorrido por las normas que, desde el siglo XIX se han ocupado de tipificar el aborto voluntario como delito; ii) nos ocuparemos de las sentencias que ha proferido la Corte Constitucional valorando la exequibilidad de algunas de esas normas para relacionarlas entre ellas de una manera tal que podamos identificar las tendencias estructurales de la jurisprudencia en esta materia. Para ello, graficaremos la línea jurisprudencial y después explicaremos cómo se conforman las teorías que han servido de soporte para las dos posiciones radicalmente opuestas que se han sostenido dentro de la Corporación. iii) Por último, expondremos algunos comentarios finales a manera de conclusión.

I. EL LEGISLADOR COLOMBIANO ANTE EL PROBLEMA DEL ABORTO

Colombia es uno de los pocos países del mundo que para el año 2006 aún tenía tipificado el aborto como tipo penal absoluto. Este dato diferencial de la legislación penal colombiano se mantuvo, con algunas variaciones, desde la época de la constitución de la República hasta el pasado 10 de mayo.

Veamos. La ley vigente en Colombia en 1837 tipificaba como delitos tanto el aborto consentido como el no consentido, pero permitía el aborto terapéutico. El siguiente Código Penal de 1873 mantuvo esas normas sin modificarlas. Posteriormente, en el Código de 1890¹ excluyó la imposición de pena en el caso del aborto terapéutico cuando su realización fuese necesaria para salvar la vida de la madre y sancionó el aborto como tipo general sólo en ciertas situaciones. En ese código se incluyó por primera vez el “aborto honoris causa” que fue concebido como atenuante del tipo penal general. Era una causal fundada en la calificación del sujeto y en una especificación del móvil: la atenuación de la pena procedía para los casos en que el aborto lo cometiera una “mujer honrada y de buena fama” siempre que su móvil hubiese sido “encubrir su fragilidad”².

En 1922, con la ley 109 se pretendió reformar el Código Penal del 73 eliminando la mención al aborto terapéutico pero conservando, en cambio, la atenuante en los casos de aborto “honoris causa”, lo cual, sin duda, indica un “extraño y sugerente cambio valorativo”³ en la política criminal respecto del asunto. Parecería poder leerse entre líneas, no muy oculto bajo la reforma que proponía esa ley, que el tipo penal del aborto es una sanción para la mujer licenciosa o que no asume su natural rol de engendradora, de

¹ La mujer embarazada que para abortar emplee, a sabiendas, o consienta que otro emplee alguno de los medios expresados sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses a un año si no resulta.

² Ver Intervención del Defensor del Pueblo en el proceso que terminó con la sentencia C - 355 de 2006, pp. 16 a 19. El Defensor explica que esta norma se tipificó en Colombia por influencia de la jurisprudencia española, y que luego fue codificada en la misma España, en Italia y posteriormente en otros países de América Latina

³ Ver Intervención del Defensor del Pueblo.

perpetuadora de la especie. Su salud o su vida pasan a un segundo plano, ceden ante el interés del Estado de proteger la vida en formación.

Sin embargo, la ley 109 de 1922 nunca entró en vigor y el Código Penal de 1936, que rigió hasta 1980, mantuvo el tipo principal del aborto consentido en su artículo 386⁴ y conservó la atenuante para el aborto honoris causa⁵. Ese código fue derogado por el [Decreto 100 de 1980](#), es decir, por el código penal que rigió hasta el año 2000 y cuyos textos en esta materia no eran muy diferentes a los de los artículos que motivaron el proceso de inconstitucionalidad que terminó con la [sentencia C 355 de 2006](#). Las normas del código vigente⁶, que penalizaban el aborto de manera absoluta y que fueron estudiadas en esa última sentencia son las siguientes:

“CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

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

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

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

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

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

Este breve repaso arroja una conclusión evidente. El legislador colombiano se mantuvo en la misma posición por más de cien años y repitió sin excepción la fórmula en la que resolvía el conflicto entre la vida en formación y los derechos de la mujer en una única

⁴ La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años. En la misma sanción incurrirá el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

⁵ El artículo 389 prescribía: Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el 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.

⁶ [LEY NÚMERO 599 DE 2000](#), reformada el artículo 14 de la ley 890 de 2004 que consagró un aumento de penas para los tipos penales de la parte especial del Código Penal.

dirección: el sacrificio absoluto de éstos últimos. Tras una especie de pantalla acústica, permaneció sordo a las nuevas voces del derecho internacional en materia de garantías y reconocimientos a favor de la igualdad, dignidad, integridad y libertad de la mujer, así como a los ya no tan recientes avances de la ciencia respecto del inicio y desarrollo de la vida.

La última sentencia de la Corte Constitucional, en ese contexto es de suma importancia: abre la puerta al legislador para que se aparte de las doctrinas católicas y avance con miras a resolver el problema del aborto inseguro, armonizando derecho penal con otros instrumentos que están a disposición del diseño de políticas públicas.

II. JURISPRUDENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES SOBRE ABORTO.

Si el legislador mantuvo una misma opción tantos años, la jurisprudencia constitucional no fue menos indolente. A partir de la [Constitución de 1991](#), la jurisprudencia de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las distintas normas penales sobre el aborto, sumándose a las tesis que propugnaban por la protección absoluta de la vida del nasciturus.

