Sentencia C-013/97

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Alcance por bajo nivel de penas/**PENA LEVE**-Alcance del control constitucional/**LEGISLADOR**-Competencia para atenuación de penas

La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces. Si la Corte Constitucional pudiera, por el sólo hecho de la eliminación de la pena menor, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.

LEGISLADOR-Creación de figuras delictivas/**LEGISLADOR**-Graduación de penas/**TIPO PENAL**-Creación legislativa sometida a preceptos fundamentales

Mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

LEGISLADOR-Atribuciones para adecuar razonablemente las penas

Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.

PENA LEVE-Constitucionalidad/**ABORTO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Pena atenuada/**INFANTICIDIO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL**

NO CONSENTIDA-Pena atenuada/**ABANDONO DE HIJO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Pena atenuada

Viniendo al caso del artículo 345 del Código Penal, comparado con el del 343, normas que consagran respectivamente la pena atenuada para el caso de aborto cuando la mujer ha sido embarazada en el curso de un acto violento o como consecuencia de una inseminación artificial no consentida, y la sanción de mayor drasticidad para el mismo delito cuando se ha cometido sin atenuantes, no se configura una desproporción punitiva de tal magnitud que pudiera encajar en el supuesto de irrazonabilidad e injusticia exigido en la citada doctrina y que, por tanto, hiciera forzosa su inconstitucionalidad. También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo. El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.

DERECHO A LA VIDA-Valor constitucional

El derecho a la vida aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del nasciturus, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

DERECHO A LA VIDA-Prevalencia sobre la dignidad de la mujer/**DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS**-Protección/**ABORTO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Protección vida del que está por nacer

Aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente -de cuya sanción deberá ocuparse el Estado-, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. A ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto

retaliatorio contra un ser totalmente ajeno al agravio causado. El ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima -la más indefensa e inocente- del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que espíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir. Se confunde el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene. Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara 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.

ESTADO-Protección vida de las personas/**CRIMENES DE LESA HUMANIDAD**-Indefensión del recién nacido/**INFANTICIDIO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Protección vida del recién nacido/**ABANDONO DE HIJO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Protección vida del recién nacido

El Estado -con independencia de la forma en que lo haga- está obligado a prevenir, reprimir y sancionar los comportamientos que impliquen ataque a la vida de la persona. Los tipos penales que se prevén en las normas demandadas son todavía más graves que el aborto. Son crímenes de lesa humanidad, si se tiene en cuenta la indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo. Que el legislador, en uso de sus facultades, haya contemplado una pena menor cuando la madre ha sido violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, es algo que, si bien parece a la Corte excesivamente benigno dada la magnitud de los indicados hechos punibles, no da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, con arreglo a lo dicho.

Referencia: Expedientes D-1336 y D-1359

Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal (Decreto 100 de 1980).

Actor: José Euripides Parra Parra

Magistrado Ponente:
Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., según consta en acta del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. LAS DEMANDAS

Decide la Corte sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas de manera independiente por el ciudadano JOSE EURIPIDES PARRA PARRA y luego acumuladas por decisión de la Sala Plena, mediante las cuales solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 328, por una parte, y 345, 347 y 348, por la otra, todos del Código Penal (Decreto 100 de 1980), cuyos textos se transcriben:

"DECRETO NUMERO 100 DE 1980
(enero 23)

"Por el cual se expide el nuevo Código Penal"

El Presidente de la República de Colombia en uso de sus atribuciones constitucionales y legales

CONSIDERANDO:

(...)

DECRETA:

(...)
ARTICULO 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.
(...)
ARTICULO 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.
(...)

ARTICULO 347. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.

ARTICULO 348. Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.

Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad".

1) En cuanto se refiere al artículo 328 del Código Penal, el actor estima violados los artículos 1, 2, 4 (inciso segundo), 5, 11, 12, 13, 14, 16, 42, 43, 44, 50, 95 y 96 de la Constitución Política.

Comienza expresando que el Estado social y democrático de Derecho se funda en el respeto de la dignidad humana y que, con arreglo a ésta -garantizado como está el derecho a la vida-, todas las personas tienen derecho a su protección sin importar cuánto tiempo llevan viviendo.

Prosigue señalando que, si el derecho a la vida es inviolable, según declaración expresa del artículo 11 de la Constitución, la hipótesis mayor que de él se deriva puede enunciarse con las expresiones "se prohibe matar", luego la hipótesis menor quiere decir que en Colombia nadie puede disponer de la vida de las demás personas. Quien nace o está para nacer debe ser protegido en igualdad de condiciones y no se puede hacer distinción de partos.

A su juicio, la norma demandada no solamente desconoce el derecho a la vida sino que rompe la igualdad entre los sujetos pasivos del delito de aborto, pues, de acuerdo con ella, "el niño nacido con cierto consentimiento y gusto, si se le quita la vida es homicidio, mientras que al niño nacido bajo las circunstancias discriminantes y violentas del artículo 328 del C.P. se le quita la vida pero no se comete homicidio sino que se hace justicia con la madre y si se le quita la vida es infanticidio".

Asegura que, si el niño no es querido, existen organismos como el I.C.B.F. a donde se lo pueda llevar, pero que el Estado no puede autorizar que se le quite la vida.

Según su criterio, con el artículo 328 del Código Penal se permite una pena de muerte, castigada "con menor magnitud, casi con el consentimiento de la norma".

Dice que al niño que está por nacer se lo somete a una desaparición forzada, prohibida por el artículo 12 de la Carta.

Además, en su sentir, se vulnera el derecho que tiene el niño nacido o por nacer al desarrollo de su personalidad y al reconocimiento de su personería jurídica,

que no es un simple registro civil sino el goce y disfrute de unos derechos, empezando por la vida.

Destaca que, al tenor del artículo 42 de la Constitución, si de niños se trata, son iguales ante la ley, sean procreados naturalmente o con asistencia científica, y tienen iguales derechos y deberes.

Además -agrega-, el artículo 44 de la Constitución Política enuncia una serie de derechos de los niños, que deben no solamente ser declarados sino garantizados de la manera más adecuada. Entre ellos, el primero que se enuncia es el derecho a la vida, por lo cual "lo que no se debe permitir es que se mate a los niños, así tengan un segundo de vida u ocho días, por motivos tan medievales e hipócritas como los establecidos en el tipo penal del artículo 328 del Código Penal y que la sanción sea tenue, cómplice, encubridora, depravada y contraria al Estado de Derecho".

2) En lo que respecta a los artículos 345, 347 y 348, el demandante sostiene que vulneran los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 16, 22, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 83, 94, 95, 96, 228 y 229 de la Constitución Política.

Reitera el impugnante varios de los argumentos expuestos en la otra demanda y declara que la protección a la vida no sólo se debe dar a la persona nacida en igualdad de condiciones ante la ley, sino que ésta debe proteger la vida del que está por nacer, en igualdad de normas y preceptos para iguales situaciones, pues "no puede existir diferencia de seres por nacer, ni diferencia de vientres, ni diferencia de tratamiento jurídico penal". Ello -concluye- viola el principio de igualdad ante la ley y el derecho a la vida y los demás derechos de la persona.

De igual modo -asegura-, el abandono, establecido como conducta reprochable penalmente en el artículo 346 del Código Penal, es suficiente tipo básico para su sanción. Pero crear figuras aberrantes, como la establecida en el artículo 347, que viola el derecho de igualdad material ante la ley y que permite el homicidio por la conducta omisiva en que consiste el abandono, es contrario a la Constitución.

Se pregunta al respecto: "Si la dignidad humana es una sola, si la solidaridad se predica del conglomerado humano, si los derechos, deberes y obligaciones son similares, ¿por qué se crea un tipo penal alternativo, permisivo, inhumano, degradante, que viola la primacía de los derechos inalienables de la persona, la igualdad en el acceso a la justicia, tratándose de personas que por su condición económica, física o mental están en debilidad manifiesta?"

De otra parte, expresa que, si a causa de una conducta omisiva de deberes se producen como resultados la muerte o las lesiones personales (artículo 348 del Código Penal), el tratamiento jurídico penal debe ser el de castigar la respectiva falta como homicidio y lesiones personales. Lo que consagra la norma implica, según piensa el actor, violar la igualdad material ante la ley con tipos permisivos, odiosos, amigos de la insolidaridad, contrarios a los derechos fundamentales de los niños.

En su criterio, las normas atacadas chocan con la Carta Política por cuanto son retrógradas, arcaicas, inoportunas, inhumanas, dejan al arbitrio de la madre, por causas subjetivas o de libertad personal o autonomía de la misma (que son valores inferiores a la vida del que está por nacer o ha nacido), la decisión de dejar que la persona viva o no, con penas inocuas que corresponden a la hipocresía de una sociedad consumista.

II. INTERVENCIONES

Dentro del proceso intervinieron **motu proprio** o por solicitud del Magistrado Ponente inicial, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, las siguientes instituciones, ya para suministrar información y estadísticas, bien con el objeto de expresar sus criterios y diagnósticos sobre el aborto desde los puntos de vista médico, jurídico, sicológico y sociológico: el Instituto Colombiano de Bienestar Famílar; el Centro de Información de las Naciones Unidas para Colombia, Ecuador y Venezuela; la Asociación "PROMOVER"; la Fundación "SI MUJER" y las entidades denominadas "TALLER ABIERTO", "SALUD MUJERES" y "CORPORACION CENTRO DE ACCIONES INTEGRALES PARA LA MUJER-CAMI"; el Centro de Recursos Integrales para la Familia-CERFAMI"; el Equipo de Trabajo de la "Casa de la Mujer" de Bogotá; la Asociación "VAMOS MUJER".

También se hicieron presentes, respondiendo a los interrogantes formulados por H. Magistrado Sustanciador, la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Dada la extensión de los escritos presentados y de los documentos anexos a ellos, no se transcriben ni resumen en esta providencia.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL

El Procurador General de la Nación (E), Dr. Luis Eduardo Montoya Medina, ha manifestado a la Corte que, en su criterio, las normas acusadas se ajustan a la Constitución Política.

Según el Jefe del Ministerio Público, todas las respuestas presentadas a la Corte por las entidades consultadas sobre el tema del aborto, el infanticidio y el abandono en los casos de violencia carnal e inseminación artificial no consentida se concentraron en la descripción de los efectos causados en la mujer por el primero de tales actos (la violación), pero no analizaron la segunda circunstancia regulada por las normas objeto de proceso, lo cual puede atribuirse -piensa el Procurador- a la escasa o inexistente ocurrencia de dicho tipo de conductas en Colombia.

Expresa que, tomando en consideración las secuelas que se derivan para una madre que ha concebido un hijo en contra de su voluntad, con violencia y con rechazo hacia el agresor y hacia la criatura que espera, no puede dársele idéntico

tratamiento punitivo al de la madre que no haya sido objeto de tales actos abusivos.

De allí concluye que podía el legislador, válidamente, señalar consecuencias disímiles para dos sujetos de Derecho que no están en igualdad de condiciones.

Para el Procurador resulta claro que en las normas bajo examen subyace una tensión valorativa entre los derechos a la vida y a la integridad personal del **nasciturus** y del hijo recién nacido respecto de los derechos de la madre al libre desarrollo de su personalidad, a la primogenitura responsable y a decidir libremente acerca de la opción de la maternidad.

Esa tensión -señala- ha sido resuelta por el legislador en favor de la preservación de los derechos del menor, concediéndole a la madre, por la circunstancia del abuso sexual o de la inseminación artificial no consentida, una considerable disminución punitiva en relación con el tipo principal, sin que se descarte que en el caso concreto, dentro del proceso de adecuación de la conducta, el juez pueda exonerarla de toda responsabilidad en el evento en que la encuentre inimputable.

Dice que, si bien es cierto tanto los derechos del **nasciturus** como los de la madre son merecedores de tutela por parte del Estado, pues tal imperativo deviene de la preceptiva de nuestra Carta Política, no puede partirse de una "absolutización" de los derechos que están en juego, por lo cual corresponde al legislador el diseño de una política criminal y social que consulte en forma armónica y equilibrada los intereses en conflicto.

Advierte que "el Juez de la Carta no sería el habilitado para diseñar la política requerida por el actor" y, en consecuencia, las conductas plasmadas en los artículos que se acusan no se podrían despenalizar por vía de la acción de inconstitucionalidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5, de la Constitución Política, es la Corte Constitucional el Tribunal competente para resolver sobre el fondo de las demandas presentadas, ya que ambas se dirigen contra artículos pertenecientes a un decreto expedido por el Presidente de la República revestido en su momento de facultades extraordinarias y, por lo tanto, actuando en ejercicio de una función legislativa.

2. Facultad del legislador para señalar ciertas conductas como delictivas, para establecer sus modalidades y para contemplar y graduar las penas

Las disposiciones sobre cuya constitucionalidad debe resolver la Corte contemplan las penas aplicables a los delitos de aborto, infanticidio y abandono de un recién nacido cuando en tales conductas incurre la mujer que ha sido

embarazada en el curso de un acto de violencia sexual o como efecto de inseminación artificial no querida por ella.

Los cargos que formula el actor en contra de esos preceptos están orientados, en esencia, a demostrar que, en cuanto ellos consagraron penas demasiado débiles para las conductas tipificadas, menospreciaron el derecho a la vida de las víctimas, ya que, en su criterio, las enunciadas circunstancias -que decidieron al legislador a introducir penas diferenciales- no son suficientes para justificar, respecto al bien jurídico protegido -la vida del feto o del menor, según el caso-, una disminución del castigo legalmente previsto, el cual, según considera, debería ser más drástico.

