

Bogotá, 10 de febrero de 2006

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
M.P. Jaime Araujo Rentería
E. S. D.**

Ref: Intervención ciudadana en el proceso No. D-6122
Actora: Mónica Roa
Normas demandadas: artículos 122, 123,124 y 32 (7) de la Ley 599 de 2000, Código Penal.

Honorables Señores Magistrados:

Nosotros, Helena Alviar García, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.691.029 de Bogotá, María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.862.641 de Bogotá y Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DJS y obrando en calidad de ciudadanos colombianos, con fundamento en el numeral 1º del artículo 242 de la Constitución Política de 1991 (C.P.) y en el artículo 7º del decreto 2067 de 1991, de manera respetuosa nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia con el fin de coadyuvar la demanda y, en consecuencia, solicitar a ustedes que, de conformidad con lo previsto por la Constitución Política y por los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano a los que hace referencia el artículo 93 de esta Carta, se sirvan declarar INEXEQUIBLES los artículos 122 y 124 del Código Penal vigente o, en subsidio, la inexequibilidad del artículo 24 y la exequibilidad condicionada del artículo 122, en el sentido que será explicado en este texto.

A continuación esgrimiremos los argumentos jurídicos con base en los cuales hacemos esta solicitud. Para ello, comenzaremos por señalar algunos aspectos procesales relativos a la procedibilidad de la acción y al sentido concreto en que coadyuvamos la demanda; en un segundo momento haremos referencia a la gran complejidad que tiene el tema de la regulación del aborto en un Estado Constitucional y argüiremos que la decisión de la Corte en esta materia debe ser estrictamente constitucional; en un tercer momento llevaremos a cabo un breve ejercicio de derecho comparado que nos servirá para explicitar cuáles son los límites propios del constitucionalismo democrático dentro de los cuales debe ubicarse la decisión de la Corte Constitucional en esta materia; en un cuarto momento mostraremos por qué, dentro de dichos límites, la normatividad que actualmente penaliza el aborto debe ser declarada al menos parcialmente inexecutable por la Corte; y finalmente argumentaremos en favor de la importancia de que la Corte utilice la doctrina internacional en materia de aborto como criterio relevante para la interpretación de la Constitución en este tema.

1. Procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad y sentido de la intervención

Esta intervención ciudadana parte de la base de que, como la Corte Constitucional lo explicitó en el comunicado de prensa que expidió en diciembre de 2005 para comunicar su decisión inhibitoria frente a una demanda similar interpuesta por la abogada Mónica Roa, no existe cosa juzgada material frente a los artículos del Código Penal demandados en la presente acción pública

de inconstitucionalidad. En consecuencia, y dado que la actora adoptó todos y cada uno de los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional para que una acción como ésta proceda, consideramos que la Corte debe proferir una decisión de fondo al respecto.

Ahora bien, en nuestro concepto, las normas que deben ser declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional son los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal vigente. Omitimos de esta lista el numeral 7° del artículo 32 del Código Penal demandado también por la abogada Mónica Roa, por considerar que la Corte no debe ni puede declarar inconstitucional el estado de necesidad allí previsto como causal de exoneración de la responsabilidad penal, por el simple hecho de que la demandante considere que su aplicación a los casos concretos de aborto no sea suficiente para proteger los derechos de la mujer embarazada.

El estado de necesidad en materia penal cumple una función bastante más amplia que aquella de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, resultaría absurdo que la Corte declarase inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Pero además, del hecho de que el estado de necesidad no sea suficiente - como lo alega la abogada Roa- para proteger los derechos fundamentales de la mujer encinta no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política; por el contrario, aunque de manera limitada, la aplicación del estado de necesidad a ciertas mujeres que abortan puede proteger los derechos de estas últimas. Sin duda, la inclusión de la solicitud de inexecutable de este artículo en la demanda de la abogada Roa obedeció a la recomendación poco precisa que la Corte Constitucional le hizo al respecto en el comunicado de prensa en el que informó la decisión inhibitoria para conocer su primera demanda.

Por consiguiente, esta intervención ciudadana se limita a coadyuvar la acción pública de inconstitucionalidad presentada por la abogada Mónica Roa tan sólo en lo que se refiere a la solicitud de inexecutable de los artículos 122, 123 y 124 del Código penal que penalizan el aborto en cualquier circunstancia.

2. Complejidad del tema e importancia de una decisión estrictamente constitucional

La controversia que suscita el aborto es, sin lugar a dudas, una de las más espinosas y sensibles que puede enfrentar una sociedad democrática, en virtud de los puntos de vista opuestos que vigorosamente defienden los diferentes sectores de la sociedad al respecto, y de las convicciones religiosas, éticas y políticas que los sustentan y radicalizan. Como se sabe, la oposición entre estos puntos de vista suele tener como trasfondo la tal vez irresoluble cuestión sobre el momento a partir del cual surge la vida humana y, en consecuencia, sobre el momento a partir del cual debe ésta ser protegida jurídicamente.

