



Colisión de principios jurídicos en la despenalización del aborto

Collision of legal principles in the decriminalization of abortion

Juan Fernando Díaz Pérez¹

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8129-931X>

Google scholar: https://scholar.google.com/citations?view_op=list_works&hl=es&hl=es&user=-H5SqOAAAAAJ

Resumen

A propósito de la liberalización del aborto bajo cualquier causal, aprobada recientemente en algunos países de América Latina, y la inhibición de la Corte Constitucional de Colombia respecto a una demanda de inconstitucionalidad que buscaba penalizar el aborto en todos los casos, en marzo de 2020; se hace necesario refrescar el análisis de la Sentencia C-355 de 2006, a la luz de la teoría general de los principios vigentes en el ordenamiento jurídico de Colombia, bajo una metodología de ponderación de estas normas rectoras.

Palabras clave: Aborto, Colombia, penalización, principios, ponderación.

1 Abogado con especialización en Derecho Administrativo, Universidad de Medellín. Actualmente candidato a especialista en Derecho Empresarial de la Universidad de Medellín. Medellín – Antioquia, Colombia. Contacto: juanfdiazp@gmail.com.

Abstract

Regarding the liberalization of abortion under any cause, recently approved in some Latin American countries, and the inhibition of the Constitutional Court of Colombia regarding a lawsuit of unconstitutionality that sought to criminalize abortion in all cases, last March 2020; it is necessary to refresh the analysis of the Ruling C-355 of 2006, in context of the general theory of the principles current in the Colombian legal system, under a weighting methodology of these principal standards.

Keywords: Abortion, criminalization, Colombia, principles, weighting.

Introducción

A la luz de una teoría de principios y en el marco de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana (sentencias C-355/06, C-133/94, T-223/98) frente a las tres causales en las cuales es permitida la práctica del aborto terapéutico, en el siguiente escrito se analizará la aplicación de la ley de la ponderación, la ley de la colisión y la teoría principialista general por parte de la jurisdicción constitucional, frente a la permisión del aborto terapéutico y voluntario, cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Inicialmente, se referenciarán las consideraciones de la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 32 numeral 7, 122, 123 y 124 del Código Penal (ley 599 de 2000), referentes a la ausencia de responsabilidad, el tipo penal de aborto y sus circunstancias de atenuación punitiva. Paralelamente se evaluarán los más notables conflictos entre principios, su variación y comparación en las mencionadas providencias constitucionales. Finalmente, se abordará la ponderación que realiza la Corte Constitu-

cional en la sentencia de constitucionalidad condicionada (C-355/06), con unas acotaciones específicas, que nacen de la reflexión propia del autor, frente al ejercicio de ponderación en sus tres etapas: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Todo esto soportado en la teoría de Robert Alexy y el colombiano Sergio Estrada Vélez²; teniendo en cuenta, además, conceptos que se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano o que han ganado fuerza en el imaginario de la comunidad jurídica, como son: la diferenciación entre el derecho a la vida y el derecho de protección a la vida, la amplia libertad de legislación penal por parte del congreso, el ordenamiento jurídico “*pro-vida*”, la salvaguarda del *nasciturus*, entre otros más examinados durante el ejercicio de construcción de este escrito.

Breve aproximación contextual

Para abordar el debate planteado con anterioridad, es menester hacer precisión de algunos conceptos básicos que permitan ilustrar y guiar el desarrollo de las ideas que se pretenden exponer a lo largo del análisis de la sentencia C-355/06, así como el contexto en el cual se enmarca este estudio.

En primer lugar, se invita al lector a fijar la mirada en las condiciones normativas del aborto en el continente latinoamericano. Así se vislumbra que, para la fecha de esta publicación, solo cinco países (Uruguay, Cuba, Guayana, Guayana Francesa, Puerto Rico) permiten abortar sin condiciones en las primeras semanas de gestación, según el plazo establecido por sus leyes; mientras que en cinco más opera la prohibición sin excepciones de la interrupción voluntaria del embarazo (El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Haití), en el resto de América Latina todos los Estados incorporan

2 Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 59(121), 77-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>

causales que eximen la punibilidad, en mayor o menor medida, de la interrupción del embarazo.