Por su complejidad, el asunto de la constitucionalidad del aborto como tipo penal siempre ha dividido a la Corporación y ha generado una línea jurisprudencial bastante uniforme, caracterizada por dos datos importantes:

a) Todas las sentencias sobre el tema, que preceden la [C-355](#) de 2006, resuelven la tensión entre derechos e intereses propia de la penalización del aborto, optando por la absolutización de la protección a la vida del no nato. De hecho, en ninguna de esas providencias se hace un estudio sobre los derechos de la mujer, ni se intentan ejercicios de ponderación de bienes para relativizar las soluciones y minimizar el sacrificio de los derechos que ceden ante la protección del nasciturus.

b) Esta línea jurisprudencial está regida por una dinámica de polarización. La uniformidad de posición en las sentencias ha determinado una línea opuesta, conformada por los salvamentos (e incluso por aclaraciones de voto) de la minoría de magistrados. Es decir, como se verá en el gráfico, la línea jurisprudencial que comentamos, en realidad, son dos líneas paralelas: Una, la mayoritaria, que llamaremos *línea dominante*, y la otra minoritaria, que llamaremos *línea marginal*. Ambas líneas, absolutamente refractarias la una ante la otra, denotan la tensión que padece el Derecho colombiano en materia de libertades sexuales y reproductivas de la mujer, sobre todo cuando reconocerlas y garantizarlas supone desmarcarse bruscamente de la Doctrina Católica, convertida en hegemónica, obedecida e impuesta por las instituciones públicas nacionales durante toda la historia, a costa del valor Constitucional que ordena la independencia del Estado respecto de cualquier organización o confesión religiosa.

La [sentencia C-355](#) del pasado 10 de mayo es el gran logro de la *línea marginal*. De hecho, encuentra en ella su precedente y cita algunos apartes de aclaraciones y salvamentos de voto con los que la minoría de magistrados reaccionaba ante la *línea dominante*. Sin embargo, este nuevo punto del recorrido jurisprudencial en materia de aborto no es la excepción a la regla. También ahora, la Corte se ha regido por la dinámica de la polarización: la sentencia dio lugar a un salvamento de tres magistrados que anteriormente sostuvieron la línea que fue *dominante* hasta ahora. Así, la que fue *línea dominante* antes de la C-355/06 continúa como *línea marginal* con el salvamento de los magistrados Escobar Gil, Tafur Galvis y Monroy Cabra. El círculo da la vuelta.

1. La línea jurisprudencial

A continuación, intentaremos construir las estructuras teóricas que han resultado de la línea jurisprudencial que responde al problema jurídico que ahora nos ocupa. Para ello, estimamos conveniente hacer algunas aclaraciones metodológicas⁷ previas:

a) Para acotar el tema sobre el cual compondremos la *estructura narrativa* dentro de la cual se relacionarán los pronunciamientos de la Corte es necesario formular el problema jurídico en el que nos vamos a concentrar. Lo haremos, entonces, en los siguientes términos:

¿Cómo resuelve la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tensión entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer en el caso del aborto?

b) Resulta útil, además, graficar una especie de mapa de la línea jurisprudencial para efectos de hacer más claras las tendencias y de poder identificar los puntos que marca cada sentencia en cada una de las sub-líneas que hemos identificado.

c) Una vez graficado el mapa de la línea, expondremos sucintamente la estructura teórica de cada sub-línea, identificando las sentencias (en el caso de la línea dominante) y los salvamentos o aclaraciones (en el caso de la línea marginal) que contienen las tesis más importantes sobre el problema jurídico planteado.

⁷ El método que utilizaremos será, a menos en lo básico, el propuesto por el profesor Diego López Medina. Ver. D. LOPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial*. Ediciones Uniandes, Legis, Bogotá, 2002.

1.1. Gráfico

¿Cómo resuelve la jurisprudencia de la Corte Constitucional la tensión entre la vida del nasciturus y los derechos de la mujer en el caso del aborto?

<p>La vida del no nato es un bien constitucionalmente protegido pero no es absoluto. Las medidas para su protección deben ser el resultado de la ponderación con los derechos de la madre, ante los cuales cederá en ciertas circunstancias específicas.</p>	<p>* Salvamento de voto a la C133/1994 Eduardo Cifuentes Muñoz Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez caballero</p> <p>* Salvamento de voto a la C-013/97 Eduardo Cifuentes Muñoz Carlos Gaviria Díaz Alejandro Martínez caballero</p> <p>* Aclaración de voto a la C-647/01 Clara Inés Vargas Hernández Jaime Araujo Rentería Alfredo Beltrán Sierra Manuel José Cepeda Espinosa</p> <p>* Salvamento devoto a la C-647/01 Rodrigo Escobar Gil Marco Gerardo</p>	<p>La vida del nasciturus merece una protección absoluta. Ningún derecho de la madre puede justificar el sacrificio de la vida del no nato.</p>
--	--	---