Sin embargo, no le compete a la Corte Constitucional colombiana resolver una cuestión que, como ésta, pertenece al ámbito de la filosofía moral. Sea cual sea la postura ideológica que tengan los miembros de la Corte con respecto al momento en el que se origina la vida, es posible que éstos encuentren argumentos jurídicos suficientes y adecuados para resolver la acción de inconstitucionalidad en cuestión, sin tener que introducirse en la discusión moral antes señalada. Esto es así especialmente si se tiene en cuenta que la Constitución Política ha de ser aplicada a personas que tienen puntos de vista morales radicalmente distintos y que, por ende, la interpretación autorizada que de la misma haga la Honorable Corte Constitucional no puede verse guiada por la elección de uno de tales puntos de vista en detrimento de los demás.

Por tanto, es menester recordar en todo momento —aunque suene obvio— que la decisión que ha de tomar la Corte Constitucional frente a las acciones públicas que ante ella fueron presentadas es una decisión sobre la constitucionalidad de las normas que actualmente penalizan el aborto en

Colombia. En esa medida, el debate en cuestión debe ser reconducido a su faceta estrictamente constitucional y, sin desconocer que cualquiera sea el fallo de la Corte éste producirá importantes efectos sociales, económicos y políticos, el mismo tiene que ser comprendido en los términos de una controversia jurídica compleja.

Esta controversia se concreta en la tensión entre dos bienes jurídicos contrapuestos a cuya protección aspira simultáneamente el Estado colombiano, a saber: la garantía de los derechos a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), a la igualdad (arts. 13 y 43 de la C.P.) y a la salud (art. 49 de la C.P.) de las mujeres colombianas, de un lado, y la protección de la vida humana en formación (art. 11 C.P.), del otro. Como toda decisión judicial razonable propia del constitucionalismo democrático, ante una controversia como ésta resulta imperativo que la decisión de la Corte Constitucional pondere los bienes jurídicos contrapuestos, y halle una fórmula de solución que maximice su protección e impida su vulneración absoluta.

En efecto, toda decisión judicial sobre la constitucionalidad de una norma debe resolver, en esencia, si el legislador vulneró con su expedición alguna o varias disposiciones de la Constitución Política. El propósito básico del control de constitucionalidad es limitar, mas no sustituir, la libertad de configuración del legislador. Ante una controversia como ésta, entonces, la labor fundamental del juez constitucional consiste en determinar cuáles son los límites constitucionales dentro de los cuales el legislador puede reglamentar el aborto, límites cuyo traspaso tendría que conllevar a la declaratoria de inconstitucionalidad de una reglamentación tal.

Es evidente que la decisión sobre la constitucionalidad de las normas que actualmente penalizan el aborto en Colombia no podrá de ninguna manera resultar en la igual protección de los derechos fundamentales de la mujer y de la vida del que está por nacer. Son éstos bienes jurídicos contrapuestos al menos en ciertas circunstancias, pues mientras que la estricta protección de los derechos de la mujer implica admitir libremente la posibilidad de acabar con la vida prenatal; la admisión de la prohibición total del aborto implica la negación de la autonomía de la mujer para decidir sobre la continuación de su embarazo y le impone la obligación de asumir las cargas físicas, psicológicas, económicas y sociales que todo embarazo implica y que en algunos casos pueden resultar excesivamente onerosas de asumir. Ahora bien, dado que en ambos casos se trata de bienes jurídicos protegidos por el Estado, ninguno de ellos puede ser limitado por completo por el legislador, y una limitación absoluta de ese estilo no puede ser avalada por el juez constitucional.

La Corte Constitucional debe realizar un ejercicio de ponderación o balance que, si bien implicará necesariamente la opción entre la prevalencia de un bien jurídico por sobre otro, no podrá de ninguna manera resultar en la negación o arrasamiento absoluto de ninguno de los dos. Dicha negación es, en consecuencia, el límite intraspasable de cualquier decisión de constitucionalidad en la materia que pretenda enmarcarse dentro de los lineamientos de un Estado social y democrático de derecho como el colombiano (art. 1º de la C.P.). Tal límite es, sin embargo, bastante amplio y permite en su interior múltiples fórmulas de configuración del balance de los intereses contrapuestos.

La presente intervención ciudadana tiene como objetivo principal presentar, a través de un modesto ejercicio de derecho comparado, cuáles son los extremos de decisión judicial a los que puede llegar (y de hecho ha llegado) un tribunal constitucional democrático, sin traspasar el límite infranqueable de vulneración total de alguno de los bienes jurídicos en tensión. Es éste un límite infranqueable, en el entendido de que la Constitución garantiza la protección de los bienes jurídicos que se ubican a uno y otro lado de la tensión y, por ende, el Estado se encuentra obligado a maximizar su goce y a evitar su violación absoluta.