Tal es el caso de Colombia que, en el año 2006, en pronunciamiento judicial del alto tribunal constitucional, declaró exequible condicionalmente los artículos del Código Penal que tipificaban como delito la interrupción voluntaria del embarazo, bajo parámetros exactos y causales bien determinadas, que examinaremos en el capítulo siguiente.

Volviendo la mirada al derecho comparado, recientemente los ordenamientos jurídicos vecinos han sido objeto de cambios respecto al aborto voluntario que, siendo fruto de manifestaciones sociales y expresiones colectivas de voluntad popular, han llevado a los órganos parlamentarios a adecuar los preceptos normativos en obediencia al sentir del constituyente primario (como en el caso de Argentina). Estas situaciones particulares, reabren en nuestro país esta álgida discusión, con caldeados debates y férreos apoderados, tanto en pro como en contra, de una despenalización absoluta ante la interrupción voluntaria del embarazo.

Sea este el momento para analizar, brevemente y de paso, la influencia de los sectores políticos, como el feminismo, en las recientes despenalizaciones, desde un punto de vista sociológico, más que jurídico, en las que se esgrime la prevalencia de la dignidad de la mujer como principal argumento para lograr la liberalización del aborto.

Movimientos feministas en Chile y Argentina han traspasado fronteras y hoy día comienzan a permear las comunidades vecinas. Bajo un estandarte claramente definido, ponen en la agenda política de sus países que, la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres, fundamenta el pleno ejercicio de su dignidad humana, además de luchar contra un estigma social que, en franca discriminación, solo le es aplicado al género femenino cuando pretende el ejercicio de la libre procreación.

Los abundantes escenarios de violencia en razón del género que se presentan en Latinoamérica, han logrado que el feminismo se abra

una brecha labrada, con manifestaciones sociales y expresiones colectivas, que le permita acceder a iniciativas legislativas que con éxito lleguen a respaldar sus ideales en los parlamentos locales.

En Colombia, por el contrario, estas reivindicaciones se han encontrado en cabeza del poder judicial, y los mencionados debates se han ventilado en el despacho de los altos tribunales, el más reciente en marzo de 2020, cuando la Corte Constitucional decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, por no cumplir con los estrictos requisitos para revisar los cargos de inconstitucionalidad sobre los artículos que tipifican como delito el aborto en el Código Penal, que, desde 2006, hicieron tránsito a cosa juzgada³.

Ante esta situación, es preciso hacer un comentario respecto al empoderamiento judicial actual, una breve reseña sobre su antecedente y posicionamiento, así como el sometimiento de las decisiones judiciales a una carga argumentativa que sirva de control a la discrecionalidad de los jueces, sirviendo de control bajo el principio de legalidad, piedra angular del Estado de derecho moderno.

Después de la segunda mitad del siglo XX, el constitucionalismo toma preponderancia en el razonamiento jurídico occidental, trayendo consigo el protagonismo de los tribunales constitucionales que constituyen un presupuesto de equilibrio dentro del poder, haciendo valer la supremacía constitucional e incluyendo a las minorías en las decisiones políticas y administrativas. Sin embargo, no podemos desconocer que en varias ocasiones quienes conforman los tribunales constitucionales desvían su actividad de la realización del bien común, como lo menciona Ran Hirschl⁴ en muchos de sus estudios donde pretende “desmitificar el poder judicial como una cruzada a

3 Corte Constitucional de Colombia. (2020, 2 de marzo). Sentencia C-088/20 (Antonio José Lizarazo Ocampo M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>.

4 Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. doi:10.2307/j.ctv15d81nb

favor de los menos favorecidos”; es por esto que las decisiones de los jueces constitucionales también deben ser evaluadas por la comunidad jurídica bajo parámetros que permitan aplicar lo que Rudolf Von Ihering⁵ llama “Derecho auténtico”⁶.

Con el paso histórico del Estado liberal al Estado constitucional, el juez asumió un nuevo papel en el desarrollo del derecho y de la sociedad, convirtiéndose en el garante de la armonía del ordenamiento jurídico, le corresponde a él organizar la estructura de la pluralidad de elementos contenidos por las constituciones contemporáneas. Su labor es compleja y de vital importancia, pues en su búsqueda por la justicia debe hacer que en sus interpretaciones coexistan principios y reglas (e incluso valores).

