

**ABORTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA MUJER: NOCIÓN,
POSTURAS Y EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

**Mónica Yasmin García Gómez
Yenny Tatiana López Montejo
Samuel Leonardo López Vargas**



**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS SOCIALES
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2018-2**

**ABORTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA MUJER: NOCIÓN,
POSTURAS Y EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

**Mónica Yasmin García Gómez
Yenny Tatiana López Montejo
Samuel Leonardo López Vargas**

*Producto de Trabajo de investigación presentado como prerrequisito para optar título de
Abogado*

Docente:
Dra. Andrea Aguilar Barreto.

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS SOCIALES
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2018-2**

CONTENIDO

	Pag.
TITULO.....	4
RESUMEN.....	5
1. PROBLEMA.....	6
1.1 Planteamiento y Formulación del Problema.....	6
1.2 Justificación	7
2. MARCO REFERENCIAL.....	8
2.1. Estado del arte.....	8
2.2. Marco Conceptual.....	8
3. OBJETIVOS.....	14
3.1. Objetivo General.....	14
3.2. Objetivos Específicos.....	14
4. METODOLOGÍA.....	15
5. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25
ANEXOS.....	27

TITULO

**ABORTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA MUJER: NOCIÓN,
POSTURAS Y EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

RESUMEN

El presente escrito de investigación se ocupa de analizar la realidad socio-jurídica del Estado colombiano, teniendo como base las teorías de Habermas y Dworking sobre el valor de la argumentación objetiva en las discusiones, en correlación a la dualidad existente entre el discurso religioso y el secular,; contribuyendo de esta manera a inferir la importancia y coherencia de los diferentes argumentos de los discursos confrontados en la noción del aborto como derecho fundamental de la mujer, mediante el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional desde un punto arquimedico como es la Sentencia C-355/06 en donde se expresa todo un trabajo de ponderación entre ciertos escenarios en que las facultades jurídicas del libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos de la mujer encinta, tienen primacía sobre el valor de la vida del nasciturus, considerando que la protección de la vida es un fin esencial del Estado Social de Derecho.

Autores: *Mónica Yasmin García Gómez*
Yenny Tatiana López Montejo
Samuel Leonardo López Vargas

Fecha: 25 de noviembre de 2018

Palabras Claves: discurso religioso – discurso secular – aborto – nasciturus – ponderación.

1. PROBLEMA

1.1 Planteamiento y Formulación del Problema

Con la constituyente de 1991, el Estado colombiano se instauró como un país garantista del *valor de vida, democrático, pluralista y fundado en el respeto de la dignidad humana*, siendo los mismos fines esenciales del Estado, el cual mediante las posturas formalistas del positivismo jurídico afianzó en el Código Penal del 2000 el aborto como delito, las críticas no se hicieron esperar por parte de ciertos sectores de la sociedad, argumentando que la penalización de la interrupción del embarazo en todas las circunstancias que pudiesen existir vulneraría los derechos del libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos de la mujer.

A partir del siglo XXI, y con la reconceptualización del derecho natural, el Estado colombiano adopta nuevas posturas sobre la creación del derecho, reemplazando la noción de ley en un sentido formal por un sentido material, es decir, ley no solo es la norma que crea el legislador sino es todo el conglomerado de normas jurídicas, partiendo desde la Constitución, hasta los fallos de las Cortes; por medio de lo anterior, y en consideración a los dos discursos manejados en la sociedad respecto a los postulados de ver al aborto como una facultad jurídica de la mujer encinta o como un delito en contra del valor a la vida, la Corte Constitucional por medio de Sentencia C-355/06 se pronunció al respecto y utilizando la técnica de la ponderación, hasta la fecha ha determinado ciertas situaciones donde los derechos de la mujer en cinta, prosperan encima del valor a la vida del nasciturus.

De forma conexas a este trabajo argumentativo realizado por la Corte, se puede entrever la separación de los criterios morales existentes en el discurso religioso del derecho, por ende, el discurso predominante en el ámbito jurídico es el secular. Como se ha esbozado el juez al convertirse en parte de la rama judicial, debe abandonar sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de funciones, por

consiguiente, tiene que aplicar la norma existente a los casos concretos que lleguen a su conocimiento, garantizando el adecuado acceso a la justicia, es decir, no imponer ningún tipo de obstrucción ilegal para no dar un fallo judicial de fondo sobre el tema tratado. (Corte Constitucional, Sentencia T-388/09, M.P: Sierra, H.)

1.2 Justificación

El conflicto naciente entre los diferentes discursos esbozados en la sociedad respecto a la noción del aborto, siguiendo la ideología de Casado (2015) debe ajustarse en el concepto jurídico de la vida y no en pensamientos vagos de “*matar o no matar*” siguiendo esta postura, los jueces al momento de fallar sus decisiones, deben seguir esta línea de pensamiento, porque al convertirse en funcionario de la administración de justicia, sus reparos de conciencia debe abandonarlos, aplicando solo la norma existente en la solución de la problemática planteada.

por medio de las teorías de Habermas y Dworking se infiere que los discursos religiosos y escúrales, son la causa de la ponderación entre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos de la mujer gestante, contra el valor de la vida del nasciturus el cual, es un valor y un fin del Estado Social de Derecho, por parte de la Corte Constitucional, quien desde el 2006, mediante sus precedentes entró a regular este temario de gran relevancia en la historia de Colombia.

2. MARCO REFERENCIAL

2.1 Estado del arte

Se anexa matriz de análisis documental (anexo 1).

2.2 Marco Conceptual

Concepto del aborto.

La noción de aborto se debe centrar en el conflicto naciente en el valor jurídico de la vida y no en conceptos vagos de “*matar o no matar*” (Casado, 2015); desde esta visión, hablar sobre el tema implica correlacionar posturas jurídicas y filosóficas acerca de la ponderación entre la aspiración de vida como un valor jurídico que tiene el feto vs la libertad sexual y reproductiva de la mujer. El aborto es un tema que se debe abordar desde la tolerancia y desde un pensamiento secular, permitiendo de esta forma analizar desde su axiología que la noción de persona se puede inferir desde dimensiones como la jurídico y lo moral.

Aunque se esté pasando por un estado de transición respecto de la legalización del aborto, aun se percibe como un mal por parte de ciertos grupos sociales, argumentando que la vida es un valor que se debe proteger; por tal razón, el Estado debe regular su práctica por decisiones políticas-legislativas (casado, 2015), jurídicamente los *derechos fundamentales* se le atribuyen a la persona desde su nacimiento, un feto simplemente tiene una aspiración de contraer derechos porque aún no se considera persona, por ello, atribuírselos directamente es vulnerar *derechos fundamentales* a las mujeres. A partir de este contexto jurídico, el Estado colombiano mediante su corte constitucional, ha regulado tres momentos donde el aborto, como derecho fundamental de la mujer, no vulnera el valor jurídico a la vida del feto: primero, cuando seguir adelante con el embarazo ponga en peligro la vida o salud de la gestante; segundo, exista grave malformación y por ende sea inviable la vida del feto; tercero y último, el embarazo sea producido por abuso sexual. (Corte constitucional, 2006, sentencia C-355, M.P.: Rentería, J. & Vargas, C.)

Aborto como derecho humano y fundamental de la mujer.

Un derecho fundamental, en palabras de Robert Alexy (referenciado por Bernalpulido, 2003) es el “*derecho a algo*” que se desprende de la positivización de un derecho humano, existiendo de igual forma una relación normativa titular-objeto-receptor. Los *derechos humanos*, son de carácter individual, reconociendo a su titular algunas facultades que los demás individuos y el propio Estado deben respetar, pudiendo solo ser limitados por otro *derecho humano* aplicado a otra persona (Zúñiga, 2011); de lo anterior, se pueden inferir dos resultados: primero, los *derechos humanos* no se pueden limitar o anular por defender un interés colectivo, religioso o ideológico; segundo, para resolver la legalidad del aborto, se debe ponderar el *derecho humano* reproductivo y sexual de la mujer, con la facultad del feto en ser sujeto de derecho (*nasciturus*) con un interés jurídico a proteger (valor de la vida).

El modo jurídico conforme con la postura anterior, para delimitar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer gestante, requiere según Zúñiga (2011), surgir alguna de las dos siguientes tipologías: primero, se debe inferir si un feto se le puede atribuir las mismas características que se le dan a una persona, siendo único titular de derechos; segundo, de no ser posible, se debe analizar la posibilidad que el feto, durante su desarrollo adquiera ciertas particularidades para atribuirle derechos.

Respecto a la primera tipología “*inferir si un feto se le puede atribuir las mismas características que se le dan a una persona*” la noción de persona se puede establecer desde lo jurídico y lo moral; jurídicamente, por persona se entiende a todo aquel que ha nacido vivo y por ende es titular de derechos, al respecto, en la legislación colombiana, según como lo había proclamado en su entonces el Congreso de los Estados Unidos de Colombia (1887) en ley 84¹, artículo 90, la existencia legal de las personas “*principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*” norma que ya fue controvertida por el término “*principia al nacer*” y declarada

¹ Hoy en día, ley 57 de 1887: Código Civil.

exequible por la Corte constitucional (Sentencia C-327/2016, M.P: Ortiz, G.) el establecer como razón del laudo que el nacimiento como existencia legal de toda persona, no quebranta el deber del Estado consistente en proteger la vida desde su concepción, guardando relación directa según lo establecido por las Naciones Unidas (1969) *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.”*² La vida, es un valor constitucional, pero sin el mismo grado de protección que el derecho a la vida.