La censura primordial de la demanda recae, entonces, sobre la cuantía e intensidad de la sanción impuesta, la cual, de acuerdo con los escritos presentados por el impugnante, resulta complaciente y laxa. De allí deduce que los señalados tipos penales desconocen numerosos preceptos de la Carta Política.

Las sanciones en cuestión pueden considerarse, en efecto, bastante benignas si se advierte la gravedad de las conductas descritas, que ofenden de manera directa el derecho fundamental a la vida, y si se tiene en cuenta que los seres contra los cuales se dirigen son precisamente los más inocentes e indefensos del género humano.

Sin perjuicio de reconocer -como lo hace la Corte- que ello es así, tal circunstancia no configura por sí misma una razón de inconstitucionalidad de las normas objeto de examen.

Por una parte, no puede olvidarse que el bajo nivel de las sanciones previstas por la ley en estos casos no es gratuito, toda vez que encuentra explicación en los antecedentes de la concepción y en los efectos que la violencia o el engaño ejercidos, causantes a su vez del embarazo, han provocado en el ánimo y en los sentimientos de la madre.

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

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

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

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

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

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

La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces.

En ese orden de ideas, no es posible acceder a lo pedido en este proceso por el demandante, quien pretende la eliminación de la pena menor, no obstante las circunstancias en que se funda, porque la entiende tenue, cómplice y permisiva.

Si la Corte Constitucional pudiera, por ese sólo hecho, retirar del ordenamiento jurídico una disposición, estaría distorsionando el sentido del control constitucional. La norma sería excluida del ordenamiento con base en el cotejo de factores extraños al análisis jurídico, ecuánime y razonado sobre el alcance de aquélla frente a los postulados y mandatos establecidos en la Constitución, que es lo propio de la enunciada función, cuyo objeto radica, de manera específica, en preservar la integridad y supremacía constitucionales. Calificaría exclusivamente, por tanto, asuntos de pura conveniencia, reservados a la Rama Legislativa del Poder Público.

Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

Ya manifestó la Corte:

> "Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquél". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996).

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

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

Aunque respecto de una de las normas acusadas -la del artículo 345, que plasma el delito de aborto en su forma atenuada por las circunstancias dichas- no puede hablarse de que el fallo anterior la haya cobijado bajo el concepto de cosa juzgada constitucional (art. 243 de la Constitución), puesto que se trata de hipótesis diferentes con consecuencias jurídicas también distintas, es claro que, dada la íntima relación entre uno y otro precepto, no resultaría coherente una sentencia de inexequibilidad, por cuanto, si ya se dijo con efectos vinculantes y **erga omnes** que el legislador podía penalizar el aborto como delito básico, con una sanción de uno a tres años de prisión, sería inexplicable que se concluyera en la inconstitucionalidad de la norma que suaviza tal sanción cuando el delito es perpetrado por una madre que se halla en las excepcionales condiciones de la concepción provocada por acceso carnal violento o por inseminación artificial abusiva. Ello equivaldría a cercenar, sin fundamento, la competencia del legislador, obligándolo a imponer siempre la misma pena -precisamente la más grave- para un delito cuyas motivaciones, características y circunstancias determinantes son diversas.

Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.

No es viable, entonces, la solicitud del actor, la cual, de haber prosperado, habría conducido a esta Corte a declarar la inconstitucionalidad del artículo 345 del Código Penal, dejando vigente la sanción más drástica, aplicable al delito de aborto no atenuado (art. 343 C. Penal). Tal decisión habría significado declarar que la ley puede erigir unas conductas en delictivas pero que le está prohibido atemperar el rigor de la pena para ciertas hipótesis, o establecer distinciones que

atenúen o agraven las sanciones según los caracteres propios de la conducta descrita, los elementos subjetivos y circunstanciales del tipo penal y las directrices de la política criminal del Estado.

Tampoco sería posible admitir la posición contraria -expresada en la ponencia original, no aceptada por la Corte-, orientada hacia la declaración de inexequibilidad del enunciado precepto pero introduciendo un condicionamiento, que en realidad sería normativo, en el sentido de que, en las situaciones de fecundación generada en violencia carnal o en inseminación artificial no consentida, el aborto no tendría el carácter de delito.

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

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

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

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

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

También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.

El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.

3. El valor constitucional de la vida

La penalización de los delitos de aborto, infanticidio y abandono es expresión de la política criminal del Estado y desarrollo de los principios y preceptos constitucionales.

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

El artículo 1º de la Constitución señala el respeto a la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho que estructura. Para la Corte Constitucional es claro que esa dignidad, que concibe al ser humano -valioso en sí mismo- como objetivo primordial del orden jurídico, sería lastimada de fondo si la legislación ignorara o dejara impunes los crímenes cometidos contra él en cualquiera de las etapas de su ciclo vital.

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

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

así como para la prevención y sanción de las infracciones que contra ella se intenten o perpetren.

El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo.

Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del **nasciturus**, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

4. Consideraciones acerca del aborto como repudiable ataque contra la vida humana

En torno al aborto, la Corte Constitucional, al interpretar el sentido de las normas fundamentales, en especial la consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política, ha establecido una doctrina que ahora se reitera, cuyos elementos básicos se exponen a continuación:

1) La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física.

2) La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional.

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

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

> "El derecho a la vida recibe en la Carta de 1.991 un reconocimiento expreso como derecho. No es ya el reflejo de una obligación estatal, aunque ésta se mantiene (Art. 2 C.N.), sino que existe como derecho y como tal tiene una mayor autonomía y alcance.

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

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

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

Tener derecho a la vida es reconocer que nadie puede por una causa injusta desconocérmela, lesionármela ni quitármela.(Subrayado fuera de texto)
(...)
Una amenaza contra la vida puede tener niveles de gravedad diversos. Puede ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los que se derive la inminencia de un atentado. Con independencia de la responsabilidad penal que se deduzca de cada una de estas situaciones, la Constitución protege a las personas contra todos aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva su vida. El Estatuto Fundamental protege el derecho a la vida y dicha protección tiene lugar cuando quiera que se afecte el goce del derecho, no importa el grado de afectación". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-102 del 10 de marzo de 1993. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

3) Para la Corte, el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el Derecho, no en la ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección -como lo destaca esta sentencia- no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico.

La consagración explícita del derecho a la vida por parte del Constituyente de 1991 y por los tratados y declaraciones internacionales sobre la materia no implica que el valor y prevalencia de aquél estén fincados exclusivamente en la existencia de tales cláusulas, que, si desaparecieran, no lo derogarían.

4) En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital.

El aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre con todos los delitos, o, en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse.

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

5) Ningún criterio de distinción es aceptable, a la luz del Derecho, para suponer que esa protección constitucional tenga vigencia y operancia únicamente a partir del nacimiento de la persona, o que deba ser menos intensa durante las etapas previas al alumbramiento.

Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica.

6) La mujer -considera esta Corte- no es dueña del fruto vivo de la concepción, que es, en sí mismo, un ser diferente, titular de una vida humana en formación pero autónoma. Por lo tanto, no le es lícito disponer de él.

Afirma el Papa Pablo VI en su Encíclica "**Humanae Vitae**":

> "...si no se quiere exponer al arbitrio de los hombres la misión de engendrar la vida, se deben reconocer necesariamente unos límites infranqueables a la posibilidad de dominio del hombre sobre su propio cuerpo y sus funciones; límites que a ningún hombre privado o revestido de autoridad, es lícito

quebrantar. Y tales límites no pueden ser determinados sino por el respeto debido a la integridad del organismo humano y de sus funciones..."

Por ello, el amparo constitucional a la vida de las personas no se agota en la adopción de decisiones o en la consagración de medidas legislativas, administrativas o policivas que impidan o castiguen las agresiones mortales de parte de sus congéneres, o que prevengan, con miras a la conservación de la especie, las consecuencias desencadenadas por guerras, ruinas o catástrofes, sino que se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona. A nadie escapa que la muerte prematura del ser humano en gestación elimina de raíz y de manera violenta las posibilidades de su futura existencia, ante lo cual el Estado no puede permanecer indiferente.

7) Dedúcese de lo dicho que, si la defensa de la vida humana en todos sus estadios es obligación y responsabilidad de las autoridades (Preámbulo y artículos 2 y 11 de la Constitución Política), es plenamente legítima y constitucional la decisión del órgano competente en el sentido de penalizar el aborto provocado en cuanto, en esencia e independientemente de las motivaciones subjetivas de quien lo ocasiona -las cuales, desde luego, pueden dar lugar a la disminución de la pena y al establecimiento de causales de justificación del hecho o de exculpación, como en todos los delitos-, es agresión, ataque, violencia contra un ser vivo, de tal magnitud que, al perpetrarse, corta definitivamente, de modo arbitrario, el proceso vital y representa, ni más ni menos, la muerte de la criatura.

No puede afirmarse, entonces, que el legislador vulnere la Carta Política por penalizar el aborto, como tampoco es inconstitucional que prevea distintos niveles de sanción, de acuerdo con las hipótesis que él mismo construya con apoyo en su conocimiento de la realidad social y en ejercicio de las atribuciones que, según la propia Constitución, le corresponden.

8) La norma del artículo 345 del Código Penal, materia de proceso, contempla, como ya se dijo, una forma atenuada del delito de aborto. Mantiene la penalización de la conducta pero contempla para ella una pena menos rigurosa, en consideración a la diferencia evidente que existe entre una mujer que aborta en condiciones normales y la que hace lo propio habiendo sido víctima de los actos violentos o abusivos descritos en la disposición legal: mientras al aborto en su forma no atenuada se le asigna una pena de uno a tres años de prisión, para la forma atenuada, en caso de violación o inseminación artificial no consentida, por cuya virtud se haya causado el embarazo sin la anuencia de la mujer, la pena señalada es de arresto entre cuatro meses y un año.

Las aludidas circunstancias -pese a su carácter extraordinario, pues los casos de interrupción del embarazo en los supuestos normativos en comento no constituyen la regla general- merecieron la atención del legislador, aunque no fueran suficientes como para suprimir la penalización del comportamiento, y ello se ajusta a la Constitución Política.

Lo dispuesto tiene sentido, en cuanto, de todas maneras, con el aborto se causa voluntariamente el agravio al bien jurídico protegido. La intención de la madre en el momento de actuar -tal es el supuesto del aborto inducido, que es el objeto de sanción penal- está dirigida de manera cierta e indudable a interrumpir el proceso de gestación, causando la destrucción del embrión humano o del **nasciturus**.

La ilicitud de tal acto es manifiesta frente al texto constitucional -el derecho a la vida es inviolable- y, si se castiga con una pena menor, ello acontece en razón del factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune o, como erróneamente se sostiene por algunos, que en los casos expuestos sea un derecho de la madre.

La Corte debe declarar al respecto que, aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente -de cuya sanción deberá ocuparse el Estado-, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen.

Pero, además, a ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto retaliatorio contra un ser totalmente ajeno al agravio causado.

Obsérvese que, miradas las cosas con objetividad, el ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima -la más indefensa e inocente- del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que espíe la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir.

La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización -aun leve- de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene.

Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara 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.

5. <u>El infanticidio y el abandono del recién nacido</u>

Los motivos que preceden, traídos a propósito del aborto, son aplicables en mayor medida cuando se aborda el estudio de las figuras delictivas contempladas en los artículos 328, 347 y 348 del Código Penal: en ellos se describe la conducta de una madre que ha concebido y dado a luz un hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, que resuelve matar al niño durante su nacimiento y dentro de los ocho días siguientes, o lo abandona, forma delictiva ésta última que admite agravación de la pena cuando del abandono se siguen para la víctima lesiones personales y aun la muerte.

Para el comportamiento tipificado en el artículo 328 del Código Penal (infanticidio) ha previsto el legislador una pena de arresto de uno a tres años; a la conducta señalada en el artículo 347 **Ibídem** (abandono), ha sido asignada una pena de arresto de seis meses a tres años; para el abandono seguido de lesión o muerte (art. 348 C. Penal) se ha previsto, en cuanto a la primera hipótesis, el aumento de la pena hasta en una cuarta parte y, en lo que respecta a la segunda situación, se ha contemplado un aumento de la sanción penal de una tercera parte a la mitad.

Caben aquí las mismas reflexiones expuestas en lo relativo a la competencia del legislador para plasmar los delitos, dentro del criterio, emanado de la Constitución y de los principios fundantes del Derecho, según el cual el Estado -con independencia de la forma en que lo haga- está obligado a prevenir, reprimir y sancionar los comportamientos que impliquen ataque a la vida de la persona.

Los tipos penales que se prevén en las normas demandadas son todavía más graves que el aborto. Son crímenes de lesa humanidad, si se tiene en cuenta la indefensión extrema del niño recién nacido y la sangre fría que se requiere, por encima de toda circunstancia, para inferirle muerte o para abandonarlo.

Que el legislador, en uso de sus facultades, haya contemplado una pena menor cuando la madre ha sido violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, es algo que, si bien parece a la Corte excesivamente benigno dada la magnitud de los indicados hechos punibles, no da lugar a la declaración de inconstitucionalidad, con arreglo a lo dicho.