Sin embargo, si la comunidad jurídica cree ciegamente en que el juez ejercita estos razonamientos de manera infalible, incurriría en el error de dejarle un margen libre de control, es decir, el juez actúa a su libre albedrío y defiende las causas que personalmente considera revestidas de importancia si sus interlocutores no le imponen el deber de argumentar. Es el caso del punto que analizaremos a continuación, con la implementación de la ponderación de principios al objeto de estudio, encausándolo en un escenario de contradicción principalista, que obligue a que ese deber argumentativo del juez se perfeccione aún más.

La teoría principalista jurídica enseña que un criterio para diferenciar reglas y principios es la manera distinta de remediar contradicciones entre ellos. En el caso de las reglas, la discordancia se presenta en el campo de la validez, por ello, o bien se introduce una excepción para eliminar el conflicto o bien debe abandonarse una

5 Lloredo Alix, L.M. (2013). Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234–275. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2110>.

6 El derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por las normas generales, sino el que se vive de modo real por la gente.

de las reglas. Las tensiones entre principios, por el contrario, son en cuanto al peso, no se elimina uno del ordenamiento jurídico, sino que se le declara prevalente frente al otro, en la situación específica.

En el marco de la sentencia C-355/06 debemos afirmar con vehemencia que nos encontramos ante un evidente caso de colisión de principios, excluyendo bajo todo ángulo de observación que se trate de un simple conflicto normativo entre un supuesto jurídico del nivel legal (Código Penal) y uno jerárquicamente superior de orden constitucional (Derechos fundamentales del capítulo I de la Constitución del 1991). Esta colisión no podría ser tan sencilla, subyacen principios de igual nivel jerárquico que deben ser ponderados, tal como se informa en varios acápites de este escrito.

Dada la anterior determinación, cambia abismalmente la manera en que se debe proceder frente a la tensión normativa que atañe a este artículo, pues se exige la ponderación como instrumento para legitimar las decisiones de la Corte; de no realizar este ejercicio, o si solamente se aparenta, sería imposible para los destinatarios de la norma controlar los resultados de la actividad judicial.

Breve aproximación teórica

Para Robert Alexy⁷, tanto las reglas como los principios son normas, ambos dictan lo que debe ser, son en sí mismos expresiones deónticas básicas del mandato; los principios al igual que las reglas son razones para juicios concretos que determinen una guía conductual, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente.

¿Difieren entonces las reglas de los principios? Los criterios para esta distinción, según las múltiples teorías existentes, son muchos (su génesis, determinabilidad de los casos de aplicación, importancia en el ordenamiento jurídico, etcétera); el de uso más frecuente es la

7 Alexy, R., & Valdés, E. G. (1997). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales.

generalidad, teniendo los principios un grado de generalidad relativamente más alto que el de las normas.

Sin embargo, para Alexy las normas pueden dividirse en reglas y principios, pues no solo existe una diferencia gradual sino también cualitativa, esta es la tesis que el mencionado autor considera correcta. El criterio de distinción es entender los principios como mandatos de optimización.

Entendido bajo la óptica de Robert Alexy, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las legales, determinadas por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

En la colisión de principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que a este se le deba introducir una cláusula de excepción. Frente a las circunstancias particulares un principio precede a otro, los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de validez, la colisión de principios (como solo pueden entrar en conflicto principios válidos) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso. La estructura de esta solución puede ser resumida en la ley de colisión y el resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscripta.

Un conflicto de esta clase debe ser solucionado mediante una ponderación de los intereses opuestos. En esta ponderación, se trata de buscar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. Estos mandatos valen relativamente

con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas de su cumplimiento.

La colisión entre principios se resume a que, tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica del cumplimiento del otro, esta situación no es solucionada declarando que uno de ellos no es válido, tampoco introduciendo una cláusula de excepción. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada.

La determinación de esta relación de precedencia consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio se antepone a otro según el caso concreto, bajo condiciones diferentes la precedencia puede ser solucionada inversamente.

Así pues, cuando dos normas tipo principio colisionan en el mandamiento de optimización que les distingue como tal, debe analizarse el grado de su cumplimiento para el caso concreto, y ello debe ser evaluado bajo el test de razonabilidad y de proporcionalidad, extraído de estas mismas teorías principalísticas, e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por el magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la sentencia C-022 de 1996.

En esta decisión judicial se argumenta que, en solución a una colisión de principios que desencadenen evaluar la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”⁸.