Moralmente, el concepto de persona se define desde la teoría filosófica de Kant sobre el actuar ético, desarrollada por John Rawls (referenciado por Zúñiga, 2011) para él, la persona moral debe atribuirse dos virtudes: un sentido de justicia equitativa en la cooperación social y una cierta noción de bien, desde este punto, tampoco sería posible atribuírsele al feto características de persona, dado que este no responde a la noción de Rawls sobre el ideal kantiano.

En relación a la segunda tipología *“analizar la posibilidad que el feto, durante su desarrollo adquiera ciertas particularidades para atribuirle derechos.”* es importante identificar cuando el feto obtiene características relevantes para ser protegido y de esta forma limitar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, entendiendo esta perspectiva Zúñiga (2011) determina dos posibles vertientes: que en algún momento de la gestación el embrión, posea la capacidad de vivir fuera del útero o que sea capaz de sentir dolor.

En relación con la capacidad de vivir fuera del útero, mediante la ciencia se ha podido establecer que su desarrollo es de forma progresiva, una vez fecundado el ovulo es una célula, después de ciertos días es un conjunto de células, hasta la semana cuatro donde se convierte en embrión, semana a semana va evolucionando, llegando a la semana veinticuatro de gestación, donde gracias al desarrollo de la ciencia, es posible que el feto pueda sobrevivir fuera del útero materno, concluyendo, que le es

² Artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

posible vivir independientemente del vientre de la madre; según con Zúñiga (2011) dado al rápido desarrollo de la ciencia, las veinticuatro semanas de gestación pueden ir acortando, lo cual forzaría a limitar más los derechos de las mujeres.

Si el feto fuese capaz de concebir dolor, sostiene Singer (referenciado por Zúñiga, 2011) poseería algún interés de no sentirlo, dicho interés, se le debe dar el mismo valor y tratamiento que cualquier interés similar de otro ser vivo; desde esta postura, atribuirle al feto derechos depende de su capacidad de sentir. La ciencia médica, ha indicado que el feto solo hasta la semana veintinueve o treinta, entre el mes siete y ocho, es capaz de sentir, teniendo en cuenta, que el dolor es un sentimiento que recorre la estructura cerebral encargada de reconocer los estímulos, siendo esta estructura la última en desarrollarse durante la formación del ser; al respecto, Dworking (1994) afirma que provocar dolor al feto al final del embarazo, el cual cuenta con un sistema nervioso desarrollado, es desfavorable a sus intereses, por ende, es facultativo velar por su protección.

Posturas respecto al aborto.

En la sociedad moderna mencionar siquiera el concepto de aborto, genera un conflicto entre los grupos religiosos y los grupos seculares³, estos grupos al momento de entrar a debatir respecto a este tema, deben cumplir con cierto convenio para que sus discursos sean válidos en el contexto social, los grupos religiosos están en su derecho de expresar sus argumentos en un lenguaje religioso, sin necesidad de traducirlos a términos seculares, siendo de esta manera, deber de los grupos seculares, abrir su mente a estas explicaciones, de este convenio nacen ciertas compromisos por parte de los grupos seculares o no religiosos: primero, aceptar que los grupos religiosos pueden expresarse dentro de sus discursos políticos públicos mediante argumentos religiosos; segundo: aceptar el potencial de veracidad de concepciones religiosas; tercero, participar en la traducción de los discursos religiosos más significativos a conceptos del lenguaje secular y público. (Habermas, 2006)

³ Según con la Real Academia Española, son aquellos que carecen de ordenes clericales.

Por medio de este convenio según Habermas (ibíd.) nace también, por parte de los grupos religiosos algunas obligaciones para poder actuar con criterios de igualdad en las sociedades democráticas y participativas: primero, admitir la existencia e importancia de los discursos de otras religiones; segundo, reconocer la autodeterminación e independencia de los discursos seculares; tercero, admitir la primacía que ostenta el discurso secular en debates políticos y jurídicos, producto de las concepciones de derecho racional; es significativo tener presente que en el anterior argumento, Habermas asevera sobre la tradición liberal, explicando que en el desarrollo de los debates jurídicos el discurso argumentativo se debe esbozar en términos seculares, partiendo del postulado que una norma jurídica jamás podrá explicarse en argumentos religiosos.

Dentro de la teoría de Dworking, la discusión respecto al aborto se realiza por medio de dos nociones, la primera desde el discurso secular liberal, la segunda, desde el discurso de quienes se oponen al aborto. Desde el lenguaje secular liberal el discurso se fragmenta en cuatro bloques argumentativos, a saber:

Primero: Desde el ámbito moral, el aborto es una decisión grave, por tal razón no se debe recurrir a él, por circunstancias irrelevantes porque esta acción no puede ser justificada con excepción de *“prevenir un daño serio de cierta clase”* (Dworking, 1994)

Segunda: El aborto está justificado cuando existen varios argumentos serios (Dworking, 1994). En la normatividad colombiana, es lícito aborta siempre que el embarazo ponga en peligro la vida o salud de la mujer; malformación grave e inviable del feto y cuando el embarazo sea producido por abuso sexual. (Corte constitucional, 2006, sentencia C-355, M.P.: Rentería, J. & Vargas, C.)

Tercero: Es posible interrumpir el embarazo, cuando afecte, negativamente, los intereses de vida de la gestante; así, la decisión de llevarlo a cabo se convierte en una decisión necesaria para la mujer. (Dworking, 1994)

Cuarto: La mujer tiene el derecho de decidir sobre el deseo de seguir o no con su embarazo, por consiguiente, su familia, el Estado, y ni tercero pueden imputarle su ideología moral. (Dworking, 1994)

Desde el discurso de quienes se oponen al aborto, Dworking (1994) divide en dos bloques los argumentos que justifican esta postura:

Primero: *objeción de carácter derivado*. Bajo esta postura, el Estado tiene la obligación de defender el valor de la vida del feto, en cuanto, desde el momento mismo de su concepción es sujeto de derecho al igual que otra persona.

Segundo: *objeción de carácter autónomo*. Desde esta postura, la vida guarda un valor intrínseco a la persona; siendo de esta forma sagrada desde su propia concepción; este argumento supone entonces, una negación absoluta al aborto, considerándose como un homicidio el cual debe ser castigado por la ley penal de un Estado.

3. OBJETIVOS

3.1 Objetivo General

Analizar los eximentes de responsabilidad para el aborto en el sistema jurídico colombiano.

3.2 Objetivos Específicos

- Comprender el concepto del aborto.
- Establecer las diferencias entre los discursos religiosos y los seculares en relación al aborto
- Inferir los argumentos utilizados por la Corte Constitucional para determinar los eximentes de responsabilidad para el aborto en el sistema jurídico colombiano.

4. METODOLOGIA

Se analizó el discurso jurídico que ha tenido el Estado colombiano por medio de su Corte Constitucional, en relación a la idea del aborto como facultad fundamental de la mujer; trabajo realizado mediante la comparación del discurso religioso con el secular, tomando como base las teorías de Habermas y Dworking, se logró inferir la relación entre los argumentos constitucionales y las teorías del discurso social ideal que permitieron regular e implantar los escenarios en que es permitido el aborto dentro del Estado colombiano.

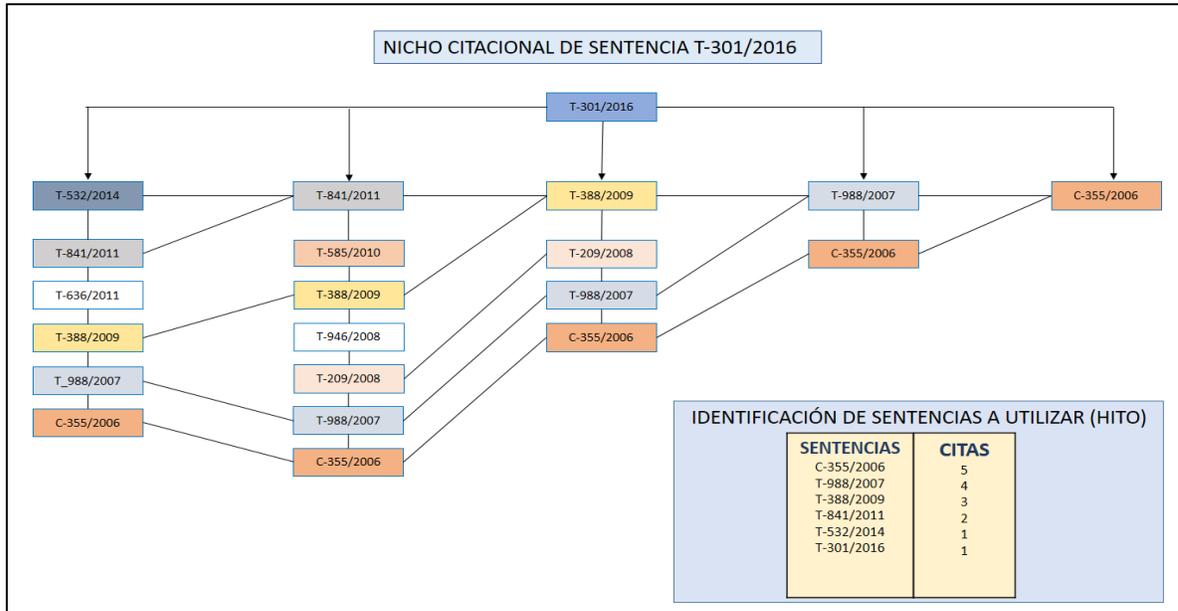
Lo anterior, se hizo afrontando el paradigma dialógico desde un enfoque hermenéutico (Sandoval, 2002) permitiendo comprender la influencia de los argumentos seculares en la regulación de circunstancias permitidas para el aborto, la técnica del análisis del discurso (Sandoval, 2002) ayudó en la aprensión de la realidad social que afronta el Estado colombiano a través del estudio de la línea jurisprudencial de los fallos de la Corte Constitucional respecto al tema abordado.