	Monroy Cabra	
	*	
	C-355/06	
	Clara Inés Vargas	
	Alfredo Beltrán	
	Sierra	
		*
		Salvamento devoto a
		la C-355/
	*	
	Aclaración de voto	
	C-355/06	
	Manuel José Cepeda	
		Rodrigo Escobar Gil
		Marco Gerardo
		Monroy Cabra

1.2. Estructura teórica de la *línea dominante*⁸

En 1994, la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 343 del [Código penal](#)⁹. La [sentencia C 133](#) de 1994 fue la primera sentencia en la que la Corte abordaba el tema del aborto, y lo hizo desde la perspectiva que prevalecería en las demás decisiones en que tuvo oportunidad de hacerlo: la sacralidad y absoluta prevalencia de la vida del nasciturus. A partir de este punto la Corporación quedará atrapada en un espiral conceptual de base metajurídica: el inicio de la vida humana y el momento en que merece la titularidad de los derechos.

En esta sentencia se decide la exequibilidad del artículo demandado¹⁰. La Corte soporta su decisión en que el derecho a la vida es el más valioso de los bienes reconocidos al

⁸ La llamamos *dominante* porque es la que más tiempo ha sido mayoritaria en la Corte, pero ha dejado de serlo el 10 de mayo de 2006 con la [sentencia C-355/06](#)

⁹ Decreto 100 de 1980 (Código Penal)

Artículo 343. aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

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

Para completar la reglamentación penal sobre aborto, la Corte, en la sentencia, reseña las demás normas del código sobre el tema:

Art. 344 Aborto sin consentimiento: “ el que causare el aborto sin consentimiento de la mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años”

Art. 345 circunstancias específicas. “LA mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias”

¹⁰ La Corte interpreta que según el demandante se han violado los siguientes preceptos constitucionales:

Inciso 2° del artículo 2°: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”.

Artículo 7°.: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”

individuo de la especie humana, y aclara que, si bien tal derecho es reconocido a las personas eso no quiere decir que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional.

En esta primera etapa, la Corporación es bastante prudente a la hora de reconocer personalidad jurídica al no nato, y sostiene que la protección de su vida, no es porque sea persona, sino porque, de una parte el nasciturus es la encarnación de la esperanza de vida, su vida es en sí misma un valor fundamental, y de otra porque el deber general de las autoridades de amparar y asegurar la vida de todas las *personas* se extiende “obviamente” a la vida durante su proceso de formación y desarrollo por ser condición para la viabilidad del nacimiento que da origen a la existencia legal de las personas.

En efecto, dice la Corte, “si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.” De allí que, en concepto de la Corporación, el reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluya, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar “la muerte de seres no nacidos”. Con ese fundamento, el legislador está autorizado constitucionalmente a penalizar los actos destinados a provocar su muerte.

Un segundo argumento que será recurrente a partir de ahora, es el de la supuesta voluntad del constituyente de excluir la permisión del aborto. La Corte fundamentará este argumento constantemente, en que en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente consta que se decidió no pronunciarse expresamente sobre el tema.

El tercer pilar de la decisión, que también se repetirá casi invariablemente en las sentencias que siguen a esta como precedente, es el del bloque de constitucionalidad¹¹ (en adelante BC). Una de las características más marcadas de esta línea dominante es el sesgo con el que se constituye el BC, del cual quedan excluidos de entrada todos aquellos que declaren o reconozcan derechos de la mujer. En efecto, el BC, para este caso queda conformado por los artículos 2, 5, 42, 43 y 44, el preámbulo de la [CDN](#) y el artículo 1 numeral 4 de la [CADH](#).

El cuarto nicho argumental versa sobre el derecho reconocido constitucionalmente (Art. 2) a la pareja de decidir libremente el número de hijos. La corte limita este derecho interpretando que sólo puede ejercerse antes de la concepción y añade una anotación (por lo

Artículo 18: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Inciso 1° del artículo 19: “se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva”.

Inciso 5° del artículo 42: “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

¹¹ El bloque de constitucionalidad en Colombia está compuesto por todos los tratados o convenciones de derechos humanos, derecho internacional humanitario, los llamados derechos innominados, y las normas constitucionales que reconozcan derechos, así como las contenidas en leyes estatutarias u orgánicas

menos) curiosa teniendo en cuenta su tradición activista y conociendo su rigor a la hora de aplicar los tests de proporcionalidad de las decisiones del legislador:

“no se descarta la posibilidad de eventuales conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del nasciturus; pero a juicio de la Corte no es su misión, sino tarea del legislador diseñar la política criminal, a través de la expedición de reglas que contribuyan a la solución de dichos conflictos”.

El quinto y último punto de análisis es el derecho a la libertad de conciencia y de culto, que, por cierto, despacha rápidamente afirmando que la penalización del aborto no viola tales libertades porque ellas son libertades limitadas por el orden público que entiende, está compuesto por la seguridad, salubridad y la moralidad públicas. Agrega, finalmente que, como todas, estas libertades encuentran como límite el derecho de los demás a disfrutar de sus libertades públicas y derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida del nasciturus.