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para esta-

8 Corte Constitucional de Colombia. (1996, 23 de enero). Sentencia C-022/96. (Carlos Gaviria Díaz M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

blecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres fases, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido por el establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El primer paso se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en este. Si el trato desigual persigue un objetivo, y este es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

El concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente solo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro; corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales, o etapas de ponderación, como se denominarán más adelante

al evaluar el uso de estas herramientas hermenéuticas por parte de la Corte Constitucional:

- **La adecuación:** debe demostrarse que, en la aplicación de uno u otro principio, resulta adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido
- **La necesidad:** argumentando que, de aquella adecuación uno u otro es necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin propuesto por la norma en disputa
- **La proporcionalidad en sentido estricto:** el principio que se encuentre precedente al otro, o vencedor en la colisión, si se quiere nominar así, deberá ser proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato

Si se quiere, y para simplificar todo lo mencionado en este acápite, la ley de la ponderación referencia las posibilidades fácticas de la aplicación de las normas que entren en un choque de aplicación en dos etapas que examinen (1) la adecuación, o idoneidad (las medidas son adecuadas para conseguir la finalidad) y (2) la necesidad (no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión).

Las posibilidades jurídicas de las normas colisionadas, por su parte, refieren la etapa adicional: (3) la proporcionalidad en sentido estricto (a mayor grado de menoscabo de un principio, mayor importancia de cumplimiento del otro).

Bajo estas nociones teóricas, se continúa el análisis para el caso concreto de la penalización absoluta del aborto en Colombia.

Consideraciones y conflicto entre principios

Sería inapropiado afrontar la ponderación de la Corte con respecto a la exequibilidad condicionada del aborto, sin antes haber reseñado

y comprendido los criterios y principios que orientaron dicha decisión. Por tanto, este aparte se ocupará de analizar los conflictos entre principios que, a juicio del suscrito, son desarrollados por la Sentencia C-355/2006 y compartidos en las sentencias C-133/94 y T-223/98, pronunciamientos jurisdiccionales que anteceden la discusión sobre la liberalización del aborto en Colombia.

Evidentemente, un tema tan sensible socialmente como el aborto acarreará discusiones acaloradas, sin embargo, se reitera el marco netamente jurídico en que se ventila el actual debate, teniendo como punto de partida, tratar las tensiones que se consideran esenciales para el desarrollo de los argumentos presentados en las sentencias citadas *ut supra*, a saber:

La colisión entre la vida digna de la madre y la protección de la vida del no nacido es un punto en el que las tres sentencias coinciden, pero divergen en sus concepciones en relación a ello. Confluyen en apreciar la vida como máxima del orden constitucional, es innegable el deber de protección que este derecho le impone al Estado como bien jurídico. Es decir, en razón de ser el *non plus ultra* de los derechos tutelados en el orden jurídico, la vida convoca, de manera imperativa para su protección, a las autoridades estatales y a los particulares. Sobre ello dice la sentencia C-355/2006:

Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana.

Con respecto a la tutela de la vida del *nasciturus*, acaece un problema bastante complejo y que ha tenido distintas soluciones según la situación histórica y según la filosofía que se adopte; desde lo jurídi-

co, la cuestión radica en establecer desde cuándo se puede considerar al ser en gestación como titular de derechos. ¿Hay vida latente en el embrión? ¿Es el ser en gestación un humano y por tanto goza de protección? En la sentencia C-133/94, la Corte, a pesar de afirmar que el *nasciturus* no es persona humana, se rehúsa a dejarlo desprotegido⁹.

No así se mantendría esta postura pasados cuatro años, pues el mismo tribunal, en la sentencia T-223/98 contraria lo anterior al anotar:

El grupo, los llamados *nasciturus*, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del Estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana.

Por su parte, la sentencia más actual se aparta de la discusión de si el *nasciturus* es persona y simplemente puntualiza que es “*vida humana en gestación*” y como tal merecedora de protección por parte del Estado, dicho deber:

No solo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

9 Corte Constitucional de Colombia (17 de marzo de 1994). Sentencia de Constitucionalidad C-133/94 del 17 de marzo de 1994. Bogotá, Colombia: “No se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el *nasciturus*, como se vio antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona” Y “La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado”.