En relación con la técnica, se construyeron matrices de información en las siguientes circunstancias: primero, una de análisis documental (MAD), tendiente a recolectar e interpretar las diferentes posturas que rodean el temario del aborto como un derecho de la mujer o como una vulneración directa a las facultades de un forma de vida que está por nacer; segundo, se emplea una matriz de análisis jurisprudencial (MAJ), con ella se articulan los argumentos con los cuales a través del tiempo, la Corte Constitucional ha conglomerado cantidad de argumentos para establecer mediante la ponderación circunstancias donde el aborto es jurídicamente factible, aunque esto pueda perturbar el valor de la vida del nasciturus. Teniendo en cuenta la infinidad de precedentes de la Corte Constitucional en relación al tema abordado, es primero necesario establecer los precedentes más relevantes del temario analizado dentro de este cuerpo colegiado; se utiliza el método de análisis dinámico y estático de López Medina Diego (2006), manera tal que, *“de la construcción de la línea, podremos inferir la coherencia en la doctrina y por lo tanto su peso gravitacional como precedente”*

5. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

En concordancia con la metodología planteada en este artículo, es necesario primero establecer cuáles de las sentencias de la Corte Constitucional en relación al temario del aborto son los más importantes; para realizar dicha determinación se utilizó el método de análisis dinámico y estático de López Medina Diego (2006) con el fin de crear en primer orden el nicho citacional para identificar las sentencias hito, posteriormente realizar la sistematización e inferencia de las razones de las decisiones de las sentencias hito.

La creación del nicho citacional consiste en: primero, *identificación del punto o sentencia arquimédica*: es el precedente más reciente posible que existe sobre un punto de derecho, sus hechos deben guardar relación con el temario estudiado, siendo en esta ocasión, la sentencia T-301/2016; segundo, *desarrolló la ingeniería reversa*: determina las sentencias anteriores al punto arquimedico que le sirvieron de base a la sentencia arquimedica; Tercero, establecer las Sentencias Hito a partir de la *telaraña y puntos modales de jurisprudencia*: se conforma por aquellas sentencias más citadas en la ingeniera reversa. A continuación, se ilustra el grafico del nicho citacional de la sentencia



T-301/2016.

Diseño del cuadro: Diego Eduardo López Medina.

Fuente: elaboración propia.

Desarrollo jurisprudencial del aborto en Colombia.

Circunstancias legales para abortar.

La línea jurisprudencia generada por la Corte, en materia de criterios parte en el 2006, donde un grupo de personas demandaron la inconstitucionalidad de lo planteado por el Congreso de la Republica (2000) en las expresiones “*La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*” “*o en mujer menor de catorce años*” “*Circunstancias de atenuación punitiva*” de los artículos 32 numeral 7, 122, 123 y 124 de la ley 599 de 2000 (código penal); las razones del discurso secular utilizado por parte de los demandantes giraban en torno que estos enunciados del Código Penal, debían ser declarados *inexequibles* porque limitaban desproporcionalmente las facultades y libertades jurídicas de la gestante, además de ser contrarios a la normatividad internacional de derechos humanos, especialmente el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, concerniente al estado de necesidad, dado que vulnera facultades jurídicas fundamentales como la vida y la integridad física de la gestante toda vez que, se ve obligada a someterse a un aborto clandestino (Corte Constitucional, sentencia C-355/06, M.P: Araujo, J. & Vargas, C.)

La corte examina la asequibilidad de las normas demandadas y determina que el valor de la vida es un bien jurídico constitucional, por tal razón el legislativo, debe acoger medidas para su amparo; como resultado, la figura del aborto no es una materia abordada por el sistema jurídico colombiano como una facultad netamente subjetiva de la mujer, por lo cual, se debe limitar el libre desarrollo de la personalidad. El Estado, por medio de la ley penal, determinó reglas para velar por la protección del nasciturus; para la Corte, estas reglas no son descomedidas con el valor jurídico a proteger, sin embargo, no debería ser la única medida para conseguir esta intención.

La penalización en todas las circunstancias del aborto, envuelve la predilección del valor y principio de la vida, conllevando de esta forma, al sacrificio de derechos fundamentales de la gestante, siendo un trato inconstitucional, partiendo de los postulados de la ponderación, los cuales establecen la predilección de un principio constitucional por encima de otro, generándole el menor perjuicio posible.

una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios. (Corte Constitucional, sentencia C-355/06, M.P: Araujo, J. & Vargas, C.)

En ciertas circunstancias resulta desproporcional además de irracional, dar prelación al valor de la vida por encima de cualquier otro derecho fundamental de la gestante, si el congreso no permite el aborto, privaría totalmente el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la gestante, al impedirle continuar o no con el embarazo cuando se presenten circunstancias que lo ameriten.

Por consiguiente a los discursos anteriores, para la Corte resulta necesario decretar la asequibilidad de las normas demandadas de manera condicionada, esclareciendo que no se incurre en el delito de aborto determinado en Código Penal, cuando la interrupción sea producida por:

- (i) constituir peligro para la vida o la salud de la gestante, certificado por un médico
- (ii) existir grave malformación del embrión que haga inviable su vida, certificada por un médico

- (iii) sea resultado de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto

Permitiendo así, impedir que el amparo del valor a la vida represente afectación desproporcionada de los derechos fundamentales de la mujer. (Corte Constitucional, sentencia C-355/06, M.P: Araujo, J. & Vargas, C.)

Al igual, el cuerpo colegiado en las consideraciones finales de la sentencia C-355/06, establece que el legislativo tiene la autoridad de fijar otras circunstancias en las cuales tampoco se incide en el delito; lo cual tiene concordancia directa con lo planteado en la teoría de Dworking respecto que debe ser posible interrumpir el embarazo cuando el mismo afecte negativamente los intereses o aspiración de vida de la gestante; así, la decisión de abortar entiende que es necesaria. (Dworking, 1994)

Requisitos improcedentes para la práctica del aborto.

Otro de los aspectos relevantes estudiados por la Corte en esta línea jurisprudencial es la objeción de realizar el procedimiento de interrupción del embarazo por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS). En el 2007 la Corte analiza el caso de una joven en condición de discapacidad física, psíquica y sensorial, lo que impide manifestar su consentimiento de forma libre, quien fue víctima de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento.

La EPS argumentó que no existía ningún documento que estableciera la condición de discapacidad de la joven, al igual que tampoco se presentó la denuncia por acceso carnal violento, por otro lado, afirmó que era conveniente realizar exámenes psicológicos para determinar si el acceso carnal fue o no consentido; llegado a conocimiento del juez constitucional, se determinó que la EPS había dilatado de forma innecesaria el aborto, sin embargo se abstuvo de amparar lo solicitado, partiendo del

postulado *“que la interrupción del embarazo a esa altura de su desarrollo podría poner en riesgo la vida de la joven.”* (Corte Constitucional, T-988/07. M.P: Sierra, H.)

Después de un análisis del expediente, se determinó la existencia de la denuncia ante la Fiscalía por acceso carnal sin consentimiento y abuso en persona con imposibilidad de resistir; recordando también que en estos casos, la única exigencia es el certificado de la denuncia penal, exigir requerimientos adicionales constituyen exigencias desproporcionados que atentan contra la normatividad vigente

¿Le es permitido a la autoridad judicial la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir sobre la práctica del aborto?

Cuando un juez profiere sentencia judicial no está en uso de su libre albedrío, sino que está sujeto a solucionar el problema planteado de acuerdo a las herramientas que le otorga la ley, según como lo estableció la Asamblea nacional Constituyente (1991) en el artículo 230 de la Constitución *“los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”* su función consiste en aplicar la ley en un sentido amplio es decir, teniendo en cuenta todo el sistema jurídico colombiano entre ellos la constitución y los precedentes de la Corte y no solamente lo enunciado en la ley.