En el año 97, la Corte vuelve a estudiar el tema con ocasión de una demanda contra varios artículos del código penal, entre los cuales estaba el 345, que consagra circunstancias atenuantes para el delito aborto en casos en que se cometa por mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. En esta ocasión, en resumen, el demandante considera que se trata de penas demasiado flexibles y que, por ello violan el derecho a la vida reconocido en la constitución.

Curiosamente, la ponencia original de esta sentencia pretendía la despenalización absoluta del aborto, y la que triunfó ante la mayoría de la Corporación fue una segunda que dio como resultando una decisión en que la Corte casi para empezar su argumentación, se identifica con la acusación del demandante. Dice reconocer que se trata de sanciones en exceso benignas, pero aclara que ello no hace inconstitucional al precepto.

Esta vez, el bloque de constitucionalidad también juega un papel importante en la argumentación de la corte. Su construcción, si bien se hace de manera similar a como se hizo en la anterior providencia en el sentido de excluir absolutamente cualquier norma internacional sobre derechos de la mujer, agrega un componente bastante atípico en la jurisprudencia de la Corte: un derecho innominado. En efecto, a partir de una interpretación conjunta de los artículos 5, 11, 93 y 94, la Corte incluye dentro del BC el “derecho a la vida del nasciturus”

Luego se centra en el “valor intrínseco de la vida” y sostiene que el aborto es en sí mismo reprochable, de manera que ningún criterio de distinción es aceptable a la luz del derecho para suponer que la protección constitucional que merece la vida tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento o que deba ser menos intensa antes del mismo.

Finalmente, la sentencia se refiere a los casos contemplados en el artículo demandado y aclara que, aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente (que la viole, o la insemine artificialmente sin su consentimiento) nadie puede alegar un derecho a cometer

un crimen, además de que a ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, pues para la Corte resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida, que pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir.

Al final de la sentencia, la corte expone un razonamiento claramente clerical según el cual, para la Corporación es inadmisibles el argumento según el cual la penalización de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer; y aclara que “se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre.” Y concluye que, aún admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.

En el año 2001, la Corte vuelve a conocer el tema con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo artículo 124 del nuevo código penal¹², que establece las circunstancias para la inaplicación de la pena en el delito de aborto. El demandante considera que no es constitucional prescribir causales tan amplias y dejar un margen de discrecionalidad al juez para inaplicar la pena porque ello supone, en su concepto, dejar desprotegido el derecho a la vida del nasciturus.

El caso se resuelve en la [sentencia C-647](#) de 2001, en la que no hay un aporte doctrinal importante. Simplemente, dentro del contexto de la constitucionalidad de la penalización absoluta del aborto, declara la constitucionalidad de la norma luego de explicar la diferencia entre exclusión y extinción de la pena para aclarar que el Estado, en el primer caso, que es el que se aplica en la norma penal del aborto, no pierde su potestad punitiva sino que, dentro de una competencia judicial reglada, puede decidir la no aplicación de la sanción.

¹² [Ley 599 de 2000](#)

Por la cual se expide el Código Penal

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

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

El demandante considera que el párrafo desconoce el derecho a la vida.

El aporte verdaderamente importante para la *línea dominante*¹³ lo hace un salvamento de voto de los magistrados Escobar Gil y Monroy Cabra. Consideran que la posición mayoritaria es equivocada y que debió declararse la inconstitucionalidad de la norma con base en las siguientes razones:

a) porque la norma persigue una finalidad ilegítima: despenalizar en prácticamente todos los casos el aborto en caso de embarazo por delito contra la libertad sexual “para asegurar la tranquilidad de la madre”. Es decir, porque, en su concepto, con esa norma se incumple la obligación de proteger prevalentemente la vida del nasciturus como lo manda la constitución.

b) porque en su concepto, la tensión entre el derecho a la vida del feto y los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la madre que está “en extraordinarias condiciones anormales de motivación” es resuelta por la norma con una solución que elimina la vida del primero. Consideran que en el caso del aborto, no se trata de una restricción de derechos sino de una medida que tolera la desaparición absoluta del principal derecho, el derecho a la vida, en aras al a garantía de la libertad de la mujer. Desde este punto de vista, la restricción a la protección a la vida del nasciturus es, en su concepto, absolutamente desproporcionada.

c) porque la restricción no era necesaria dado que ya existen excluyentes de antijuridicidad en el código penal: trastornos mentales transitorios, enfermedad mental transitoria, etc.

En resumen, esta línea de pensamiento de la Corte, que se impuso como línea dominante hasta el pasado 10 de mayo, sostuvo invariablemente que la vida del nasciturus debía ser protegida de manera absoluta, dejando entrever a veces tácitamente a veces de manera expresa, que el amparo a los derechos de la mujer nunca justificaría el sacrificio de la vida en formación.

¹³ La sentencia da lugar a una aclaración de voto de cuatro magistrados que se ubica más en la línea marginal. Es curioso que eso haya sido una aclaración. Posiblemente se explique en el hecho de que para tomar esa decisión la Corte estuvo dividida de manera peculiar: cuatro aclaran el voto de una manera tal que ciertamente la despenalización del aborto podría haberse fundado en sus razonamientos; dos salvan el voto porque habrían preferido sacar del ordenamiento la causal de exclusión de la pena para garantizar que la penalización del aborto siempre tenga por efecto la imposición de la sanción; de manera que sólo dos magistrados estuvieron de acuerdo plenamente con el texto de la sentencia. Si uno sólo de estos dos, hubiese adherido a la posición de los cuatro magistrados que aclararon el voto, esa aclaración habría sido una sentencia de despenalización del aborto. En cualquier caso, esa aclaración de voto es una puerta importante para la posterior [sentencia C-355](#) de 2006.