Pero, con miras a la futura consideración del legislador, cabe recordar lo señalado por el Papa Juan Pablo II en su reciente encíclica "**Evangelium Vitae**":

> "Las opciones contra la vida proceden, a veces, de situaciones difíciles o incluso dramáticas de profundo sufrimiento, soledad, falta total de perspectivas económicas, de presión y angustia por el futuro. Estas circunstancias pueden atenuar incluso notablemente la responsabilidad subjetiva y la consiguiente culpabilidad de quienes hacen estas opciones, en sí mismas moralmente malas. Sin embargo hoy el problema va bastante

más allá del obligado reconocimiento de estas situaciones personales. Está también en el plano cultural, social y político donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante en la tendencia cada vez más frecuente a interpretar estos delitos contra la vida como *legítimas expresiones de la libertad individual, que deben reconocerse y ser protegidas como verdaderos y propios derechos.*

De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los "derechos humanos" -como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados- incurre hoy en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte.

Por una parte, las varias declaraciones universales de los derechos del hombre y las múltiples iniciativas que se inspiran en ellas, afirman a nivel mundial una sensibilidad moral más atenta a reconocer el valor y la dignidad de todo ser humano en cuanto tal, sin distinción de raza, nacionalidad, religión, opinión política o clase social.

Por otra parte, a estas nobles declaraciones se contrapone lamentablemente en la realidad su trágica negación. Esta es aún más desconcertante y hasta escandalosa, precisamente por producirse en una sociedad que hace de la afirmación y de la tutela de los derechos humanos su objetivo principal y al mismo tiempo su motivo de orgullo. ¿Cómo poner de acuerdo estas repetidas afirmaciones de principios con la multiplicación continua y la difundida legitimación de los atentados contra la vida humana? ¿Cómo conciliar estas declaraciones con el rechazo del más débil, del más necesitado, del anciano y del recién concebido? Estos atentados van a una dirección exactamente contraria a la del respeto a la vida, y representa una amenaza frontal a toda la cultura de los derechos del hombre. Es una amenaza capaz, al límite, de poner en peligro el significado mismo de la convivencia democrática: nuestras ciudades corren el riesgo de pasar de ser sociedades de "*con-vivientes"* a sociedades de excluidos, marginados, rechazados y eliminados".

DECISION

Con fundamento en las precedentes motivaciones, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES** en los términos de esta Sentencia, los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal (Decreto 100 de 1980)

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-013/97

ABORTO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA-Inconstitucionalidad conllevaría penas más graves/**CONGRESO DE LA REPUBLICA**-Competencia para establecer delitos y penas/**JUEZ**-No legisla/**DECISION JUDICIAL**-Fundamentos jurídicos (Aclaración de voto)

La declaración de inexequibilidad del artículo 345 del C.P. habría traído como consecuencia el que a la mujer que abortara en las circunstancias previstas por esta norma, se aplicaran las penas más graves contempladas por el artículo 343. Esto, porque la Corte no podría legislar, sustituyendo una norma declarada inexequible por otra que consagrara unas causales de justificación del aborto, tarea que compete exclusivamente al legislador. Bien puede el legislador consagrar causales de justificación del aborto, y aun despenalizarlo, en general. Tales leyes no irían en contra de la Constitución, porque ninguna de sus normas consagra específicamente el delito de aborto. El Congreso, en su sabiduría, es el llamado a establecer los delitos y las penas. Si él decide en el futuro, interpretando la realidad social y la moral general, despenalizar el aborto, estará obrando dentro de la Constitución. A los jueces, que no legislan, no queda más que aplicar la ley, no controvertirla o tratar de desconocerla con argumentos no jurídicos. En la sentencia se citan algunas encíclicas como fundamento de la decisión. Por respetables que sean esos documentos, debo manifestar que no estoy de acuerdo en que se traigan como sustento de un fallo que tiene que ser exclusivamente jurídico. La moral, según el propio Diccionario de la Lengua Española, "no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano". Por eso, es necesario distinguir entre la moral de una determinada religión (en este caso, la Católica) y el ordenamiento jurídico. Sólo éste puede servir de razón a las decisiones judiciales.

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

Primero.- Como lo sostuve en el debate, la declaración de inexequibilidad del artículo 345 del C.P. habría traído como consecuencia el que a la mujer que abortara en las circunstancias previstas por esta norma, se aplicaran las penas más graves contempladas por el artículo 343. Esto, porque la Corte no podría legislar, sustituyendo una norma declarada inexequible (el art. 345) por otra que consagrara unas causales de justificación del aborto, tarea que compete exclusivamente al legislador.

Segundo.- Afirmé en el mismo debate, y sigo creyendo, que bien puede el legislador consagrar causales de justificación del aborto (cuando se cometa en las circunstancias previstas por el art. 345 o en otras análogas), y aun

despenalizarlo, en general. Tales leyes no irían en contra de la Constitución, porque ninguna de sus normas consagra específicamente el delito de aborto.

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

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

Es todo.

JORGE ARANGO MEJÍA

Salvamento de voto a la Sentencia C-013/97

TIPO PENAL BASICO-Exclusión sanción de conductas relacionadas/**ABORTO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA**-Exclusión de sanción/**ABORTO**-Visión moralista de conductas relacionadas (Salvamento de voto)

La acuñación legal de un tipo penal básico, no implica que ciertas formas de conducta relacionadas con él no puedan excepcionalmente ser excluidas de sanción cuando obran poderosos y justificados motivos que eliminan su reprochabilidad. La negativa de la Corte a considerar que el tipo básico del aborto pudiese, por razones de orden constitucional, sufrir excepciones, no deja de ser preocupante. A partir de una visión puramente moral se ha transformado una prohibición legal en un veto absoluto y rígido, incapaz de ser conciliado con las expectativas sociales de justicia y con los mismos mandatos de la Constitución Política. El pre-juicio petrifica el ordenamiento y el proceso interpretativo. La constitucionalidad del tipo general del aborto, no era pues óbice para que la Corporación pudiese declarar la inconstitucionalidad de la ley que pretendía extender la figura delictiva, así fuese de manera morigerada, a dos hipótesis que superan el ámbito constitucional de lo que el legislador puede perseguir penalmente. En la sentencia precedente de la Corte sobre este tema, la constitucionalidad de la penalización del aborto se fundamentó en que la libertad procreativa sólo podía ejercitarse hasta el momento anterior a la concepción. Por el contrario, el problema que en esta oportunidad se planteaba a la Corte era distinto: antes de la concepción no había libertad sino coacción criminal. En estas condiciones, que modificaban el marco de referencia de la Corte, el balance interpretativo debía necesariamente invertirse y nada impedía que ello se hiciese como quiera que así lo exigía el supuesto de hecho. El delito de aborto, en su configuración básica, no podía extenderse a las circunstancias estudiadas.

NOTA DE RELATORIA: Salvamento de voto igual al contenido en la sentencia C-133 de marzo 17 de 1994.

LEGISLADOR EN MATERIA PENAL-Límites a libertad de configuración normativa/**LEGISLADOR EN MATERIA PUNITIVA**-Subordinación a razonabilidad y proporcionalidad/**IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA PUNITIVA** (Salvamento de voto)

El legislador tiene, gracias a la expresa reserva en materia penal que la Constitución le reconoce, un amplio poder de configuración normativa. Sin embargo, el legislador encuentra un límite a su discrecionalidad en la razonabilidad y proporcionalidad de las leyes que expida en este campo. Se sigue de lo anterior que, el principio de proporcionalidad plantea la necesidad de que el régimen punitivo no sea invariablemente uniforme, ya que ciertas circunstancias o factores relevantes sólo pueden ser preteridos al precio de que la intervención penal se torne excesiva y desproporcionada. La libertad de

configuración normativa del legislador pese a ser amplia, se subordina a la razonabilidad y proporcionalidad objetivas de las decisiones que adopte, pues de lo contrario puede vulnerar los derechos fundamentales y la igualdad de trato en materia punitiva.

ABORTO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA-Legítima defensa de la integridad corporal y síquica/**EMBARAZO CRIMINAL**-Efectos no deseados (Salvamento de voto)

La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de inseminación artificial no consentida, a juicio de la Corte, tiene un significado anormalmente gravoso para la mujer que se ve obligada injustamente a soportarlo y, por lo tanto, la punición de su conducta en este caso quebranta la Constitución Política. El embarazo criminal no alcanza a desplegar su entero potencial de daño con la violación carnal, sino que prosigue generando efectos no deseados por su víctima y su familia. La norma impide a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, a que ponga término a la cadena de los demás daños que se ciernen sobre sus restantes derechos. A la desgracia que recae sobre la mujer violada, deberán agregarse males incluso mayores, como quiera que la norma le impone el deber de abstenerse, luego de consumado el acceso carnal o la inseminación no consentida y liberada del agente que la causó, de evitar que el daño ya producido se incremente cuantitativa y cualitativamente. El deber de renunciar a la legítima defensa de la integridad corporal y psíquica, cuando todavía resulta oportuno hacerlo, pues existe el constreñimiento legal que obliga a soportar desde la primera hasta la última consecuencia de un acto criminal producido sobre el cuerpo de la mujer, no cabe duda de que a todas luces resulta extraordinaria y excesivamente oneroso tanto para la víctima como para sus familiares.

LIBRE OPCION DE LA MATERNIDAD-Relación sexual forzada y criminal (Salvamento de voto)

La libre opción a la maternidad, tiene una relación íntima con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer por tratarse de una decisión pletórica en consecuencias existenciales para ésta. Pocas determinaciones como la de la maternidad comprometen el destino individual y social de la mujer. Por consiguiente, el orden jurídico no puede interferir este ámbito autónomo y privado de la mujer. El interés general menos todavía puede injerir y pretender tener mayor peso en la decisión de continuar un embarazo criminal que la propia víctima. Si ésta última se opone al embarazo criminal, la exigencia legal en sentido opuesto, asume la faz de una intervención profunda en la vida personal y privada de la persona que es desproporcionada e irrazonable. La sociedad no puede exhibir mayor interés en la decisión de reproducción que la víctima del delito que se niega a llevarla a cabo. A la relación sexual forzada y criminal, el Estado no puede sin emular con su agente, adicionar su coacción para ver de producir a toda costa el resultado del embarazo. En verdad, se afectaría radicalmente el núcleo esencial del derecho

al libre desarrollo de la personalidad de la víctima de una agresión sexual criminal, si a partir de este punto la decisión sobre la reproducción se traslada a la sociedad y frente a ésta nada vale la voluntad de la víctima que ha de sufrir resignadamente las consecuencias negativas de un parto no deseado y profundamente repudiado.

LEGITIMA DEFENSA-Aborto por agresión sexual (Salvamento de voto)

La mujer víctima de una agresión sexual se enfrenta a una decisión trágica. Conservar el fruto del embarazo criminal y asumir las consecuencias derivadas del mismo que comportan una reducción o pérdida sustancial de sus derechos de autodeterminación o expulsar el feto que ha germinado en su vientre en virtud de una invasión no consentida de su intimidad y afirmar, consiguientemente, su derecho al propio cuerpo y a su libertad. Si la mujer opta por este último extremo, no puede sostenerse que el objeto directo de la acción de la gestante sea el feto como tal, sino que lo es el agresor de quien justificadamente pretende librarse físicamente expulsando la huella tangible de su ominoso acto y espiritualmente huyendo a que su destino futuro siga bajo la sombra del autor de su desgracia. La mujer que en estas circunstancias aborta no hace más que obrar en legítima defensa y ya se ha señalado que negarla legalmente, equivale a establecer un deber extraordinariamente oneroso.

VIDA DIGNA-Aborto por agresión sexual (Salvamento de voto)

La Corte en múltiples oportunidades ha expresado que la vida objeto de protección por parte de la Constitución no es cualquier tipo de vida, sino la vida digna. En el plano constitucional, por ende, la defensa de la vida digna es una causa que no merece reparo. La mujer que mediante el aborto se opone a las consecuencias inaceptables del embarazo criminal, ejerce el derecho a gozar de una vida digna, la que no resulta compatible con deberes de maternidad que no hayan sido decididos con plena libertad y responsabilidad. La mujer, en estas condiciones, puede resistirse legítimamente a que su vida se subordine a un proceso biológico y a un móvil criminal ajenos a su voluntad, cosificándose como puro vientre desligado de conciencia. Por su parte, la vida del niño debe rodearse de amor y cuidado. No es improbable que en lugar de amor, el niño sea recibido con odio y sea rechazado en el seno familiar.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia de fundamentación religiosa (Salvamento de voto)

La Corte no puede fundamentar un fallo de constitucionalidad en una creencia o en un credo religioso, por más adherentes que dicha creencia o credo pueda tener en el país. Su función única es la de confrontar, de manera objetiva e imparcial, la norma legal con la Constitución Política y velar por el efectivo respeto a los derechos fundamentales, entre los que se encuentran las libertades de conciencia y de cultos.

Referencia: Expedientes Acumulados D-1336 y D-1359

Actor: José Euripides Parra Parra

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal (Decreto 100 de 1980)

Magistrado Ponente:
Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

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

Los argumentos en los que se basa la sentencia, en lo sustancial, reiteran la doctrina ya sentada por la Corte con ocasión del examen de constitucionalidad de la norma del Código Penal que consagra el tipo básico del aborto (sentencia C-133 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell). Por consiguiente, como parte de este salvamento, nos vemos en la necesidad de transcribir el texto del salvamento de voto que también consignamos en su oportunidad y en el que se enuncian las razones de nuestra discrepancia.

Pese a que la Corte, en la sentencia citada, había declarado la constitucionalidad de la tipificación legal del aborto, podía ahora, en nuestro concepto, excluir la criminalización de esa misma conducta cuando ella se realizara bajo las circunstancias descritas. La acuñación legal de un tipo penal básico, no implica que ciertas formas de conducta relacionadas con él no puedan excepcionalmente ser excluidas de sanción cuando obran poderosos y justificados motivos que eliminan su reprochabilidad. La negativa de la Corte a considerar que el tipo básico del aborto pudiese, por razones de orden constitucional, sufrir excepciones, no deja de ser preocupante. A partir de una visión puramente moral se ha transformado una prohibición legal en un veto absoluto y rígido, incapaz de ser conciliado con las expectativas sociales de justicia y con los mismos mandatos de la Constitución Política. El pre-juicio petrifica el ordenamiento y el proceso interpretativo.