Con respecto a la vida de la madre, se aprecia en la sentencia C-133/94 la siguiente afirmación del Ministerio de Justicia:

La mujer como gestora de vida, cumple una función vital y social para el género humano: la reproducción de la raza humana. Si no se protege la expectativa de vida del género humano, sería propiciar otra causa de autodestrucción del ser humano, sin el cual no tiene sentido ni la Constitución ni las leyes.

Es innegable la importancia de la mujer para la prolongación de la vida en el planeta, pero si reducimos su rol a este simple argumento, terminaríamos por ver a la mujer como un medio, su relevancia como sujeto equivaldría a su fertilidad. De esta manera se desprecian los derechos fundamentales de la mujer a la vida, la salud, la libertad sexual, entre otros. Esto sería, como bien lo dice la Corte, “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”¹⁰.

Valga agregar que reprochar penalmente la interrupción del embarazo a una mujer que ha tenido que padecer el flagelo de un acto sexual abusivo, violenta su derecho a la salud, no solo física, sino también mental, ya que le impone una carga emocional injusta. Además, el estigma creado por la norma penal la somete a actuar en el desasosiego de la clandestinidad cuando el Estado debería protegerla y prestarle servicios adecuados para de alguna manera reparar, o al menos no agravar, las humillaciones que ha sufrido.

Por último, recordemos que, tal y como se expresa en los salvamentos de voto de la sentencia C-133/94, la destinataria inmediata de las garantías consignadas en el artículo 43 de la Constitución es la mujer embarazada y no el fruto de la concepción.

10 Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

No menos importancia tiene el debate entre la proporcionalidad de la norma penal en contraste a la potestad del legislador para plantear la política criminal que le parezca necesaria para proteger los bienes jurídicos del Estado, pero este debate se aleja ya de la colisión de principios en que se enfoca este artículo, por lo que se pasará de largo sobre el tema, no sin antes reiterar que a quienes competa esta discusión, deberán argüir siempre, un absoluto miramiento de los principios jurídicos que encarna la Constitución Política de 1991.

Debe tenerse en cuenta que, por múltiples factores tanto históricos como sociales, nuestro ordenamiento jurídico ha logrado la concepción social de “pro-vida”, por lo tanto, el legislador no solo está facultado, sino también obligado a tomar las medidas que considere pertinentes para hacer cumplir este mandato. Sin embargo, esta labor se encuentra restringida por las disposiciones constitucionales, la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

No obstante a que es justificada la imposición de una sanción contra los delitos que atenten contra la integridad del *nasciturus*, en el caso concreto del embarazo fruto de abuso sexual, la penalización de esta conducta supondría una ponderación que daría como resultado la preeminencia de la protección a la vida en gestación, desconociendo de manera casi absoluta los derechos de la mujer embarazada, lo que resulta no solo inconstitucional¹¹, sino una completa re-victimización por parte del Estado a la mujer abusada.

11 Corte Constitucional de Colombia (1994,17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm> “En desarrollo de análisis constitucional, el fin perseguido por el legislador al tipificar el aborto es proteger la vida del que está por nacer, mas no proteger el derecho fundamental a la vida, por este motivo, no estamos frente a la ponderación de derechos constitucionales fundamentales. Esta afirmación se explica porque la titular de los derechos fundamentales es la mujer no el *nasciturus*, teniendo como consecuencia dogmática que no se ponderan derechos fundamentales, sino que se verifica que la medida cuya constitucionalidad se estudia sea adecuada, necesaria y proporcional a la restricción del derecho fundamental que se considera vulnerado”.

Finalmente, si bien es cierto que un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es el respeto y la garantía a las libertades individuales y personales¹², debe aclararse la posición de garante del Estado frente a los derechos fundamentales que la Carta constitucional enuncia. La función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados, sin desconocer el ejercicio del poder estatal facultado a la protección de los mismos ante vulneraciones por parte de los particulares o del mismo Estado.

Bajo la solución a estos conflictos y la aplicación de la ley de ponderación, la Corte Constitucional fundamenta sus consideraciones y orienta su decisión a declarar condicionalmente exequible el artículo 122 y declarar inexecutable los artículos 123 (parcialmente) y 124 del Código Penal. A continuación, provendrá la senda de la evaluación a la aplicación de los principios en el razonamiento jurídico de la Corte Constitucional colombiana en el ejercicio de la ponderación.