En nuestro concepto, las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1973 en el caso Roe contra Wade, de una parte, y del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de

1975, de otra, constituyen dichos extremos.¹ Aunque en cada uno de estos casos el juez constitucional optó explícitamente por privilegiar uno de los bienes jurídicos en juego, lo hizo reconociendo la protección del otro bien jurídico en cuestión en ciertas circunstancias excepcionales. Por eso, a pesar de las particularidades de los contextos y situaciones en los que se produjeron estas decisiones, el recurso a ellas es útil para el análisis del caso colombiano dado que, como en Colombia, las constituciones de dichos países presentan una tensión similar entre la protección de los derechos de la mujer encinta y de la vida humana en formación.

En consecuencia, consideramos que la Corte Constitucional colombiana debe tomar esas decisiones judiciales como las dos formas de configuración limítrofes a las que puede llegar sin vulnerar absolutamente un bien jurídico u otro. Dentro de estos extremos, es evidente que la Corte puede optar por fórmulas de ponderación distintas de aquéllas de los tribunales constitucionales estadounidense y alemán, fórmulas que, sin embargo, no podrán bajo ninguna circunstancia restringir de manera más severa alguno de los bienes jurídicos en juego que como lo ha hecho cada uno de estos tribunales. Una restricción de esa naturaleza arrasaría con aquél bien jurídico y sería, por consiguiente, inadmisibile.

El reconocimiento de que las decisiones de estos dos tribunales son los polos extremos que puede adoptar la decisión de la Corte para que ésta sea considerada una expresión del constitucionalismo democrático permite que los límites constitucionalmente admisibles de la regulación del aborto en un Estado social y democrático de derecho sean definidos y, como tal, es un aporte importante al esclarecimiento del debate constitucional sobre el tema. Sin desear sugerir la fórmula específica que habrá de adoptar la Corte Constitucional en virtud de la juiciosa interpretación que de seguro hará de la Constitución colombiana y de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como de la ponderación de los diferentes bienes jurídicos en tensión, la identificación de los límites constitucionalmente admisibles del control de constitucionalidad en materia de aborto que se realizará a continuación conllevará, no obstante, a la determinación de que la prohibición absoluta del aborto que actualmente contiene la legislación penal colombiana transgrede dichos límites y debe, por consiguiente, ser declarada inconstitucional.

3. El derecho a abortar contra el derecho a la vida del que está por nacer

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973 y del Tribunal Constitucional alemán de 1975 versaron, ambas, sobre la constitucionalidad de leyes que tenían por objeto la reglamentación del aborto. Sin embargo, las mismas constituyen polos opuestos de decisión sobre la materia, tanto por los presupuestos fácticos en los que se basaron, como por el contenido que tienen.

Mientras que la Corte Suprema de Justicia estadounidense hubo de tratar el tema del aborto como consecuencia de una acción de una ciudadana concreta (Jane Roe, madre soltera) que reclamaba su derecho a abortar y que por tanto alegaba la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el aborto en el estado de Texas, el Tribunal Constitucional alemán se refirió al asunto como consecuencia de una acción de constitucionalidad abstracta y previa presentada por varios miembros del parlamento (especialmente del partido cristiano demócrata) y representantes de

¹ Tanto la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, como el Tribunal Constitucional alemán han tomado decisiones posteriores a éstas en materia de la constitucionalidad de las normas de aborto que, no obstante, en lo esencial han mantenido la argumentación en ellas esgrimida. Como quiera que sea, la referencia a estas decisiones de la década del setenta no se explica tanto por su actualidad, como por su carácter de ejemplos evidentes de los extremos a los que, ubicándose aún en el espectro del constitucionalismo democrático, puede llegar una decisión judicial sobre la constitucionalidad de normas que regulan el aborto.

ciertos gobiernos federales en contra de una reforma del código penal que pretendía despenalizar la práctica del aborto en todos los casos.

Las pretensiones de los accionantes en uno y otro caso eran opuestas, pues mientras que Jane Roe buscaba que la Corte estadounidense declarase inconstitucional la norma que penalizaba el aborto, los parlamentarios y miembros de los gobiernos federales alemanes reclamaban al Tribunal Constitucional que declarase inconstitucional la norma que despenalizaba el aborto incluso en aquellas circunstancias en las que éste era realizado sin ninguna justificación en los tres primeros meses de embarazo.

Y las decisiones a las que llegaron los tribunales en cuestión fueron igualmente opuestas. Mientras que la Corte Suprema de Justicia estadounidense declaró que las normas penales en materia de aborto vulneraban el derecho a la autonomía individual de las mujeres, que incluye el derecho constitucional de éstas a dar fin a su embarazo, el Tribunal Constitucional alemán decidió que la ausencia de toda forma de penalización de la práctica del aborto vulneraba el derecho a la vida y a la dignidad del no nato. En ambos casos, las disposiciones legislativas acusadas, que eran de contenidos opuestos, fueron declaradas inconstitucionales por motivos igualmente opuestos.