1.3. Estructura teórica de la *línea Marginal*¹⁴

La primera pieza de la estructura teórica de esta línea que se mantuvo marginal hasta el pasado 10 de mayo, es el salvamento de voto de la [sentencia C- 133](#) de 1994, formulado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

En este salvamento, los magistrados hacen notar el error lógico y de interpretación en que incurre la mayoría de la Corte en su razonamiento referente al principio de la vida y a la protección que merece la del no nato. En efecto, entiende que el derecho a la vida se reconoce a todo individuo de la especie humana, y que su existencia comienza a partir de su concepción, pero en todo caso sostienen que, como el bloque de constitucionalidad reconoce el derecho a la vida del nasciturus, no es necesario ser persona humana para tener protección de la vida.

En el salvamento de voto se explica que el error de la Corte consiste en que no logra diferenciar la protección a la vida del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la [Carta](#). La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional (preámbulo, artículo 2) pero eso es diferente a la consagración del derecho fundamental a la vida (CP Art. 11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Los Magistrados del grupo minoritario insisten en que eso no significa que la vida humana latente no deba ser protegida, sino que no debe serlo necesariamente mediante la atribución de derechos fundamentales a quién no tiene titularidad jurídica para su goce y ejercicio.

Aclaran que si bien no se discute que el nasciturus sea un organismo viviente individual, y que sea humano porque pertenece a la especie, de ello no se sigue el feto tenga derechos e intereses del tipo que el Estado está en el deber de proteger respecto de las personas. Resaltan, entonces, que esa sería una deducción errónea. Dicen que es precisamente el salto conceptual que llevaría a la Corte a equiparar el aborto a un asesinato, de manera que quitarle voluntaria y premeditadamente la vida al producto de la concepción, constituiría homicidio. *“La licencia en el uso del lenguaje muestra la ambigüedad con que se emplea el vocablo persona, como sinónimo de individuo o de ser humano, de manera que se termina por dar igual tratamiento al no nacido que a las personas nacidas y titulares de derechos y obligaciones”*.

Este salvamento trae un argumento que luego será utilizado a lo largo de toda la línea y que, incluso, es retomado en la [sentencia C355](#) de 2006. Se trata de la tesis según la cual, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales al nasciturus presupone que el Estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. En su concepto, el recurso a la personificación

¹⁴ que, a partir de 10 de mayo de 2006 se ha convertido en *dominante*

jurídica –en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural- , se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales, en razón de que el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrea al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada.

Los magistrados del grupo minoritario se preocupan por insistir en que no se rechaza la protección al no nacido, sino que el Estado pueda apelar a sus intereses para limitar desproporcionadamente los derechos constitucionales de la mujer que, por diversas circunstancias, puede en estas condiciones verse obligada a soportar una carga no exigible jurídicamente

Adicionalmente, respecto de la tesis sostenida por la Corte, según la cual la vida tiene un valor intrínseco, el salvamento de voto reformula la cuestión en los siguientes términos: El punto de discusión no debe centrarse en la personalidad jurídica del nasciturus sino en la responder la pregunta sobre si el Estado puede legítimamente defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida. A lo que responden que la imposición de una concepción al valor de la vida viola la libertad de conciencia y de religión.

Posteriormente dejan sentada su posición respecto del derecho a la autonomía procreativa, en el sentido en que es artificioso sostener, como lo hace la Corte, que este derecho sólo puede ejercitarse en unas circunstancias pero no en otras; antes de la concepción sí, pero después no.

Finalmente formulan una serie de consideraciones de política criminal que sirven de argumento contra la penalización absoluta del aborto y que luego serán aducidas por los demandantes e incluso por el Ministerio de protección social dentro del proceso que terminó con la [sentencia C 355](#) de 2006. Esos argumentos son, en resumen, la ineficacia del tipo penal que se desvela con cifras escandalosas cercanas a los 300 mil abortos anuales en circunstancias inseguras e insalubres para la mujer; la discriminación que genera en el ejercicio de los derechos de la mujer entre mujeres de escasos recursos y mujeres con capacidad adquisitiva que no se ven en la necesidad de arriesgar sus vidas para abortar porque pueden, incluso, viajar a países en los que el procedimiento es permitido; y finalmente el hecho de que en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la injerencia en la vida privada de los asociados debe ser la mínima posible, de manera que el derecho penal, además de que tendría que ser un código de requisitos mínimos que por supuesto no pueden incluir concepciones morales, debe ser el último recurso en el diseño de políticas públicas.

En 1997, ante la [sentencia C-013/97](#), salvan el voto Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero, reiterando muchos de los argumentos expuestos en el salvamento del año 94 y agregando otras nociones que luego fueron retomadas en la [sentencia C-355](#) de 2006.

