

Salvamento de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger a la Sentencia C-055 de 2022

Con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto en el asunto de la referencia, por las razones que enseguida paso a exponer:

La presente sentencia constituye un hito negativo en la evolución de la jurisprudencia respecto de la protección de la vida. Esta deja de ser objeto reconocido y protegido, para ser reemplazada por la nueva categoría de *vida autónoma*, insuficiente para justificar la inviolabilidad del derecho a la vida en otros ámbitos distintos del de la gestación. Se trata, como se verá, de una banalización significativa del derecho a la vida, cuya protección en las etapas de la gestación es inferior a la que se reconoce a objetos no humanos como el medio ambiente, la vida animal e incluso la propiedad privada. Se introduce así la idea de que existen vidas humanas disponibles y desechables. Vidas que se pueden eliminar por la razón más vana, pues, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones que hace la sentencia, en ella no existe ningún argumento que se oponga a abortos por motivos como el racismo, eugenesia o misoginia (como es práctica común en países de oriente).

Con todo lo anterior no solo se desdibuja el ámbito de protección del derecho a la vida, originalmente reconocido por el Constituyente como un derecho de protección absoluta (“el derecho a la vida es inviolable”), sino que se ven profundamente afectados los pilares del ordenamiento constitucional, como lo son la noción misma de persona, la idea de un Estado que reconoce y no crea los derechos inherentes de la persona humana, la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Esta última, a pesar de ser invocada constantemente, se desfigura totalmente, en la medida en que se la desvincula del deber de respeto de la coexistencia.

1. Sobre el ocultamiento de la cuestión de la subjetividad jurídica del embrión mediante la abstracción y el lenguaje

De la lectura de la sentencia llama la atención la casi total omisión de cualquier referencia al ser humano por nacer, cuya vida termina con el aborto. Por el uso del lenguaje en la sentencia parece más bien que lo que se termina es una situación (el embarazo) y que lo que está en juego es un valor etéreo y abstracto (“el bien jurídico de la vida”) más que la vida de seres humanos en gestación. Se trata de un lenguaje eufemístico, que oculta una realidad relevante. “La vida” no existe autónomamente, fuera de los seres vivientes. Por ello, “la vida

humana como valor” solo puede ser subsiguiente a la existencia de los seres vivientes, cuya vida se valora. Y los problemas relativos a los límites y la ponderación del derecho a la vida no son discusiones sobre los límites conceptuales de la “idea” de vida, sino que son cuestiones que inciden directamente en la vida o muerte de seres vivientes de la especie humana. Además, a diferencia de otros derechos que se refieren a la actividad de las personas (ej. los derechos de libertad) la vida no es algo que los seres humanos hagan sino lo que son. La vida de alguien se identifica con él mismo, es su acto de ser. Y este acto no admite modulación o restricciones temporales. La libertad se puede limitar y de hecho lo exige. Se puede tener más o menos libertad. Pero frente a la vida o se vive o se deja de vivir. Por lo que tratándose del derecho a la vida lo que se discuten son problemas sobre la anulación o no del sujeto.

2. Sobre la relativización del sujeto del Derecho y de la protección de la vida

Fiel al espíritu del constitucionalismo que inicia en la segunda postguerra del siglo XX, que reafirma y actualiza el de las revoluciones liberales, la Constitución de 1991 se fundamenta sobre el principio de la existencia de derechos inalienables e imprescriptibles, que inhieren a la condición humana, respecto de los cuales el orden jurídico no tiene función creadora ni libertad de disposición. La Constitución es explícita. El Preámbulo declara el carácter fundante de la dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico. El artículo 5 reconoce la “primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, y el art. 94 declara que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo **inherentes a la persona humana**, no figuren expresamente en ello”. Además, el artículo antecedente remite a fuentes internacionales, como los tratados internacionales de derechos humanos, en los que se equipara persona a ser humano (ej. Convención interamericana de derechos humanos. Art.1.2) y el artículo 14 superior enuncia con toda claridad que *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

La idea general que se encuentra en estos artículos es que ni la persona en sentido jurídico, esto es, la subjetividad jurídica, ni los derechos que de ella se predicen son creaciones libres del ordenamiento. El artículo 14 es claro. La personalidad jurídica es algo que se predica sobre la base de una realidad preexistente y que no es creada por el ordenamiento: la persona en sentido real.

Frente a ella el orden jurídico no puede hacer más que un acto de reconocimiento. Igualmente, de esta realidad (la persona) se predicán derechos que no son ni de creación ni de disposición del Estado y que actúan como fines y principios del orden político. Se trata de derechos que inhieren a la condición de persona y cuya vigencia es a tal punto previa e independiente del orden jurídico que, si no están explícitamente enunciados, no obsta para que sean reconocidos, como exigencias propias de la condición de persona.

Ello, por supuesto, no dice todavía quién debe ser considerado persona en el ordenamiento constitucional, sino que simplemente remite la definición de la personalidad jurídica al reconocimiento de su base real. Es decir, obliga a decir, que donde exista persona, debe haber reconocimiento de personalidad jurídica, sin perjuicio de la extensión de la figura de la personalidad jurídicas a realidades que naturalmente no son personales.

La Constitución niega al Estado o a cualquiera de sus órganos o a sus ciudadanos la prerrogativa de definir totalmente quiénes son sujetos de derecho. Ciertamente es que, frente a algunos fenómenos asociativos, puede o no configurar distintos regímenes de reconocimiento. Pero lo que no puede hacer de ninguna manera es decidir autónomamente sobre el reconocimiento de la subjetividad jurídica de la persona natural. Ello es así porque de aceptarse lo contrario, todo lo que se sigue de la subjetividad jurídica, es decir, todos los derechos, sería simple concesión del Estado. Prerrogativas que se conceden o se revocan. Hoy podría el Estado decidir que tales o cuales seres humanos tienen o no derecho a la educación, la libertad de cultos o la propiedad privada y mañana cambiar de opinión. Más aún, podría simplemente excluir de la condición de persona a grupos enteros de la población, como ya lo han hecho múltiples instancias legislativas y judiciales de la historia (recuérdese, por ejemplo, la infame sentencia Dred Scott contra Sandford de 1857, en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos negó la subjetividad jurídica a la entera población afroamericana). Por elemental lógica se intuye que la concesión de una facultad del Estado o de sus agentes para definir y no reconocer a la persona jurídica es incompatible con el Estado de Derecho, pues en tal supuesto, no es el Estado el que se funda sobre el derecho, sino los derechos los que se fundan sobre una voluntad omnímoda de quienes detentan el poder en el Estado.

Si no se quiere quedar a merced de la arbitrariedad estatal -lo cual es la idea fundante del Estado de Derecho- es necesario indagar qué tipo de realidad es la persona sobre la que se funda todo el ordenamiento jurídico y cuya subjetividad jurídica el Estado está obligado reconocer. Es de notar que no todos los Estados

han coincidido en el criterio sobre el cual se define la personalidad. Existen modelos que solo son capaces de reconocerla, por ejemplo, en un grupo étnico o nacional, o algunos que la niegan por sexo o por edad. Ninguno de estos modelos parece compatible con la forma de Estado que enuncia la Constitución de 1991. Esta proscribire toda discriminación y, sobre todo, declara fundarse en la dignidad humana.