La constitucionalidad del tipo general del aborto, no era pues óbice para que la Corporación pudiese declarar la inconstitucionalidad de la ley que pretendía extender la figura delictiva, así fuese de manera morigerada, a dos hipótesis que superan el ámbito constitucional de lo que el legislador puede perseguir penalmente. En la sentencia precedente de la Corte sobre este tema, la constitucionalidad de la penalización del aborto se fundamentó en que la libertad

procreativa sólo podía ejercitarse hasta el momento anterior a la concepción. Sin duda se partía de la premisa de que el acto sexual correspondía a un acto de libertad. Por el contrario, el problema que en esta oportunidad se planteaba a la Corte era radicalmente distinto: antes de la concepción no había libertad sino coacción criminal. En estas condiciones, que modificaban el marco de referencia de la Corte, el balance interpretativo debía necesariamente invertirse y nada impedía que ello se hiciese como quiera que así lo exigía el supuesto de hecho. De ahí que la ponencia derrotada, presentada por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, que más adelante se transcribe, sin contradecir el fallo de la Corte que tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, llegara a la conclusión de que el delito de aborto, en su configuración básica, no podía extenderse a las circunstancias estudiadas. El texto de la ponencia mencionada recoge suficientes argumentos que acreditan la compatibilidad de su proveído con el de la sentencia anterior.

Adicionalmente, allí se expresan las tesis y las explicaciones que sustentan nuestra diferencia de criterio con la mayoría. El texto íntegro de la ponencia original se transcribirá más adelante, como parte del presente salvamento de voto.

II. Argumentos contra la penalización absoluta del aborto (Salvamento de voto a la sentencia C-133 de 1994).

Observaciones preliminares

Los suscritos magistrados compartimos la posición mayoritaria en el sentido de que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección a la vida humana. No obstante, discrepamos respetuosamente de la sentencia, pues ésta no contempla los casos en que la continuación del embarazo no constituye una conducta jurídica ni constitucionalmente exigible.

La Corporación ha debido declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 343 del Código Penal y la inexequibilidad del artículo 345 ídem., y no simplemente la constitucionalidad de la norma acusada, ya que la penalización absoluta del aborto, a nuestro juicio, es contraria a los preceptos constitucionales. Por otra parte, nuestra discrepancia con la parte motiva de la sentencia es tan profunda, que nos vemos en la necesidad de dejar planteadas, brevemente, las razones de nuestro disentimiento. Para ello hemos dividido el salvamento de voto en seis apartes, en los que se revisa la tesis de la mayoría y se exponen algunos argumentos en favor de la no penalización del aborto en determinadas circunstancias.

En primer término, se demostrará por qué la equiparación del no nacido a la persona humana, para efectos de hacerlo sujeto o titular de derechos fundamentales, es una tesis contradictoria y carente de fundamento constitucional (parte I). En los siguientes apartes, se señala que la Corporación, al fijar el alcance de la protección que

otorga al valor intrínseco de la vida humana, termina por desconocer los derechos fundamentales (parte II), particularmente las libertades de conciencia, de religión (parte III) y el derecho a la autonomía procreativa de la mujer (parte IV). En contra de la posición de la Corte, se deja enunciada la solución, que se considera la más acertada a la luz del texto constitucional, al difícil conflicto de derechos e intereses implícito en materia del aborto (parte V). Finalmente, se exponen algunas razones de política criminal que demuestran que la penalización absoluta del aborto no es el instrumento más idóneo, ni el más acertado, para la tutela de la vida humana.

I. Tesis que reconoce personalidad jurídica al no nacido

1. La sentencia subraya inicialmente la importancia del derecho fundamental a la vida - "sustrato ontológico de la existencia de los demás derechos" -, para luego afirmar que éste se reconoce a "todo individuo de la especie humana", cuya existencia comienza, según criterio metajurídico acogido por la Corte, desde el momento de su concepción.

Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida al nasciturus, por lo que "no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida".

2. La Corte 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). Cuestión diferente es la consagración del derecho fundamental a la vida (CP art. 11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Lo anterior no significa que la vida humana, latente en las diferentes etapas del embarazo - cigoto, embrión, feto -, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio.

3. Cuando se dice que el feto es un "ser" o un "individuo humano" normalmente se quiere decir que su vida tiene un valor intrínseco por ser miembro del género humano y que, como tal, posee los mismos intereses y derechos morales que ordinariamente tiene una persona.

Si bien no puede negarse que el nasciturus sea organismo viviente individual, y que es humano en el sentido de pertenecer a la especie animal *homo sapiens*, de ello no se sigue que el feto tenga derechos e

intereses del tipo que el Estado está en el deber de proteger respecto de las personas.

Esta errónea deducción, o salto conceptual, lleva a la Corporación a equiparar el aborto a un asesinato. En efecto, en la sentencia se afirma: "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". En este orden de ideas, 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.

4. El nasciturus no es una persona en sentido constitucional. La Constitución no hace al nasciturus sujeto de derechos. Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el nasciturus tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador.

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

El artículo 43, que garantiza a la mujer protección especial durante el embarazo y después del parto, tiene como destinataria inmediata a la embarazada y no al fruto de la concepción. Tampoco la Corte, motu proprio, está en libertad de reconocer dicho status al nasciturus, de manera que puedan ponerse a competir sin restricción ni medida los derechos del ser humano no nacido con los derechos de la mujer embarazada.

No obstante que el Estado tiene el poder de proteger la vida del feto de variadas formas, v.gr. penalizando la intención de un tercero de eliminarlo o impidiendo que queden en la impunidad los daños a él ocasionados, ello no significa que sea posible - ni imprescindible - considerarlo persona para efectos jurídicos.

5. El reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales - entre ellos el derecho a la vida - al nasciturus, presupone que el Estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Por esta vía, abiertamente censurable, el recurso a la personificación jurídica - en condiciones materiales que no son las propias de la persona natural -, se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales, en razón de que el conjunto de exigencias de protección que se anticipa en el que va a ser sujeto y todavía no lo es, se traduce en un plexo de derechos que jurídicamente se erige en barrera al ejercicio de los derechos de las personas, en particular de la mujer embarazada.

6. Compartimos el criterio de que el Estado puede legítimamente brindar protección a los intereses del no nacido. De hecho, la Corte ha reconocido que el padre debe contribuir al pago de la atención médica durante el embarazo y en el momento del parto[1] . Lo que rechazamos es que el Estado pueda apelar a tales intereses para limitar desproporcionadamente los derechos constitucionales de la mujer que, por diversas circunstancias, puede en estas condiciones verse obligada a soportar una carga no exigible jurídicamente.

II. Tesis del valor intrínseco de la vida y sus alcances

7. Si bien la Corte sostiene que la Constitución reconoce el derecho inviolable a la vida a quienes son personas, también expresa que la vida humana es un "valor esencial protegido por el ordenamiento", ya que el proceso de formación y desarrollo de la vida durante el embarazo es "condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre".

Quienes se oponen incondicionalmente al aborto estiman que la vida humana es intrínsecamente valiosa; de ahí que para ellos resulta inaceptable moral y jurídicamente poner término a una vida ya iniciada. Esta perspectiva no se basa en el reconocimiento del nasciturus como sujeto de derechos e intereses, sino en el valor intrínseco de la vida, a la que se le otorga un valor y un sentido determinado.

Aunque algunas vertientes del pensamiento comparten la idea de que la vida es un bien sagrado, no existe unanimidad en lo que atañe a su protección frente a circunstancias como la violación, el incesto, la deformidad fetal o el riesgo potencial contra la propia vida de la madre. Hay quienes consideran que ninguno de estos eventos justifica la práctica del aborto, ya que el carácter sacrosanto de la vida merece protección absoluta. Otros, en cambio, pese a reconocer el valor intrínseco de la vida, no extienden su protección hasta el grado de

---

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 1993.

exigir el sacrificio de otros valores igualmente esenciales, como podrían ser la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la mujer embarazada. Las discrepancias en torno a la protección de la vida en potencia reflejan profundas diferencias en las visiones metafísicas sobre el valor y el sentido de la vida.

Por otra parte, existe consenso en que el aborto es una práctica moralmente problemática, que se justifica, según algunos, sólo si existen poderosas razones para proceder a realizarlo, entre ellas la necesidad de salvar la vida de la madre, en caso de incesto o violación o cuando el feto presenta serios problemas de malformación. Otros enfoques - como el sistema de indicaciones acuñado por la jurisprudencia constitucional alemana -, estiman que éste se justifica, además, si la carga que implica la maternidad para una mujer específica limita sus oportunidades hasta el punto de impedirle realizarse dignamente como ser humano, atendidas sus circunstancias económicas y sociales. Por último, la doctrina basada en la defensa del *right of privacy*, prohijado por la Corte Suprema Norteamericana[2] en el caso *Roe vs. Wade*, reconoce a la mujer el derecho a decidir, durante el primer trimestre del embarazo - sistema de plazos -, si desea llevarlo a su culminación o interrumpirlo, sin riesgo para su vida, acudiendo a los servicios médicos del Estado, con lo que se deja en libertad a la mujer para decidir sobre esta opción moral.

8. En contraposición a lo que supone la Corte, consideramos que el aspecto constitucional central en materia del aborto no se relaciona con el problema de la personalidad jurídica del nasciturus, sino con la pregunta sobre si el Estado puede legítimamente defender una determinada concepción moral del valor intrínseco de la vida.

El Estado está constitucionalmente legitimado para proteger el valor intrínseco de la vida humana, pero de ello no se desprende necesariamente que todas las personas deban aceptar restricciones desproporcionadas a sus derechos fundamentales. El Estado puede exigir que las decisiones acerca del aborto se adopten reflexivamente, en atención a la importancia del asunto. Sin embargo, para otros, el Estado está legitimado para ir más allá, y exigir de sus ciudadanos la obediencia de reglas y prácticas basadas en una determinada concepción de la vida - particularmente las relacionadas con su valor sagrado -. Mientras que la primera alternativa deja un espacio de libertad para tomar decisiones morales de manera que las personas asuman individualmente su responsabilidad, la segunda niega esta posibilidad y demanda un comportamiento que puede, incluso, ir en contra de sus convicciones morales. Juzgamos que sólo la primera opción armoniza con la filosofía pluralista que la Constitución consagra.

---

[2] Sobre la materia pueden consultarse, entre otras, las obras de Ronald Dworkin "Life´s Dominion", Alfred A. Knopf, New York, 1993 y la de Donald P.Judges "Hard Choices, Lost Voices", Ivan R. Dee, Chicago, 1993.

III. Vulneración de las libertades de conciencia y de religión

9. La Corte, implícitamente, adopta una concepción que reconoce el valor sagrado de la vida. No de otra forma se explica la protección absoluta que el fallo otorga a la vida en gestación, incluso por encima de los derechos fundamentales de las personas involucradas. El problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus - si es persona o no, si es sujeto de derechos e intereses o no - sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana. Una Constitución respetuosa de los derechos fundamentales de la persona humana niega al Estado el poder de determinar por sí mismo el sentido o el valor intrínseco de la vida humana. La tolerancia en materia religiosa caracteriza al Estado liberal, y es aquélla la contrapartida genérica de la libertad.

10. La decisión mayoritaria difumina las fronteras entre Iglesia y Estado, adopta una determinada concepción religiosa del valor de la vida del no nacido y vulnera los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de religión. El esfuerzo por negar esta toma de posición, mediante la advertencia de que la Corte "hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico", pese a admitir que "en el problema del aborto inciden con gran fuerza ideas, creencias y convicciones morales", lejos de dirimir las dudas en torno a su neutralidad valorativa, contribuye a acentuarlas, lo que es todavía más manifiesto cuando advierte que, a su juicio, no existe vulneración de los derechos fundamentales de libertad de conciencia y de religión, ya que la "moralidad pública" forma parte del concepto de orden público, limite constitucional de los mencionados derechos.

Es indiscutible que el Estado puede exigir de sus ciudadanos que sean conscientes de la importancia moral de las decisiones sobre la vida y la muerte. Lo que no se puede es forzar a una persona a tomar una decisión determinada. La conexión entre la fe religiosa y las posiciones en torno al aborto no es accidental sino esencial. Estas se relacionan con concepciones más profundas como las relativas al origen y al sentido de la vida. Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución.

11. El hecho de que el aborto sea para algunos grupos religiosos sinónimo de homicidio, mientras que para otros constituya una práctica aceptable en ciertas circunstancias - en caso de malformación

del feto, peligro para la vida de la madre, incesto, violación -, pone de presente que se trata de una materia esencialmente religiosa, que debe exigir de las autoridades públicas mantenerse al margen y ser respetuosas de las creencias personales.

La doctrina católica sostiene que el feto está dotado de alma desde la concepción por lo que es digno de protección jurídica, pese a que hasta época muy reciente[3] se sostenía que el alma ingresaba al cuerpo en algún momento posterior a la concepción: cuarenta días para el hombre y ochenta para la mujer. Es así como para la misma doctrina católica el aborto no era, hasta el siglo pasado, sinónimo de homicidio sino una conducta que atentaba contra la obra de Dios. Por otra parte, el Estado no está autorizado para proteger lo que, de suyo, no tiene un interés propio, con base en razones teológicas.