Ponderaciones de la Corte Constitucional

Como bien se trató anteriormente, frente a múltiples colisiones entre principios y entre principios que subyacen reglas, la Corte realiza ejercicios de ponderación razonablemente aceptados. A continuación, se presenta una revisión argumentada sobre la ponderación más relevante del alto tribunal en la sentencia C-355 de 2006, teniendo como puntos extremos de la colisión la protección a la vida íntegra de la mujer contra el amparo a la vida del que está por nacer:

12 En el caso que nos atañe son: La vida, la libertad, libre desarrollo de la personalidad, privacidad o intimidad, igualdad, la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.

Ponderación Corte Constitucional ¹³		
Etapas de la ponderación	Protección a la vida íntegra de la mujer ¹⁴	Protección a la vida del que está por nacer
Adecuación	1. No constituye delito bajo ciertos supuestos. 2. Aborto lícito con limitación temporal. 3. Aborto lícito sin limitación temporal.	1. Punibilidad total a cualquier tipo de aborto terapéutico. 2. Políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada.
Necesidad	1. La mujer es titular del derecho a la vida, vida que debe ser digna e íntegra; el <i>nasciturus</i> solo posee una simple expectativa. 2. La legislación demandada, aunque atenúa la punibilidad, continúa vulnerando sus derechos. 3. Esta decisión protege derechos fundamentales.	1. Esto implica un sacrificio absoluto de los derechos de la mujer embarazada. 2. Las medidas punitivas no son el único tipo de medidas adecuadas. 3. Punibilidad total supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación.
Proporcionalidad en sentido estricto	1. Artículo 93 C. P. 2. CADH	1. Artículo 43 C. P. 2. Convención Belém do Pará.

Cabe aclarar que esta ponderación de la Corte Constitucional hace referencia solo a la colisión de estos principios, bajo las tres causales

¹³ Fuente: elaboración propia.

¹⁴ Por “protección a la vida íntegra de la mujer” debemos entender que, como TITULAR de dicho derecho (no de una simple expectativa, como lo es el *nasciturus*), deriva múltiples derechos como lo son la salud, tanto física como mental, la dignidad humana de la mujer abusada, la libertad y autonomía sexual, la honra, el buen nombre, entre muchos otros que, por ser ella titular del derecho mencionado tendrán mayor grado de cumplimiento en las condiciones de que el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

preestablecidas en el texto legal como atenuantes de punibilidad y que ahora no constituyen delito pues, como bien especifica la providencia, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto¹⁵.

Ponderación personal

Si bien es cierto que consideramos que el resultado de la ponderación de la Corte es racionalmente acertado, debemos consignar algunas acotaciones al ejercicio descrito en el punto anterior.

Inicialmente, desde el punto de vista teórico, la Corte Constitucional aplica de manera satisfactoria una teoría principialista general acorde al contexto colombiano. Además de la correcta aplicación del proceso de ponderación concebido por Robert Alexy, estableciendo claramente las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro, constituyendo el supuesto de hecho de una regla (el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas) que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente (no se incurre en delito de aborto). Todo esto en consideración de las referencias a las posibilidades fácticas y jurídicas, y justificando, bajo los argumentos y consideraciones mencionadas en puntos anteriores, la razonabilidad de su decisión.

A continuación, se enuncian algunos criterios que, a juicio del suscrito profesional, complementan la ponderación ya analizada. En el ejercicio académico y personal que se publica en este artículo, se

15 Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araújo Rentería M. P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>: “Se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración”.

da cuenta de cómo parámetros no sustituyen la ponderación anterior, sino que aportan y contribuyen para las repercusiones sobre este mismo tema.