Para entender qué es la dignidad humana, muchas veces se ha recurrido a las dimensiones señaladas por la sentencia T-881 de 2002. Sin embargo, tanto las exigencias señaladas (autonomía, condiciones materiales e intangibilidad de bienes no patrimoniales) como sus formas de operatividad normativa, son manifestaciones de una realidad más profunda y previa. La verdad es que estas exigencias son predicables en virtud del reconocimiento de una cierta eminencia que es propia de la condición humana. Eminencia significa bondad o merecimiento superior y por lo tanto es punto comparativo, respecto de otro tipo de realidades, en este caso, las realidades no humanas. El principio supone, por lo tanto, el reconocimiento de una cierta superioridad de lo humano sobre lo no humano. La Constitución es, pues, humanista.

La eminencia es predicada, por lo demás, de todo lo humano y solo de lo humano. Entre el mundo humano y el mundo no humano hay una diferencia de valoración no que no se reduce a una variación cualitativa. La diferencia entre el humano, que es persona, y lo no humano que es cosa, es inconmensurable. La exigencia kantiana de no tratar a las personas como cosas es máxima absoluta del ordenamiento constitucional. La exigencia de reconocimiento de la eminencia humana es absoluta e incondicional. Y ello significa, independiente de cualquier condición en la que se pueda encontrar histórica y contingentemente el ser humano. Se reconoce independientemente de la edad, sexo, condición económica, mérito moral, clase social, etnicidad, religión, etc. Allí donde se encuentre un ser humano, se encuentra un ser al que el ordenamiento reconoce como superior e indisponible.

La Constitución no dice vagamente que reconozca la dignidad de la persona o del ciudadano, o de cualquier otra condición distinta a la humana. Esta es, entre otras cosas, la razón por la cual puede decirse que todos los hombres gozan de igual protección constitucional. Y es que, en efecto, la condición humana es lo único que permanece inalterado e idéntico en todos los hombres, mientras que las manifestaciones de la misma son casi infinitamente variables. En este punto es necesario distinguir entre la condición humana y la manifestación de tal condición. Y es que mientras que la primera es un dato identificable con la

pertenencia a la especie homo sapiens, en la que coinciden todos los seres humanos, la segunda tiene que ver en cómo esta pertenencia se manifiesta en el tiempo y el espacio, en la historia y las circunstancias. Mientras que en lo primero todos coincidimos, en la segunda casi nadie. En efecto, la condición humana se manifiesta de modo diferente en la gestación, la infancia, la adolescencia, la juventud y la vejez. Y en la salud y en la enfermedad. En la vigilia y el sueño. Florece más o menos, dependiendo de las condiciones de educación, de la disponibilidad de medios o de la misma decisión humana. Si el criterio del reconocimiento de los derechos fuese la manifestación de la humanidad, vana sería la pretensión de igualdad en derechos o al menos de los derechos fundamentales.

La sentencia de la que me aparto incurre justamente en el error de confundir la condición humana con una de sus manifestaciones en cierto periodo de la vida, concretamente con la probabilidad (siempre incierta) de supervivencia fuera del claustro materno, que en el fallo se denomina *autonomía*.

Es menester aceptar que desde la concepción existe un organismo humano biológicamente individual y diferenciado. Ello no quiere decir libre psicológicamente -lo cual algunos seres humanos no llegan a ser jamás- ni independiente ambientalmente de otros. Significa, más sencillamente un ser diferenciado de los gametos que le dieron origen, y de la madre que lo alberga temporalmente. Que se trata de un ser biológico distinto de los gametos se puede verificar con la diferencia en el número de cromosomas, del ADN, y del hecho de que los ciclos vitales del gameto y el organismo recién concebido son sustancialmente distintos. Mientras que los primeros parecen destinados a la concepción o la muerte, el segundo empieza un proceso vital unitario, ordenado, y dirigido, que se proyecta por décadas. Que se trata de un ser distinto a la madre, se hace patente por hechos de orden genético e inmunológico, sobre los que se insistirá más adelante, pero sobre todo en hechos tan evidentes como la posibilidad actual de concepción y conservación del embrión por fuera de la madre, mediante mecanismos como la fecundación *in vitro*. Que no sea parte de la madre, se comprueba además por el hecho de que el parto no es una mutilación, tras la cual la mujer pierda su integridad física, como ocurriría si perdiera, por ejemplo, un riñón o un miembro.

El organismo humano empieza desde la concepción¹ un movimiento ordenado y constante que solo termina con la muerte. Este proceso de autoorganización y automovimiento se llama vida. Y la vida es por definición un proceso histórico, que se manifiesta de diferentes maneras y pasa por distintas etapas. Cada una de ellas se caracteriza por una cierta apariencia y distintos grados de dependencia, física, psíquica, ambiental, sin que pueda predicarse ninguna en la que la dependencia desaparezca por completo. Así, antes del nacimiento, el ser humano tiene una dependencia ambiental completa de su madre, mayor en los primeros meses y menor en los meses finales. Pero también es físicamente dependiente de otros seres durante la infancia, periodo en el que requiere ser sostenido en brazos, alimentado, y cuidado por los demás y sin cuya atención muere. En la madurez la independencia se acentúa sin ser nunca total, pues requiere de la sociedad y la interacción social para satisfacer necesidades físicas y del intelecto, y la dependencia vuelve a acentuarse en la vejez. Estas son formas de dependencia que se predicen del estar y, por lo tanto, son meramente circunstanciales. En todos y cada uno de estos casos se mantiene la independencia ontológica, puesto que si bien se trata de un ser que necesita y nunca dejará de depender de otros, no se confunde con ellos. Puede *estar* en

¹ ¿Cuándo comienza la vida humana? El momento a partir del cual comienza la vida humana, y por lo tanto el ser humano que la porta, está suficientemente claro para la ciencia contemporánea:

“Los datos científicos de todas las disciplinas sobre el inicio de la vida son unánimes, sin que exista un sólo dato discrepante en la genética, inmunología, bioquímica, embriología, citología y fisiología, como para hacer dudar sobre cuándo comienza la vida de un nuevo individuo. Todos los datos coinciden en que una nueva vida se inicia con la fecundación o no comienza nunca. El que la vida comience con la fecundación no es una hipótesis, sino un hecho científico. No hay ningún dato que indique que la vida humana no se inicia en la concepción. Por ello, en los libros de texto utilizados mundialmente para la enseñanza de la medicina o la biología, se señala que el comienzo de la vida de un individuo es a partir de una sola célula llamada cigoto...