IV. Vulneración del derecho a la autonomía procreativa

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

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

El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener (CP art. 42) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16). Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción. Con este argumento, la efectividad del derecho constitucional queda condicionada a la protección del valor que se le asigne a la vida, según la creencia religiosa que se adopte.

---

[3] Sólo en 1869, el papa Pío IX suprimió la distinción medieval entre el feto dotado de alma y el inanimado, decretando que la animación por Dios se produce desde el momento de la concepción. Ruiz Miguel, Alfonso: El aborto: problemas constitucionales. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Pese a que la Corte asevera que la vida comienza desde la concepción, y que debe ser protegida desde ese mismo momento, se refiere al tema de los anticonceptivos, ignorando que algunos métodos actúan con posterioridad a la concepción - como el dispositivo intra-uterino (D.I.U.) -, en cuyo caso todas las personas que los emplean estarían incursas en una conducta punible. Insatisfecha o incómoda por la drasticidad de las consecuencias de su doctrina - el Estado debe proteger la vida desde la concepción -, la mayoría se apresura a dejar a salvo el uso de los anticonceptivos, contrariando de esta forma el principio que debería defender en aras de una mínima coherencia argumentativa: la protección de la vida desde la concepción.

13. La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa.

En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo - mediante la penalización del aborto -, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado.

Por otra parte, el embarazo y la maternidad inciden profundamente en la identidad de la mujer. Existe una poderosa creencia de que ser madre es natural y deseado y el renunciar a serlo supone una egoísta negación del instinto. No obstante, los estereotipos culturales han cambiado diametralmente con la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, por lo que igualmente debe aceptarse que ella goza de un derecho a la autodeterminación procreativa.

Para asegurar que la garantía constitucional de la libertad se extienda tanto a las mujeres como a los hombres, la Corte ha debido proteger la autonomía reproductiva de la mujer. Al no hacerlo, permite que se vulnere el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades. Es necesario reconocer que, aunque darle vida a otro ser es algo singularmente significativo, existen mujeres que no lo desean, o que simplemente no se encuentran en condiciones de asumir esa responsabilidad. Negarles la libertad de decidir, mediante la tipificación penal absoluta, es causarles un perjuicio grave y desconocer su derecho a una vida digna - en términos materiales como corresponde al concepto de vida en el estado social de derecho - y autónoma.

V. Diferenciación de fases y sopesación de derechos e intereses

14. Según la sentencia, "(...) la concepción genera un tercer ser que existencialmente es diferente al de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada".

De este modo la Corte resuelve, a priori y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos que se genera por circunstancias diversas que desembocan en el embarazo de una mujer o que emergen durante su evolución - violación, incesto, malformación del feto, amenaza a la vida o a la salud de la madre -. La decisión de la mayoría es regresiva en relación con el método constitucional tradicionalmente seguido para la resolución de conflictos que se presentan frecuentemente entre derechos e intereses constitucionales.

Con el aborto no sólo está en juego la vida potencial o la esperanza de vida, sino, muchas veces, la propia vida de la madre, su salud, su libertad o su dignidad, derechos y valores que igualmente deben ser protegidos por el Estado.

El fallo de la Corte no trasciende la discusión sobre la personalidad moral del feto debido a la posición absolutista que adopta en torno al valor intrínseco de la vida. El interés del Estado y de la sociedad en el valor intrínseco de la vida justifica la protección brindada al no nacido, pero no mediante la desatención absoluta de los derechos de las personas existentes. La protección del no nacido, conforme a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas, en particular de la mujer embarazada, - solución gradualista o de plazos -, permite superar una decisión del tipo "todo o nada", que desconoce los derechos fundamentales.

15. Dos momentos - la capacidad de sentir y la viabilidad del feto - en el desarrollo del embarazo pueden servir de criterios materiales para efectuar la sopesación de los derechos e intereses del no nacido frente a los de terceras personas. La división del embarazo en trimestres no es arbitraria, pese a la dificultad de fijar con exactitud cada uno de los dos momentos. Sin embargo, ésta no sería razón suficiente para negar las evidentes diferencias entre el cigoto y el feto viable.

En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el

ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir.

A partir del segundo trimestre, al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al nasciturus, salvo la presencia de derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad efectiva de subsistencia independiente del nasciturus -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida.

VI. Razones de política criminal contra la penalización absoluta del aborto

16. El delito de aborto es quizás el delito que presenta las mayores cifras de clandestinidad. Se calcula que en Colombia se practican cerca de 300 mil abortos al año[4], en diversas condiciones y acudiendo a instrumentos tales como la jeringa de Karman, la sonda, los cabos de cebolla, las agujas de tejer, los garfios contaminados, entre otros, que conducen a la muerte de un elevado número de mujeres o a lesiones irreversibles en su salud y en la del futuro niño.

La prohibición absoluta del aborto en el país contribuye a su práctica oculta apelando a métodos que ponen en grave peligro la vida de la mujer, víctima de una clara discriminación. En efecto, las mujeres con recursos económicos y con acceso a la educación pueden proveerse adecuadamente de métodos anticonceptivos y están en posibilidad, en último caso, de viajar al exterior con miras a realizar un aborto en un país que lo permita, mientras que las mujeres de pocos recursos se encuentran ante la disyuntiva de infringir la ley y someterse a un aborto en condiciones higiénicas y médicas deplorables, o de soportar, la mayoría de la veces solas, la carga que implica el embarazo y la maternidad, ante la irresponsabilidad paterna y la desprotección del Estado.

17. La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona, entre ellas el continuar un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar dificultades económicas extremas o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente.

---

[4] Córdoba Angulo, Miguel: Aspectos jurídicos del delito de aborto. Revista Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. XII. Nº 40, Enero-Abril 1990, Universidad Externado de Colombia, pág. 14.

Se argumenta que el abstenerse de abortar es razonablemente exigible por cuanto existe otra alternativa, menos costosa y perjudicial para todos los involucrados, como la entrega en adopción del hijo no deseado. No obstante, este argumento parte de una afirmación discutible en la teoría y en la práctica. El presunto menor costo - entendido éste como el daño y el dolor causados - de la adopción, en contraste con el del aborto, parece quedar desvirtuado, y torna irreal la alternativa lícita de la adopción, cuando se toman en cuenta los sentimientos de pérdida y frustración de la madre. En la práctica, un alto porcentaje de los niños no deseados no se entrega en adopción, pero es rechazado por la madre biológica y por su entorno, y sometido a abandono y violencia en todas sus formas. La protección de la vida mediante la penalización del aborto, a lo sumo protege cuantitativamente la vida, no así su calidad y dignidad, a ella asociadas en el estado social de derecho.

Ni el Legislador, ni la Corte, deben olvidar las implicaciones futuras que para el niño no deseado tiene nacer bajo extremas condiciones adversas. La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos - madre e hijo - a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana. Estudios sociológicos indican que niños que han sido fruto de un embarazo indeseado presentan mayores problemas psicosociales durante su desarrollo - delincuencia, bajo rendimiento académico, desordenes nerviosos y psicosomáticos - que los hijos deseados.

18. En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo qué es moral y lo que carece de esa connotación.

Un criterio moral útil para determinar las acciones inmorales ilícitas es el del daño a terceros, sugerido por el filósofo John Stuart Mill. Según esta teoría, no cabe imponer pautas morales externas a adultos que pueden autodeterminarse cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre, en el que el nasciturus no es víctima de dolor o daño. Bajo esta perspectiva, el aborto sería equiparable a otras prácticas relacionadas con el fuero interno de las personas. Un argumento adicional en defensa de la pertinencia de esta tesis se refiere a que el aborto, en determinadas circunstancias temporales o modales, tendría por objeto evitar daños similares o mayores a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.

Por último, otra razón adicional contra la penalización absoluta del aborto se relaciona con su ineficacia. El número de abortos supera avasalladoramente el número de personas procesadas por este delito[1]. En la realidad no existe una política criminal del Estado que persiga esta conducta. Los posibles motivos que explican este fenómeno son diversos. Se destacan, entre ellos, la aceptación de su práctica por diversos sectores sociales y la preferencia de la mujer a elegir el riesgo de la pena antes que las consecuencias del embarazo no deseado. La ineficacia de la tipificación se observa tanto en el precepto como en su sanción. La prohibición no se obedece; pero, además, es factible eludir la persecución penal. La ineficacia de un tipo penal, a largo plazo, puede implicar el deterioro de la legalidad y de la legitimidad del Estado.

Síntesis

19. Según la doctrina mayoritaria, la Constitución y el derecho internacional reconocen el derecho a la vida del nasciturus. La Corte equipara al no nacido a la persona humana y le otorga protección absoluta por ser expresión del valor de la vida. Estima que la vida humana es intrínsecamente valiosa por lo que resulta inaceptable moral y jurídicamente poner término a una vida ya iniciada. La mayoría niega la existencia de un derecho a la autonomía procreativa con fundamento en los motivos que pudo tener el Constituyente para no consagrar expresamente un derecho al aborto. Por último, la Corte resuelve, a priori y según una determinada concepción del valor de la vida, el conflicto de derechos e intereses entre el nasciturus y la madre, que se genera por circunstancias diversas y variadas, como la violación, el incesto, la malformación del feto o la amenaza a la vida o a la salud de aquélla.

20. La tesis que otorga personalidad jurídica al feto es contradictoria e inaceptable. No es lógica ni jurídicamente posible ser titular de derechos fundamentales sin ostentar la calidad de persona o sujeto de derechos. La Corte, al atribuir al nasciturus el derecho fundamental a la vida, confunde la protección constitucional a la vida con el derecho fundamental mismo. Esta errónea deducción lleva a la Corporación a equiparar el aborto a un asesinato. Tampoco es acertada la interpretación a partir de normas legales para deducir la existencia de derechos constitucionales, porque ello equivale a invertir la jerarquía normativa.

El Estado no puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Tampoco puede apelar, sin suficientes razones, a intereses constitucionales valiosos para limitar desproporcionadamente los

[1]En 1980 el número de procesos iniciados por el delito de aborto fue 4.215; en 1981, 1.598; en 1985, 1.192; en 1990, 486 y en 1991, 324. Fuente: DANE - Estadísticas de Justicia 1971-1991.

derechos constitucionales de la mujer. Un Estado que acoge como propia una especial concepción de la vida e impone, con base en ella, determinadas conductas, desconoce la libertad de pensamiento y de conciencia. Si, además, como en el caso colombiano, tales libertades, al lado de la autonomía, hacen parte de la Constitución, la incongruencia es evidente.

Los motivos políticos presuntamente tenidos en cuenta por el Constituyente para no consagrar el derecho a la libre opción de la maternidad, no son concluyentes para sostener que no existe un derecho a la autonomía procreativa. Del silencio, se reitera, no es posible deducir una voluntad unívoca en materia del aborto.

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

La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios científicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa.

La decisión de la mayoría es regresiva en relación con el método constitucional para resolver conflictos que se presentan frecuentemente entre derechos e intereses constitucionales. La protección del no nacido conforme a los diferentes períodos de su desarrollo y a su peso relativo en comparación con los derechos de las personas involucradas, en particular de la mujer embarazada, -solución gradualista o de plazos -, permite superar una decisión del tipo "todo o nada", que termina por desconocer los derechos fundamentales. En cambio, la prohibición absoluta del aborto en el país contribuye a su práctica en la clandestinidad con métodos que ponen en grave peligro la vida de la mujer.

La penalización absoluta del aborto criminaliza conductas no exigibles de una persona. La adopción no es una alternativa realista para la madre que no desea el embarazo, ni la mejor solución para el futuro niño. La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir; es el poder vivir dignamente. Por otra parte, el Estado no debe imponer pautas externas a adultos cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre. El aborto, en determinadas circunstancias temporales o

modales, permite evitar la ocurrencia de daños similares o mayores a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.

No escapa a los Magistrados que suscribimos este salvamento de voto que la sociedad y el Estado obran con una doble moral al ser complacientes y aceptar la impunidad del aborto, pero, a la vez, pretender encubrir esa actitud con una drástica y absoluta penalización formal de dicha conducta, a sabiendas de que las mujeres, ayunas de su apoyo, se ven forzadas por circunstancias insuperables - violación, incesto, malformación, peligro para la salud o la vida de la madre - a adoptar la decisión de abortar, justamente para aspirar a una vida digna.

III. Argumentos contra la penalización del aborto cuando se comete bajo circunstancias especiales - acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida - (Texto de la ponencia original presentada por el Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz no acogida por la mayoría).

1. En los términos del artículo 241-5 de la C.P., la Corte Constitucional es competente para conocer del presente proceso.¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

2. Según el demandante las normas acusadas violan los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 11, 12, 13, 14, 16, 22, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 83, 94, 95-1, 2 y 4, 96-1(a) y (b), 228 y 229 de la Constitución Política. El argumento central del actor se deriva de la comparación que hace de las penas de los delitos de aborto, homicidio y abandono, con las sanciones menores que la ley contempla para los tipos penales atenuados consagrados en las normas demandadas. La sanción menor en este último caso, a su juicio, carece de sentido y de justicia, pues, de una parte, se trata de la misma conducta reprochable del tipo básico y, de otra, quebranta la igualdad que se establezcan distinciones artificiales entre los sujetos pasivos y que algunos de éstos no reciban protección o ésta sea inferior a la ordinaria. En los distintos eventos a la madre y a sus auxiliares o cómplices se los dota de un poder discrecional para terminar la vida del neonato.