Por ejemplo, señalan que en ciertas ocasiones la obligación de tener un hijo impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad

negándole el derecho a decidir es causarles un perjuicio grave y negarles su derecho a una vida digna y autónoma.

Probablemente el argumento más novedoso y fuerte de este salvamento sea el de *la carga desproporcionada no exigida jurídicamente*

Recurriendo a la doctrina constitucional en materia de deberes jurídicos ciudadanos¹⁵, arguyen que la prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de violencia o inseminación no consentida, tiene un “significado anormalmente gravoso para la mujer que se ve obligada injustamente a soportarlo y, por lo tanto, la punición de su conducta en este caso quebranta la Constitución Política”

El embarazo criminal, en realidad, no alcanza a desplegar su entero potencial de daño con la violación carnal, sino que prosigue generando efectos no deseados pro su víctima y su familia, como el de alumbrar un hijo contra la voluntad de la progenitora y tener que asumir forzosamente los consiguientes deberes de cuidado y crianza. La norma impide a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, que ponga término a la cadena de los demás daños que se ciernen sobre sus restantes derechos.

Finalmente, añade otro argumento nuevo en la discusión referente al Derecho a la familia y a la libertad de procreación, en el sentido de que no es el violador el llamado a decidir por encima de la pareja, el número de los hijos e imponga los deberes de sostenimiento y crianza.

En el año 2001, con la ya comentada [sentencia C-647](#) vino la aclaración de voto a la sentencia de los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa, en la que señalan que la norma acusada (aquella en la que se prevén circunstancias para la exclusión de la pena) es un paso del legislador hacia la despenalización parcial del aborto; y advierten que la constitución le permite ir más lejos pero que no le indica cómo hacerlo, de manera que el legislador penal al escoger políticas debe ponderar los derechos. No puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno. Por lo tanto debe tratarla como tal en lugar de convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana.

El legislador, advierten, tampoco puede desproteger el derecho a la intimidad de la mujer... no existe esfera más íntima que la delimitada por el propio cuerpo. Insisten explicando que después del acto sexual violento o del procedimiento invasivo no consentido, si como consecuencia de estos queda embarazada toda su vida cambia. Su decisiones respecto de quién quiere ser, en particular como madre, como compañera, como hija, como trabajadora, en fin, como persona dependen del embarazo y de su continuación.

¹⁵ En especial a la sentencia C452 de 1993 que declara la inexequibilidad de la prohibición de pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada con base en que el secuestrado y sus allegados no tienen el deber jurídico de afrontar el peligro

Los magistrados se oponen abiertamente a la concepción dignificadora de la maternidad expuesta en la sentencia de 1994, y dicen que el estado de gravidez no autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida.

Hacen un repaso de los momentos de desarrollo del feto desde la concepción para proponer distintas respuestas al problema de la ponderación entre su vida y los derechos de la mujer de manera que cuanto más temprana sea la vida en formación, más pesarán los derechos de la mujer y viceversa.

Proponen una interpretación del artículo demandado según la cual todos los casos de atenuación punitiva son casos anormales de embarazo y ponen a la mujer en circunstancias excepcionales respecto de las demás mujeres en estado de gravidez, por lo que el juez podría inaplicar la pena en cualquiera de los casos de la norma sin necesidad de más requisitos.

Finalmente, el último punto de esta línea hace que la estructura teórica que la soporta deje de ser *marginal* para convertirse en *dominante*. En efecto, a [sentencia C-355](#) de 2006 retomó los puntos más importantes de la línea que la precede y los vertió en sus consideraciones, para fundamentar sus decisiones más importantes.

En esta sentencia la Corte Constitucional adoptó distintas decisiones. Las más importantes para lo que interesa en esta línea son las siguientes:

a) La Constitución prohíbe al legislador considerar como delito el aborto cuando éste sea practicado con el consentimiento de la mujer en tres hipótesis:

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

b) De acuerdo con la ratio decidendi en materia de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y mediante la declaración de inexecutable de la frase “o en mujer menor de 14 años” la corte obliga al legislador a reconocer un valor preponderante a la voluntad de todas las mujeres, incluso cuando sean menores de catorce años;

c) finalmente, la Corte aclaró al legislador que le está constitucionalmente avanzar en el diseño de políticas públicas que respondan adecuadamente al problema del aborto inseguro e impliquen alternativas a la penalización. Además aclaró también que la aplicación de la decisión no necesita una regulación legal o reglamentaria, pero que si el legislador

considera necesario hacerlo no puede exigir condiciones, trámites u otros requisitos que constituyan una carga excesiva para la mujer o que le impidan decidir abortar, al menos, en las hipótesis señaladas por la Corte Constitucional en la presente sentencia.¹⁶

La corte, en esta providencia corrige las posiciones anteriores o les da una nueva lectura que sea acorde con el texto constitucional. El primer cambio importante respecto de las sentencias anteriores es metodológico. La Corte regresa a su tradición de ponderar los derechos en tensión¹⁷. Aunque es cierto que no hace explícito el test de proporcionalidad en cada una de sus partes como solía hacerlo en la primera época, al menos explica las razones de la proporcionalidad de sus decisiones.