La fecundación no es una simple mezcla de genes procedentes de los progenitores, sino un proceso que dura 24 horas, que se inicia con la entrada del espermatozoide y termina al constituirse una nueva célula con fenotipo de cigoto... Al terminar de constituirse el cigoto o nuevo individuo en fase unicelular, es cuando termina la formación del nuevo genoma, que permite el desarrollo de un nuevo individuo... El genoma específico que se forma al terminar la constitución del cigoto, es igual en todas las células y durante toda la vida. Esa secuencia específica del ADN permite identificar a un individuo, por ejemplo en criminología y le da su identidad biológica... Los demás elementos del cuerpo experimentan un continuo recambio: cambian las proteínas, las células, las capacidades, las funciones, el tamaño y aspecto del cuerpo, y lo único que permanece invariable desde que termina la fecundación hasta la muerte, es la información genética que se forma en el cigoto, que da la identidad biológica al individuo y determina todas las etapas biológicas de la vida de un ser...

*El cigoto tiene una organización única y muy diferente a cualquier otra célula. No es una célula más, ya que su organización única le permite desarrollar un individuo completo, siendo la etapa unicelular de un nuevo ser. (Javier Marcó Bach *El Principio de la vida humana*. Escuela de Medicina de la Universidad Panamericana de México. Disponible en: <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>)*

otros de un modo locativo (en el útero o en los brazos), tiene que estar *con* otros, para la supervivencia, pero su ser no se funde con el de los otros.

Ahora bien, el problema de hacer depender la personalidad de la supuesta independencia, que predica la sentencia, genera varios problemas. En primer lugar, apela a un criterio probabilístico, por tanto incierto, y a un número arbitrario para determinar dicha posibilidad. Predica la autonomía cuando la posibilidad de supervivencia externa es del 50%.² Ante ello cabe preguntar ¿Por qué no un 49.9%, o un 40%, o un 30% o un 25%? O alternativamente ¿Por qué no un 51.% o un 60%?. Ello sin contar que si la protección de la vida ha de medirse según el criterio de la posibilidad de supervivencia, cabría preguntar cuándo esa supervivencia se estima suficiente: ¿un instante?, ¿horas?, ¿semanas?, ¿meses?, ¿años?. Y si ello es así, ¿por qué no extender este criterio a los enfermos? ¿El derecho a la vida de un enfermo terminal es menor que el de una persona sana?, ¿El del que se somete a una operación riesgosa es menor que el de quien no tiene que operarse? ¿Los sanos en general tienen más derechos?

Pero es que, además, la sentencia cifra la defensa de la vida en una condición gradual relacionada con el desarrollo. Es decir, a mayor desarrollo, mayor posibilidad de supervivencia extrauterina, por lo que a mayor desarrollo mayor protección de la vida. Siguiendo esta lógica, tiene que aceptarse que la vida del recién nacido tiene menor protección que la del infante y que la de este último tiene menor protección que el de el adulto. Esto no es igualdad de derechos, sino la forma de discriminación que está proscrita en la Constitución, dado que esta solo permite establecer diferencias en el trato para proteger al más vulnerable y, por tanto, al más dependiente. Y es que no se puede perder de vista que la dependencia es objeto de protección y no de desprotección en el ordenamiento jurídico.

Súmese a lo anterior que fundar la protección de la vida en la dependencia ambiental o circunstancial es negar, por completo, la protección de la vida, puesto que no existe algo así como la independencia ambiental. En efecto, la dependencia ambiental se puede definir como la necesidad de ciertas

² La sentencia de la que me aparto dice lo siguiente sobre este porcentaje: *El concepto de autonomía, que se asocia con la idea de prohibir la práctica del aborto con consentimiento en el momento en el que es posible considerar que se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante, esto es, cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cercana a un 50%), circunstancia que se ha evidenciado con mayor certeza a partir de la semana 24 de gestación, que corresponde al estado más avanzado del desarrollo embrionario.* (Negritillas fuera del original) Cfr. Corte constitucional. Comunicado de prensa de 21 de febrero de 2022.

condiciones físicas que permitan funciones como la nutrición, la oxigenación o el desarrollo. Esta necesidad se predica de todos los seres humanos que, por ejemplo, necesitan cierta calidad de aire y alimento para subsistir. La aridez del suelo, o la contaminación severa del aire pueden ser tan letales para el adulto como la privación del ambiente uterino para el ser humano en gestación. La dependencia ambiental del no nacido respecto de la madre no es esencialmente distinta que la del niño nacido respecto de la incubadora que potencialmente puede necesitar.

Téngase en cuenta, por lo demás, que en la presente sentencia no solamente se confunde la condición humana con la autonomía, sino que, de alguna manera, se reitera la idea de que la plena subjetividad (personalidad jurídica) se alcanza con el nacimiento, siendo las instancias anteriores de la vida simplemente, un “bien jurídicamente protegido”. A pesar de que en apariencia el nacimiento comporta un mayor grado de “independencia”, esta en realidad ni siquiera puede considerarse independencia ambiental sino simplemente un cambio locativo. Quien nace vivo, por hacerlo, demuestra su viabilidad para nacer vivo y por ello no difiere en aptitud para la vida extrauterina de la que él mismo tenía un instante antes del nacimiento. Lo único que cambia, pues, es el hecho de estar “dentro” o “fuera” del recinto materno. El desarrollo neuronal, orgánico, sensorial, el tamaño, peso y demás son exactamente los mismos. Y, sin embargo, la postura que ha tomado la Corte hace depender de un simple cambio locativo (estar adentro o afuera) la diferencia cualitativa más grande que cabe en el derecho: la de persona y no persona. Si se alegara que en este caso la diferencia se establece no en virtud del reconocimiento de una auténtica diferencia sino por una convención, la conclusión sería aún peor, pues habría que suponer que la palabra del legislador, juez, o en general de la instancia decisoria tendría el poder de crear a la persona de la nada, transformar a la cosa en persona, por virtud de su voluntad y del lenguaje. Ello tiene mucho más de pensamiento mágico que de racionalidad jurídica.

Si originalmente la personalidad jurídica reposaba sobre lo común y universal, ahora se ha reemplazado por un criterio arbitrario (un número, momento o posición fijado sin justificación) o en virtud de una condición gradual en la que todos difieren (la independencia).

2. Sobre el total vaciamiento del “valor de la vida” del no nacido.

Aparte de haber relativizado la personalidad jurídica, al negarla de un modo mágico o arbitrario al no nacido, la Corte tampoco parece tomar demasiado en

serio el reconocimiento de la vida naciente como “valor” o “bien jurídico” que supuestamente hace. En efecto, según la Corte, si bien la vida del no nacido no es propiamente un derecho, sí lo es un valor, y sin embargo, si se examinan el grado de protección que está dispuesta a recocerle se advierte fácilmente que no solamente no se trata de una protección fuerte sino que, de hecho, es una protección inferior a la que se da a bienes jurídicos que, si se toma en serio el principio de dignidad humana, no pueden considerarse valores superiores a la vida humana.