3. El Procurador General de la Nación, por su parte, considera que la tesis del demandante se vincula a una visión objetiva de la responsabilidad penal, por cierto ya superada. En su concepto, el Legislador debe tomar en cuenta las circunstancias que anteceden a la conducta y los factores que la explican de manera que sea posible que se observe "el principio lógico de la responsabilidad del autor en la comisión de un hecho típico". La igualdad, asevera la vista fiscal, se desconocería si el ordenamiento penal llegase a imponer penas idénticas a personas que "no tuvieron las mismas posibilidades para comportarse o actuar de manera legítima". Las graves consecuencias que se ciernen sobre la mujer que es víctima de una violación o de una

inseminación artificial no consentida, son suficientemente graves - se advierte en el concepto del Ministerio Público -, como para pasar desapercibidas por el Legislador. Por consiguiente, se ajusta a la Constitución, que la ley configure tipos penales que respondan a los hechos que han podido influir en la comisión de los delitos de aborto, infanticidio y abandono.

4. Se pregunta la Corte si tratándose de los delitos de aborto, infanticidio y abandono, puede el legislador consagrar tipos penales que tomen en cuenta como atenuante la circunstancia de que la madre haya sido víctima de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. El problema de fondo se refiere a la libertad del legislador para efectuar distinciones y establecer, dentro de un mismo tipo penal, tratamientos diferentes de acuerdo con las circunstancias que juzgue relevantes. De aceptarse determinado grado de libertad configurativa del legislador, deberá precisarse la constitucionalidad de los factores de atenuación específicos que contienen las disposiciones demandadas.

Según el actor los tipos generales son autosuficientes y la protección de la vida y de la integridad personal, no admite excepciones ni distinciones. De hecho, el trato favorable que se otorga a la madre y a sus cómplices en las hipótesis examinadas, significa una autorización que se imparte para causar injustificado agravio al nasciturus y al recién nacido. Desde el punto de vista de la protección del Estado que se discierne a través del derecho penal, se genera, en su concepto, una discriminación entre los sujetos pasivos de las citadas infracciones penales.

5. La tesis del demandante se construye sobre una serie de presupuestos que carecen de fundamento constitucional y legal. La Corte, por consiguiente, se ve en la necesidad de puntualizar algunos de los defectos de argumentación que ha encontrado en su exposición.

A la realización de la acción típica - aborto, infanticidio, abandono etc. -, indefectiblemente debe seguir, de acuerdo con el demandante, la sanción prevista en el tipo general. Dado que las normas contemplan un conjunto de circunstancias que aminoran la sanción general, deduce aquél que sin causa válida decae el deber de protección que incumbe al Estado.

El anterior raciocinio sería de recibo si se aceptase que el ilícito penal fuese condición suficiente para la imposición de la pena. La estructura del delito y el sistema de garantías constitucionales que informan el debido proceso, exigen que concurran otras condiciones que se concretan en la existencia de culpabilidad, ausencia de eximentes e imputabilidad, entre otras.

La antijuridicidad no tiene un fundamento ontológico. Es tarea del legislador señalar las conductas y las condiciones bajo las cuales éstas pueden resultar punibles. En un Estado democrático, respetuoso de los derechos fundamentales, se exige que los delitos se fijen con minuciosidad y precisión por parte del legislador. De ahí que la tipificación penal no pueda detenerse en el establecimiento de una conducta básica a la que se vincula el reproche penal, sin tomar en debida consideración las variantes y circunstancias más notorias que normalmente la acompañan en la realidad y a las cuales puede asociarse grados diferentes de culpa y de daño social.

No puede ser lo mismo el homicidio que se comete en la persona del ascendiente o del descendiente, que el homicidio culposo, como tampoco es estrictamente igual el hurto simple que el que se realiza con violencia sobre las personas o cosas. Como quiera que no es uniforme el daño o lesión del bien jurídico protegido, no puede objetarse que la ley contemple las diversas hipótesis y conforme a ellas trace una determinada política criminal y punitiva.

No deja de ser temerario pensar en suprimir la necesaria capacidad de distinción a la que apela el legislador al hacer el elenco de la figuras delictivas. Si en verdad se llegase a eliminar este decisivo poder de modular la acción represiva penal, limitándola a la acuñación de sólo tipos básicos, se sometería a una misma medida de punición conductas heterogéneas entre sí tanto en su aspecto material como de responsabilidad.

A la injusticia que indubitablemente produciría semejante sistema penal, se tendría que agregar la inconveniente expansión de la discrecionalidad que entonces habría que reconocer a los jueces penales, que sobre la base de tipos genéricos tendrían que hacer efectiva la justicia penal dispensada por el Estado. La desatención del principio constitucional de estricta legalidad de las penas, alimenta un género pernicioso de discrecionalidad judicial y propicia la rápida erosión de las garantías constitucionales en esta materia.

La Corte no comparte el criterio del actor que se basa en la supuesta existencia de un laxo y débil principio de legalidad de las penas. La Constitución ha diseñado un sistema de garantías penales que tiene su eje en la taxativa, precisa y completa determinación de los tipos penales por parte del legislador y que, por consiguiente, no se satisface con la simple enumeración genérica de las figuras delictivas principales. Arrebatar al legislador el poder de señalar de manera razonable circunstancias de agravación o atenuación punitivas, equivale ciertamente a mutilar el principio de estricta legalidad penal.

6. La pretensión de cobijar todo un conjunto de infracciones pertenecientes al mismo tipo, pero distinguibles de acuerdo con ciertas circunstancias específicas relevantes, bajo una misma pena, comporta

un sacrificio excesivo de la libertad y un abuso del poder punitivo del Estado.

En una sociedad democrática y liberal como la que se concibe en la Constitución Política, cimentada en el principio "pro libertate", el recurso a la tipificación penal de una conducta tiene forzosamente carácter subsidiario frente a otras alternativas sociales o jurídicas y, cuando finalmente se adopta, su grado e intensidad no ha de superar la medida de lo razonablemente necesario. La prohibición del exceso en materia punitiva, es un principio que se deduce fácilmente de la Constitución Política que prohíbe la pena de muerte, la confiscación, la desaparición forzada, la tortura, las penas crueles y los tratos inhumanos y degradantes, sin que pueda sostenerse que en ella sólo se incorpora una lista taxativa de los excesos objeto de interdicción cuando su propósito no es otro que el de consagrar un sistema humanitario de penas y castigos.

La definición de supuestos particulares que sirven para eximir de una pena o para atenuarla, se inspira en dicha visión humanitaria y en la consecuente proscripción de un derecho penal máximo que no se aviene a los dictados de la Constitución política. En este sentido, la tesis del demandante se rechaza por la Corte en cuanto ella sólo se sustenta en una concepción del derecho penal que carece de asidero constitucional y cuyas consecuencias serían manifiestamente injustas al sujetar a la pena mayor faltas que no merecen el mismo grado de reproche.

7. Los argumentos del demandante se enderezan a comprobar que la lesión a un bien jurídicamente protegido, independientemente de las circunstancias específicas, debe ser sancionado con la misma pena genérica del tipo básico. El ordenamiento penal, por el contrario, se presenta como el repertorio de penas directamente establecidas por el legislador con el objeto de proteger de manera diferenciada los intereses y bienes que en cada momento histórico se consideran merecedores de tutela.

El legislador, por vía general, predetermina los mínimos y máximos de las penas, lo mismo que la naturaleza de éstas últimas. Dentro de cada tipo, las distinciones que lleva a cabo, igualmente le permite introducir eximentes, atenuantes y agravantes, todo lo cual termina por ofrecer un cuadro jerárquicamente ordenado de opciones normativas que reflejan los valores que priman en la sociedad en un momento dado, no menos que su misma cultura.

El demandante deja traslucir una concepción absoluta y sustancialista al sostener que la pena para los supuestos que contemplan las normas acusadas necesariamente debe ser la que se prevé en los respectivos tipos generales. En primer término, la única autoridad legítima para determinar las penas es el legislador y la suya es una decisión

enteramente contingente. En segundo término, las sanciones uniformes, aparte de lo ya expresado sobre su potencial inequidad, se opone a la configuración normativa de los delitos y de las penas de acuerdo con el marco valorativo imperante que se traduce en las leyes que sucesivamente se adoptan en el tiempo.

8. El demandante entiende la pena como una consecuencia negativa que debe soportar el reo y que ha de poseer la misma naturaleza e intensidad del delito cometido. De ahí que insista en que las penas menores deban ser sustituidas por las mayores que se aplican a los tipos generales.

No cabe duda de que el delito y la pena como tales son entes heterogéneos no susceptibles de igualación. Tanto las penas derivadas de las figuras penales especiales como de las generales, provienen de la fijación unilateral determinada por la autoridad legítima. Entre la ofensa y la pena, media una relación convencional y no una conexión de orden natural, y aquélla la establece primero la ley de manera general y abstracta y, posteriormente, el juez de modo concreto e individualizado.

La naturaleza convencional de las penas - a lo que se agrega la posibilidad de cuantificarlas al ser ellas privativas de la libertad o de derechos valorados en sumas de dinero -, permite al legislador graduarlas de conformidad con la gravedad de los delitos. La tesis de la pena uniforme postulada por el demandante, se opone al principio de la proporcionalidad de la pena en relación con el daño causado por el delito y la culpa de su autor. Corresponde al legislador ponderar estos factores y establecer las sanciones máximas, mínimas, al igual que indicar las circunstancias que agravan o atenúan la pena que llegare a imponerse.

La proporcionalidad de las penas respecto de la gravedad de la infracción, es un principio que hunde sus raíces en la Constitución y que por fuerza determina un régimen punitivo diferenciado. La culpabilidad es un presupuesto de la sanción penal (C.P. art. 29). No obstante que esta se acredita y se valora dentro del proceso judicial, el legislador debe y puede tomar en cuenta este factor en el momento de establecer la tarifa punitiva. La entidad del daño, por su parte, constituye una dimensión que no puede dejar de apreciarse en cuanto tiene la virtualidad de hacer exigible la protección que las autoridades deben brindar a las personas y a sus derechos (C.P. art. 2).

La represión penal a cargo del Estado reduce el ámbito de libertad de las personas. La tipificación de delitos, en un sentido protege la libertad, pero en otro la reduce al ampliarse el número de acciones o de abstenciones vinculantes jurídicamente. Por estar en juego la libertad y demás derechos fundamentales, las injerencias y restricciones que se derivan del derecho penal deben ser razonables y

proporcionadas cuidando siempre que no se vulnere su núcleo esencial. Se puede, en consecuencia, afirmar que la proporcionalidad de las leyes penales corresponde a una condición que se impone desde el marco de los derechos fundamentales.

Se concluye que el legislador tiene, gracias a la expresa reserva en materia penal que la Constitución le reconoce, un amplio poder de configuración normativa. Sin embargo, el legislador encuentra un límite a su discrecionalidad en la razonabilidad y proporcionalidad de las leyes que expida en este campo. Se sigue de lo anterior que, contrariamente a lo que sostiene el demandante, el principio de proporcionalidad plantea la necesidad de que el régimen punitivo no sea invariablemente uniforme, ya que ciertas circunstancias o factores relevantes sólo pueden ser preteridos al precio de que la intervención penal se torne excesiva y desproporcionada.

9. Los cuatro tipos examinados - infanticidio, aborto, abandono, abandono seguido de lesión o muerte -, en relación con los tipos generales, comportan una pena inferior en atención a una circunstancia atenuante que les es común: el antecedente del delito está referido al acceso carnal, violento o abusivo de que ha sido víctima la madre.

La libertad de configuración normativa del legislador pese a ser amplia, se subordina a la razonabilidad y proporcionalidad objetivas de las decisiones que adopte, pues de lo contrario puede vulnerar los derechos fundamentales y la igualdad de trato en materia punitiva.

La circunstancia del acceso carnal violento, abusivo o la inseminación carnal no consentida, tiene carácter relevante para apreciar la culpabilidad del autor de los delitos de infanticidio y abandono. En estos eventos, el legislador no renuncia a sancionar los delitos que las madres puedan cometer, pero si ha concedido una reducción de la pena. En otras palabras, se mantiene la protección de la vida y se refuerza el deber de protección que los padres y los miembros de la sociedad deben a los niños, independientemente de su edad y de las vicisitudes que acompañen a su nacimiento, aunque, de otra parte, se opte por aminorar la pena máxima que ordinariamente se impone.

La maternidad debe siempre corresponder a una voluntad libre, seria y responsable de los padres y, en particular, de la madre. Las madres que conciben sus criaturas como fruto de una coacción criminal, no se encuentran en el mismo plano de aquéllas que lo hacen de manera libre y espontánea. El infanticidio y el abandono de los menores, siempre será reprochable, pero lo será más en el caso de las últimas. No parecería proporcionado que con la misma medida punitiva se definieran las dos situaciones.

El examen de la culpabilidad de las madres forzadas, pone de presente la profunda turbación psicofísica que en ellas produce el hecho de haber sido sometidas a ese estado por medios que el mismo ordenamiento repudia y sanciona penalmente. Los dictámenes que obran en el expediente procedentes de expertos y de organizaciones defensoras de la mujer agredida, son suficientemente concluyentes en el sentido de establecer los daños permanentes que la violación o la inseminación no consentida causa a las mujeres y que erosionan sensiblemente su personalidad. A este respecto basta citas algunos apartes de los conceptos emitidos :

- **El Centro de Recursos Integrales para la Familia -CERFAMI- expuso:**

"La culpa suele ser un sentimiento omnipresente en las víctimas, y tiene mucho que ver con los mitos con los cuales la sociedad elude el problema de las agresiones sexuales, y que parten de considerar a las víctimas como causantes del delito: '(ellas) se lo buscaron, lo disfrutaron, lo desearon'. Este sentimiento se agudiza en las mujeres y niñas que han sido agredidas por familiares cercanos, debido a la inmovilidad que produce en ellas el chantaje emocional o la presión de figuras de autoridad.