De allí que la Corte plantee tempranamente en la providencia que la primera tensión que conlleva el precepto acusado es entre dos grupos de derechos o intereses: de un lado, la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo, el libre desarrollo de su personalidad, su libertad de conciencia y religión, el derecho a la honra, entre otros; y por de otro lado, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad.

El segundo cambio es sustantivo. La Corte, por primera vez en la línea jurisprudencial sobre aborto, estudia a profundidad los derechos de la mujer, reconstruyendo de manera completa el bloque de constitucionalidad mediante la integración de normas internacionales que reconocen y garantizan la dignidad, libertad e integridad de las mujeres¹⁸, así como pronunciamientos y recomendaciones de los comités y comisiones guardianes de los distintos pactos internacionales¹⁹, específicamente sobre la problemática del aborto y del trato diferente y discriminado contra mujeres, por parte²⁰.

¹⁶ En su aclaración de voto, Manuel José Cepeda resalta que, por ejemplo, sobre el indicador ético-criminal la Corte se dice en la [sentencia C-355](#) de 2006. “Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar; o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer” (...) En el mismo sentido, sobre la posible regulación del tema se dijo en la sentencia: “En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.”

¹⁷ Ver, por ejemplo, el fundamento jurídico 5.1 de la [sentencia C 355](#) de 2006

¹⁸ La Corte, esta vez, incluyó en el BC normas como las siguientes: [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) (DUDH) 1948

“Artículo 5°.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”; [CEDAW](#) “Artículos 1, 2, 3, 4, 7, la [declaración de Beijing](#), el tratado de Roma, la [CEDH](#), la [CADH](#), el [PDCP](#), entre otras

¹⁹ Ver, por ejemplo, los fundamentos jurídicos 6.3 y 6.4, entre otros, de la [C 355 de 2006](#)

²⁰ Por ejemplo, las recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el Pacto de derechos civiles y políticos de mayo 5 de 1997, de mayo 26 de 2004, La [Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud](#), de la Comisión encargada de la vigilancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982, la [Recomendación a Colombia](#) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW de febrero 3 de 1999, la [Recomendación a Colombia](#) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de febrero 26 de 1999, entre otras.

Después de estudiar los artículos de las normas internacionales que podían dar pistas sobre el alcance del deber de protección a la vida en formación, la Corte concluye que de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos 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, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Por ello, el siguiente paso en el estudio de la Corte es el de definir los derechos fundamentales de las mujeres de acuerdo con el bloque de constitucionalidad para poder hacer debidamente el ejercicio de ponderación entre ellos y el deber de protección al nasciturus. Así, la Corte emprende por primera vez en esta línea jurisprudencial, un trabajo de identificación de los derechos de la mujer a relevantes para el caso (derecho a la salud, a la salud sexual, a acceder a los procedimientos médicos y quirúrgicos especiales para la mujer, a la libertad reproductiva, a no ser objeto de delitos reproductivos y sexuales, a la intimidad, a la igualdad, a la no discriminación).

En primer lugar, la Corte retoma las diferenciaciones que hacía el salvamento de voto a la [sentencia C-133](#) de 1994 entre el valor de la vida y el derecho fundamental a la vida, y hace un paralelo con el principio de la dignidad y el derecho fundamental a la dignidad para explicar que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). Con base en esto, la Corte termina su razonamiento al respecto haciendo suyo un argumento que se expuso por primera vez en la aclaración de voto de la [sentencia C-647](#) de 2001, según el cual el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

En segundo lugar, la Corte estudia los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Anota que el contenido de ese derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal, dentro de las cuales se encuentra la de ser madre, que no puede ser adoptada o impuesta arbitrariamente por terceros sin violar el derecho comentado. De allí que la jurisprudencia de la Corte haya sido insistente en rechazar como inconstitucionales las políticas perfeccionistas y haya indicado que para que una medida de protección no se convierta en una política de esa naturaleza, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, la Corte hace un completo análisis sobre el derecho a la salud, y recuerda que es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y que además,

en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva. Además, la Corporación aclara que este derecho no es sólo prestacional, sino que impone deberes de abstención al Estado, de manera que no pueda cometer injerencias que lo amenacen o vulneren. De allí que, concluye, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Finalmente, para concretar sus análisis teóricos sobre los alcances de los derechos en tensión, la Corte estudia el precepto demandado. Considera que el legislador colombiano decidió que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, aclara, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente.

La Corte determinó que una regulación en ese sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante, cuando en realidad tendría que ser una de las hipótesis en que la interrupción del embarazo no fuera constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal²¹.

De otra parte, dice la Corte, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana²².

Con base en esos argumentos la Corte declara la constitucionalidad condicionada del artículo 122 en los términos que se reseñaron arriba. Además, luego de estudiar el derecho

²¹ [Código Penal](#), artículos 138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

²² La Corte recupera así la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

a la autodeterminación y de recordar la doctrina constitucional en materia del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, concluye que la mujer de catorce años no puede ser tratada por el legislador como si no tuviese voluntad ni capacidad suficiente para decidir sobre su vida, y declara la inconstitucionalidad de la frase “o en mujer menor de 14 años” del artículo 124.