Ya en otros salvamentos he manifestado que al proscribir la caza deportiva por fuera de ciertos contextos culturales y, en cambio, permitir la eliminación de los seres humanos en gestación, la Corte implícitamente reconoce una mayor jerarquía a ciertas formas de vida infrahumana que a la vida humana no nacida. Más aún, la Corte no objeta la prohibición e incluso la sanción penal de conductas justificadamente perseguidas como la crueldad con los animales o el atentado contra el medio ambiente. Pero el daño más radical que puede sufrir el ser humano, que es la pérdida de su propia vida, es aceptado sin reparo e incluso, según cierta retórica propia de los *obiter dicta* de la jurisprudencia constitucional, intenta elevarse a derecho fundamental. Cabe reparar que no se trata aquí necesariamente de muertes incruentas. Existe evidencia científica del sufrimiento fetal y en ciertas etapas del embarazo, incluidas dentro del plazo de despenalización total fijado por la Corte, el aborto precisa ser realizado mediante técnicas invasivas y necesariamente dolorosas.

Y más allá de ello, con la aceptación de este nuevo régimen de despenalización total hasta la muy avanzada fecha de las veinticuatro semanas, la Corte rompe por completo la ponderación precedente, que al menos exigía una razón de peso para la realización del aborto, y pasa a la aceptación de cualquier motivo para abortar (o al menos para no sufrir pena por el aborto). Según la jurisprudencia precedente, que en algún momento critiqué, si bien la vida humana en gestación no tenía el mismo valor que la del niño ya nacido, por lo menos tenía algún grado de protección. No se podía atentar contra ella fútilmente. La ley penal exigía a hombres y mujeres (dado que el tipo penal no tenía un sujeto calificado), tratar este bien jurídico con un mínimo de seriedad. Pero según el nuevo régimen, antes de la vigésima cuarta semana parece perfectamente indiferente que se aborte sin razón o peor aún, por motivos incompatibles con el espíritu de la Constitución como, por ejemplo, la enfermedad, la raza o el sexo.

Una permisión de arbitrariedad total no existe prácticamente respecto de ningún otro bien jurídico protegido. Se permite mayor arbitrariedad respecto de un individuo vivo de la especie humana que respecto del cadáver humano, todavía protegido por la el ordenamiento jurídico y penal. Es más, parece reconocerse mayor gravedad al hurto de objetos de menos de diez salarios mínimos (penalizado con hasta 2 años de cárcel) que la destrucción voluntaria, innecesaria y arbitraria de una vida.

Visto que, en el mejor de los casos, a la mayoría de la Corte Constitucional parece perfectamente indiferente que la vida naciente sea eliminada por cualquier motivo, sin que medie necesidad, ni situaciones de especial motivación, ni nada distinto que el deseo de que dicha vida no siga existiendo, cabe preguntarse si afirmar que se trata de un “bien jurídico protegido” no es más bien una contradicción en los términos.

3.Sobre la elevación a absolutos de una categoría extraconstitucional y la adopción de una idea de libertad desligada de las exigencias de la coexistencia.

Como se ha visto, la sentencia de la que me aparto yerra al realizar una ponderación entre los bienes jurídicos implicados en el caso del aborto. La primera razón de este error se encuentra en la infravaloración del derecho a la vida del ser humano no nacido que, de hecho, ni siquiera es plenamente reconocida como auténtico derecho. La segunda razón radica en el excesivo peso que se confiere a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Conviene precisar que en estricto sentido los derechos sexuales y reproductivos no son una categoría constitucional autónoma. El término es ajeno a la Constitución y su introducción en la jurisprudencia por ha sido por vía de interpretación doctrina y *soft law* internacional. Lo que existe más bien es una serie de derechos vinculados a la protección contra la discriminación y violencia por causa del sexo, componentes sexuales de derechos como la salud o la integridad (ej. la salud sexual y reproductiva) y derechos vinculados a la familia, como la libre elección del número de hijos.

Hecha esta precisión, conviene destacar que ninguno de estos derechos tiene un carácter absoluto y todos ellos admiten modulación y ponderación. Si son auténticos derechos, deben ser vividos en el marco de la convivencia y de la armonización con los derechos de otros y con el orden social. Lo anterior se predica especialmente de los derechos que se conciben como órbitas de libertad

o disposición, respecto de los cuales ninguna tradición jurídica en la historia ha llegado a afirmar jamás que puedan ser ilimitadas.

Así pues, derechos como el de libre determinación del número de hijos están limitados por la posibilidad de ejercicio sin afectación de los derechos de otro. Así como no cabe duda alguna de que esta libertad no puede ser razonablemente extendida al infanticidio o al atentado contra la vida del hijo adulto, o que no puede cobijar conductas como la esterilización forzada de la pareja, ha de admitirse que, en el caso del aborto, su “elección” resulta inválida, en tanto que forzosamente elimina al sujeto en gestación.

Se puede objetar que entre los primeros casos y el últimos existe la diferencia de que en el caso del aborto la mujer actúa sobre su propio cuerpo, sobre el cual tiene disposición. De hecho, el eslogan a favor de la permisión total del aborto es el derecho de decidir sobre el propio cuerpo o de hacer con él lo que se quiera. En este razonamiento se esconden dos falacias. En primer lugar, como se explicó anteriormente, el aborto es un acto dirigido al cuerpo del *nasciturus* que se encuentra solo locativamente en el cuerpo de la madre. Es el cuerpo del *nasciturus* el que resulta afectado y luego eliminado. A él se dirige la acción que se realiza, cierto, *en* el cuerpo de la madre, pero no *sobre* él. En este sentido, tan poco puede alegar la mujer gestante la legitimidad de la acción que atenta contra la vida del ser humano no nacido, como la mujer que pretenda atentar contra el cuerpo de un infante cuando lo carga en brazos. Los dos casos son formas, ciertamente distintas, de estar situado en el cuerpo de otra persona. Por otra parte, el ordenamiento no reconoce disposición omnímoda sobre el propio cuerpo. El cuerpo humano no se puede vender como mercancía, y si alguien intentara vender el suyo o uno de sus órganos el contrato no sería reconocido por el ordenamiento. Mucho menos puede predicarse disponibilidad del cuerpo para violentar sexualmente a otra persona. Todos estos casos aun presentando obvias diferencias con el del aborto, ponen de presente el principio general que rige en la interpretación del “derecho sobre el propio cuerpo”: se encuentra limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico.

Me parece necesario reparar en el hecho de que el reconocimiento de órbitas de libertad que permiten disponer arbitrariamente de la vida de otro introduce una novedad peligrosa en el sistema jurídico: por primera vez se reconoce un derecho de libertad no limitado por el deber mínimo de coexistencia. Una libertad no coexistente es una libertad incapaz de fundar la convivencia social, por obvias razones. La libertad de disponer de una vida como si fuese propiedad privada, o con mayor arbitrariedad que la que se exige en el caso de la propiedad

privada, no es una libertad que permita con-vivir, es decir, vivir con. Es una libertad que lleva en sí el germen de la violencia.