Ponderación personal ¹⁶		
Etapas de la ponderación	Protección a la vida integra de la mujer	Protección a la vida del que está por nacer
Adecuación	1. Facilitar la práctica de aborto bajo circunstancias seguras e higiénicas en las E.S.E. 2. Atención psicológica y mental profesional con el fin de que la mujer opte seguir con gestación.	1. Políticas públicas en contra del abandono de menores de edad. 2. Facilitar la adopción entre parejas del mismo sexo. 3. Subvención antiaborto.
Necesidad	1. Medida prohibitiva del aborto es ineficaz y ampliamente vulnerada. 2. Alta tasa de mortalidad por práctica de abortos clandestinos. 3. Aborto sin riesgos, forma de ahorrar costos. El aborto inseguro deja abrumadoras secuelas en los sistemas de salud.	1. La vida es el más importante derecho fundamental que no debe ponerse en la balanza con otros inconvenientes, aparentemente más graves. 2. Pese a que la norma penal no puede ser un instrumento para ratificar valores, usar el aborto como método correctivo, llevaría a una concepción de la vida como bien jurídico descartable.
Proporcionalidad en sentido estricto	1. Artículo 93 C. C. 2. CADH	1. Convención de los Derechos del Niño artículo 12. 2. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, artículo 6.

Previo al capítulo de conclusiones generales de este ejercicio, se hacen necesarios algunos comentarios que armonicen lo descrito en las ponderaciones anteriormente descritas, así:

¹⁶ Fuente: elaboración propia.

En lo referente a la adecuación de los medios, muchos eran los argumentos que señalaban la despenalización total del aborto como solución a la alta cantidad de agravios causados por la práctica clandestina e ilegal del mismo; a nuestro parecer esta medida no solo no solucionaría el problema planteado, sino que como bien lo consideró la Corte, atentaría gravemente contra múltiples normas del ordenamiento jurídico, incluso tratados internacionales suscritos por Colombia (proporcionalidad en sentido estricto).

Así pues, frente a la consideración de que la medida prohibitiva del aborto es ineficaz y ampliamente vulnerada, debemos recordar que los estudios ontológicos no deben constituirse como única fuente de verdad frente una enunciación o argumento deontológico, en palabras más simples, “del ser no se deriva el deber ser”. La punibilidad de una acción, típica y antijurídica no puede excluirse porque en un hipotético caso otro sujeto la habría cometido, pues el ordenamiento jurídico no puede eliminar sus prohibiciones porque otro individuo también estuviere dispuesto a infringirlas.

Por lo anterior, se encuentra fundada la decisión de la Corte de mantener una despenalización parcial, y así se respalda por parte del suscrito, pues como se señaló en este acápite, se encuentra una colisión irreconciliable entre las medidas consideradas como adecuadas (aborto libremente despenalizado) y la yuxtaposición de las mismas con la normatividad vigente (proporcionalidad en sentido estricto), habida cuenta que, si bien el Alto Tribunal ha matizado en plurales ocasiones, disposiciones normativas con consideraciones judiciales netamente imperativas, no le sería dado usurpar funciones netamente legislativas.

Seguido a esto, aludiendo a la concepción popular “*pro-vida*” de nuestro ordenamiento jurídico, es cierto que la legislación debe propender por proteger la vida desde su concepción, pero dicha tutela no puede ser absoluta, debe sopesarse con los demás derechos que están en juego, a fin de no degenerar en un ordenamiento jurídico “*pro-*

nacimiento”, que solo consideraría como fundamental la existencia, dejando de lado aspectos como la manutención, el posible abandono, el impacto psicológico y social, los derechos y las garantías individuales de las madres gestantes, entre otros. Penalizar absolutamente el aborto y no adoptar medidas complementarias o permisiones excepcionales no es “*pro-vida*”.

En relación a la necesidad de la normatividad demandada que consideraba punible, aun con rebaja de pena, el aborto en el caso en que el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, concordamos en decir que resulta altamente gravosa para la protección de la vida íntegra de la mujer abusada, pues crearía para ella nuevas vulneraciones a derechos como la salud mental, la dignidad humana, agravando mucho más las consecuencias de un delito de tal magnitud en el ordenamiento jurídico, como lo es el acceso carnal violento.

Aunque comúnmente las posturas eclécticas no son académicamente bien recibidas por no ser consideradas definitivas, es menester aclarar, que para este análisis, el suscrito autor considera, en sintonía con la Corte Constitucional, que es la postura más adecuada, conforme al ejercicio de ponderación realizado, toda vez que emplear medidas que, de un extremo u otro, se consideren adecuadas, requeriría un cambio legislativo que hoy día no pareciera estar cercano, por lo que hasta tanto se pronuncie en debida forma el constituyente derivado, el Alto Tribunal, prudentemente debe limitarse a mantener un somero equilibrio sin irrumpir en funciones que no le son propias.