Es claro entonces, que el juez al momento de convertirse en parte de la rama judicial, debe abandonar sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de funciones y tiene que aplicar la norma existente. Contrario sensu, sucede cuando se obra en la parte privada, teniendo en cuenta que en ese ámbito la Constitución reconoce el privilegio de obrar en conformidad a su conciencia. (Corte Constitucional, Sentencia T-388/09, M.P: Sierra, H.)

Requisito para el aborto cuando existe peligro para la vida, salud física o mental de la gestante.

La causal de peligro contra la salud o vida de la gestante, cobija el amparo de su salud física, extendiéndose de igual forma, a casos en los cuales resulta un grado de afectación a la salud mental; teniendo como fundamento jurídico las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, el derecho de la salud admite gozar del “*más alto nivel posible de salud física y mental*”⁴ (Naciones Unidas, 1966) de lo anterior se puede llegar a la conclusión que el embarazo provoca en ciertos casos situaciones de angustia severa, incluso, grave alteración psíquicas lo cual puede justificar la interrupción del embarazo, previa orden médica. (Corte Constitucional, T-841/11, Sierra, H.)

En casos de peligro a la vida o salud de la gestante, el único requisito a exigir es el certificado médico que lo autorice; concretamente, esta hipótesis acerca de la afectación a la salud mental, se encuentra en el precedente de la corte sentencia T-388 (Corte Constitucional, 2009, M.P: Sierra, H.) donde se pudo inferir por la Corte que está prohibido rescindir concepciones expedidas por psicólogos por parte de las EPS, negando la interrupción del embarazo toda vez que la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de “*profesionales de la salud*” (Congreso de la Republica, 2006).

En consecuencia, concierne enteramente con la necesidad de respeto por parte del Estado y los particulares que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud (E.P.S. / I.P.S.), al derecho de interrumpir voluntaria el embarazo de la gestante, ellos están obligados de abstenerse de imponer dificultades que la ley no observe para la práctica de la interrupción del embarazo, como demandar requisitos adicionales a los descritos por la Corte.

Alcance de la Sentencia C-355 de 2006 en relación con la despenalización del aborto.

La corte estableció tres circunstancias donde la interrupción del embarazo no puede ser considerado como delito, a recordar:

⁴ artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

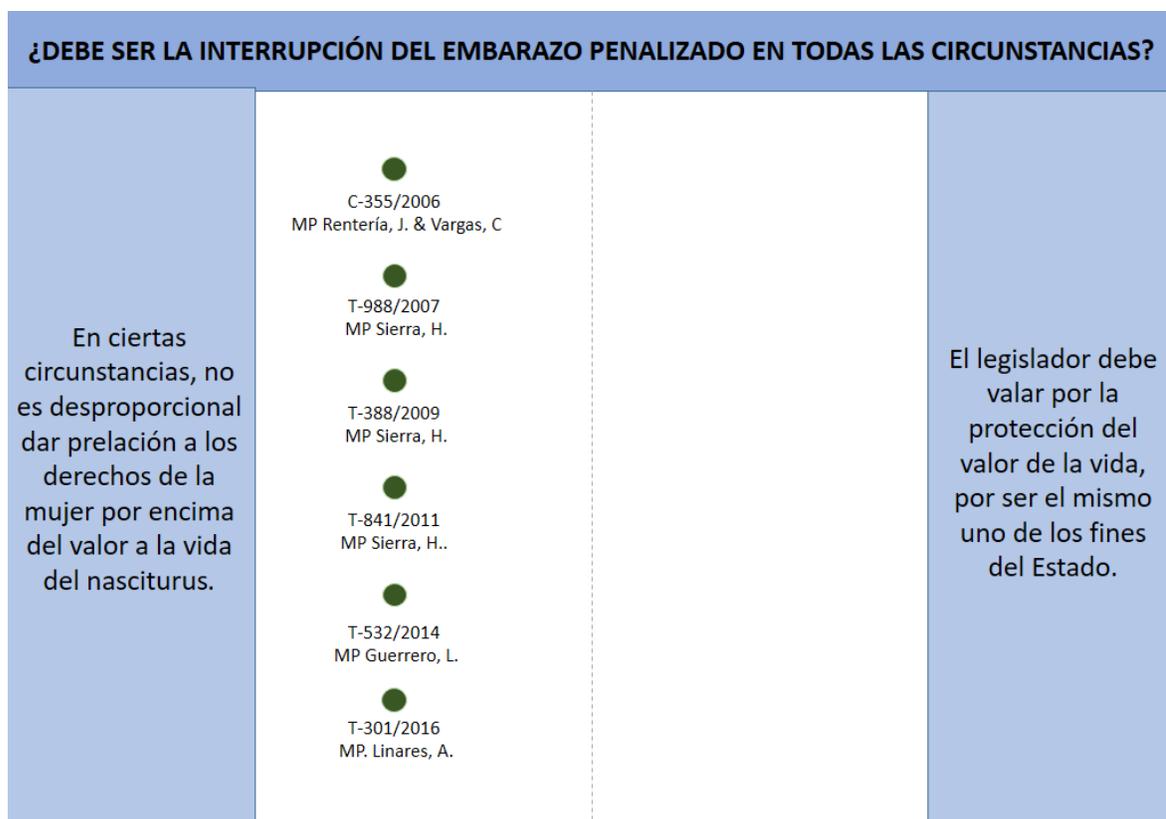
- (iv) constituir peligro para la vida o la salud de la gestante, certificado por un médico
- (v) existir grave malformación del embrión que haga inviable su vida, certificada por un médico
- (vi) sea resultado de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto

Posteriormente, se profirieron otros fallos sobre la interrupción voluntaria del embarazo; en ellos se indica como obligación de las autoridades públicas y de los particulares que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no instituir barreras u obstáculos que imposibiliten a las gestantes convenir a la interrupción del embarazo en condiciones de calidad y seguridad, esto es solicitar exigir requisitos adicionales a lo establecidos en los precedentes de la Corte (Corte Constitucional, T-532, M.P: Guerrero, L.)

Algunos supuestos generales ajustables en esta materia, son los referentes a la necesidad de garantizar que los servicios de interrupción del embarazo, bajo las suposiciones contempladas en sentencia C-355 de 2006, estén disponibles en todo el país; estas reglas deben ser acatadas por todos los implicados en procesos de interrupción del embarazo, a fin de abonar que las gestantes que se encuentren en las suposiciones de despenalización del delito de aborto previstas, consigan acceder al servicio en condiciones de congruencia y calidad. (Corte Constitucional, T-301/16, M.P: Linares, A.)

Todos los argumentos anteriores, son parte del discurso secular manejado por la Corte Constitucional durante más de diez años, con ellos dio respuesta a la pregunta *¿debe ser la interrupción del embarazo penalizado en todas las circunstancias?* Infiriendo mediante el método de la ponderación, que en ciertas circunstancias donde los derechos al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos de la mujer, tienen prelación sobre

el valor de la vida del nasciturus. El desarrollo jurisprudencial de la Corte se puede sistematizar en la siguiente gráfica.



Diseño del cuadro: Diego Eduardo López Medina.

Fuente: elaboración propia.

Conclusión.

El conflicto naciente entre los diferentes discursos esbozados en la sociedad respecto a la noción del aborto, siguiendo la ideología de Casado (2015) debe ajustarse en el concepto jurídico de la vida y no en pensamientos vagos de “matar o no matar” siguiendo esta postura, los jueces al momento de fallar sus decisiones, deben seguir esta línea de pensamiento, porque al convertirse en funcionario de la administración de justicia, sus reparos de conciencia debe abandonarlos, aplicando solo la norma existente en la solución de la problemática planteada.

por medio de las teorías de Habermas y Dworking se infiere que los discursos religiosos y escúrales, son la causa de la ponderación entre los derechos al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos de la mujer gestante, contra el valor de la vida del nasciturus el cual, es un valor y un fin del Estado Social de Derecho, por parte de la Corte Constitucional, quien desde el 2006, mediante sus precedentes entró a regular este temario de gran relevancia en la historia de Colombia.

Mediante la línea jurisprudencial, desarrollada en el acápite de resultados de este artículo, se pudo realizar un estudio a profundidad respecto a la argumentación jurídica utilizada por la Corte para justificar la no penalización del aborto, siendo el más trascendente que su penalización, envuelve la preferencia del valor de la vida del nasciturus, contribuyendo de esta forma, al sacrificio de algunas facultades jurídicas de la mujer, siendo lo anterior un trato inconstitucional por parte del legislativo y de los jueces.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bernal Pulido, C. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia.
- Casado, M. (2015). A propósito del aborto. *Revista de bioética y derecho*. Núm. 12, pp. 30-32.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*.
- Colombia. Congreso de la Republica. (2006). *Ley 1090 "Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de Psicología, se dicta el Código Deontológico y Bioético y otras disposiciones."* Diario oficial N° 46.383 de 6 de septiembre de 2006.
- Colombia. Congreso de la Republica. (2000). *Ley 599 "Por la cual se expide el Código Penal"*. Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355. [MP Rentería, J. & Vargas, C.].
- Colombia. Corte Constitucional. (18 de julio de 2014) Sentencia T-532. [M.P: Guerrero, L.].
- Colombia. Corte Constitucional. (20 de noviembre de 2007) Sentencia T-988. [M.P: Sierra, H.].
- Colombia. Corte Constitucional. (22 de junio de 2016) Sentencia C-327. [MP Ortiz, G.].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de mayo de 2009) Sentencia T-388. [M.P: Sierra, H.].
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de noviembre de 2011) Sentencia T-841. [M.P: Sierra, H.].
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de junio de 2016) Sentencia T-301. [MP: Linares, A.].
- Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Ariel, Barcelona.
- Estados Unidos de Colombia. Congreso (1887). Ley 84. Código civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Paidós: Madrid.
- López Medina, D. (2006) (2ª edición). *EL DERECHO DE LOS JUECES*. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis.

Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Naciones Unidas. (22 de noviembre de 1969). CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

Sandoval, C. (2002). Investigación Cualitativa. Santafé de Bogotá: Icfes.

Zúñiga, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de derecho*. Vol. XXIV, Núm. 2. Pp. 163-177.

ANEXOS.

ANEXO 1. Matriz de análisis documental.

Autor.	Año.	Nombre del documento.	Referencia.	Ideas principales del documento.
Casado, María	2015	A propósito del aborto	Casado, M. (2015). A propósito del aborto. <i>Revista de bioética y derecho</i> . Núm. 12, pp. 30-32.	<p>Concepción del aborto</p> <p>la cuestión del aborto, no es oportuno centrarla en torno a los términos matar y no matar, o justo e injusto, sino más bien en un conflicto de valores y de su jerarquización. En ninguna concepción el aborto es un bien, y el reconocimiento del derecho al aborto no implica nunca la obligación de abortar.</p> <p>Las discusiones filosóficas sobre el aborto giran en torno a multitud de cuestiones como la santidad de la vida y en qué consiste decir que una vida es sagrada. La respuesta a la pregunta que suele convertirse en central para el debate de cuándo empieza la vida humana es filosófica, biológica, jurídica y también una construcción cultural. El Derecho atribuye al nacimiento el inicio de la personalidad y el disfrute de los derechos fundamentales. Ser "persona" es una proposición ambigua, conlleva la constatación de un hecho y la atribución de un estatus. Para los juristas, la idea de persona como sujeto de derechos ignora el cuerpo, es un concepto abstracto: "la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones", "voluntad libre y autónoma del sujeto", está ligada a la autonomía. Su universalidad abstracta se apoya en poder ser sujeto de Derechos Humanos; sus prerrogativas morales van más allá de las circunstancias psicofísicas. Podemos afirmar, pues, que estamos ante un pacto —o, para algunos, ante un derecho natural— que no es arbitrario en el sentido de decisión caprichosa sino en el de decisión y de atribución.</p> <p>Mientras, los filósofos han discutido largamente sobre cuáles son los indicadores de la personalidad (racionalidad, conciencia de sí, distinción del bien y del mal, sufrir y gozar, capacidad de decisión y autodeterminación, conciencia de la muerte, percepción de los otros como algo diverso, conciencia del futuro...) y sobre cuanta intensidad debe exigirse en el goce de cada uno de ellos.</p> <p>Es frecuente remarcar que la cuestión del aborto es una cuestión de tolerancia, y que partiendo de distintos presupuestos se puede llegar a aceptar que el concepto de persona tiene distintas dimensiones constitutivas: el individuo biológico, el sujeto físico, la personalidad biográfica, la persona ética... El verdadero espíritu del acuerdo ético es el compromiso, no la concordancia total de todos.</p> <p>Conviene plantearse si existe una correspondencia entre el estatus moral y el legal. Y si el Estado debe regular su práctica, aun en el caso de que se considerase el aborto un mal, pues razones de política legislativa aconsejan la evitación de males mayores. Los derechos no son absolutos y la atribución de derechos al feto anularía los de la mujer embarazada; por ello la doctrina del Tribunal Constitucional español establece que el feto es un bien jurídicamente protegido, pero que no tiene derechos: los derechos fundamentales de la persona no se adquieren hasta el nacimiento.</p> <p>El aborto ha tenido una larga historia de prohibición y de práctica. Su represión no ha conseguido evitarlo sino, únicamente, convertirlo en algo más inseguro para la salud de las mujeres y más discriminatorio. Discriminación que se produce no sólo entre mujeres y hombres (paga una por lo que hicieron dos y, en ocasiones, contra su voluntad) sino entre las propias mujeres (en función de sus posibilidades económicas y sociales para acceder a un aborto seguro).</p> <p>Se trata de un problema de política jurídica, no ya de una cuestión de conciencia. Y, también, de una cuestión de salud pública puesto que han subido las estadísticas de aborto de forma reiterada especialmente en las adolescentes. Toda ley del aborto debe acompañarse de una buena política de salud sexual y reproductiva que facilite el acceso a la información y a los métodos anticonceptivos, y que fomente la responsabilidad en el ejercicio de la sexualidad, de manera que el aborto no sea la primera opción.</p> <p>En todo caso, la regulación del aborto suscita una polémica que sería oportuno acotar ya que, frecuentemente, no debería centrarse la cuestión en discutir de nuevo sobre la moralidad del aborto, puesto que leyes sobre la interrupción voluntaria del embarazo ya existen en más de dos tercios del conjunto de los países del mundo y, por otra parte nunca ha sido equiparado al asesinato ni en las penas ni en el duelo y el sentir social. De lo que se trata, a mi entender, es de aducir razones a favor o en contra del tipo de regulación, o su modificación, que se proponga.</p> <p>La regulación del aborto puede efectuarse mediante una ley que recoja indicaciones de supuestos de hecho en que la conducta queda despenalizada, mediante una ley que fije unos plazos para la intervención y mediante un sistema mixto en el cual se atienda al sistema de plazos durante las primeras semanas de gestación y a partir de ahí entren en juego las indicaciones y la prohibición. La mayoría de los países se acogen al sistema de indicaciones y se despenaliza la</p>

				<p>práctica del aborto (realizado con consentimiento de la embarazada y cumpliendo determinados requisitos) en diversos supuestos entre los cuales los más comúnmente aceptados son: el peligro para la vida o la salud de la madre, que el embarazo sea consecuencia de una violación —previamente denunciada—, las malformaciones del feto y la llamada indicación social o socioeconómica. En la adopción de una u otra técnica subyacen valoraciones distintas del conflicto entre los derechos reales de la mujer y los potenciales derechos del embrión o del feto —a los que el Tribunal Constitucional español no considera personas sino bienes jurídicamente protegibles.</p> <p>Entre el choque de absolutos que se produce al otorgar derechos dominantes al feto sobre los de la mujer, prohibiendo el aborto en cualquier circunstancia, o al atribuir derechos absolutos de libre decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, en cualquier momento, la posición que se propone es una posición gradualista y llena de razonabilidad. En el principio del embarazo, se entiende que prima la decisión de la mujer sobre la potencialidad de una vida en fase embrionaria y, estableciendo plazos, se deja en manos de la persona sujeto de derechos —la mujer— la decisión, respetando su autonomía sin necesidad de controles de terceros, médicos o psicólogos. A partir de ahí se considera que mientras mayor viabilidad adquiera el feto mayores medidas de protección se requieren; por ello sólo se mantienen las indicaciones del peligro grave para la vida y la salud de la madre y las malformaciones del feto.</p>
Zúñiga, Alejandra	2011	Aborto y derechos humanos	Zúñiga, A. (2011). Aborto y derechos humanos. <i>Revista de derecho</i> . Vol. XXIV, Núm. 2. Pp. 163-177.	<p>Aborto – DDHH.</p> <p>La Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité de la ONU contra la Tortura, entre otros, han declarado unánimemente, en los últimos años, que la penalización del aborto cuando la vida o salud de la madre corren peligro o cuando el embarazo es producto de una violación, constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres.</p> <p>¿Qué concepción de los derechos humanos está detrás de esta significativa declaración?</p> <p>Los derechos humanos, según se ha defendido por la teoría y filosofía política desde, al menos, el siglo XVIII, son derechos subjetivos que reconocen a su titular prerrogativas que sólo pueden ser limitadas con el fin de proteger otros derechos humanos detentados por personas humanas. Ello acarrea, entonces, al menos dos importantes consecuencias: que los derechos humanos no pueden restringirse o anularse con el fin de salvaguardar intereses colectivos, utilitarios o consecuencialistas, tampoco valores sustentados por grupos religiosos o ideológicos, aun cuando ellos sean mayoritarios. En segundo lugar, implica que, para decidir sobre la legitimidad moral y legalidad del aborto, debemos ser capaces de identificar, en contraposición con los derechos humanos de las mujeres, un derecho del embrión o feto en tanto persona o, si esto no es posible, al menos como ente independiente con algún interés jurídicamente protegible.</p> <p>Justicia distributiva sanitaria y moralidad del aborto</p> <p>Cada día mueren 1.500 mujeres por problemas asociados al embarazo o al parto, lo que significa que cada minuto fallece una mujer a causa de su embarazo. Las muertes maternas están estancadas desde hace 20 años, con más de 500.000 al año. La mortalidad materna es la principal causa de muerte entre mujeres en edad fértil en los países en desarrollo y la inmensa mayoría de estas muertes son evitables, lo que evidencia que se trata de “la mayor desigualdad del mundo en materia sanitaria” (UNICEF. State of the World’s Children, Informe del año 2011.)</p> <p>Las causas de estas muertes siguen siendo las mismas: hemorragias postparto, infecciones, parto prolongado y, como sabemos, los abortos clandestinos que constituyen un 30% de la tasa anual de mortalidad materna. Ello resulta especialmente alarmante si se tiene en cuenta que se trata de uno de los factores más fáciles de eliminar si se promueve la planificación familiar, se despenaliza la interrupción voluntaria de la gestación y se democratiza el acceso al cuidado sanitario. Cerca de 200 mujeres mueren al día en todo el mundo al someterse a un aborto sin las mínimas condiciones de higiene. (United Nations Population Fund. Making reproductive rights and sexual and reproductive health a reality for all. UNPF. Mayo, 2008.)</p> <p>Sostener la ilegalidad del aborto es una forma sumamente costosa, en vidas humanas, de distribuir los escasos recursos médicos. “La pregunta no es si estamos de acuerdo o no con el aborto porque, ya sea legal o no, las mujeres se practican abortos como lo demuestran las estadísticas. Por el contrario, la alternativa es escoger entre la vida y la muerte de estas mujeres. Actualmente, mantener las leyes penalizantes vigentes significa escoger la muerte”. Por cierto, como política criminal la penalización del aborto ha demostrado ser extraordinariamente ineficaz. Hacer que el aborto sea ilegal no reduce el número de abortos pues, sólo en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1.000 mujeres (de entre 15 y 45 años) se hacen un aborto por año. En Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1.000. Penalizarlo sólo discrimina a las mujeres sin recursos, pues donde el aborto es legal el riesgo de muerte es menor de 1 por cada 500.000 mujeres. Esto significa que un aborto legal es más seguro que ningún otro tipo de procedimiento médico y que tiene un menor riesgo de muerte que un tratamiento con penicilina.</p> <p>Aborto y derechos humanos</p> <p>considerar “en serio” los derechos humanos de las mujeres exige aceptar que se trata de derechos que sólo pueden ser limitados con el fin de proteger otros derechos humanos individualmente detentados por otra persona, de modo que resulta forzoso descartar como ilegítimos los fundamentos que distintas legislaciones y tribunales han esgrimido para justificar la penalización del aborto: la protección del “valor abstracto de la vida humana”¹⁸. En cambio, la única</p>