Quiero llamar la atención sobre lo incongruente que resulta que en un país que lleva más de sesenta años azotado por la pretensión de disponer de la vida del otro cuando ella parece inconveniente para los propios proyectos, se consagre como logro este tipo de disposición respecto de la vida más frágil, que es la del ser humano por nacer. No es este un paso hacia adelante, ni progresista. Es reafirmarse en una cultura que instrumentaliza la vida de otros y relativiza la dignidad humana.

4. Sobre los efectos contraproducentes de esta medida respecto de la libertad de las mujeres, y los derechos y responsabilidades de los hombres.

A pesar de que la presente sentencia busca proteger el derecho de la mujer a la libre determinación del número de hijos, es necesario reparar sobre el hecho de que tiene una aptitud de generar el efecto directamente contrario. Y es que en la medida en que se haga depender la maternidad de la “elección” de la mujer, mayor es la posibilidad de que esta sea presionada indebidamente a “elegir” no ser madre. Una vez se acentúe la idea de que toda mujer tiene derecho a decidir no ser madre se multiplicarán los supuestos en que se le deja en libertad de optar por la maternidad o la carrera, o entre la maternidad y la pareja. Es decir, en la medida en que se acentúe en la cultura la aceptación de un derecho a elegir, se multiplicarán los supuestos en los que la mujer se vea presionada a optar por dicha opción.

Además, cuanto mayor sea la concesión de la libertad de disponer sobre la vida del no nacido, mayor dificultar existirá para (i) fundamentar coherentemente la responsabilidad del padre y (ii) defender el derecho del padre a tener hijos. En el primer caso, la irresponsabilidad masculina se verá estimulada por el hecho de que en sentido estricto la causa del nacimiento no es el acto sexual del hombre sino la negativa femenina de abortar, por lo que la lógica de la imputación de los deberes paternos se verá debilitada, al menos sociológicamente. En el segundo caso, si se acentuase la idea de que la vida del hijo es objeto de plena disposición materna, el derecho a decidir el número de hijos se desplaza de la pareja a la mujer. El hombre queda reducido a un simple tercero que debe aceptar la disposición de la vida de su hijo, sin que se exija siquiera una razón. Por lo tanto, queda privado de un derecho que la Constitución reconocía, en principio, sin distingo de sexo.

5. Sobre la no afectación del principio de igualdad

Uno de los argumentos que recurrentemente se utilizan, como soporte de los reclamos a favor de la despenalización del aborto o del reconocimiento de un derecho a tal conducta, es que su proscripción vulnera el derecho a la igualdad. Este reclamo se presenta bajo distintas modalidades. En algunos casos se hace énfasis en que, dado que solo las mujeres pueden quedar embarazadas, de ello se deriva una diferencia en el ejercicio de la sexualidad, que el derecho está en la obligación de nivelar. Este argumento usualmente está vinculado a la afirmación según la cual mientras los hombres tienen derecho al sexo sin consecuencias, las mujeres tienen que asumir la carga del embarazo y la maternidad. En conexidad con esta línea argumentativa, se aduce que solo a las mujeres se les proscriben el acceso a un servicio de salud, como lo sería, según quienes adhieren a esta tesis, el aborto. Finalmente, otros sostienen que el tipo penal del aborto penaliza exclusiva o desproporcionadamente a las mujeres por el ejercicio de sus derechos sexuales.

Antes de responder a estos argumentos, conviene distinguir entre dos supuestos de desigualdad distintos, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico responde de distinta manera. Existen por una parte desigualdades que inhieren a la realidad de las personas y de las cosas. Las personas difieren entre sí en edad, apariencia, capacidades, sexo, actitudes, aptitudes, etc., sin que tal diferencia deba ser considerada en sí misma negativa o tenga connotación jurídica. Por el contrario, ella funda la diversidad social, que la Constitución acoge como un valor positivo. Por otra parte, existen diferencias en el trato y en la asignación de las oportunidades sociales, que cuando constituyen preferencias o discriminaciones injustificadas, deben ser proscritas. Ahora bien, en desarrollo del principio jurídico de igualdad, corresponde al Estado velar porque las diferencias pre jurídicas no den lugar a formas de trato discriminatorio y, por tanto, proscrito, o que impidan el goce de los derechos constitucionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la circunstancia de que el embarazo sea un fenómeno exclusivamente femenino no es en sí mismo discriminatorio a favor o en contra de la mujer. Hace parte de la estructura constitutiva de la sexualidad humana. Y a no ser que se acepten explicaciones sesgadas y patriarcales, este hecho no es indicativo de ningún tipo de “debilidad” o “deficiencia” femeninas, como tampoco se puede entender que el hombre sufre desventaja por no poder dar a luz. De este modo, el hecho de que

solo la mujer pueda quedar embarazada es un factor pre jurídico, que ni favorece ni discrimina. Otra cosa es que la posibilidad de quedar en embarazo dé lugar a tratos diferenciados injustificados, como por ejemplo los que tienen que ver con la empleabilidad, el pago o el condicionamiento de la permanencia en el trabajo al compromiso de no quedar en estado de embarazo. Estas diferencias, evidentemente, se encuentran prohibidas por el ordenamiento.

Se reconoce, en cambio, que el estado de embarazo, sin ser enfermedad o defecto, sí constituye una circunstancia biológica y social que comporta ciertas necesidades específicas (atención médica, monitoreo, apoyo psicosocial, condiciones laborales) y una vulnerabilidad especial. Además de lo anterior, es históricamente verificable que esta condición ha estado vinculada a formas negativas de discriminación. Debido a ello, se justifica que el Estado disponga de medidas de discriminación positiva y protección reforzada, como las que efectivamente existen en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dicho lo anterior, conviene examinar detalladamente los argumentos relativos a la igualdad. Según lo visto, la exclusividad femenina de la posibilidad del embarazo ni favorece ni discrimina jurídicamente. Que ello comporte diferencias respecto del ejercicio de la sexualidad y que estas diferencias sean jurídicamente relevantes es otra cosa. La primera consecuencia que se alega se deriva del hecho de que solo la mujer pueda quedar embarazada es que mientras el ejercicio de la sexualidad femenina parece obligatoriamente cauteloso, el de la sexualidad masculina puede ser espontáneo, irrestricto y sin “temor a las consecuencias”. Ahora bien, siendo cierto que el hombre no deba ni pueda asumir la experiencia física del embarazo (razón por la cual no es sujeto de la protección especial y reforzada que el ordenamiento exige para este supuesto), no lo es, en cambio, que el ordenamiento jurídico lo autorice a un ejercicio irresponsable de la sexualidad que no deba mirar las consecuencias. La idea misma de que el hombre pueda desentenderse de las consecuencias de su sexualidad es justificatoria de la paternidad irresponsable, la cual es objeto de sanción penal en el ordenamiento jurídico. Como ocurre en el caso de la cualquier otra acción humana, el ejercicio de la sexualidad, por parte tanto del hombre como de la mujer, exigen la carga de la asunción de las consecuencias propias (que en el caso de un embarazo no significa necesariamente la asunción de la crianza del niño o el ejercicio de la maternidad dado que se permiten, bajo ciertos condicionamientos, figuras como la adopción). Un trato distinto simplemente desconoce la libertad.