Existen además una serie de sentimientos y vivencias determinadas por la agresión sexual que contribuyen a lesionar el autoestima. Los sentimientos de estar "manchada" y "sucia" llevan a muchas víctimas a adquirir hábitos obsesivos de limpieza, llegando en ocasiones a producirse lesiones y quemaduras en sus genitales, buscando "borrar" las huellas de la vejación sufrida. Se presentan también sentimientos de pérdida, que en el caso de la violación van más allá de la misma virginidad en el caso de las mujeres vírgenes. Es la sensación de que ya no volverán a ser las mismas, de que algo de su yo más íntimo les ha sido arrebatado. Esta pérdida está estrechamente relacionada con la imagen de sí mismas, el grado de control sobre sus vidas y su autoestima. Es frecuente detectar en víctimas de agresión sexual una ruptura grave del yo, al resquebrajarse el sistema que le había permitido a la persona hasta ese momento autovalorarse y relacionarse con el mundo. En ocasiones lo anterior se traduce en una pérdida del sentido de vivir, que suele acompañarse de ideas o comportamiento autodestructivos, incluyendo el suicidio".

- **La Fundación "SI MUJER", sostiene:**

La violencia sexual siempre produce impacto a nivel sicológico y sus efectos se presentan en distintos grados según las circunstancias, la intensidad y características de la violencia, el apoyo que puedan recibir en el momento inmediato y las influencias sociales y culturales.

(...)

Muchas mujeres que sufrieron violencia sexual en la infancia se sienten estigmatizadas y culpabilizadas por el resto de sus vidas, se ven 'privadas de su ubicación como seres humanos y no se consideran dignas de recibir ayuda ni de apelar a las leyes que las defienden'. (Zasadski, 1995). A veces los efectos no se presentan en el corto plazo pero empiezan a manifestarse cuando se presenta un evento que remueve el recuerdo de la situación traumática, por ejemplo, las relaciones de pareja.

Como efecto inmediato de la violación pueden presentarse diferentes sintomatologìas que evidencian desorganización de la personalidad a nivel somático; a nivel de la expresión del afecto; de la capacidad para aprender o para resolver problemas, de las conductas de autocuidado, del sentido de su propio valer y de la imagen de sí que por lo general se siente deteriorada; a nivel de las relaciones familiares y/o sociales, e inclusive con aparición de conductas autodestructivas que pueden llegar a intentos de suicidio o al suicidio mismo.

Algunas de las consecuencias se presentan también a nivel de la vida diaria, se alteran hábitos y costumbres:

En muchas ocasiones las mujeres que tienen contratos laborales rompen con ellos tratando de quedarse en sus casas o en sitios donde sientan seguridad y; también sucede con frecuencia que se aumente esta violencia por parte de sus empleadores al cancelar o no renovar el contrato en caso de quedar embarazada.

La inseguridad y desconfianza suele permear sus relaciones interpersonales impidiéndole establecer nuevas relaciones, salir a la calle, hacer actividades recreativa, etc.

(...)

Se altera tanto la percepción de la realidad que la víctima asume un gran sentimiento de culpa que en sana lógica debería experimentar el agresor"

La Casa de la Mujer señala:

"Los estímulos indicadores de vulnerabilidad, son probablemente los más persistentes con el paso del tiempo, por el temor de las víctimas a la repetición de la experiencia, lo que las lleva frecuentemente a evitar situaciones potencialmente atractivas y a limitar sus espacios de interacción social.

Más allá de las reacciones inmediatas, las víctimas pueden experimentar en el ámbito personal, además de las alteraciones referidas a la ansiedad, problemas de depresión y pérdida de

autoestima, con una cierta desconfianza en las propias posibilidades para enfrentar la vida futura. Mención aparte merecen los sentimientos de culpa, derivados de la atribución equivocada de lo ocurrido a los errores cometidos por la víctima y de los pensamientos obsesivos en relación con lo que pudo hacer y no hizo. Esta autoinculpación puede dañar seriamente la autoestima de la mujer y dificultar la readaptación emocional posterior y se agrava dramáticamente por la culpabilización familiar y social de que es objeto" (Resaltado del texto).

El balance que las normas legales han realizado entre la protección de la vida y la libertad de la madre, a juicio de la Corte es equilibrado y razonable. Mantener la sanción, pero sujeta a reducción por la circunstancia anotada, indica que el legislador ha hecho uso legítimo de su libertad configurativa en materia punitiva y que no ha dejado de tomar en cuenta factores de proporcionalidad y culpabilidad, como en efecto lo ordena la Constitución.

10. No obstante el balance específico que se hace en el artículo 345 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), entre la protección de la vida y los derechos de la mujer, resulta desproporcionado e irrazonable para esta última.

La Corte Constitucional en su sentencia C-133/94 del diecisiete (17) de marzo de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), declaró la exequibilidad del artículo 343 del Código Penal que consagra el delito de aborto. La protección de la vida del nasciturus es objeto de tutela constitucional. Por consiguiente, las leyes penales pueden penalizar las acciones o las omisiones que le causen daño o que conduzcan a su eliminación. En esa ocasión la Corte entró a examinar sólo la figura principal del aborto y deliberadamente se abstuvo de pronunciarse sobre el texto del artículo 345, no demandado, cuyo análisis, por lo demás, no era estrictamente necesario para decidir la constitucionalidad del tipo básico que, como suele ocurrir, puede ser objeto de eximentes, atenuaciones o agravaciones punitivas en el resto de la obra legislativa.

La Corte debe entrar a determinar si constitucionalmente las circunstancias específicas del acceso carnal violento, abusivo o la inseminación artificial no consentida, pueden dar base para que la ley reduzca la pena por el delito de aborto que eventualmente cometa la madre o si en todo caso resulta desproporcionado que ella sea sujeto de punición.

11. Las normas del derecho penal imponen deberes de acción o de abstención a las personas, y naturalmente éste reposa en el presupuesto de que las conductas que exige pueden ser normalmente cumplidas. La ordenada vida social no demanda de los miembros de la sociedad la realización de actos heroicos o la asunción de compromisos

extraordinarios. De ahí que cuando éstos se presentan y favorecen a la comunidad, sus protagonistas sean exaltados y sus gestos se incorporen con pleno derecho a la memoria colectiva.

El precio de la seguridad y de la protección que dispensan las instituciones penales - preventivas y retributivas -, resultaría exorbitante si a cambio de aquéllas se impusiesen cargas y deberes tan onerosos que excepcionalmente pudiesen ser satisfechos y con sacrificio desproporcionado de la libertad y de la vida personal.

Como quiera que la fuente más importante de los deberes surge del derecho penal, encuentra la Corte que un límite de la libertad configurativa de suyo amplia de que goza el legislador, consiste en la no imposición de deberes o de cargas que examinadas desde un punto de vista objetivo sean extraordinariamente gravosas para las personas.

No obstante se sostenga que la vida tiene un valor absoluto, el Estado encuentra límites en su loable función de protegerla a través del derecho penal. En todo caso, el bien o el derecho, con prescindencia del límite que enfrente la legislación penal conserva su valor absoluto y su defensa no debe decaer, sino adecuarse a los límites intrínsecos de la función punitiva.

La Corte en varias oportunidades ha supeditado la constitucionalidad de la ley penal a la no imposición de deberes anormalmente gravosos. Sin desconocer el sano propósito de defender la vida y la libertad, la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 12, 16 y 25 de la Ley 40 de 1993, "salvo cuando el agente actúe en alguna de las circunstancias de justificación del hecho previstas en la ley penal. caso en el cual son inexequibles".

En este último caso la inexequibilidad de la prohibición de pagar para obtener la liberación de una persona secuestrada, se sustentó entre otros argumentos en la circunstancia de que "el secuestrado y sus allegados no tienen el deber jurídico de afrontar el peligro. No están en el caso, por ejemplo, de los miembros de la fuerza pública, a quienes la República ha entregado las armas para que las usen en defensa de las personas. Por eso, la obligación de obrar heroicamente recae sobre sus miembros y no sobre la población civil" (sentencia C-542 de 1993. M.P Jorge Arango Mejía). Se deduce de la sentencia que en ella se identifica como hipótesis de un deber extraordinariamente gravoso el obligar a una persona a dejar de obrar en defensa propia o ajena en los casos cobijados por las circunstancias de justificación del hecho previstas en la le penal, para tener que observar la acción o la abstención que impone la norma.

Por el contrario, la Corte declaró la exequibilidad del delito de cobardía consagrado en los artículos 123, 124 y 125 del Código Penal Militar, cuyo sujeto activo es el militar en servicio activo que ante el

enemigo o en zona de combate huya, se oculte, simule enfermedad o que no enfrente debidamente al contrario, dado que éste a diferencia de otras personas por su formación y la misión que está llamado a cumplir debe afrontar un radio mayor de peligros, sin que por este hecho su conducta asuma ninguna connotación heroica o extraordinaria. (Sentencia C-563/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

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

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 por su víctima y su familia, como el de alumbrar un hijo contra la voluntad de la progenitora y tener que asumir forzadamente los consiguientes deberes de cuidado y crianza. La norma impide a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, a que ponga término a la cadena de los demás daños que se ciernen sobre sus restantes derechos. A la desgracia que recae sobre la mujer violada, deberán agregarse males incluso mayores, como quiera que la norma le impone el deber de abstenerse, luego de consumado el acceso carnal o la inseminación no consentida y liberada del agente que la causó, de evitar que el daño ya producido se incremente cuantitativa y cualitativamente. El deber de renunciar a la legítima defensa de la integridad corporal y psíquica, cuando todavía resulta oportuno hacerlo, pues existe el constreñimiento legal que obliga a soportar desde la primera hasta la última consecuencia de un acto criminal producido sobre el cuerpo de la mujer, no cabe duda de que a todas luces resulta extraordinaria y excesivamente oneroso tanto para la víctima como para sus familiares.

Según la Constitución la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Pero este núcleo, justamente por su naturaleza basilar del entero cuerpo social, nace y se expande en virtud de la decisión libre de las personas. El respeto a esta premisa llevó al constituyente a precisar que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos" (C.P. art., 42). Nada más alejado de la Constitución que la pretensión - en este caso autorizada por la ley - de que sea el violador, por encima de la pareja, el que en últimas decida el número de los hijos e imponga los deberes de sostenimiento y crianza.

La libre opción a la maternidad, tiene una relación íntima con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer por tratarse de una decisión pletórica en consecuencias existenciales para ésta (C.P. art., 16). Pocas determinaciones como la de la maternidad

comprometen el destino individual y social de la mujer. Por consiguiente, el orden jurídico no puede interferir este ámbito autónomo y privado de la mujer.

El interés general menos todavía puede injerir y pretender tener mayor peso en la decisión de continuar un embarazo criminal que la propia víctima. Si ésta última se opone al embarazo criminal, la exigencia legal en sentido opuesto, asume la faz de una intervención profunda en la vida personal y privada de la persona que es desproporcionada e irrazonable. La sociedad no puede exhibir mayor interés en la decisión de reproducción que la víctima del delito que se niega a llevarla a cabo.

A la relación sexual forzada y criminal, el Estado no puede sin emular con su agente, adicionar su coacción para ver de producir a toda costa el resultado del embarazo. En verdad, se afectaría radicalmente el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la víctima de una agresión sexual criminal - incluso hasta llegar a su completo vaciamiento -, si a partir de este punto la decisión sobre la reproducción se traslada a la sociedad y frente a ésta nada vale la voluntad de la víctima que ha de sufrir resignadamente las consecuencias negativas de un parto no deseado y profundamente repudiado.

No ignora la Corte que sobre el valor de la vida y su significado, existen en el seno de la sociedad diferentes y muy respetables concepciones de orden religioso, filosófico e ideológico. Algunas de estas ideas que se tejen alrededor de la vida se proyectan en el debate sobre la viabilidad moral del aborto en un sentido apologético o condenatorio. En la situación que concretamente analiza la Corte es posible que una mayoría en razón de sus creencias más hondas rechace la posibilidad de que la gestante pueda libremente abortar, en tanto que otros grupos pueden pensar justamente lo contrario. Se pregunta la Corte si una mayoría, a través del proceso democrático, es decir, con fundamento en la ley, puede en un momento dado imponer a todos su particular visión sobre la materia y, como lo hace la norma demandada, llegar a imponer a las víctimas de accesos carnales violentos la decisión de seguir adelante con la reproducción vedando toda suerte de intervención clínica que le ponga término. De acuerdo con lo expuesto la respuesta de la Corte es negativa. El Estado no puede en asuntos religiosos, filosóficos e ideológicos, imponer a todos una particular visión de las cosas, aunque coincida ella con la opinión dominante, sin que de otro lado abdique de su adhesión al pluralismo y al respeto a la libertad de conciencia.

Existen decisiones en las que el peso de la mayoría les brinda suficiente legitimidad y que una vez adoptadas obligan a todos sin excepción. No obstante, hay materias y asuntos que, como el que se analiza, pertenecen más a la órbita privada y moral de las personas y cuya

definición resulta ajena al proceso democrático. De hecho el eventual triunfo de una postura ideológica que importa sobremanera a la conciencia individual y a la vida personal, sólo podría edificarse sobre el sacrificio de quienes tienen una idea distinta o no están dispuestos a que un asunto íntimo y con múltiples y profundas incidencias personales se gobierne a partir de concepciones extrañas a las propias.