manera legítima –acorde con el concepto y características de los derechos humanos que se ha apuntado– de limitar los derechos de las mujeres requiere partir de los siguientes supuestos: primero, se precisa analizar si el feto posee las características que usualmente atribuimos a las personas, únicas titulares de derechos. Segundo, de no ser posible lo anterior, debemos analizar si es factible que, a partir de cierto momento de su desarrollo, el feto desarrolle particularidades que ameriten que le atribuyamos derechos.

En esta línea, debemos acordar algún concepto de persona que sintetice las dos nociones que suelen superponerse, la de persona legal y la de persona moral. Sobre el concepto de persona legal no hay gran discusión pues tanto la legislación nacional como la comparada expresan que sólo quienes han nacido son, técnicamente, ‘personas’ para los efectos de la titularidad de derechos subjetivos. En particular, nuestra legislación es suficientemente clara sobre el particular puesto que ya el Código Civil, en el Título II relativo al “principio y fin de la existencia de las personas naturales” dispone en el artículo 74 “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. En coherencia con lo anterior, según veremos, la Constitución da un tratamiento distinto del de las personas al que está por nacer (en el artículo 19 N° 1 inciso 2) y el Código Penal establece para el aborto una pena inferior al infanticidio y al parricidio, regulando el aborto en una sección, de nuevo, diferente de aquella referida a los “delitos contra las personas”.

¿Sin embargo, es el feto una persona moral? El concepto de persona moral, propio de la filosofía política, ha sido especialmente desarrollado por John Rawls en base a la teoría de Kant sobre el actuar autónomo, el actuar ético. Desde este punto de vista los requisitos para ser considerados persona son más estrictos que el solo hecho de haber nacido. Las personas morales, sostiene Rawls, son aquellas capaces de detentar dos virtudes morales: por una parte, un sentido de la justicia y, por la otra, una cierta concepción del bien. El primero exige la capacidad de entender, aplicar y actuar según la concepción pública de la justicia que caracteriza a los términos equitativos de la cooperación social. La segunda, la capacidad de adoptar una cierta concepción del bien, esto es, “una familia ordenada de fines y objetivos últimos que definen la concepción que tiene la persona de lo que tiene valor en la vida humana”²¹. Y concluye que “sólo los que pueden hacer justicia tienen derecho a la justicia”²² de modo que no parece posible considerar al feto como persona moral puesto que ni siquiera un recién nacido sería capaz de responder a la noción de persona desarrollada a partir del ideal kantiano de autonomía moral.

¿Qué importancia tiene lo anterior para la regulación del aborto? Desde ya parece ineludible aceptar que, puesto que no hay ‘otra persona’ –sea legal o moral– que pueda oponer sus derechos a los de la mujer, no habría justificación alguna para limitar o excluir sus derechos humanos los que, además, poseen el carácter de prioritarios o absolutos –sólo pueden verse limitados en caso de conflicto con los derechos de otras personas–, son individualizados –ningún ente o valor que no sea una persona humana individualmente considerada detenta tales derechos– y son contramayoritarios –derechos fuertes, ‘cartas de triunfo’ en contra de intereses colectivos–.

Ello, sin embargo, no significa que no podamos encontrar argumentos que permitan regular e incluso restringir el derecho al aborto, pero debemos hacerlo demostrando cómo es posible identificar en el feto, individualmente considerado, y en atención a sus distintas etapas de su desarrollo, ciertas características compartidas con las personas, que ameriten que le atribuyamos derechos por sí mismo. Se requiere identificar cuándo el propio feto adquiere un interés relevante digno de ser protegido y capaz de desplazar el derecho fundamental de la mujer a la autonomía reproductiva. Aquí hay dos caminos posibles, primero, atender a la capacidad del feto de sentir dolor o de ser consciente de sufrimiento y, segundo, prestar atención al momento de la viabilidad fetal, esto es, a la capacidad del feto de vivir fuera del útero materno.

Empecemos por el segundo argumento. El problema asociado a la tesis de la viabilidad–utilizada, como se sabe, por la Corte Suprema estadounidense para despenalizar el aborto ya en el año 1973²⁴– está en que debido al rápido desarrollo de la ciencia, el plazo de la viabilidad –que hoy ronda en las 24 semanas de gestación– podría ir variando obligándonos a restringir cada vez más los derechos de las mujeres. Por ello, parece preferible argumentar en torno a si es posible que el feto posea algún interés independiente jurídicamente protegible, sustentado teóricamente en la convicción de que no es lo mismo un aborto temprano que uno tardío, tesis que ha venido a validar las reformas legislativas de varios países en Europa. En palabras de Valdés “las obligaciones morales que se tienen frente a una persona ya nacida no son las mismas que las que se tienen frente a un óvulo fecundado. Por ejemplo, a este último no lo podemos lastimar ya que carece de toda sensibilidad. Tampoco parece como algo cuyos deseos o intereses personales o planes de vida podamos contrariar, porque simplemente no posee ninguno(...).” Al parecer, los óvulos fecundados resultan ser distintos de las personas precisamente en aquellos aspectos que importan a la moralidad (dolor, deseos o intereses).

La ciencia ha probado que el desarrollo del ser humano es un proceso gradual. “El óvulo fecundado es una célula individual que, después de unos días, sigue siendo un diminuto conjunto de células sin ningún rasgo anatómico del ser en el que se convertirá posteriormente (...) hasta los 14 días después de la fertilización, ni siquiera podemos saber si el embrión va a ser uno o dos individuos”²⁷ ¿Es verdad que no existiría ninguna línea divisoria moralmente significativa entre el óvulo fecundado y el niño? Como vimos, las sugeridas normalmente –el nacimiento, la viabilidad y el movimiento– no parecen pertinentes. Sí parece importante, en cambio, la capacidad del feto de sentir dolor o de ser consciente de sufrimiento.