A lo anterior se debe añadir que en la actualidad existen maneras de evitar el embarazo que no comprometen la vida ya concebida y que, una vez producido el embarazo, no es necesaria la asunción de los deberes de la patria potestad. En efecto, desde hace muchos años existen varios métodos de planificación, tanto de uso femenino como masculino. En este sentido, se puede decir que especialmente desde la revolución sexual, se ha reducido sustancialmente la perspectiva de embarazos no deseados, si bien es cierto que no todos los métodos de planificación tienen la misma eficacia.

En segundo lugar, la afirmación según la cual la prohibición del aborto supone un desequilibrio en el acceso a la salud, en tanto proscribire un “tratamiento” que solo necesitan las mujeres, presupone la asunción de que el aborto es *per se* un acto médico y curativo. Sobre esto hay que reparar en que, incluso entre quienes defienden el aborto, se hace una diferencia entre formas de aborto “terapéutico” es decir con finalidad curativa, y otros que no lo son. Ahora bien, en el primer caso considero que, aunque el acto se realice con una finalidad médica mediata (puesto que el fin inmediato es el occisivo), comporta siempre una desproporción que lo hace injustificado, dado aún en casos en los que se busca salvar la vida de la mujer gestante, se hace prevalecer la posibilidad de curación o alivio de ella sobre la muerte cierta del gestado. Y porque, además, la acción está directamente encaminada a terminar el embarazo, el cual no es en sí mismo una enfermedad. En todo caso, es menester hacer notar que este no es el caso sobre el cual se pronunció la Corte, pues el aborto con fines curativos no solamente fue incluido dentro de las causales de despenalización establecidas por la sentencia C-355 de 2006, sino que ya anteriormente había sido previsto como causal para prescindir de la aplicación de la pena.

El “servicio médico” del aborto que, según los demandantes, se estimaba injustamente denegado por la prohibición general del aborto era justamente el que no tenía una relación directa con la salud de la mujer, por lo que la discriminación aducida no existía en realidad, a menos que se considere que el embarazo en sí mismo sea una enfermedad, lo cual ha sido negado en reiteradas ocasiones por la jurisdicción y no tiene respaldo científico alguno.

En lo que se refiere al hecho de que el tipo penal del aborto afecte de modo especial a las mujeres cabe decir lo siguiente. En primer lugar, no es cierto que el delito en cuestión tuviese un sujeto activo cualificado en razón del sexo. Pues, aunque en el primer inciso se penaliza a la mujer que cause su aborto, en el segundo inciso se precisa que en la misma pena incurrirá quien con su consentimiento realice la conducta. De este modo, solo una lectura parcial del

artículo permite sostener que hay un sujeto activo cualificado en razón del sexo. Una redacción alterna del mismo tipo penal podría ser *cualquiera que cause voluntariamente la muerte del nasciturus, bien sea causando el aborto propio o realizando esta acción con el consentimiento de la mujer gestante, incurrirá en pena de prisión...*

Tampoco es cierto que se trate de un delito cuya existencia en el Código Penal comporte una sanción estadísticamente desproporcionada de las mujeres ni ello sería necesariamente discriminatorio si así ocurriera. En primer lugar, porque como se puede corroborar con cifras del INPEC, el número de sentencias condenatorias por aborto es significativamente bajo y en todo caso, las condenas recaen más sobre hombres que sobre mujeres³. Pero es que, además, el hecho de que un tipo penal sea estadísticamente cometido por personas con cierta condición no es necesariamente discriminatorio. Lo contrario llevaría a sostener una discriminación sistemática contra los hombres que constituyen la mayoría de los condenados por casi la totalidad de delitos contemplados en el código penal.

6. Sobre la improcedencia de los argumentos relativos al Derecho penal como *ultima ratio*.

También se ha argumentado que la prohibición general del aborto antes de la semana veinticuatro desconoce el llamado a ser la *ultima ratio* que se predica del Derecho Penal en las sociedades democráticas. Lo anterior solo puede ser razonablemente sostenido presuponiendo la poca gravedad y lesividad del aborto en la actualidad, lo cual, como se vio, exige una relativización del reconocimiento de la persona y de la afirmación de la dignidad humana.

Solo sosteniendo que el bien jurídico afectado por el aborto anterior a las veinticuatro semanas es de menor envergadura que la vida en otras etapas, se puede aceptar que su protección penal afecta el principio de *última ratio*. En efecto, dicho principio establece que el Derecho Penal se debe reservar únicamente para hacer frente a las conductas más lesivas de bienes jurídicos importantes, que la sanción penal no se debe aplicar allí cuando no es necesaria.

³ Cifras tomadas directamente de la página del INPEC muestran que, actualmente, de las personas privadas de la libertad con detención intramural, por el delito de aborto hay 10 hombres (7 condenados y 3 sindicados) y una mujer (condenada). En otros delitos relacionados se evidencia:
-Aborto sin consentimiento: 14 hombres, 0 mujeres.
-Aborto preterintencional: 2 hombres, 0 mujeres.
- Lesiones al feto: 4 hombres, 0 mujeres.

Significa, además, que el derecho penal constituye la última línea de defensa de los bienes jurídicos, es decir, la que se reserva para aquellos a quienes las disuasiones no penales no han logrado “convencer” de obrar de otra manera.

Si no existe ninguna razón de peso para considerar que la vida humana vale menos antes de la vigésima cuarta semana de gestación, no existe tampoco razón para considerar la conducta menos lesiva. Tampoco hay nada que excluya la posibilidad de apelar a figuras del derecho penal general para prescindir de la pena, cuando ella no resulte necesaria (tanto respecto de este delito como respecto de cualquier otro).

Más atención se exige respecto de la tercera afirmación. Es cierto que, en un Estado de Derecho, la política de protección de los bienes jurídicos no puede descasar solamente en la penalización. Ello no solo ocurre con el aborto sino con todos los demás delitos. Se requiere atacar las causas profundas de las conductas y desarrollar programas de disuasión, mediante, por ejemplo, campañas de conciencia ciudadana, etc. Pero ello no significa que tales medidas necesariamente deban o puedan reemplazar la protección penal.

Un ejemplo, puede resultar ilustrativo. Piénsese en la corrupción. Es un fenómeno de múltiples causas y frente a él es claro que una política exclusivamente penal está condenada al fracaso. De hecho, mientras que no se logre cambiar una conciencia excesivamente laxa frente a esta conducta, con toda seguridad la protección penal resultará insuficiente. Pero que todas las demás formas de disuasión y lucha contra la corrupción sean necesarias no significa que la protección penal resulte ilegítima o innecesaria. Bien es sabido que en lo relativo a la lucha contra la corrupción todavía falta una gran mejora y que son necesarias más medidas extrapenales, pero de ahí no se sigue que los tipos penales que defienden el patrimonio público sean inconstitucionales o redundantes.