No obstante lo anterior, las dos decisiones judiciales reseñadas poseen algo en común, algo que hace que ambas sean manifestaciones idóneas del constitucionalismo democrático, a pesar de ubicarse en polos opuestos en el espectro de la discusión constitucional sobre el aborto. Estas dos decisiones coinciden en que, si bien optan por la protección prevalente de un bien jurídico sobre otro, lo hacen sin arrasar el bien jurídico que consideran menos importante. Estas dos decisiones hacen entonces un ejercicio de ponderación de los derechos en tensión, ejercicio por medio del cual el juez constitucional define cuál de esos dos derechos es el que la Constitución de cada país privilegia por encima del otro, a la vez que reconoce que el otro derecho debe ser protegido en algunas circunstancias, so pena de vulnerar la Constitución. Veamos.

En el caso *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció explícitamente el derecho de las mujeres embarazadas a abortar, derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado y de terceros en la esfera privada individual (Enmienda Catorce de la Constitución estadounidense).² Sin embargo, la Corte reconoció a su vez que el Estado tiene un interés legítimo en la protección tanto de los derechos de la mujer, como de la potencialidad de la vida del que está por nacer. Como consecuencia de ello, afirmó que ninguno de dichos intereses puede ser desconocido, pero que, en cada etapa del embarazo de una mujer, los mismos adquieren una importancia y un carácter obligatorio distintos.

La regla de la Corte Suprema estadounidense consistió entonces en distinguir los criterios relevantes para determinar la constitucionalidad de la reglamentación del aborto según el periodo de embarazo en el que se encuentre la mujer. Así, la Corte exceptuó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer y al juicio del médico que la atiende. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido (si así lo decidía) regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer. Por último, pasado el periodo de viabilidad del embarazo (cumplidos los seis meses de éste), el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.

² Al respecto véase, por ejemplo, Cass R. Sunstein. 1993. "Pornography, Abortion, Surrogacy", *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, capítulo 9, pp. 257-290.

Así las cosas, en su fallo, la Corte Suprema estadounidense concluye que la Constitución de dicho país privilegia de manera significativa el derecho a la autonomía de la mujer, hasta el punto de reconocerle un derecho constitucional a abortar, y de superponerlo al interés estatal de proteger la vida humana en formación. Además, la Corte determina que los derechos a la salud y a la vida de la mujer priman sobre la vida potencial del nasciturus. A pesar de esta primacía evidente de los derechos de la mujer sobre aquéllos del no nato, la Corte no desconoce por completo el interés estatal de protección de la vida futura de este último. Su fórmula admite, en efecto, ciertas circunstancias en las cuales la protección del feto puede, según la libertad de configuración del legislador, primar sobre la protección del derecho a la autonomía de la mujer.

Ello sucede, por ejemplo, cuando, sin poner en riesgo la salud o vida de la mujer, éste señala las condiciones en las cuales una mujer puede abortar transcurridos los primeros tres meses de embarazo, e incluso cuando prohíbe el aborto luego del periodo de viabilidad. En estas circunstancias excepcionales, la desprotección del feto no se encuentra justificada por la protección de los derechos de la mujer embarazada, y el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, de manera que la admisión del aborto se torna irrazonable, desproporcionada y excluida de los límites admitidos por el constitucionalismo democrático.

En el fallo de 1975 en el que el Tribunal Constitucional alemán decidió que la sección 218A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses de embarazo sin que fuese necesario que la madre esgrimiera justificación alguna era inconstitucional, la argumentación fue sustancialmente distinta. Ese Tribunal estableció, en primer lugar, que la Constitución alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humanas como valores supremos e inviolables que la Carta alemana hubo de hacer enfáticamente tras los horrores perpetrados durante el régimen Nazi. Según el Tribunal alemán, el aborto es equiparable al homicidio en cualquier periodo del embarazo y, como tal, existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal de implementar mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto. En esa medida, es posible e incluso deseable que el legislador imponga sanciones penales u otras igual de eficaces a éstas, tendientes a desincentivar una conducta reprochable como el aborto.

Ahora bien, a la vez que el Tribunal Constitucional alemán declaró enfáticamente la primacía del interés jurídico de protección del que está por nacer sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, admitió que su deber de continuar y llevar a buen término el embarazo existe salvo en aquellos casos en los que el mismo se torne en una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible. Ello sucede, según el Tribunal, cuando el respeto por la vida del feto entra en conflicto con el derecho de la madre a no verse forzada a sacrificar sus valores más allá de las expectativas razonables, y en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).³

³ Las tres primeras excepciones habían sido previstas por el legislador en el artículo 218B del estatuto que estaba siendo revisado y fueron, por tanto, explícitamente admitidas por el Tribunal. La última excepción fue sugerida por el propio Tribunal, sugerencia que conllevó a que, tras la orden del Tribunal de suspender la aplicación de la reforma penal en la materia hasta tanto el Parlamento no la reformara en conformidad con la sentencia, el legislador la incluyera como otra excepción a la prohibición general del aborto. Ver, al respecto, Donald Kommers. 1997. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, p. 341.