Entonces ¿Tienen los fetos derechos o intereses jurídicamente protegibles en tanto seres individualmente considerados? Si el feto es capaz de sentir dolor,

				<p>sostiene Singer, entonces “tendría interés en no sentirlo y a ese interés se le debería dar igual consideración que a los intereses similares de cualquier otro ser”²⁸. En la misma línea, para Dworkin resulta muy difícil defender la idea que postula que el feto tiene intereses propios, en particular, un interés en no ser destruido desde el momento mismo de la fecundación²⁹. Pero, en cambio, sí es posible atribuir interés al feto cuando éste es capaz de sentir dolor. “Infligir dolor al feto, que está dotado de un sistema nervioso suficientemente desarrollado para sentirlo, es también muy desfavorable a sus intereses. Pero un feto no puede ser consciente del dolor hasta el final del embarazo porque hasta entonces su cerebro no está lo suficientemente desarrollado”.</p> <p>Las últimas investigaciones médicas publicadas en diversas revistas científicas indican que los fetos sólo son capaces de sentir dolor a las 29 o 30 semanas, entre 6 y 7 meses de embarazo, puesto que las estructuras cerebrales donde se reconoce un estímulo desagradable son las últimas que se forman durante la gestación. El dolor viaja por el sistema nervioso y en el feto lo último que se forma son las células más especializadas del cerebro, la corteza cerebral. “La percepción del dolor requiere el reconocimiento consciente o conciencia de un estímulo nocivo. Ni los reflejos de retirada, ni las respuestas hormonales de estrés para procedimientos invasivos prueban la existencia de dolor en el feto, ya que pueden ser provocadas por estímulos no dolorosos y producirse sin el procesamiento cortical consciente. La conciencia del feto ante estímulos nocivos requiere conexiones funcionales tálamo-corticales. Las fibras tálamo-corticales comienzan a aparecer entre las 23 a 30 semanas de gestación, mientras que la electro-encefalografía indica que la capacidad de percepción del dolor funcional en los recién nacidos prematuros no existe, probablemente, antes de las 29 o 30 semanas”³¹</p> <p>Así, por lo demás, ha argumentado el Colegio de Bioética de México durante las discusiones originadas a propósito de la despenalización del aborto en dicho país. “Los conocimientos científicos sobre el genoma, la fertilización, el desarrollo del embrión humano y la fisiología del embarazo indican que el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque:</p> <ol style="list-style-type: none"> Carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero; Si bien posee el genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona, obligaría a aceptar como persona a cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tienen el genoma completo. La extirpación de un órgano equivaldría entonces a matar a miles de millones de personas; A las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones nerviosas hacia esa región que son indispensables para que puedan existir las sensaciones; Por lo anterior, el embrión de 12 semanas no es capaz de experimentar dolor ni ninguna otra percepción sensorial, y mucho menos de sufrir o de gozar”³². <p>Esta evidencia científica parece haber sido uno de los principales fundamentos de la mayoría de las legislaciones del mundo desarrollado que han transitado desde las leyes de indicaciones a las leyes de plazos, pues parece razonable y coherente con la teoría de los derechos humanos que he venido analizando que, si la restricción de derechos requiere ser justificada sobre la base del dualismo “persona-persona”, las legislaciones que regulen el aborto debieran, luego, limitarlo sólo cuando sea posible reconocer, en el feto mismo, alguna de las características relevantes compartidas por las personas humanas: percepción y conciencia del dolor.</p> <p>Es por ello que el límite legal para realizar abortos, en la mayoría de los países de Europa, es de 12 semanas. El país donde el límite es mayor es Chipre (con 28 semanas, pero sólo en ciertas circunstancias). Le siguen con 24 semanas Finlandia, el Reino Unido y Holanda. El resto de los países oscila entre las 12 y 22 semanas. En la misma línea, en los Estados Unidos resulta inconstitucional prohibir el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo³³.</p>
Aguirre, Javier; Silva, Alonso & Pabón, Ana.	2015	Análisis de la sentencia C-355 del 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva	Aguirre, J.; Silva, A. & Pabón, A. Análisis de la sentencia C-355 del 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en	<p>La pregunta que constituyó el eje de esta investigación gira, precisamente, en torno a la actividad interpretativa de la Corte Constitucional colombiana, «expresión de la razón pública», en asuntos que generan controversia, y al tipo de argumentos que en ella prevalecen. La Corte Constitucional, como suprema intérprete de la Constitución, adopta decisiones que pueden comprenderse desde una determinada perspectiva teoría política o filosófica. En ese sentido ya anotaba Dworkin sobre el papel del juez:</p> <p><i>Los jueces como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, que en su forma más general, enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar</i>” (Dworkin, 1989, p. 146).</p> <p>No obstante, ¿qué concepciones políticas y filosóficas orientan a la Corte Constitucional en casos controvertidos? En casos como el de la constitucionalidad de la sanción penal por aborto se pueden identificar toda suerte de argumentos, incluidos los de tipo religioso que conviven con argumentos seculares, los cuales se han fortalecido con el hecho histórico de la entrada en vigencia de la Carta del 91 y con los movimientos ideológicos que se han generado con el reconocimiento del pluralismo político. En cuestiones divisivas, como la interrupción voluntaria del embarazo, se hace más notorio el problema de las relaciones entre la religión y la idea de un Estado constitucional, pues el debate incorpora las nociones fundantes del proyecto político de la modernidad y los valores democráticos y liberales. En este marco de reflexión, la pregunta rectora que orientó la investigación fue: ¿qué postura ha adoptado la Corte Constitucional de Colombia en relación con los argumentos religiosos, a la hora de fundamentar y expresar sus decisiones en algunos casos controvertidos?, ¿los ha adoptado, los ha rechazado o los ha traducido?, ¿qué pueden significar las anteriores opciones?</p>

		de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública en Diálogo con Ronald Dworkin	<p>Diálogo con Ronald Dworkin <i>Revista Estudios Socio-Jurídicos</i>. vol. 17, núm. 2, pp. 113-143.</p> <p>el papel de la religión en relación con la modernidad y la democracia. Para este autor, al nivel de la “esfera pública informal”, 2 los ciudadanos religiosos y seculares tienen ciertas obligaciones que deben cumplir, si quieren participar de un discurso libre, informado y democrático. Por una parte, los ciudadanos religiosos pueden expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso, si no logran traducir en términos seculares sus ideas, pues los ciudadanos seculares, como ciudadanos democráticos, deben abrir su mente a dichos argumentos. Esto en concordancia con ciertos deberes de los ciudadanos no religiosos: a) aceptar que los ciudadanos religiosos tienen derecho a contribuir en los debates políticos públicos expresándose en términos religiosos. b) aceptar el potencial de verdad de las concepciones religiosas, y c) participar en los esfuerzos por traducir los argumentos religiosos relevantes a un lenguaje públicamente accesible. (Habermas, 2006, p. 119). Desde la perspectiva de Habermas, dado el pluralismo religioso propio de las sociedades contemporáneas, el avance de las ciencias modernas y el establecimiento del derecho positivo y la moral secular social, los ciudadanos religiosos tienen que cumplir también con algunos deberes con el fin de actuar como ciudadanos democráticos. Estos deberes son: a) aceptar la existencia y validez de otras religiones, b) reconocer la independencia y autonomía del conocimiento secular, c) reconocer la primacía de las razones seculares en los debates políticos, producto de las nociones de derecho racional y de la moral universalista. Pese a esta “apertura” hacia la religión, Habermas mantiene la tradición liberal en la “esfera pública formal”, ámbito institucional en el que se desarrollan los debates del congreso, la argumentación judicial, los debates colectivos en las cortes y, en general, en la administración estatal. En estos espacios todo debe expresarse en un lenguaje accesible a todos los ciudadanos, de manera que una ley o sentencia no podría justificarse en argumentos religiosos.³ En primer lugar, la teoría de la democracia de Habermas, en lo referente al papel de los tribunales constitucionales, se desarrolla a partir de un diálogo crítico con Ronald Dworkin (Habermas, 2001, p. 326-339). El filósofo alemán acepta, en términos generales, la idea de Dworkin según la cual en el derecho existen “respuestas correctas”. Sin embargo, Habermas pretende superar las consecuencias monológicas de la perspectiva de Dworkin a partir de una teoría discursiva y comunicativa del derecho (Mejía Quintana, 2012). En segundo lugar, debemos señalar que la perspectiva de Habermas sobre el aborto es ambigua. El filósofo se ha referido de forma explícita al tema en dos textos. En el primero se preguntaba por la posible existencia de una única respuesta correcta para la cuestión del aborto. Después de señalar que las dos partes extremas del debate parecen tener argumentos, “quizá igual de buenos” Habermas sugiere que tal vez lo mejor sea entender el aborto como un asunto ético. (2000, p. 172). Así, en contraste con la perspectiva moral, para Habermas (2000) la perspectiva ética es aquella que se encuentra inextricablemente entretejida con autodescripciones particulares de personas y de grupos. Desde acá, en vez de una única respuesta correcta, se deben admitir “diferentes respuestas válidas, según fuese en cada caso el contexto, el horizonte de tradiciones y el ideal de vida” (Habermas, 2000, p. 172). Recientemente, Habermas afirma que existe una gran enseñanza que se puede extraer del debate sobre el aborto, a saber, “el fracaso de todo intento de llegar a una descripción cosmovisivamente neutral (es decir, que no prejuzgue) del estatus moral de la vida humana incipiente, una descripción que sea aceptable para todos los ciudadanos de una sociedad secular” (Habermas, 2002, p. 48.) La razón por la cual la cuestión del aborto no sería un asunto moral, es por su necesaria presuposición sobre el valor y la descripción ontológica del embrión; un asunto en el que es imposible llegar a un consenso correcto para todos. En el segundo texto, Habermas cita de forma explícita uno de los trabajos en los que Dworkin (1994) argumenta su visión⁴. Por esta razón consideramos oportuno analizar directamente la perspectiva de Dworkin para tratar de extraer consecuencias democráticas concretas, para el contexto ético de la sociedad colombiana, que vayan más allá de las restricciones filosóficas que Habermas se impone a sí mismo⁵. Leer la terminación de este acápite, Dworkin establece argumentos para el aborto desde la concepción liberal secular.</p> <p>En los siguientes dos acápites de este artículo se hace un estudio profundo de la sentencia C-533/06.</p>
Sebastiani, Mario	2018	El aborto como un bien social.	<p>Sebastiani, M. (2018). El aborto como un bien social. <i>Revista de bioética y derecho</i>. Num. 43, pp. 33-43.</p> <p>Identifico, a grandes rasgos, tres grupos: En un primer grupo están quienes manifiestamente se encuentran contra el aborto y dicen velar por la santidad de la vida; en un segundo grupo se encuentran quienes están a favor de la despenalización del aborto y encuentran su fundamento en el hecho de que el aborto es un problema de salud pública que afecta la dignidad de las mujeres. En un tercer grupo se encuentran las posiciones intermedias —a quienes llamaré “Ni-Ni”— donde están aquellos que ni están absolutamente en contra del aborto ni están a favor del aborto en todas sus causales. si el objetivo de someter al aborto a la ilegalidad es defender la vida de los embriones, la penalización del aborto no cumple su objetivo. Desde el punto de vista teórico, la posición pro vida es una posición dogmática, deontológica y con un gran componente religioso que se asienta sobre la santidad de la vida, justificada desde la visión —religiosa— de que la persona comienza desde el momento de la concepción. Esta tesis muestra una visión sesgada y una manipulación del estatuto del embrión, poniendo a la genética y a los 46 cromosomas en el centro de la escena y desconociendo las distintas visiones que cuestionan el estatus de persona del embrión desde las ciencias, la ética, la filosofía, la filosofía jurídica o incluso desde la religión. Desde el punto de vista práctico, la posición pro vida es contradictoria. Invierten una enorme cantidad de poder y dinero en demonizar al aborto y a las mujeres que recurren a la interrupción del embarazo y prácticamente no hacen nada o muy poco para prevenir el embarazo no deseado. Así, lejos de contribuir a</p>