De hecho, aun aceptando la necesidad de la protección extrapenal, se puede suponer que siempre existirá un núcleo de personas frente a quienes la disuasión no penal no funciona ni funcionará. La pena se dirige justo a ese núcleo de personas. Si un bien jurídico realmente es valioso, entonces la apuesta exclusiva por las estrategias disuasorias no penales no resulta satisfactoria. Si la vida humana naciente es realmente un bien jurídico que el Estado tome en serio, el Estado no puede simplemente esperar que las estrategias disuasorias (ejemplo, protección y subsidios para la mujer embarazada) simplemente funcionen y

observar pasivamente cómo este bien se lesiona cuando la disuasión no ha sido efectiva.

Sobre la existencia del fenómeno de la Cosa Juzgada Constitucional.

Aunque las anteriores reflexiones justifican mi disenso con la decisión de fondo adoptada en la sentencia, es necesario aclarar que la mayoría ignoró la existencia el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, que le impedía pronunciarse de fondo en esta ocasión

La mayoría sostuvo que a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006, era procedente un pronunciamiento de fondo debido a que (i) no se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en la medida en que se trataba de cargos que no fueron valorados por la Corte en la citada sentencia y, en todo caso, (ii) se evidenciaba una variación en el contexto normativo en que se inserta la norma demandada y (iii) una modificación en el significado material de la Constitución

En particular, sostuvo la mayoría, no existía cosa juzgada constitucional respecto de los cargos relativos al desconocimiento de (i) la obligación de respeto al **derecho a la salud y los derechos reproductivos** de las mujeres, las niñas y las personas gestantes; (ii) **la libertad de conciencia** de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva; (iii) la finalidad preventiva de la pena y las exigencias constitucionales adscritas al **carácter de ultima ratio del derecho penal** y (iv) el **derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.**

A juicio de la suscrita, dichos cargos sí habían sido formulados en la demanda que se resolvió mediante la sentencia C-355 de 2006 y sí habían sido analizados en ella.

Ciertamente, en 2006 la sentencia fue motivada por tres demandas. En la primera, la petición principal era la despenalización total y solo de modo subsidiario se pedía una modulación del régimen del aborto según criterios de proporcionalidad. En la demanda de Mónica Ra y las otras demandas acumuladas que se resolvieron en la Sentencia C-355 de 2006 se buscaba, como ahora se pretendía, la despenalización total del aborto. La petición principal era

la siguiente, según resumen hecho por Causa Justa en ese momento: *En este caso se solicita a la Corte eliminar el delito de aborto **por ser injusto con las mujeres más vulnerables**, ineficiente y **violatorio de los derechos de las mujeres** y del personal de salud. **En vez de usar el derecho penal, podrían existir más y mejores políticas de salud** que contribuyan a prevenir las muertes y complicaciones por abortos inseguros y el embarazo no deseado, así como programas de educación sexual integral, información, acceso y disponibilidad de métodos anticonceptivos.*

Como se ve, en esta primera demanda (Mónica Roa) ya se contenían argumentos en contra de la penalización total, fundados en los derechos fundamentales de las mujeres. Como, por ejemplo, la incompatibilidad del delito de aborto **con el derecho a la autonomía reproductiva y su carácter discriminatorio por prohibir un servicio de salud solamente a las mujeres**. La segunda demanda (Pablo Jaramillo) abogaba por la despenalización total, al punto que uno de los argumentos para pedir también la inexequibilidad de las rebajas de la pena era que, si se declaraba la inexequibilidad de la regla general, no tendría sentido mantener estas excepciones. En la tercera demanda había argumentos relativos a que penalización total del aborto llevaba a las mujeres al aborto ilegal (**especialmente a las mujeres de bajos ingresos**, jóvenes y niñas), el cual es muy peligroso para **la salud** de las mujeres. Respecto del **derecho penal como última ratio**, en la sentencia C-355 de 2006 se analizó el cargo relativo a si el derecho penal era la mejor opción para resolver el problema del aborto y la Procuraduría General de la Nación introdujo consideraciones al respecto. Y la sentencia en ese sentido dijo que la libertad de configuración legislativa tenía límites y señaló, literalmente, lo siguiente: *Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de **última ratio del derecho penal** en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.*

Así pues, los cargos relativos al desconocimiento de los derechos a la salud, los derechos reproductivos de las mujeres y a la igualdad, especialmente de las mujeres más vulnerables, fueron aducidos en la demanda y estudiados en la Sentencia C-355 de 2006, lo mismo que la acusación por violación del principio de proporcionalidad al acudir el legislador al derecho penal como última *ratio*,

sin haber consagrado medidas menos restrictivas para garantizar los derechos de las mujeres.

En cuanto al desconocimiento a las libertades de conciencia y religiosa por la penalización del aborto, en la demanda de 2006 el cargo fue puesto en consideración por la Corporación Sisma Mujer, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Protección Social, quienes adujeron en sus intervenciones que no se podía imponer a las mujeres deberes basados en estereotipos de orden moral o religioso. La Corporación Sisma Mujer apeló directamente a la libertad de conciencia y a la laicidad del Estado. La sentencia analizó este punto, en especial respecto de la situación de la mujer que ha sido violada. En este sentido dijo: *“Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el párrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales.*

Así pues, los cargos que ahora se analizaron ya habían sido estudiados en la sentencia C-355 de 2006, por lo que a juicio de la suscrita se presentaba el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, que impedía a la Corte emitir un nuevo pronunciamiento de fondo. No obstante, como se dijo, la Corte justificó el nuevo pronunciamiento aduciendo que, en todo caso, se evidenciaba una modificación en el significado material de la Constitución y una variación en el contexto normativo en que se inserta la norma demandada. Nada de esto ocurría, como pasa a explicarse.

No obstante, según sostiene la sentencia de la que me aparto, habría una modificación del entorno normativo y jurisprudencial con posterioridad a la Sentencia C-355 de 2006 que modificaría el parámetro de control. Este cambio lo explica así el fallo del que discrepo:

-En primer lugar, se aprecia una profunda transformación jurisprudencial acerca de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, en los términos de, en particular, las sentencias T760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014.

Si bien lo anterior es cierto, dichas sentencias no se refieran ni siquiera tangencialmente al derecho a la salud en relación con la práctica del aborto. Así pues, mencionarlas para fundamentar *“una modificación en el significado*

material de la Constitución” frente al asunto de la protección de la vida naciente y el aborto consentido resulta ser una explicación insuficiente.