En conclusión, de acuerdo con la estructura teórica que ha caracterizado esta línea, que se mantuvo marginal hasta la expedición de la [sentencia C355](#) de 2006, la vida del nasciturus es un bien que debe ser protegido pero no puede ser objeto de un amparo absoluto e incondicional a costa de cualquier otro derecho que entre en tensión con él. Las medidas de protección que se le deben a la vida del no nato han de ser proporcionadas y no pueden ser idénticas en intensidad a aquéllas que se brindan a los derechos fundamentales de las personas, por lo que, en circunstancias especiales que supongan que llevar a término un embarazo resulta una carga desproporcionada en sacrificio de los derechos de la madre, la interrupción del mismo resulta permitida y legítima de acuerdo con la Constitución.

I. CONCLUSIONES

La perseverancia de quienes han mantenido firme su posición garantista y laica dentro de la Corporación y el fuerte movimiento social que desató el proceso judicial lograron que las tesis otrora marginales ahora sean mayoritarias y vinculantes para todos los agentes involucrados en el problema del aborto inseguro: Por una parte, médicos, clínicas, hospitales y centros de salud que tendrán que garantizar que la mujer que se encuentre en una situación extrema de las contempladas en la sentencia pueda practicarse el aborto; de hecho, la sentencia advierte que la objeción de conciencia no puede ser institucional y que solamente el médico que se encuentre impedido por sus principios podrá oponerla, siempre y cuando remita inmediatamente a la mujer interesada a donde otro galeno que si esté dispuesto a adelantar el procedimiento. De otra parte, el gobierno, que tendrá que estudiar la conveniencia de incluir los procesos de interrupción de embarazos dentro de las prestaciones obligatorias del sistema de seguridad social; también el legislador, que habrá de considerar la manera de diseñar políticas públicas que permitan que la sociedad avance en soluciones respecto del problema de salubridad y morbimortalidad que ha supuesto el aborto inseguro, y finalmente, los jueces que tendrán que garantizar, cuando sea necesario, que las mujeres puedan acceder a los servicios sanitarios necesarios, de manera oportuna y sin obstáculos, para llevar a cabo el aborto en los casos en que, de acuerdo con la sentencia, la constitución lo permite.

Sin embargo es muy temprano para declarar una victoria estable para esta reivindicación de derechos de la mujer. La polarización que genera este asunto no cesó con la [sentencia c-355/06](#). Al contrario, se atizaron los leños de la sanción moral católica (ha habido una verdadera avalancha de excomuniones) y se alzaron voces de personalidades públicas de tradición conservadora escandalizadas por la decisión, entre las que figuran dos magistrados de la Corte (Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra) que dejaron plasmado su pensamiento en un vehemente salvamento de voto que perpetúa, ahora

de manera marginal, la línea de pensamiento que antes fue mayoritaria dentro del máximo tribunal constitucional colombiano.

Por ahora, entonces, sólo podemos decir que el círculo dio la vuelta: los que antes dominaban la voz de la Corte y legitimaban las decisiones extremas y absolutas del legislador penal, ahora son minoría en la Corporación pero cuentan con el poder de la jerarquía católica y no descansarán hasta hacer el último esfuerzo para que el círculo vuelva a girar hasta donde sus convicciones morales le marquen el lugar. Esperemos pues, que la fuerza social y el garantismo constitucional puedan más que el lobby del temor al purgatorio.

RESUMEN: El tema de la penalización del aborto no ha sido pacífico dentro de la Corte Constitucional. En la producción jurisprudencial de la Corte en esta materia, ha regido una dinámica de polarización: En la primera línea jurisprudencial dominante se otorgó protección absoluta a la vida del no nato, sin ponderar con ella los derechos de la mujer. Eso determinó una línea opuesta (línea marginal) que constituyó el antecedente material de la C-355/2006. Esta última ha sido, en ese sentido, el gran logro de la línea marginal, y ha hecho suyos algunos apartes de aclaraciones y salvamentos de voto con los que la minoría de magistrados reaccionaba ante la línea dominante.

De acuerdo con la estructura teórica del precedente judicial de la C-355/2006, ésta determina que la vida del nasciturus es un bien que debe ser protegido, pero no puede ser objeto de un amparo absoluto e incondicional en sacrificio de cualquier otro derecho que entre en tensión con él. La protección que se le debe a la vida del no nato no puede ser idéntica en intensidad a aquella que se brinda a los derechos fundamentales de las personas ya nacidas. Así, la interrupción del embarazo resulta permitida y legítima a la luz de la Constitución ante circunstancias especiales que supongan que llevarlo a término resulta una carga desproporcionada en sacrificio de los derechos de la madre.

Este nuevo punto del recorrido jurisprudencial en materia de aborto no es la excepción a la regla: También ahora, la Corte se ha regido por la dinámica de la polarización. La sentencia se acompaña de salvamentos de tres magistrados que sostuvieron la línea que fue dominante hasta ahora, lo que permite que las tesis que la soportan, continúen ahora como línea marginal. El círculo da la vuelta.

PALABRAS CLAVE: Aborto; Derecho a la vida; Derechos del Nasciturus; Derechos de la mujer; Proporcionalidad.