Malagón, Lina	2006	El reconocimiento del derecho fundamental a abortar. Un camino para evitar la desigualdad	Malagón, L. (2006). El reconocimiento del derecho fundamental a abortar. Un camino para evitar la desigualdad. <i>Revista Derecho del Estado</i> . Núm. 19, pp. 3-22.	<p>proteger la vida embrionaria disminuyendo la cantidad de abortos, contribuyen a su alta incidencia.</p> <p>Historia del aborto en Colombia. El tema de la interrupción voluntaria del embarazo empezó a discutirse durante los años sesenta cuando se introdujeron los primeros métodos anticonceptivos al país permitiéndose de esta manera controlar la reproducción humana. Este cambio tecnológico trajo también un cambio cultural, puesto que el aborto pasó de ser una práctica terminantemente prohibida por la sociedad a ser una opción socialmente aceptable². Sin embargo, este cambio de mentalidad no implicó el final del debate en torno al aborto, como lo demuestra el hecho de que algunos ciudadanos, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaran ante la Corte Constitucional los tipos penales referentes al aborto inducido³.</p> <p>Posturas que se pueden adoptar frente al tema del aborto. En el plano jurídico, hay un fuerte enfrentamiento entre los que defienden la penalización absoluta del aborto inducido, en cuanto que este supone la muerte de un ser humano y, en consecuencia, constituye un delito; y aquellos que defienden su despenalización en cualquier caso argumentando que la sexualidad y la reproducción son temas que pertenecen a la esfera privada de los individuos y frente a los cuales el Estado debe mantenerse al margen.</p> <p>A un lado de estas dos posturas se han construido planteamientos intermedios que defienden una despenalización parcial del aborto. Uno de estos planteamientos se conoce con el nombre de “sistema de indicaciones”. En este sistema la penalización del aborto conoce cuatro excepciones: grave peligro de la madre, grave malformación del feto que impida su vida extrauterina, embarazo producto de una conducta violatoria de la libertad sexual de la mujer, e imposibilidad socioeconómica de mantener al futuro recién nacido; y en ellos el aborto es una conducta conforme al derecho. En este mismo sentido, el llamado “criterio temporal” es también una posición intermedia porque advierte que el aborto sólo puede ser practicado durante los primeros tres meses de embarazo. Desde la perspectiva del derecho comparado, algunas legislaciones han decidido adoptar el criterio temporal para regular el aborto provocado⁴. Otras han mezclado el sistema de indicaciones con el sistema por plazos⁵.</p> <p>Se hace un barrido histórico de las sentencias de la corte constitucional, respecto a los criterios para penalizar o despenalizar el aborto (línea jurisprudencial)</p> <p>EL ABORTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL ¿por qué debe el aborto legalizarse de manera absoluta? En nuestra opinión, debe legalizarse totalmente porque se trata de un derecho fundamental de las mujeres tal y como lo demostraremos a continuación.</p> <p>En primer lugar, según OSUNA PATIÑO²⁹, como la enumeración de los derechos fundamentales consagrada en las constituciones y en los instrumentos internacionales no es taxativa sino que tiene un carácter enunciativo, un ejercicio exegético es insuficiente para dilucidar cuáles son los derechos fundamentales. Por lo tanto, aunque el derecho a abortar no esté consagrado de manera explícita en ningún instrumento suprallegal, puede ser fundamental.</p> <p>En segundo lugar, resulta conveniente recordar, como lo hace OSUNA PATIÑO, que el catálogo de los derechos fundamentales no es estático, sino dinámico. Así, a lo largo de la historia, este catálogo ha cambiado cuantitativa y cualitativamente. En consecuencia, los derechos fundamentales se transforman con el tiempo y lo que ayer no era considerado como derecho fundamental hoy puede que sí lo sea.</p> <p>De esta manera, el contexto histórico determina en gran medida la existencia de los derechos fundamentales. En este sentido, nosotros creemos que desde los años setenta nuestra sociedad ha vivido grandes cambios científicos que han influido de manera especial en el control de la reproducción humana y que han permitido desligar la sexualidad de la maternidad. Por lo tanto, hoy en día la mujer tiene necesidades que antes no tenía y, en esta medida, este contexto ha determinado el nacimiento del derecho fundamental al aborto.</p> <p>Por otra parte, el derecho a abortar se deriva del derecho a la privacidad que, a su vez, se deriva del derecho a la libertad negativa, ambos consagrados en nuestra Constitución Política. Según DWORKIN, la sentencia del juez BLACKMUN en <i>Roe vs. Wade</i> (1973) declaró que las mujeres tienen el derecho fundamental a la privacidad procreativa que implica el reconocimiento del derecho a abortar. Durante los dos primeros trimestres de embarazo ningún Estado puede prohibir el aborto porque no existen razones imperativas para limitar este derecho durante ese periodo determinado.</p> <p>Por otra parte, el derecho al aborto surge del reconocimiento de la libertad de conciencia y del pluralismo. DWORKIN afirma que el gobierno no puede dictar lo que se debe pensar “acerca de valores éticos y espirituales y, especialmente, de valores religiosos”³⁵. La conciencia colectiva de los ciudadanos de las democracias liberales, como la nuestra, rechaza las normas que imponen valores morales, porque se considera que la moral, al ser incierta y relativa, no puede ser la base para crear derecho, el cual debe ser cierto e incluyente. Este tipo de normas, al alienar la responsabilidad moral de las personas, no pueden ser válidas.</p> <p>DWORKIN afirma, por otra parte, que la gran mayoría de personas que se oponen al aborto lo hacen verdaderamente porque consideran que la vida humana tiene un valor intrínseco y es una vergüenza extinguirla a propósito. No están en contra del aborto</p>
---------------	------	---	---	--

			<p>porque crean que el feto es una persona o porque éste tenga intereses que deban ser protegidos por el derecho. En efecto, elevar al feto a la categoría de persona con derechos e intereses es sólo el camino elegido para defenderlo, para protegerlo.</p> <p>Pero es cierto que los que están a favor del aborto comparten también la idea de que la vida humana es inviolable, sagrada y valiosa. Lo que sucede es que estas personas “se preocupan más por las vidas que las personas tienen ahora, que por la posibilidad de otras vidas por venir”³⁶. Se trata de dos caras de una misma moneda.</p> <p>Por eso, se puede concluir que la raíz del debate se encuentra en la inviolabilidad de la vida, que es un tema perteneciente al mundo de la moral. En consecuencia, no es de extrañarse que muchas personas afirmen que el aborto es un acto inmoral, pero que al mismo tiempo estén en desacuerdo con la penalización del aborto, ya que creen que el Estado no puede imponer una moral particular a todos los asociados. Así, al penalizar el aborto, el Estado, lo que hace es violar la autonomía moral de las personas, porque está imponiendo la manera en la que debe respetarse el valor intrínseco de la vida humana que todos reconocemos.</p> <p>Se maneja una postura del aborto como un derecho fundamental exclusivo de las mujeres</p>
--	--	--	---