-En segundo lugar, argumenta la mayoría que *luego del año 2006 y mediante la resolución de casos concretos, la jurisprudencia constitucional ha ampliado su comprensión acerca de la problemática constitucional que supone el aborto consentido, a partir de la estrecha relación que se presenta entre las conductas que siguen constituyendo un supuesto delictivo y aquellas que no.*

Al respecto, cabe observar que dichos pronunciamientos emitidos en sede de control concreto resolvieron casos particulares sin efectos *erga omnes, inter pares o inter comunis* y, por ello, no modifican la interpretación constitucional abstracta y objetiva contenida en la Sentencia C-355 de 2006.

Adicionalmente, la decisión mayoritaria consideró que existen documentos internacionales, de distinto valor normativo que, a diferencia del año 2006, *han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, inciden en una nueva comprensión constitucional del fenómeno. De allí que tal pretensión encuentre sustento suficiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Agrega que con posterioridad a la Sentencia C-355 de 2006, múltiples organismos internacionales –entre los que se encuentran el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer– han planteado la necesidad de despenalizar el aborto como una medida en favor de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de esta población, así como una forma de actuar en contra de la violencia hacia las mujeres.*

Al respecto, para la suscrita, no existen documentos internacionales jurídicamente vinculantes que obliguen a Colombia a despenalizar el aborto *“más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006”*. Los documentos que cita la sentencia de la que me aparto no son *“tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”* y que por esa razón prevalezcan en el orden interno, en los términos del artículo 93 de la Constitución, es decir, no conforman el bloque de constitucionalidad. Todos ellos pertenecen a la categoría de *soft law* y, en tal virtud, no generan esta clase de compromisos ni ingresan al bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la jurisprudencia de las cortes internacionales, es cierto que el intérprete auténtico de la CADH es la Corte IDH⁴. De allí que la Corte Constitucional haya reconocido la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar la CADH, como instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad⁵. No obstante, esto “*no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana*”, sino simplemente reconocer su valor como “*criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso*”⁶. Otro tanto sucede en el sistema universal.

Así pues, el este argumento conforme al cual habría documentos internacionales que, por integrarse al bloque de constitucionalidad, permitirían considerar que ha variado el parámetro de control constitucional en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer carece de fundamento. Tampoco ha mediado una reforma constitucional al respecto.

Finalmente, a juicio de la mayoría, “*se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido*”.

Sobre este pretendido cambio de significado de la Constitución, bien cabe preguntarse si la Carta puede variar su contenido por vía interpretativa en un asunto tan relevante como lo es la existencia del derecho a la vida humana. Si el texto de nuestra Constitución *reconoce* la existencia de los derechos que son *inherentes a la persona humana*, es decir, no los *establece*, no los crea, pues no de otra manera puede entenderse el artículo 94⁷ superior, ¿es posible que la Corte Constitucional, como intérprete de la Constitución, pueda entender que

⁴ Cfr. Sentencia SU-146 de 2020.

⁵ Una consecuencia que se deriva del valor jurídico de la jurisprudencia interamericana es que “*las consideraciones de dicha Corte [IDH] acerca de la obligación de las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial del mismo, plantea a la Corte [Constitucional] el deber de articular la institución de la cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad*”. Sentencia C-500 de 2014.

⁶ Id. En la Sentencia C-327 de 2016, la Corte sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH “*sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno*”.

⁷ **C.P. Artículo 94.** *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

ha mediado un cambio social que lleva a admitir que determinados seres humanos, por razón de su dependencia de otros, carecen del derecho a la vida?

La posición mayoritaria de la Sala ha *establecido* por vía interpretativa que la vida de los seres humanos en gestación solo merece reconocimiento y protección jurídica a partir de la vigésima cuarta semana. No obstante, la Carta pregona que ella no *establece* el derecho a la vida, sino que lo *reconoce* como uno inherente a la persona humana. También afirma que “*toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*”⁸ Así las cosas, resulta un contrasentido que la Corte se abrogue la facultad de *establecer* lo que el propio constituyente entendió que no podía más que *reconocer*. La vida humana como derecho constituye un eje axial de la Constitución cuya reforma la sustituye, pero más allá de ello, esta posibilidad de modificación de la garantía fundamental del orden jurídico pone en riesgo la convivencia misma. Nadie en un estado de derecho puede determinar quién tiene derecho a vivir y quién no. Se trata de una garantía preconstitucional inherente a la dignidad humana.

En otras palabras, el presente caso era improcedente apelar a la interpretación evolutiva por dos razones. Primero, porque existen asuntos sustraídos de reforma constitucional por ser ejes axiales de la Constitución y, si esta proscripción de reforma se predica de la actividad del mismo constituyente primario, entonces también se predica respecto de su interprete, que es la Corte constitucional. Se ha dicho en líneas anteriores que la esencia del Estado de Derecho radica en el reconocimiento de exigencias jurídicas anteriores al Estado y frente a las cuales este no tiene facultades de creación sino de simple reconocimiento. Se ha dicho también que es de la esencia de la Constitución fundarse en el respeto a la persona y en el reconocimiento de las exigencias que se derivan de ella. Si esto es así, ni el pueblo, ni sus representantes, ni la jurisdicción constitucional, tienen la prerrogativa de variar la definición jurídica de persona o relativizar las exigencias que se derivan de la dignidad humana. Toda reforma a este respecto, incluyendo formas de interpretación dependientes de la opinión y los sentimientos morales de la población será de carácter sustitutivo de la Constitución.

Ahora bien, en gracia de discusión, admitiendo que, en virtud de un pretendido cambio social en la comprensión material de la Constitución, la Corte pudiera hacer una interpretación evolutiva de su texto que la llevara a entender que la vida humana en gestación solo merece protección a partir de la vigésima cuarta

⁸ C.P. Artículo 14

semana, entonces ese cambio social que se aduce en la Sentencia debió ser rigurosamente probado. Sin embargo, las cifras en Colombia no parecen claras en cuanto al cambio social sobre la percepción de la legalización del aborto. Según una muy reciente encuesta internacional de IPSOS⁹ de noviembre de 2021, es decir, muy cercana en el tiempo a la fecha de adopción de la sentencia de la que me aparto, el 65% de los colombianos coincidía en que el aborto debe ser limitado a situaciones muy excepcionales o prohibirse por completo. Este estudio internacional de IPSOS, que reúne a 27 países, mide lo que se denomina el nivel de *"Favorabilidad hacia la legalización del aborto"*. Según este estudio, el 65% de los colombianos coincide en que el aborto NO debe ser liberalizado, ni legalizarse: Debe ser limitado a situaciones muy excepcionales o prohibirse por completo.

Por todo lo anterior no era posible considerar, como lo hizo la sentencia de la que me aparto, que había ocurrido una modificación del bloque de constitucionalidad ni un cambio en la interpretación de la Constitución que restara el carácter de cosa juzgada a la Sentencia C-355 de 2006, permitiendo un nuevo pronunciamiento.

En los términos anteriores dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra,



⁹ IPSOS es, según Wikipedia, una multinacional de investigación de mercados y consultoría con sede en París, Francia. La empresa fue fundada en 1975. Es la tercera agencia de investigación más grande del mundo.