Conclusiones

Con el fortalecimiento de la teoría de principios y sus aspectos metodológicos, surgen problemas políticos, como la mayor o menor legitimidad del órgano encargado de realizar la ponderación e imponer el resultado de esta a las mayorías, pues estas teorías aplican preponderantemente en instancias judiciales que no se eligen por voto popular.

Aparecen también problemas morales, como la fijación del fundamento del cual se extraerán argumentos justificativos o axiológicos, tanto de la moral individual de cada magistrado como de la moralidad social u objetiva; la relación entre la moral y el derecho o tensiones entre la justicia y el interés general.

Este empoderamiento doctrinal podría representar a su vez problemas jurídicos, como el paso de una teoría de las fuentes elaborada a partir de criterios jerárquicos a una relación de coordinación entre las mismas, de la defensa de una igualdad formal a la material, de la afirmación de derechos fundamentales no consagrados en la Constitución Política¹⁷ y la equidad como mecanismo de heterointegración, la incorporación de reglas y principios como normas y su aplicación desde la lógica razonable (no la simple aplicación racional).

No obstante, los problemas anteriores encuentran una solución de naturaleza argumentativa, la ponderación como un medio de control de la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, que al hacerse pública en la *ratio decidendi*, puede ser contrastada y debatida por la comunidad jurídica, creando nuevos procesos hermenéuticos entre operadores jurisdiccionales, grupos investigadores y profesionales del derecho, que en el ejercicio de las prerrogativas propias de cada rol, impulsan la variación de los precedentes judiciales (horizontales y verticales).

Pareciera un imposible aplicar la conclusión del párrafo anterior en el caso concreto, dada la reciente inhibición de la Corte Constitucional para abrir de nuevo el debate sobre el aborto en nuestro país y el aparente semblante pétreo de la sentencia C-355/06, sin embargo, el lector debe recordar las mutaciones que sobre el mismo tema se planteaban en el capítulo tres de este escrito, constituyéndolas como

17 Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* núm. 116. Artículo 94. <http://bit.ly/2NA2BRg>

evidencia del aforismo en latín “*veritas filia temporis*”¹⁸, que adecuándolo a lo conocido por aquellos que hemos decidido participar del núcleo cognitivo de las ciencias sociales, reconocemos que, así como la verdad, las renovaciones jurídicas y sociales también son hijas del tiempo.

Aun así, existirá quien considere la ley de ponderación y la aplicación de la teoría general principialista como una licencia para el desarrollo ilimitado de la discrecionalidad judicial, y no como un límite argumentativo a la misma; sin embargo, este resulta un argumento ligero que busca solo perpetuar teorías decimonónicas, que no tienen cabida en un Estado social y de derecho como Colombia.

Para cerrar el debate podríamos concluir que, parafraseando al tratadista de Derecho Constitucional colombiano, Francisco de Paula Pérez¹⁹, ningún derecho es absoluto, los derechos incondicionales no pueden existir en un régimen que aspire a realizar postulados de justicia. Es necesario sacrificar, según las específicas condiciones fácticas y jurídicas, la aplicación de ciertos derechos, o la protección de ciertos bienes jurídicos (como la expectativa de vida del *nasciturus*) para satisfacer otros tantos en que una vulneración resultaría inadmisibles (protección a la vida íntegra de la mujer víctima de abuso sexual, o protección de la vida de aquella que física o mentalmente se encuentra comprometida a causa del embarazo).

18 “La verdad es hija del tiempo”.

19 Pérez Tamayo, F. (1954). *Derecho Constitucional Colombiano* (4ª ed., Vol. 1). Ministerio de Educación Nacional.

Referencias

Alexy, R., & Valdés, E. G. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 23 de enero) Sentencia C-022/96. (Carlos Gaviria Díaz M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>.

Corte Constitucional de Colombia (1994, 17 de marzo) Sentencia C-355/06 (Jaime Araujo Rentería M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 2 de marzo) Sentencia C-088/20 (Antonio José Lizarazo Ocampo M. P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-088-20.htm>.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* núm. 116. Artículo 94. <http://bit.ly/2NA2BRg>.

Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, 59(121), 77-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>.

Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press. doi:10.2307/j.ctv15d81nb.

Lloredo Alix, L. M. (2013). Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234-275. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2110>.