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la misma derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica. En todas las demás circunstancias, un castigo eficaz para la práctica del aborto es exigible, pues ésta vulnera un bien jurídico de manera discrecional, sin estar motivada por necesidad alguna.

De esa manera, la decisión de 1975 del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana estableció el principio general de que el aborto es un delito en cualquier etapa del embarazo y, por consiguiente, debe ser expresamente desaprobado y criminalizado, con miras a su desincentivación. Con dicha decisión, el Tribunal dejó en claro que, de acuerdo con la Constitución alemana, el derecho a la vida del que está por nacer prima sobre los derechos de la mujer embarazada. No obstante, lejos de desconocer por completo estos últimos derechos, el Tribunal alemán reconoció que, en ciertas circunstancias excepcionales, ellos deben primar sobre el respeto por la vida del nasciturus, so pena de que se le impongan a la mujer embarazada cargas inexigibles. Estas excepciones, esbozadas por el Tribunal mediante un sistema de indicadores, constituyen entonces los límites mínimos que debe respetar el legislador de forma tal que la prohibición del aborto no se convierta en una exigencia irrazonable y desproporcionada, que vulnere de manera absoluta los derechos de la mujer embarazada, y que como tal salga del espectro de lo que el constitucionalismo democrático permite.

4. La ineludible declaratoria de inexequibilidad de las normas que penalizan el aborto en Colombia

Los dos casos arriba reseñados constituyen los dos polos o extremos de decisión que, dentro del espectro de posibles fórmulas susceptibles de ser halladas en el constitucionalismo democrático, existen en materia de aborto. Cada uno de ellos le da una primacía preponderante a uno de los bienes jurídicos en tensión en la controversia constitucional sobre el aborto, pero al mismo tiempo se rehúsa a desconocer de manera absoluta el otro bien jurídico que queda limitado por el primero. En esa medida, los jueces constitucionales de ambos casos ponderan los bienes jurídicamente protegidos que están en tensión, con base en una interpretación determinada de la Constitución de cada país, que resulta razonable dentro del constitucionalismo democrático porque no arrasa con ninguno de los derechos en tensión.

Para ser también una expresión del constitucionalismo democrático, y en particular para no vulnerar de manera crasa ninguno de los intereses legítimamente protegidos por el Estado que se enfrentan en este caso, el fallo de la Corte Constitucional colombiana debería, en nuestro concepto, ser proferido sin exceder los límites impuestos por estos dos polos de decisión. Cualquier decisión en pro de los derechos de la mujer que no tenga en cuenta las excepciones previstas por el fallo *Roe v. Wade* para la protección del no nato en los periodos finales del embarazo, y que admita por ejemplo situaciones absurdas como la posibilidad de que la mujer aborte a los ocho meses de embarazo, implicaría vulnerar de manera absoluta el bien jurídico constituido por la vida humana en formación y excedería por tanto los límites constitucionalmente admisibles en esta materia. Así mismo, cualquier decisión en pro de la protección de la vida del que está por nacer que niegue alguna de las excepciones establecidas por el Tribunal Constitucional alemán para que el aborto sea permitido conllevaría a la violación absoluta de los derechos a la autonomía individual, a la igualdad, a la salud e incluso a la vida de

la mujer, y en consecuencia transgrediría también los límites constitucionalmente admisibles.

Es por esta razón que consideramos que la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra la normatividad colombiana que actualmente penaliza el aborto sin ningún tipo de excepción está llamada a prosperar, al menos parcialmente, sea cual sea la posición que tome la Corte en lo que se refiere a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En efecto, si la Corte opta por una decisión según la cual los derechos fundamentales de la mujer priman a priori en la Constitución de 1991 sobre la protección del que está por nacer, es evidente que tendrá que declarar la inexecutable de los artículos 121, 122 y 124 del Código Penal vigente, al negar éstos por completo toda forma de derecho de la mujer embarazada a abortar. Además de ello, la Corte deberá condicionar los efectos de su sentencia hasta el momento en que el legislador profiera una nueva ley sobre la materia y podrá determinar los criterios con base en los cuales ésta podrá ser considerada constitucional, con miras a no dejar desprotegida la vida humana en formación.

Si, por el contrario, la Corte opta por una postura de acuerdo con la cual la Constitución de 1991 da primacía a la protección del nasciturus sobre los derechos de la mujer embarazada, tendrá en todo caso que declarar las normas que penalizan el aborto inexecutable condicionadamente, en la medida en que dicha penalización resulta excesiva, pues no prevé como excepciones aquellas circunstancias en las cuales, de no permitírsele el aborto a la mujer, se le impone un deber jurídico excesivamente oneroso y, por ende, inexigible. Las circunstancias en las cuales la obligación de llevar a buen término el embarazo le impondría a la mujer una carga inexigible son, como mínimo -tal y como se mencionó en el acápite precedente y como se indica claramente en la demanda de la abogada Mónica Roa-, los casos de grave malformación fetal, embarazo por violación, serio riesgo para la salud física o psíquica y para la vida de la mujer, y profunda necesidad económica.

Y es que resulta imposible desconocer que la obligación de continuar el embarazo no sólo restringe el derecho a la autonomía individual y al libre desarrollo de la mujer, sino que impone cargas emocionales, sociales y económicas bastante difíciles de soportar. Todo embarazo afecta de manera profunda los más diversos ámbitos de la vida de las mujeres, tanto durante el período efectivo del embarazo como durante el resto de sus vidas. Pero además, en ciertos casos, como los arriba mencionados, la asunción de dichas cargas se torna no sólo difícil sino inexigible, y atenta además contra el derecho a la igualdad de la mujer, que sería la única obligada a asumirlas. J.J. Thomson⁴ ilustra la inexigibilidad de estas cargas con una bella metáfora, según la cual llevar a buen término un embarazo que implica cargas como éstas es equiparable a la situación hipotética de que, de un día para otro, uno amaneciera conectado por vía de los riñones a un violinista excepcional, cuya vida dependiera de dicha conexión, al menos por un tiempo. Thomson se pregunta si sería jurídicamente exigible que uno se viera obligado a permanecer conectado al músico si, por ejemplo, dicha conexión hubiese sido efectuada como resultado de un secuestro y en contra de la voluntad de uno, o si para preservar la vida del violinista fuese menester quedarse en cama durante el tiempo necesario para su recuperación, o incluso si la conexión tuviera que durar toda la vida, etc.

En caso de que la Corte optara por darle primacía a la vida del nasciturus previendo como excepciones las circunstancias antes anotadas y todas las demás que, en su concepto, implican que el deber de continuar el embarazo se torne inexigible, la Corte tendría que determinar un sistema de indicadores con base en los cuales el legislador pudiera reformar las normas en materia de aborto.

⁴ J.J. Thomson, "A Defence of Abortion", en Ronald Dworkin (ed.). 1997. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 112-128.

En cualquiera de las hipótesis antes señaladas, en nuestro concepto sería conveniente que, al optar por un modelo de ponderación de los bienes jurídicos en juego que maximice su protección y que impida su vulneración absoluta, la Corte tomara en consideración los efectos que su fallo tendrá sobre la realidad social colombiana. En particular, consideramos que los serios problemas de salud pública y de desigualdad económica y social que acarrea la prohibición absoluta del aborto en el país entre las mujeres colombianas deben ser tenidos en cuenta por la Corte para efectos de decidir el fondo de la cuestión. En efecto, como lo muestra lúcidamente la abogada Mónica Roa en la demanda, la prohibición del aborto no desincentiva de ninguna manera la realización de esta práctica. Además, dado su carácter ilícito, las condiciones en las que se realizan los abortos clandestinos son, en general, bastante precarias, salvo que la persona se encuentre en capacidad de pagar altas sumas de dinero. En consecuencia, la prohibición del aborto en todos los casos genera riesgos sustanciales para la vida de las mujeres de escasos recursos que, al no tener la capacidad económica para pagar un buen servicio, se someten a tratamientos inseguros y antihigiénicos. Ello produce, a su vez, que el grado de efectividad del derecho a la salud y a la vida de las mujeres termine siendo distinto según la posición socioeconómica por ellas ostentada, lo que produce una situación a todas luces desigual e injusta.

Al interior de los dos extremos mencionados, son muchas las combinaciones que la Corte puede llevar a cabo con el fin de ponderar los bienes jurídicos en juego y de garantizar que ninguno de ellos sea completamente arrasado por una futura regulación del aborto. Cualquiera de dichas combinaciones implicará, evidentemente, la inconstitucionalidad total o parcial de las normas demandadas, y habrá de establecer unos parámetros o criterios con base en los cuales el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, podrá regular nuevamente la materia, sin transgredir los límites constitucionales identificados por la Corte.

En efecto, la declaratoria de inexecutable total o parcial de los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal es ineludible, dado que, tal y como están redactadas, esas disposiciones arrasan por completo los derechos fundamentales de la mujer embarazada a la autonomía individual, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la vida y a la salud, cuya protección constituye un interés legítimo de la mayor relevancia para el Estado colombiano. Estos derechos se encuentran consagrados en la Constitución colombiana y son de aplicación inmediata. Más aún, como lo ilustra de manera completa la demanda de la abogada Mónica Roa, estos derechos se encuentran garantizados por diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado colombiano, que según el artículo 93 de la Carta forman parte del bloque de constitucionalidad. Y, como lo desarrollaremos brevemente en el siguiente acápite, las interpretaciones que de estos tratados han efectuado los organismos internacionales autorizados indican que el estado actual de la legislación colombiana en materia de aborto vulnera el contenido de esta normatividad internacional y que por ende resulta imperioso modificarla de manera que permita, como mínimo, que la prohibición penal del aborto sea exceptuada en ciertas circunstancias.

5. Tratados internacionales de derechos humanos, doctrina internacional sobre aborto y bloque de constitucionalidad

Como lo señala la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la abogada Mónica Roa, los derechos de la mujer embarazada a la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la vida, la salud, la salud reproductiva y la planificación familiar se encuentran consagrados en una serie de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano, entre los cuales se cuentan la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación a la Mujer

(CEDAW, por sus iniciales en inglés), el Protocolo de San Salvador. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos tratados internacionales -a los que hace remisión expresa el artículo 93 de la Carta Política- forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y tienen, como tal, jerarquía constitucional.⁵

Además, como también lo indica la abogada Roa, los Comités encargados del monitoreo de estos tratados han interpretado las disposiciones que se refieren a los derechos a la salud y a la vida en el sentido de que los Estados Parte tienen el deber de garantizar servicios de salud sexual y reproductiva y de planeación familiar que sean universales, igualitarios y de calidad, así como de asegurar que las mujeres embarazadas no mueran como consecuencia de malas prácticas de aborto. Algunos de estos Comités han expresado una preocupación concreta frente al carácter restrictivo de la legislación penal colombiana en materia de aborto.

Así, de una parte, el Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha interpretado el artículo 12 del PIDESC en el sentido de que los Estados Parte se encuentran obligados a ofrecer una gama amplia de servicios médicos y de atención que sean económicos y de buena calidad y que sean prestados con atención al principio general de no discriminación por razones de género. Según el Comité, estos servicios incluyen los servicios de salud sexual y reproductiva (Comentario General No. 14). De manera similar, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer ha interpretado la disposición de la Convención que se refiere a la obligación estatal de eliminación de la discriminación de la mujer en la esfera de los servicios de salud (numeral 1º del artículo 12 de la CEDAW) de tal forma que la misma incluye los servicios de salud sexual y reproductiva, así como los de planificación familiar (Recomendación General No. 24). En virtud de ello, como lo señala la abogada Roa en su demanda, este último Comité ha recomendado a una serie de Estados latinoamericanos la liberalización de las leyes penales en materia de aborto, y ha manifestado una preocupación concreta por la precaria situación de la salud sexual y reproductiva de las mujeres de sectores marginados de la población colombiana.

De otra parte, en virtud de las normas internacionales que protegen el derecho a la vida, y de la interpretación que de ellas han hecho en cuanto a que este derecho tiene una dimensión positiva, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y el Comité del PIDESC han establecido que el derecho a la vida puede resultar violado por parte de un Estado parte como consecuencia de la existencia de altas tasas de mortalidad materna producto de abortos poco seguros. Así, por ejemplo, en sus observaciones finales de 1999 respecto del caso chileno el Comité de Derechos Humanos del PIDCP explicitó la obligación estatal de producción de la vida de las mujeres que deciden interrumpir su embarazo. Y así también, en las observaciones finales relativas a Colombia del Comité de Derechos Humanos del PIDCP de 1997 y del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer de 1999, estos organismos han recomendado explícitamente al Estado colombiano la revisión y modificación de la legislación penal vigente en materia de aborto, con el fin de que no continúe vulnerando el derecho a la vida de las mujeres encinta que deciden abortar.

Las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos del PIDCP y del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer relativas a la necesidad de liberalizar las normas penales sobre aborto en general, y en el caso colombiano en particular, deben ser tomadas con particular seriedad por la Corte Constitucional, pues representan al menos un criterio relevante de especial importancia para determinar el alcance de

⁵ Sobre la incorporación de estos tratados al bloque de constitucionalidad, ver, entre otras, las sentencias C-358 de 1997, C-191 de 1998, C-400 de 1998, C-582 de 1999, C-067 de 2003, C-551 de 2003, SU-058 de 2003 y C-038 de 2004, C-1175 de 2004 y C-401 de 2005.

los derechos constitucionales, si no es que constituyen incluso una pauta vinculante, según reiterada jurisprudencia de esta Corte.

En efecto, estos comités tienen origen directo en tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Así, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP está previsto en el Protocolo de dicho pacto, que fue ratificado por Colombia, quien aceptó la competencia de dicho Comité. A su vez, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer está previsto en los artículos 17 y siguientes de dicho tratado, que fue también ratificado por Colombia. Ambos comités están conformados por expertos independientes, por lo que deben ser considerados organismos semijudiciales de supervisión de esos tratados, cuyos criterios merecen especial respeto, conforme a la doctrina internacional más autorizada en la materia.

Así, un experto como Daniel O'Donnell⁶ destaca que (i) los pronunciamientos de los órganos cuasi-jurisdiccionales⁷, por regla general, tienen mayor valor vinculante que aquéllos de órganos que carecen de este carácter; que (ii) la naturaleza de la competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de éste; que tiene relevancia (iii) la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y, además, que debe analizarse (iv) la intención manifestada por el órgano al formular una observación.⁸ En los casos de las recomendaciones de dichos comités sobre la legislación colombiana en materia de aborto, es claro que estos comités son órganos semijudiciales, que establecieron sus recomendaciones en desarrollo de competencias establecidas en los propios tratados ratificados por Colombia y con la clara intención de que fueran observadas por el Estado colombiano, por lo que debe reconocérseles una máxima autoridad jurídica a dichas recomendaciones, tanto en el plano internacional como en el plano interno.

De otro lado, como fue afirmado anteriormente, ambos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme al mandato del artículo 93 superior, por lo que los criterios jurisprudenciales establecidos por sus órganos de control son al menos una pauta relevante que merece especial respeto, si es que no debe ser considerada vinculante. La razón es clara: si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos, los mismos deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, en especial cuando se trata de

⁶ Daniel O'Donnell. 2004. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁷ O'Donnell precisa que son órganos cuasi-jurisdiccionales aquéllos que poseen algunos de los atributos de un tribunal, pero no todos. Los elementos comunes que comparten con los tribunales son: a) su competencia está definida por un tratado y/o un estatuto aprobado por una organización internacional; b) son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia, y c) sus decisiones se basan en el derecho internacional y son decisiones fundadas. La característica que les distingue de los tribunales es que la obligatoriedad de sus decisiones no está consagrada por un instrumento. *Ibidem*, pp. 50-52.

⁸ Para O'Donnell, "(c)on frecuencia, los pronunciamientos de los órganos internacionales competentes formulados en forma condicional o programática evidencian un proceso de construcción de una interpretación que todavía no reúne el consenso necesario para su adopción en cuanto interpretación autorizada. En otras oportunidades, la intención es claramente llamar la atención del Estado sobre medidas que son útiles y valiosas, sin pretender que sean obligatorias para todos los Estados", *Ibidem*, p. 54.

órganos de supervisión establecidos por el propio tratado.⁹ Así, expresamente la sentencia C-010 de 2000 señaló al respecto:

*“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.*¹⁰

Pero es más, en otras ocasiones, incluso la Corte ha considerado que recomendaciones concretas, como las de este caso, no son únicamente una pauta relevante sino que tienen fuerza vinculante directa. En este punto es ineludible tomar en consideración la notable sentencia T-786 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual, refiriéndose a la fuerza jurídica interna de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana, señaló al respecto:

“Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de Constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno.

(...)

La obligación del Estado de cumplir las órdenes emanadas de la Comisión en las medidas cautelares se refuerza con el hecho de que al ratificar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Colombia aceptó el artículo 44 que señala que ‘cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte’. Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención”.

Los notables criterios de esta sentencia, que ha sido reiterada por la Corte Constitucional en otras oportunidades, indican que el Estado colombiano tiene la obligación constitucional de cumplir con las recomendaciones de dichos comités, pues éstas fueron formuladas en desarrollo de las competencias atribuidas a ellos por los tratados internacionales respectivos. Esto constituye un nuevo fundamento para la declaración de inconstitucionalidad de las normas acusadas o al menos para su condicionamiento, en la medida en que el hecho de que las mismas no permitan la

⁹ Ver al respecto las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y T-827 de 2004.

¹⁰ En el mismo sentido ver la sentencia. Sin embargo, en este tema, las sentencias T-568 de 1999 y C-010 de 2000 siguen siendo importantes, pues en ellas la Corte utiliza *in extenso* decisiones de instancias internacionales.

práctica del aborto bajo ninguna circunstancia vulnera, según los Comités en cuestión, los derechos a la vida y a la salud de las mujeres embarazadas.

6. Solicitud

Por todas las anteriores razones, de la manera más comedida solicitamos a la Honorable Corte Constitucional se sirva declarar inexecutable los artículos 122 y 124 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) o, en subsidio, la inexecutable del artículo 124 y la executable condicionada del artículo 122, en el sentido de prohibir la punibilidad del aborto en las cuatro hipótesis mencionadas y desarrolladas en el cuerpo de este texto, a saber: i) puesta en peligro de la vida y la salud física o psíquica de la mujer; ii) graves malformaciones fetales; iii) embarazo producto de violación; iv) seria necesidad económica.

De la Corte respetuosamente,

Helena Alviar García
c.c. 39.691.029 de Bogotá

María Paula Saffon Sanín
c.c. 52.862.641 de Bogotá

Rodrigo Uprimny Yepes
c.c. 79.146.539 de Usaquén