En este caso, la Corte no le otorga ninguna plausibilidad a una ley que expresa una postura moral, respetable desde una visión pluralista, pero que se mantiene con carácter general al precio de sacrificar el destino, la libertad y la intimidad de unas mujeres que aún sin compartir tal visión deben asumir las cargas materiales dolorosas que ella exige y que vienen a superponerse al peso ya agobiante y suficientemente doloroso de haber sido víctimas de un embarazo criminal.

El triunfo de una concepción ideológica no puede llegar hasta el extremo de hipotecar de esta manera la libertad y la vida privada de unas mujeres profanadas en su libertad y pudor sexual, ni tomar la ocasión para acreditar con el sacrificio de una minoría el valor absoluto que se asocia a las ideas que profesa una episódica mayoría. La Corte no ha cesado de reiterar que la dignidad de la persona humana no autoriza que una persona se convierta en medio o instrumento al servicio de otra, pues todas las personas reclaman igual respeto y consideración y son fines en sí mismas. Tanto desde el punto de vista material como espiritual o ideológico, ninguna persona o minoría puede ser mediatizada y sacrificada por otros.

13. Podría pensarse que la posición de la Corte deja de lado los intereses y los derechos del nasciturus. En últimas, se trataría de un tercero, independiente de la víctima y del agresor sexual, que con su muerte o expulsión del claustro materno vendría injustamente a asumir las consecuencias de una situación no creada por él mismo.

La Corte en la sentencia C-133/94 del diecisiete (17) de marzo de 1994 dejó sentada su posición general en relación con el aborto, en el sentido de que el derecho a la vida prima sobre la libertad de la madre, la cual según se expresó sólo puede ejercitarse hasta antes de la concepción. La particularidad de la situación que ahora examina la Corte se deriva del hecho de que dicha libertad, por haberse coartado en virtud del acceso carnal violento o de la inseminación artificial no consentida, no ha tenido oportunidad de manifestarse. La regla en este caso necesariamente debe invertirse y la libertad procreativa de la madre debe primar sobre el derecho a la vida del nasciturus. Además de las razones expuestas, las siguientes abonan el anterior aserto.

La mujer víctima de una agresión sexual se enfrenta a una decisión trágica. Conservar el fruto del embarazo criminal y asumir las

consecuencias derivadas del mismo que comportan una reducción o pérdida sustancial de sus derechos de autodeterminación o expulsar el feto que ha germinado en su vientre en virtud de una invasión no consentida de su intimidad y afirmar, consiguientemente, su derecho al propio cuerpo y a su libertad. Si la mujer opta por este último extremo, no puede sostenerse que el objeto directo de la acción de la gestante sea el feto como tal, sino que lo es el agresor de quien justificadamente pretende librarse físicamente expulsando la huella tangible de su ominoso acto y espiritualmente huyendo a que su destino futuro siga bajo la sombra del autor de su desgracia. La mujer que en estas circunstancias aborta no hace más que obrar en legítima defensa y ya se ha señalado que negarla legalmente, equivale a establecer un deber extraordinariamente oneroso.

La Corte en múltiples oportunidades ha expresado que la vida objeto de protección por parte de la Constitución no es cualquier tipo de vida, sino la vida digna. En el plano constitucional, por ende, la defensa de la vida digna es una causa que no merece reparo. La mujer que mediante el aborto se opone a las consecuencias inaceptables del embarazo criminal, ejerce el derecho a gozar de una vida digna, la que no resulta compatible con deberes de maternidad que no hayan sido decididos con plena libertad y responsabilidad. La mujer, en estas condiciones, puede resistirse legítimamente a que su vida se subordine a un proceso biológico y a un móvil criminal ajenos a su voluntad, cosificándose como puro vientre desligado de conciencia.

Por su parte, la vida del niño debe rodearse de amor y cuidado. La situación trágica que sirve de trasfondo a esta sentencia, no asegura que ello pueda darse en relación con el fruto de una violación carnal violenta. Por el contrario, no es improbable que en lugar de amor, el niño sea recibido con odio y sea rechazado en el seno familiar. El derecho no tiene la capacidad de gobernar los sentimientos humanos. Por eso es preferible que no imponga deberes que normalmente no pueden ser satisfechos o que si ello acaece excepcionalmente sólo sea así a costa de la infelicidad y de la perdición completas de la madre y de su hijo.

IV. Comentarios finales.

1. La Corte soslaya en la sentencia el conflicto que subyace a la norma y resuelve de manera circular las aparentes disyuntivas que ella misma formula. El resultado del proceso constitucional, se infiere, desde el principio, sin necesidad de seguir o instaurar curso argumentativo alguno. En realidad, la sentencia se anticipa desde que se inician sus consideraciones, ya que desde entonces afloran los pre-juicios que serán definitivos para la decisión final, entre los cuales es suficiente aludir a los siguientes: la sanción del tipo especial del aborto atenuado, es “bastante benigna”; a partir de la concepción, no solamente se está frente a un organismo vivo, sino que éste es un sujeto autónomo de derechos; el

aborto, sin distinciones, constituye un “repudiable” ataque contra la vida humana; la maternidad, independientemente de la causa, enaltece y “dignifica” a la mujer; el aborto, en todas las formas, es un acto intrínsecamente “inmoral”; el embrión es “víctima inocente”; la libertad procreativa, cuando se den las circunstancias especiales, equivale a darle a la mujer el derecho de asesinar a un ser humano.

La Corte no puede fundamentar un fallo de constitucionalidad en una creencia o en un credo religioso, por más adherentes que dicha creencia o credo pueda tener en el país. Su función única es la de confrontar, de manera objetiva e imparcial, la norma legal con la Constitución Política y velar por el efectivo respeto a los derechos fundamentales, entre los que se encuentran las libertades de conciencia y de cultos. Olvidar el respeto al principio del pluralismo político, religioso, cultural e ideológico, y convertir una sentencia en un acto de profesión de una determinada fe religiosa, no es exactamente lo que jurídica y democráticamente cabe esperar de la Corte Constitucional.

Si previamente se establece que la sanción es “bastante benigna”, ¿cómo puede la Corte luego de manera desprevenida proceder a analizar la proporcionalidad y la razonabilidad de someter la conducta de abortar en las condiciones dichas a una específica sanción penal?. Era evidente que el pre-juicio de la mayoría definía el sentido del fallo.

Si prescindiendo de toda prueba y argumento, la Corte postula, de entrada, que desde la misma concepción se configura “ipso facto” un nuevo sujeto de derechos, ¿cómo puede pretenderse más adelante que ella se plantee asímisma la confrontación de los derechos del ***nasciturus*** y los de la libertad procreativa de la mujer violada o coactivamente inseminada?. La personificación precoz del embrión humano, es en realidad el recurso hermenéutico al que se apela para negar en absoluto toda posibilidad de ponderación con los derechos de la mujer, pues a éstos siempre se opondrá el derecho a la vida del ***nasciturus*** como sujeto autónomo, así no registre más de la milésima parte del primer segundo de vida. De otra parte, la personificación jurídica del embrión se quiere presentar como la única forma de protección jurídica de la vida humana, cuando nadie ha negado que esta exige respeto y protección constitucional.

No escapa a los magistrados que salvan el voto, la curiosa e inexplicable forma cómo se deduce de un dato del mundo real una exigencia normativa. Podría sostenerse que la vida humana se inicia con el acto de la concepción, extremo que de todas maneras es objeto de debate científico. Sin embargo, de ahí no puede deducirse que dicho organismo sea persona para el derecho, lo cual, a su vez, no significa que, como organismo vivo, deje de ser objeto de protección jurídica. En el plano constitucional, el concepto de persona se construye como el referente de los derechos, de modo que, al aludir a la persona, éstos se proyectan automáticamente. El concepto de persona, en su campo semántico, comprende los derechos que a ella se imputan. Cuando la Corte en un aparente enunciado del ser, al responder a la pregunta por el comienzo de la vida, la vincula con el inicio de la personalidad jurídica, no hace cosa distinta que presuponer una norma inexistente, cual es, la de que la personalidad jurídica debe configurarse

en el momento mismo de la concepción. Sin mediación alguna, la Corte deriva el complejo de derechos, de un hecho natural : la concepción. Inclusive va más allá y relativiza en términos absolutos el derecho, al fundar el nacimiento de la personalidad jurídica en la exigencia de la moral cristiana, frente a la cual la Constitución pluralista y el sistema jurídico perdería todo poder de decisión. La Corte al incurrir en la falacia de deducir una proposición normativa - personalidad jurídica - de una simple constatación fáctica - la existencia de un organismo vivo -, desliza un pre-juicio que por sí sólo ya es suficiente para definir el sentido del fallo.

La Corte que anticipa que el aborto es en sí mismo una acción "repudiable", se expone a perder la perspectiva y la distancia que debe tener el juez constitucional para definir el alcance del poder punitivo del Estado y de su capacidad y legitimidad para descalificar comportamientos. A partir de esta postura, ¿cómo puede esperarse que en el universo de aquélla conducta pueda la Corte efectuar distinciones necesarias y tomar en consideración la situación específica de la mujer violada o coaccionada a ser madre, sin siquiera desearlo, para excluirla de la sanción penal?. El pre-juicio de la mayoría ya había definido el sentido del fallo.

La Corte al señalar que el embrión, en el evento de eliminarse la penalización del aborto atenuado, sería la víctima, da por sentado lo que tiene que probarse, esto es, que la ley constitucionalmente puede tipificar tal conducta desde el punto de vista penal. Si se asume, como premisa inicial, que todo aborto conlleva un "asesinato", ¿cómo puede el juez constitucional someter a su control la ley penal, que podría operar en un sentido o en otro?. El argumento puramente circular acredita que el pre-juicio de la mayoría ya había definido el sentido del fallo.

La Corte no sólo intenta sustituir a la víctima principal del aborto, sino que abunda en la retórica de signo sexista y patriarcal, de asignar a la mujer violada el destino manifiesto y sublime de madre, lo cual no hace más que revivir un mito para compensar de manera trágica la irremisible pérdida de un destino existencial, sobre el que la ley, con posterioridad al violador, pretende hacer sentir todo el peso de la coacción pública. Incluso, respecto de la represión penal, se queja la sentencia de su benignidad. Si a los ojos de la Corte, la mujer violada no es la víctima, sino acaso la beneficiaria final de una misión hermosa y trascendental - dar a luz el fruto de la violación e inseminación criminales -, ¿cómo podía esperarse que la sentencia se ocupara de la dignidad de la mujer y de hacer escuchar su voz en un asunto que como ninguno otro determina su destino?. Tal vez el silencio incomprensible de la Corte sobre los derechos de la verdadera víctima de la agresión sexual y de su dignidad, que llega hasta convertir en goce estético y moral, lo que es afrenta y destrucción de la personalidad, es el factor que con mayor fuerza denuncia la falta absoluta de debido proceso que dejó de darse a la mujer en la sentencia de la Corte, en el sentido de que su posición no fue objeto de consideración y, por el contrario, todo lo que se argumenta - que el embrión es persona y que es la víctima etc. - sólo persigue anular y ocultar sus derechos y su dignidad. La ironía desafortunada o el estrabismo peligroso que se trasluce en la imposición final de

la medalla de la dignidad a la mujer violada, como trágico premio de consolación por continuar atada a un destino criminalmente impuesto desde afuera de su ser y cohonestado por el Estado, traduce un pre-juicio que, lamentablemente, definió el sentido de la sentencia.

Todos los derechos fundamentales, por definición, son inviolables. Cosa distinta es que deban ser objeto de interpretación y ponderación y que, en determinadas circunstancias, unos desplacen a otros, lo que no significa que los que resultan inaplicables o ven reducido su ámbito, por ello mismo, dejen de ser intangibles. El mismo derecho a la vida, sufre limitaciones, y justamente para asegurarla. De otra manera, no se entendería la institución de la legítima defensa y los tipos penales que castigan la cobardía de los militares en servicio. La negativa de la Corte a efectuar, en este caso, una ponderación que tomara en cuenta las circunstancias del embarazo criminal, que además la exigía la anterior sentencia sobre el aborto, anticipando sin argumentación válida el carácter absoluto del derecho a la vida y su prevalencia sobre la libertad y la dignidad de la mujer violada, acredita, una vez más, el pre-juicio que se había formado la mayoría y que fue el que decidió el sentido de la sentencia.

Finalmente, la absoluta exclusión de la penalización del aborto, no habría llevado a la Corte a extralimitar sus funciones. Por el contrario, el papel de la Corte es el de limitar el poder punitivo del Estado cuando éste se extienda a ámbitos protegidos por los derechos fundamentales. El legislador no es enteramente libre en la creación de tipos penales, pues algunos pueden violar la Constitución Política. Ahora, tanto los tipos penales básicos como los atenuados, pueden violar la Constitución. Si, por ejemplo, el legislador en lugar de conservar la causal de justificación de la legítima defensa en el caso de homicidio, la sanciona con una pena menor, es evidente que estaría sujetando a castigo una conducta que, de no realizarse, conduciría a la pérdida de la vida. En este caso, la Corte no debería mantener el tipo atenuado. La inconstitucionalidad de los tipos atenuados, en estos eventos, necesariamente involucra la supresión absoluta de su reproche penal. Toda desviación del legislador penal, respecto de la Constitución, debe ser invalidada. Hacerlo es cumplir la función de defender la Constitución.

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

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado