

# CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE, EL *NASCITURUS* ES PERSONA Y TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA\*

Obdulio Velásquez Posada\*\*

## RESUMEN

Concepto sobre el proceso de constitucionalidad de los artículos 122 a 124 del Código Penal colombiano. La reflexión se soporta sobre las siguientes líneas generales: El *nasciturus* como persona y titular del derecho a la vida, donde se repasa la doctrina de la misma Corte Constitucional, quien en sentencias previas ha reconocido al *nasciturus* como un ser humano; si se acepta esta realidad, debe admitirse que constitucionalmente tiene derecho a la vida, y si los derechos humanos se predicán de los seres humanos, todo ser humano es titular del derecho a la vida.

Sobre el inicio de la vida humana, se recuerdan los hechos embriológicos y genéticos con los que los científicos aseguran que en la fecundación se inicia una nueva vida humana. De la afectación de los derechos de la mujer embarazada, se hace una exposición sobre los derechos fundamentales de la mujer, y sobre la legitimidad constitucional de adscribir como norma el derecho a la vida del no nacido y, por lo tanto, no reconocer el ejercicio del aborto como legítimo derecho fundamental de la libertad procreativa de la mujer. Finalmente, se estudia el aborto como supuesto problema de salud pública y si es justificable su despenalización parcial.

**PALABRAS CLAVE:** aborto, derechos fundamentales, estatuto jurídico del embrión, derecho a la vida, persona.

## ABSTRACT

*An opinion about the constitutionality process regarding articles 122 through 124 of the Colombian Criminal Code. The concept is supported on the following general grounds: The nasciturus as an individual and holder of the right to live, where the doctrine of the Constitutional Court itself is reviewed, because it has recognized in previous judgments the nasciturus as a human person. If this reality is accepted, it has to be admitted then that, in constitutional terms, the incipient human being has a right to live. And if human rights are preached in behalf of human beings, then every human being is a holder of that right to live.*

*With respect to the initiation of human life, embryological and genetic facts are recalled, particularly those used by scientists to affirm that in fecundation itself a new human life begins. About how pregnant women's rights are affected, a dissertation is included about women's fundamental rights, as well as on the constitutional legitimacy of attaching the right to live of the unborn as a rule and, therefore, of not acknowledging abortion as the legitimate exercise by a woman of her fundamental right to procreative freedom. Finally, the article examines abortion as an alleged public health problem, and whether its partial legalization is justifiable or not.*

**KEY WORDS:** *abortion, fundamental rights, the embryo's juridical statute, the right to live, individual, human being.*

\* Concepto para la Corte Constitucional, sobre la última demanda en la que se solicitó a la Corte Constitucional la despenalización del aborto.

\*\* Rector de la Universidad de La Sabana. Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana, Maestría en leyes de la Universidad de Melbourne. Programa de Desarrollo Directivo (PPD). Inalde. E-mail: obdulio.velasquez@unisabana.edu.co

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-05-2006  
FECHA DE ACEPTACIÓN: 8-06-2006

Bogotá, 26 de abril de 2006

Honorables Magistrados  
Corte Constitucional  
M. P. **Manuel José Cepeda Espinosa**  
La Ciudad

**Ref.: Expediente D-6238**

Concepto solicitado por la Corte Constitucional  
Artículos demandados: 122, 123 y 124  
de la ley 599 de 2000

El suscrito **OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA**, en mi calidad de ciudadano y de Rector de la Universidad de La Sabana, rindo concepto sobre el proceso de constitucionalidad de los artículos 122, 123 y 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal). Respondo de esta forma a la solicitud del Magistrado Sustanciador, para que la Universidad de La Sabana presente su concepto sobre las normas demandadas.

Sin perjuicio de que exprese ante la Honorable Corte Constitucional que los demandantes no fundamentan sus cargos contra los artículos 123 y 124 del Código Penal, y de que solicitan, como petición subsidiaria, la sentencia condicionada, lo cual implicaría que la Corte se inhiba por ineptitud de demanda, centraré mi intervención en cuatro problemas, a saber:

Si el *nasciturus* es constitucional y legalmente persona y, por lo tanto, titular del derecho a la vida.

Si científicamente puede demostrarse que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación.

Si se afectan los derechos de la mujer embarazada a quien se le impide decidir razonablemente sobre la conveniencia del aborto ético, eugenésico o terapéutico.

Si el aborto llegara a ser un problema de salud pública, si puede justificarse la despenalización parcial del aborto.

**SI EL *NASCITURUS* ES CONSTITUCIONAL  
Y LEGALMENTE PERSONA Y, POR LO TANTO,  
TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA**

El problema planteado exige determinar previamente desde cuándo la Constitución protege el derecho a la vida. La norma del artículo 11 constitucional se limita a afirmar que “[e]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte en Colombia”. Esta norma, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, es de textura abierta y ha servido de base para que la Corte Constitucional determine algunas subreglas<sup>1</sup>. Una de ellas tiene relación con la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. En efecto, la sentencia C-133 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), en su *ratio decidendi*, consideró que el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. Si la vida se inicia desde la concepción, el Estado –es la tesis defendida por la Corte– tiene la obligación de establecer un sistema de protección legal efectivo, dado el carácter fundamental del derecho a la vida.

<sup>1</sup> Sobre este tema, consultar: Hoyos, Ilva Myriam. “Entre el delito del aborto y el derecho de abortar”. *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, p. 13 ss.

En otra decisión, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, la sentencia C-591 de 1995, la Corte consideró que “la existencia legal [de la persona] comienza en el momento del nacimiento” y la vida “en el momento de la concepción”. En el período “comprendido entre la concepción y el nacimiento, es decir, durante la existencia natural, se aplica una Regla del Derecho Romano, contenida en este adagio: *‘Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur’* [El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable]”.

Del mismo modo, la Corte, en su sentencia C-013 de 1997, reiteró su doctrina de que la Constitución protege la vida como valor y como derecho primordial insustituible, del cual es titular todo ser humano desde el principio hasta el final de su existencia física. La defensa de la vida –es la tesis de la Corte– es una obligación del Estado, que debe protegerla en todos sus estadios.

Si para el Código Civil persona es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su sexo, estirpe o condición (arts. 33 y 74), bien puede afirmarse que el *nasciturus* también es persona. La distinción entre la existencia legal y la existencia natural no excluye la protección jurídica –así lo ha reconocido la Corte– de la existencia natural, que se da desde la concepción hasta el nacimiento.

Algunos han afirmado, haciendo suyas las palabras de Dworkin, que “el feto no es una persona constitucional” y que la “Constitución no hace al *nasciturus* sujeto de derechos”. Sin embargo, es razonable afirmar que si el numeral 6° del artículo 42 constitucional, al

establecer que los hijos “procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”, la Constitución no es extraña al momento de la “procreación”, que sería el de la “concepción”, para citar un término jurídico, o el de la “fecundación”, para hacer uso de un término científico. Del mismo modo, la “especial asistencia y protección del Estado” a la que tiene derecho la mujer embarazada “[d]urante el embarazo y después del parto”, también ha de entenderse como una “especial asistencia y protección” al concebido, pero no nacido.

La doctrina de la defensa del derecho a la vida del *nasciturus* no solo tiene fundamento legal y constitucional, sino internacional, mediante la ratificación de tratados de derechos humanos que, de conformidad con el artículo 93 constitucional, forman parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos establece, con la tradición jurídica latinoamericana, que para los efectos de esa Convención, persona es “todo ser humano” (art. 1.2). La Convención sigue los lineamientos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce que “[t]odo ser humano tiene derecho a la vida” (art. 1°). Si el *nasciturus* es ser humano, también es jurídicamente persona y, por ende, titular del derecho a la vida, que tiene “a partir del momento de la concepción” (art. 4°, numeral 1°).

En relación con la Convención Americana, algunos han afirmado que el uso de la expresión “en general” debe entenderse como el reconocimiento de que la protección del derecho a la vida desde la concepción admite excepciones. Tampoco es veraz esta afirma-

ción. En efecto, el numeral 1° del artículo 4 reconoce el derecho a la vida en los siguientes términos: “Toda persona [todo ser humano, de conformidad con el artículo 1.2 de la misma Convención] 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “en general” no parece querer resaltar una excepción, sino la cualificación a la protección del derecho a la vida por la ley. Incluso si se interpretara en el sentido de que la Convención con *realismo* aceptó que algunos Estados permitían, en 1969, en su legislación penal, algunos casos de aborto, para los demás Estados la protección desde el momento de la concepción no era exceptiva, porque debía aplicarse el artículo 29 de la mencionada Convención, en el sentido de que ninguna “disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Por otra parte, los actores consideran que la expresión “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, que usa el numeral 1° del artículo 4 de la Convención, “pone de relieve que en justificadas y razonables circunstancias se puede prescindir del derecho humano a la vida”. Una de esas circunstancias, a juicio de los actores, es la del aborto. No resulta razonable esa afirmación, porque el único caso, previsto en la misma Convención, en el que se permite privar de la vida a un ser humano es la pena de muerte, que, en todo caso, no puede aplicarse

“arbitrariamente”. Así lo dice el inciso segundo del mencionado artículo 4°, que literalmente establece: “En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente”. Mal puede el intérprete constitucional, como lo hacen los actores, inferir de esa norma que “en los casos del aborto ético, eugenésico o terapéutico es diáfana su justificación”. Todo lo contrario, el mismo artículo, en su numeral 5°, establece que “[n]o se aplicará [la pena de muerte] a las mujeres en estado de gravidez”, lo que ratifica la especial protección que la Convención le reconoce al derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño establece que niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Si el *nasciturus* es un ser humano, también tiene la calidad de niño y debe ser protegido como tal. Por otra parte, el noveno considerando de la Convención, que recoge uno de los considerandos de la Declaración de los Derechos del Niño, afirma que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Esa protección legal se traduce, aunque no se reduce, en el reconocimiento del derecho a la vida. Resulta por demás engañoso que se le niegue al *nasciturus* el carácter de

ser humano y, por lo tanto, de niño, o que se afirme que por ser “amplio y ambiguo” el concepto de “ser humano”, no puede aplicarse para determinar si el concebido pero no nacido es titular de derechos.

Por otra parte, si, de conformidad con el artículo 44 constitucional, los niños son titulares del derecho a la vida, y si niño, según la Convención de los Derechos del Niño, es todo ser humano menor de dieciocho años, el concebido pero no nacido, que es ser humano y, por lo tanto, niño, es titular del derecho a la vida.

Aceptada la tesis de que el *nasciturus* es un ser humano, debe admitirse que constitucionalmente tiene derecho a la vida, y si los derechos humanos se predicán de los seres humanos, todo ser humano es titular del derecho a la vida, sea considerado o no por la legislación civil como persona.

## **SI CIENTÍFICAMENTE PUEDE DEMOSTRARSE QUE LA VIDA HUMANA COMIENZA DESDE EL MOMENTO DE LA FECUNDACIÓN**

### ***1. Algunas consideraciones generales sobre el momento del comienzo de la vida humana***

Algunos afirman que, desde una consideración científica, no puede defenderse que la vida humana inicia desde el momento de la concepción, y que de ser cierta esa afirmación, tendría que desconfiarse de la ciencia, porque ésta no está libre de prejuicios. Esta afirmación podría no tener sentido en esta sede jurídica, porque en una de las sentencias que la Corte ha

proferido sobre el aborto, la sentencia C-133 de 1994, cita el testimonio del reconocido genetista Jerome Lejeune, quien rindió ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos su concepto sobre el comienzo de la vida. Esa misma sentencia incluye, en uno de sus considerandos, esta frase de quien fuera el descubridor de la primera enfermedad debida a una anomalía cromosómica en el hombre: la trisomía 21 o síndrome de Down: “La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción”.

Si el juicio de constitucionalidad es algo más que la comparación *in abstracto* de una norma de inferior jerarquía confrontada con la Constitución, porque la comparación ha de hacerse entre el “contenido material” de la norma acusada y el “contenido material” de la Constitución, ha de determinarse cuál es ese contenido en el caso del aborto, lo que implica hacer referencia al inicio de la vida, presupuesto para determinar desde cuándo comienza la protección constitucional al derecho a la vida.

Por otra parte, si a partir de los textos internacionales, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a la vida se protege desde la concepción, hay que determinar, ya no solo jurídica sino científicamente, qué ha de entenderse por ella. Los desarrollos científicos actuales parecen no dejar duda alguna que desde el momento de la fecundación hay un ser humano vivo.

A la pregunta sobre desde cuándo hay vida humana, podría contestarse diciendo que hay cuatro posibili-

dades de respuesta, a saber: (i) Desde el momento en que comienza la “embriogénesis”, es decir, cuando el espermatozoide masculino fecunda el óvulo femenino; (ii) en algún momento durante el transcurso del embarazo; (iii) en el momento del nacimiento; (iv) en algún momento después del nacimiento.

Las respuestas (ii), (iii) y (iv) podrían estar más bien referidas al problema de la subjetividad jurídica o a la personalidad del no nacido, cuestión considerada, por un pensador como Ronald Dworkin, como una “pendiente resbaladiza”, que para algunos no conviene abordar, porque de ser aceptada la titularidad de derechos del *nasciturus*, en especial del derecho a la vida, la problemática del aborto tendría que abordarse desde una perspectiva distinta a la de concebir al cigoto, al feto o al embrión como una simple potencia de ser.

Bien vale la pena detenerme en este punto, porque los actores afirman que, en la aclaración de voto de la sentencia C-647 de 2001, se expone un argumento pertinente, que no es posible desestimar en orden a ponderar los derechos de la madre y del *nasciturus*. Citaré el aparte pertinente de la aclaración de voto y procederé a su crítica.

“Desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales, la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, es viable. Esto ocurre aproxima-

damente entre la semana veintidós y veinticuatro. Después, ningún derecho constitucional de la madre, diferente al de salvar su propia vida, proteger su integridad o preservar su salud, ni ninguna circunstancia de motivación justifica constitucionalmente el aborto, ya que la mujer en lugar de abortar podría tener el hijo en ese momento y este podría sobrevivir (...).

”Otra bien diferente es la situación desde la perspectiva constitucional cuando se acaba de producir la concepción. En ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. En la ponderación, la dignidad, la intimidad, la autonomía y la libertad de conciencia de la mujer justifican constitucionalmente que se prescindiera de la imposición de pena, en especial (C-647 de 2001)”.

A pesar de que algunos critiquen los términos metafísicos, no dejan de hacer uso de ellos para abordar algunas cuestiones sobre el aborto. He de recordar que el paso de la potencia al acto no es el cambio de un ser a otro, sino el paso de un estado a otro, permaneciendo el sustrato del mismo ser, por lo que la potencia es una capacidad de adquirir una perfección y el acto es esa perfección. Así, pues, el no nacido no puede entenderse como potencia de persona ni como potencia de ser humano, sino persona o ser humano con potencia y con potencialidades para realizar los actos propios de ella o de él, pues su identidad biológica, su genoma humano no es distinto de aquel del nacido.

Entonces, ¿qué distingue al individuo de la especie humana nacido del no nacido? Solo una forma de dependencia física de la madre, que tampoco se supe-

ra con el nacimiento, pues el no nacido es también individuo de la especie humana como el nacido, pero con dependencias distintas, pues es individuo desde que comienza por sí solo un desarrollo y un funcionamiento autónomo y distinto al de la madre.

La negación de la humanidad del no nacido lleva consigo consecuencias, como la pretensión de proteger los derechos fundamentales del nacido, pero no del no nacido, lo que constituye una discriminación de seres humanos, al igual que en algún tiempo se discriminó a otras personas, ya no por su condición de no nacido, sino por su origen étnico, racial, de género. Esta discriminación sería por condición de indefensión y no posibilidad de reivindicación propia y, en todo caso, iría en contravía del derecho a la igualdad, reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental.

Quizá sea oportuno detenerme a presentar a la Honorable Corte algunas reflexiones sobre la condición humana del no nacido, que también los actores de la presente demanda parecen poner en entredicho.

## **2. La condición humana del no nacido, según los estudios científicos recientes**

Respecto a los condicionamientos de desarrollo biológico que exponen los magistrados que suscribieron la aclaración de voto, ha de precisarse que los estudios biológicos y genéticos actuales distinguen entre el *proceso constitutivo de un ser humano*, que hace referencia al inicio de la vida humana, y *su posterior desarrollo*, que es el proceso de perfeccionamiento de un ser vivo, con crecimiento, maduración y envejeci-

miento. Desde esta perspectiva, la muerte natural sería el final también neto del proceso.

Los procesos vitales se explican como “una *cooperación dinámica de genes y medio*, que da lugar a la expresión regulada de los genes durante la constitución y desarrollo de un nuevo ser”<sup>2</sup>. Ese nuevo ser es individuo cuando es un organismo, es decir, una unidad integrada por estructuras y funciones, sea cual sea su nivel de complejidad.

Los últimos hallazgos de la biología del desarrollo humano parecen hacer poco razonable la tesis de que a cualquier individuo de la especie humana se le condicionen sus derechos al hallazgo de determinadas características de desarrollo, porque no hay característica del desarrollo humano que no sea una evidencia de la humanidad de quien la posee; por eso el reconocimiento de los derechos humanos no admite gradualidad, porque si estos derechos se predicen de todos los seres humanos, el criterio para su reconocimiento debe ser objetivo: la pertenencia del individuo a la especie humana. Además, entre nosotros, ese criterio objetivo está constitucionalizado en el principio y derecho del respeto a la dignidad humana, fundamento de todo el orden jurídico colombiano.

Esa pertenencia adquiere especial significación, porque los programas de diferenciación de los seres vivos tienen diversos diseños; por ejemplo, las plantas son más dependientes de factores externos, como la luz y

<sup>2</sup> López Moratalla, Natalia; Iraburu Elizalde, María. *Los quince primeros días de una vida humana*, Pamplona, Eunsa, 2004, p. 15.



la temperatura, que los animales. Respecto al grado de reversibilidad, la capacidad de totipotencialidad de las células de un individuo humano en sus primeras etapas de desarrollo dura menos tiempo que la de las células de la estrella de mar y de la rana. En lo referente al programa genético de regulación del desarrollo, los mamíferos y el ser humano son más dinámicos para responder a señales bioquímicas que se originan en cada etapa del propio desarrollo.

La dotación genética (la secuencia de los nucleótidos del polímero DNA) determina la identidad biológica de los individuos. Esta identidad es la misma en todas las etapas del ciclo vital. La diferencia genética entre un individuo humano y un primate es aproximadamente del 1,8%. Los ácidos nucleicos DNA y RNA, y las proteínas, dan identidad a cada una de las especies: cada individuo posee, desde su hora cero de existencia –el final del proceso de la fertilización–, un conjunto de biomoléculas distintivo de su especie, la única a la que pertenece durante todo el resto de su ciclo vital. Una variable en el desarrollo de los vivientes es el *grado de reversibilidad*, que varía según las especies y también se da en las primeras etapas del desarrollo humano, en las que las células son totipotentes. Esa reversibilidad no es señal de falta de identidad, sino una identidad definida, con varias propiedades, entre las que ésta es una más: tiene identidad el individuo que posee esta propiedad.

Otra variable de los programas de desarrollo es su *regulación*. Todas las células descendientes del cigoto, que es el primer modo de ser del cuerpo humano, tienen los mismos genes, pero se diversifican hasta ser de

doscientas variedades. Las diferencias entre las células se deben a la expresión selectiva de genes, que es, a su vez, consecuencia de cómo se encuentra en esa célula la cromatina (parte del material genético) y de qué biomoléculas contiene en el citoplasma. Las características de una célula concreta durante el desarrollo embrionario vienen dadas por el estado de su genoma y por la presencia de macromoléculas producto de los estados anteriores.

La tercera variable es la relativa a los *acontecimientos aleatorios* que pueden ocurrir durante el desarrollo, y que son responsables de cambios en el organismo, como la asimetría de estructuras paralelas. Estos acontecimientos se denominan “ruido del desarrollo”.

El individuo humano con fenotipo cigoto posee su propio programa de desarrollo, con etapas sucesivas de expresión de genes, ordenadas en el espacio y el tiempo y dependientes del sitio que ocupará cada una de sus nuevas células en cada etapa de su proceso vital.

El individuo humano de fenotipo cigoto tiene un lenguaje bioquímico interno y otro lenguaje con el medio ambiente; cuando su cuerpo se duplica se añade otro lenguaje, de cada célula con la que le rodea. Durante la vida un individuo de la especie humana mantiene, gracias a su dotación genética, su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo recibe información que proviene del medio. De esta forma, la interacción de los componentes del medio interno y externo, y el soporte material de la información genética, cambian a lo largo de la vida del individuo, y con ello, el estado del viviente



mismo. La “información epigenética” incluye la *emergencia de propiedades*, porque cada nueva organización que aparece en el desarrollo de un ser vivo presenta unas capacidades que no están contenidas en los materiales constituyentes, y la *necesidad de la interacción con el medio*, para el despliegue o el desarrollo de la nueva ordenación de los materiales y la emergencia de las nuevas propiedades. Pero no son las propiedades las que condicionan la identidad del individuo, sino al contrario: tiene las propiedades que corresponden a su identidad, en este caso, la de individuo de la especie *homo sapiens*.

Por lo tanto, es el mismo individuo humano el que, siendo cigoto, puede vivir fenómenos de multiplicación celular, cambios de formas, muerte programada de células embrionarias, estructuración y regeneración de tejidos por sustitución o reparación de células envejecidas prematuramente o dañadas, así como división de su propio cuerpo, extinguiéndose como individuo, del que surgen dos nuevos individuos, distintos a aquel en el que tuvieron origen (es el caso de los gemelos) y diferenciación celular (proceso ordenado y preciso por el que unos genes se abren a la expresión, mientras que otros se cierran, originando la diversidad celular en genotipo y fenotipo, y la consiguiente adquisición de diferentes funciones por grupos de células).

Si genéticamente la vida comienza desde que se produce un individuo único, y este evento ocurre en la fecundación, que marca el inicio de la vida humana, es razonable pensar que la Constitución protege al individuo de la especie humana desde el momento en el que hay vida humana.

### SI SE AFECTAN LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA A QUIEN SE LE IMPIDE DECIDIR RAZONABLEMENTE SOBRE LA CONVENIENCIA DEL ABORTO ÉTICO, EUGENÉSICO O TERAPÉUTICO

Los métodos modernos del derecho constitucional, para la solución de los eventuales conflictos de derecho, son bien conocidos por esta Corte: la jerarquización, la ponderación de los derechos y el test de proporcionalidad<sup>3</sup>. Como en algunos de sus fallos la Corte ha expresado su preferencia por este último, haré uso de él para responder a la pregunta de si se afectan los derechos de la mujer embarazada a quien se le impide decidir razonablemente sobre la conveniencia de los llamados por los actores aborto ético, eugenésico o terapéutico.

He de recordar que el test de proporcionalidad está compuesto por los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Se trata de un juicio de adecuación para establecer la relación entre la medida legislativa y su fin. En este punto, como lo expresé al inicio de este escrito, sólo haré referencia al artículo 122 del Código Penal, habida cuenta de la ineptitud de la demanda en relación con los artículos 123 y 124 del mismo código.

<sup>3</sup> Sobre este tema, consultar: Forero, Claudia Helena. “¿Jerarquización, ponderación o proporcionalidad? Dilema metodológico en el problema del aborto”, *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, p. 119 ss.

### a) Juicio de adecuación o idoneidad

La cuestión que se va a debatir es si la restricción que se infringe a un derecho fundamental resulta o no adecuada en la consecución de un fin constitucionalmente legítimo. Ese fin ha de ser legítimo en relación con algún principio constitucional. La medida, por otra parte, ha de ser idónea para alcanzar el fin.

La medida legislativa prevista en el artículo 122 del Código Penal es la imposición de la pena a quien ejecute la conducta abortiva prevista en el tipo penal básico. El fin inmediato es prevenir los daños al bien jurídico *vida*. El fin mediato es el principio constitucional que fundamenta el fin inmediato. Son diversas las disposiciones constitucionales que, en este caso, actúan como principio constitucional: artículos 1, 2, 5, 11, 43 y 44, que pueden enunciarse como el deber que tiene el Estado de proteger constitucional y legalmente el derecho a la vida.

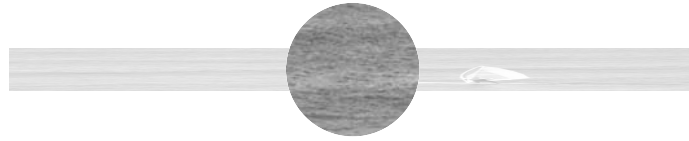
Si existe el deber de proteger la vida (fin mediato), es legítimo prevenir los daños al bien jurídico *vida* a través de la tipificación del delito del aborto (fin inmediato) y sancionar a quienes infrinjan esa norma (medida legislativa). De esta forma, puede afirmarse que la norma establecida en el artículo 122 del Código Penal es adecuada al fin inmediato y al fin mediato buscados por la norma.

### b) Juicio de necesidad

Mediante este juicio se compara la medida objeto de revisión con otras medidas alternativas que tengan una igual o mayor idoneidad en la contribución del logro del fin inmediato. Para tal efecto, se hace uso de los criterios de eficacia, rapidez, plenitud e idoneidad; posteriormente, si una medida reviste la misma idoneidad, se verifica si ella, si es una, o ellas, si son varias, restringen en menor escala el derecho amenazado o vulnerado.

Esa determinación de las medidas exige distinguir entre los diversos patrones fácticos que puedan estar incluidos en la medida legislativa. En este caso, esos patrones fácticos serían los tres que menciona la demanda: (i) peligro para la vida o la salud de la madre (aborto terapéutico); (ii) embarazo producto de acto sexual violento (aborto ético), y (iii) malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina (aborto eugenésico).

Antes de considerar la necesidad de esas medidas, que serán abordadas en el juicio de ponderación, he de precisar que la pretensión de los actores, al solicitar la despenalización parcial del aborto en los tres supuestos mencionados, es hacer el tránsito del “delito al aborto al derecho a abortar”, es decir, considerar el acto abortivo como “facultad”, lo que lo convierte en un derecho. Esta diferente valoración de la conducta abortiva implica infringir el derecho a la vida del no nacido, con lo cual las



medidas alternativas dirigidas a la prevención de los daños al bien jurídico vida no tendrían mayor eficacia, ni comparación con la medida de la despenalización, pues el carácter de derecho dado al aborto no restringe los actos en contra del bien jurídico protegido. Además de ello, las medidas alternativas no solo tienen ese carácter, porque son deberes del Estado; pretender obviarlas es afectar la razón de ser del Estado, que entre nosotros es social y de derecho.

En este sentido, las medidas no tendrían el mismo grado de idoneidad respecto a la penalización del aborto, sino que la eficacia y seguridad sería menor para ellas, lo cual implica aceptar que la penalización del aborto supera el juicio de necesidad.

### **c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto**

Mediante este juicio se determina si la intervención del derecho fundamental se justifica, dada la importancia que tiene la realización del fin mediato. El juicio supone contrapesar los bienes jurídicos de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es el que tiene mayor peso y cuál ha de ceder frente al otro. De esta forma, la ponderación exige saber cuál es la afectación del principio en concreto, cuál es el peso abstracto del principio y cuál la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación del principio. La afectación de cada principio y el peso abstracto de ambos se determina de acuerdo con tres grados: (i)

leve; (ii) medio, y (iii) intenso. La seguridad de las premisas empíricas se mide también a través de tres grados: (i) seguro; (ii) plausible, y (iii) no evidentemente falso. El valor de la afectación y del peso abstracto de los principios corresponde a la magnitud del derecho fundamental afectado y a la importancia que el principio tenga en el ordenamiento constitucional. La asignación de la seguridad de las premisas corresponde a la eficacia de que se dificulte el ejercicio del derecho presuntamente afectado y confrontado con la protección del derecho que se le enfrenta.

A continuación he de proceder al estudio de los tres patrones fácticos o situaciones con las que pretende despenalizarse el aborto.

(i) *Peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada.* En este supuesto, los derechos que se enfrentan son la vida de la mujer y la vida del no nacido.

En este caso, la vida de la mujer se afectaría en grado medio, porque su vida solo está en riesgo. El peso abstracto del derecho es intenso, por el carácter fundamental que tiene y el reconocimiento que de él ha hecho la Corte Constitucional. La seguridad de la premisa empírica relativa a su afectación o certeza no es evidentemente falsa, porque es segura o plausible, dado su carácter de amenaza o riesgo para la vida de la madre.



Por otra parte, la vida del no nacido se afectaría en grado intenso, porque la vida se anula mediante la acción abortiva. El peso abstracto del derecho es intenso, por el carácter fundamental que tiene y el reconocimiento que de él ha hecho la Corte Constitucional. La certeza de la premisa es segura, porque la acción abortiva anularía la vida del no nacido.

De la ponderación de esos derechos puede inferirse que la afectación del derecho a la vida del no nacido tiene mayor peso, porque ésta se elimina. La vida de la mujer, por el contrario, puede protegerse mediante medidas alternativas, como, por ejemplo, la adecuada prevención y asistencia médica, que disminuya los embarazos de alto riesgo.

(ii) *Embarazo producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.* En este supuesto, los derechos que se enfrentan son la autonomía reproductiva de la mujer y la vida del no nacido.

La autonomía reproductiva de la mujer se afecta intensamente, ya que ella no consintió el acto que produjo el embarazo. El peso abstracto del derecho es intenso porque corresponde a uno de los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad, que ha sido considerado por la Corte como expresión directa de la dignidad humana. La certeza de la premisa empírica

es plausible, porque con la penalización del aborto se impide de manera mediana el ejercicio de la libertad de la mujer embarazada, porque la libertad prosigue durante la vida de la mujer afectada y esa afectación puede cesar en el momento del nacimiento, con la entrega, por ejemplo, del niño en un proceso de adopción, que sería una medida alternativa.

La vida del no nacido se afecta en grado intenso, porque la vida se anula en forma total. El peso abstracto es intenso, porque corresponde al derecho fundamental que es condición de posibilidad de los demás derechos. La certeza de la premisa empírica es segura, pues la libertad anula de modo certero y eficaz la vida del no nacido.

En este caso, el derecho a la vida del no nacido tendría también mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía reproductiva de la mujer. El Estado, en este caso, debe adoptar un programa de protección especial a las mujeres embarazadas como producto de un acto sexual violento, así como prevenir los actos abusivos generadores del embarazo.

(iii) *Malformaciones del embrión o del feto incompatibles con la vida extrauterina.* En este caso, los derechos que se enfrentan son el derecho a la autonomía de la mujer y el derecho a la vida del no nacido.

La autonomía de la mujer se afecta levemente, por cuanto el embarazo no afecta el núcleo esencial de ese derecho. El peso abstracto del principio es intenso, pues corresponde a uno de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. La certeza de la premisa empírica es no evidentemente falsa, pues con la prohibición del aborto es mínima la eficacia y probabilidad de impedir o dificultar el ejercicio de la autonomía de la mujer.

Por su parte, la vida del no nacido se afecta en grado intenso. El peso abstracto del derecho es intenso, pues corresponde a uno de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. La certeza de la premisa empírica es segura, pues la libertad de la mujer anula de modo certero y eficaz la vida humana.

También para este supuesto de derecho, la vida del no nacido tiene mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre el derecho a la autonomía de la mujer, quien podrá ser beneficiada, como medida alternativa por el Estado, con la alimentación y medicación adecuada, con especial énfasis antes y después de la gestación, para que no se encuentre en una situación de alto riesgo y para evitar las malformaciones del feto, que generalmente son producto de deficiencias alimenticias o malos manejos de enfermedades maternas previas.

Toda vez que la intervención de los derechos fundamentales de la mujer han superado los juicios de ade-

cuación, necesidad y proporcionalidad, se puede inferir que es legítimo constitucionalmente adscribir como norma el derecho a la vida del no nacido y, por lo tanto, no reconocer el ejercicio del aborto como legítimo derecho fundamental de la libertad procreativa de la mujer.

### **SI EL ABORTO LLEGARA A SER UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA, SI PUEDE JUSTIFICARSE LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO**

Uno de los argumentos que han sido utilizados para justificar la despenalización del aborto es que se trata de un hecho de salud pública. A este respecto, conviene tener en cuenta algunos estudios recientes sobre la cuestión planteada.

En efecto, el Instituto de Política Familiar (IPF Colombia), en un estudio publicado a finales del 2005, afirma que, según las cifras del DANE, en Colombia el número de muertes maternas por aborto, para los años de 2000 a 2002, fue de 60. Entre las causas del aborto, el DANE cita las siguientes: (i) embarazo ectópico; (ii) mola hidatiforme; (iii) otros productos anormales de la concepción; (iv) aborto espontáneo; (v) aborto médico; (vi) otro aborto; (vii) aborto no especificado; (ix) complicaciones consecutivas al aborto, al embarazo ectópico y al embarazo molar; (ix) terminación del embarazo que afecta al feto y recién nacido; (x) feto y recién nacido afectado por aborto espontáneo. En el año 2003, las estadísticas del DANE reportaron 45 defunciones maternas por embarazos terminados en abortos por estas diversas causas, que incluyen también las referentes a las defunciones por abortos inducidos.

Según las estadísticas del DANE, el aborto es la cuarta causa de muerte materna, después del edema, proteinuria y trastornos hipertensivos en el embarazo, el parto y el puerperio (27%), de otras afecciones obstétricas (26,9%) y de complicaciones del trabajo de parto y del parto (19,2%). Estas causas representan el 73,1% del total nacional para los años 2000 a 2002, de las cuales el 8,4% corresponden al aborto. Cifra que va en descenso, porque en 20 años, de 1982 a 2002, se ha reducido en un 71% (de 163 a 47); en 10 años, de 1982 a 1992, se ha reducido en un 51% (de 163 a 80), y en cinco años (de 1998 a 2003) se ha reducido en un 35% (de 72 a 45).

Si se tienen en cuenta los estimativos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con la tasa de fatalidad estimada (muertes por cada 100 abortos inseguros), para la región de Latinoamérica y el Caribe, que es del 0,1%, y se contrastan con el número de muertes por aborto en Colombia, que para los años 2000 a 2002 han sido de 60, y que de estas muertes las relativas a abortos inducidos corresponden al 67% (es decir, unas 40 defunciones maternas por abortos inducidos), se practicarían aproximadamente, esa es una de las conclusiones del mencionado estudio del IPF Colombia, y como máximo, unos 40.000 abortos inducidos al año en Colombia. Cifra que dista mucho de los 300.000 y hasta 400.000 abortos inducidos, que son las cifras que han manejado los partidarios de la despenalización del aborto. Estas cifras concuerdan con el informe del Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (ORMALC), publicado en septiembre de 2005, y según el cual “los datos del

DANE muestran que para el año 2001 se presentaron 64 casos de muertes maternas relacionadas con el aborto, 47 casos en el año 2002 y 45 en el año 2003. Considerando estos valores, se obtendría un número de abortos inducidos de 64.000, 47.000 y 45.000 para los años 2001, 2002 y 2003, respectivamente. Número muy inferior a los considerados por otros métodos”<sup>4</sup>.

Los medios de comunicación poca o ninguna difusión han dado del informe de IPF Colombia, que da cuenta de que a partir de estadísticas oficiales del DANE y de los estimativos de la OMS sobre la tasa de fatalidad estimada para América Latina, puede determinarse el número aproximado de abortos inducidos en Colombia a partir del número de muertes maternas por aborto. De esta forma, si el aborto llegara a ser un problema de salud pública, lo sería pero en unas proporciones diferentes a las que han querido presentar los partidarios de las tesis abortivas.

En todo caso, para corroborar las cifras anteriores vale la pena tener en cuenta el informe del IPF España<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (ORMALC). *Falsas creencias sobre el aborto y su relación con la salud de la mujer*, septiembre 2005, p. 21.

<sup>5</sup> El 5 de julio de 1985 (Ley Orgánica 9/1985) se aprobó en España la ley del aborto por la que se despenalizó el aborto en tres supuestos: 1. Evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada; 2. Si el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación, previamente denunciado. 3. Presunción de graves taras físicas o psíquicas en el feto.



(país que aprobó en 1985 la despenalización parcial del aborto), con una población similar a la de Colombia, que da cuenta de que en el año 2003 se produjeron 79.788 abortos, es decir, un aborto cada 6,6 minutos. Desde 1985 hasta el 2003 se han producido en España 844.378 abortos. Es decir, que en cinco años (1998-2003) el aborto ha aumentado el 48,2%, y en diez años (1993-2003) el crecimiento ha sido del 75,3%. Además, el aborto se ha convertido en la principal causa de mortalidad en España.

Difícilmente Colombia, que no tiene despenalizado el aborto en ninguna circunstancia, puede tener una cifra de 300.000 ó 400.000 abortos, cuando España, con una población similar, que sí tiene despenalizado el aborto en tres casos, tiene casi 80.000 abortos al año. He de precisar, en relación con estas cifras, que están basadas en especulaciones, que han sido aceptadas por algunos órganos del Estado, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación, que cita como fuente el Comité Interamericano de Derechos Humanos y da la cifra de 450.000 abortos. Por su parte, este comité, en su tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, cita al Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), quien, a su vez, cita el informe presentado por Colombia ante el Comité de la CEDAW en 1993. En este informe, clasificado como CEDAW/C/COL/2-3/Rev 1, no se cita fuente alguna.

Es decir, como concluye el informe de ORMALC de septiembre de 2005, “la cifra de 450.000 abortos al año en Colombia se basa en una presunción de hace ya

más de una década y que no tiene como respaldo algún estudio serio sobre el caso. Esta presunción ha ido pasando de organismo en organismo sin que se le haya hecho cuestionamiento alguno sobre su origen”<sup>6</sup>.

La fuente primaria que suele utilizarse es un estudio realizado por el Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social, de la Universidad Externado de Colombia, realizado entre 1992 y 1995 y basado en encuestas a algo más de 33.000 mujeres, de las cuales el 22% contaban entre 15 y 55 años, quienes declararon haber tenido por lo menos una experiencia de aborto inducido, hecho que, de ser comprobado, no implica que todos los abortos se hayan realizado durante un año. “Adicionalmente, el 22% de la población equivalente mencionada es 248.046, valor que sería considerado como el número de abortos si todos se hubieran realizado el mismo año y que es casi la mitad de la cifra defendida”<sup>7</sup>.

En el caso de que llegara a considerarse por esta Corte que el aborto es un problema de salud pública, el juez constitucional habrá de tener en cuenta, ante la ausencia de investigaciones colombianas, estudios extranjeros que evidencien los riesgos que tiene el aborto en la salud pública. A título de ejemplo mencionaré algunos de esos estudios.

<sup>6</sup> Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 20.

<sup>7</sup> *Ibidem*.



### a) *El aborto y la mortalidad materna*

En una investigación del año 2005, la Organización de las Naciones Unidas<sup>8</sup> da cuenta de que, en el contexto de similitudes regionales, sociopolíticas, económicas y culturales, los países que han despenalizado el aborto muestran un aumento en las tasas de mortalidad materna, y ésta es más baja que en los países donde el aborto es ilegal o está restringido para algunos casos.

En Latinoamérica<sup>9</sup>, la tasa de mortalidad materna más baja es la de Uruguay, con 27; luego sigue Chile (país que tiene penalizado en todas las circunstancias el aborto), con 31. En los países de la región donde el aborto está permitido sin restricciones, la tasa es en Cuba de 33 y en Guyana de 170<sup>10</sup>.

Por otra parte, es importante también resaltar que un estudio publicado en Finlandia, en 1997, demostró que las mujeres que abortan tienen un índice de mortalidad 252% mayor que las mujeres que dan a luz los doce meses posteriores al término del embarazo<sup>11</sup>.

Por otra parte, otro estudio realizado en ese mismo país, entre 1987 y 2000, que incluyó la población de mujeres de Finlandia entre los 15 y 49 años y que relacionó los registros de nacimientos y de abortos con los certificados de defunción, para determinar los riesgos relativos de mortalidad en los doce meses posteriores al término del embarazo, concluyó que la tasa de mortalidad materna por causa del aborto es 2,95 veces mayor que la del parto. Las mujeres que dieron a luz tenían la mitad de la tasa de mortalidad de las mujeres que no estuvieron embarazadas en el año anterior a su muerte. Las mujeres que tuvieron un aborto inducido tenían 46% más probabilidades de morir que aquellas que no habían estado embarazadas, 60% más posibilidades que quienes tuvieron un aborto espontáneo y 195% más probabilidades de morir que las mujeres que dieron a luz<sup>12</sup>.

Por su parte, en Colombia la mortalidad materna pasó de 71,4 por 100.000 nacidos vivos en 1998 a 104,9 por cada 100.000 nacidos vivos en el 2003, pero según estimativos del DANE y la OPS, el número de

<sup>8</sup> United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Population Division. *World Mortality Report*, 2005. ST/ESA/SER/A/252.

<sup>9</sup> Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 6.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>11</sup> Gissler, M.; Kauppila, R.; Merilainen, J.; Toukomaa, H.; Hemminki, E. "Pregnancy-associated deaths in Finland 1987-

1994, definition problems and benefits of record linkage", *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 76: 651-657, 1997. Citado en Lamus, Francisco; Rocha, Sandra. "Salud pública y aborto", *Persona y Bioética*, año 9, vol. 9, No. 1 (24), pp. 13-14.

<sup>12</sup> Gissler et al. "Pregnancy-associated mortality after birth, spontaneous abortion, or induced abortion in Finland, 1987-2000", *Am. J. Ob. Gyn.*, 2004, 190: 422-427. Citado en Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, septiembre 2005, p. 7.



defunciones maternas por aborto disminuyó en un 37,5% en este mismo período de tiempo<sup>13</sup>.

### b) El aborto y el suicidio

Estudios realizados en California y Finlandia evidencian la relación entre el aborto y el suicidio. Así, por ejemplo, en California se comprobó que las mujeres que habían abortado tenían 154% más probabilidad de morir a causa de suicidio. En Finlandia se demostró que la tasa de suicidio en el año posterior al aborto es tres veces más alta que la media femenina, y siete veces más alta que la de las mujeres que dieron a luz a sus hijos<sup>14</sup>.

### c) El aborto y la morbilidad materna

Estudios realizados en los últimos veinte años<sup>15</sup> han demostrado la relación entre el aborto y la morbilidad materna, por ejemplo, en lo relativo al cáncer de seno<sup>16</sup>, a la pérdida del hijo en el siguiente

embarazo<sup>17</sup>, a la placenta previa<sup>18</sup>, al nacimiento prematuro del hijo en el siguiente embarazo<sup>19</sup>, a la depresión y a las alteraciones en el estado de ánimo<sup>20</sup>, al síndrome de estrés generalizado<sup>21</sup> y a la alteración del deseo sexual<sup>22</sup>.

Un estudio publicado en España en el año 2000 resume las principales complicaciones de las que hay que informar a las mujeres en la interrupción voluntaria del embarazo de primer trimestre. Las complicaciones inmediatas son los desgarros cervi-

<sup>13</sup> Instituto de Política Familiar (IPF), Colombia. *El aborto en Colombia: informe*, Bogotá, noviembre de 2005, p. 15.

<sup>14</sup> Gissler, Hemminki & Lonnqvist. "Suicides after pregnancy in Finland, 1987-94: register linkage study", *British Journal of Medicine*, 313: 1.431-4, 1996. Citado en Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc), *Op. cit.*, septiembre 2005, p. 7.

<sup>15</sup> Sobre este tema, consultar Lamus, Francisco; Rocha, Sandra. "Salud pública y aborto", *Persona y Bioética*, año 9, vol. 9, No. 1 (24), p. 14.

<sup>16</sup> Krieger y cols. "Exposure, susceptibility, and breast cancer risk", *Breast Cancer Research and Treatment*, 1989, 13: 205-223. MacMahon, B.; Cole, P.; Lin, M.; Mirra, A. P., et al. "Age at First Birth and Breast Cancer Risk", *Bull WHO*, 1970, 43: 209-221. Trichopolous, D.; Hsieh C.; MacMahon, B.; Lin T., et al. "Age at any Birth and Breast Cancer Risk", *International J. Cancer*, 1983, 31: 701-704.

<sup>17</sup> Sun, Y.; Che, Y.; Gao, E.; Olsen, J.; Zhou W. "Induced abortion and risk of subsequent miscarriage", *Int. J. Epidemiol.*, 2003, Jun., 32(3): 449-54.

<sup>18</sup> Johnson, L. G.; Mueller, B. A.; Daling, J. R. "The relationship of placenta previa and history of induced abortion", *Int. J. Gynaecol. Obstet.*, 2003, May, 81(2): 191-8. Ananth, C.V.; Smulian, J. C.; Vintzileos, A. M. "The association of placenta previa with history of cesarean delivery and abortion: a meta-analysis", *Am. J. Obstet. Gynecol.*, 1997, Nov., 177(5): 1.071-8.

<sup>19</sup> Moreau, C.; Kaminski, M.; Ancel, P. Y.; Bouyer, J.; Escande, B.; Thiriez, G.; Boulot, P.; Fresson, J.; Arnaud, C.; Subtil, D.; Marpeau, L.; Roze, J. C.; Maillard, F.; Larroque, B.; EPIPAGE Group. "Previous induced abortions and the risk of very pre-term delivery: results of the EPIPAGE study", *BJOG*, 2005, Apr., 112(4): 430-7.

<sup>20</sup> Thorp, J. M., Jr.; Hartmann, K. E.; Shadigian, E. "Long-term physical and psychological health consequences of induced abortion: review of the evidence", *Obstet. Gynecol. Surv.*, 2003, Jan., 58(1): 67-79. Review.

<sup>21</sup> Cougle, J. R.; Reardon, D. C.; Coleman, P. K. "Generalized anxiety following unintended pregnancies resolved through childbirth and abortion: a cohort study of the 1995 National Survey of Family Growth", *J. Anxiety Disord.*, 2005, 19(1): 137-42.

<sup>22</sup> Bianchi-Demicheli, F.; Perrin, E.; Ludicke, F.; Bianchi, P. G.; Chatton, D.; Campana, A. "Termination of pregnancy and women's sexuality", *Gynecol. Obstet. Invest.*, 2002, 53(1): 48-53. Bielecka, Z. "The role of the midwife in decreasing the number of abortions", *Pieleg Polozna*, 1988, (5): 7-9, contd. Polish.

cales, la perforación uterina, el sangrado y la persistencia de restos del embrión dentro del útero. Las complicaciones tardías son las adherencias o sinequias uterinas, las cicatrices e incompetencia cervical, que producen parto prematuro y riesgo de pérdida aumentada del siguiente hijo<sup>23</sup>.

### c) *El aborto y el embarazo en adolescentes*

En la investigación española publicada en el año 2005, ya mencionada, se expone que durante el año 2002, uno de cada siete abortos (13,7%, 10.957 en total) se produjo en adolescentes menores de 19 años, y ocupa el tercer lugar en la clasificación por edades<sup>24</sup>; en 1991 ocupaba el quinto lugar. En los últimos diez años se duplicó el porcentaje de aborto en menores de 18 años<sup>25</sup>.

### d) *La supuesta disminución del número de abortos y la despenalización del aborto*

Que la medicina avance hasta lograr un mínimo de muertes maternas, como en Suecia, no significa que haya menos muertes de niños no nacidos que se destruyen por medio del aborto. En 1939 ese país legalizó el aborto “terapéutico”, y los abortos

continuaron en aumento; así, de 0,4/1000 mujeres durante el período 1939-43 se pasó a 3,7 en 1953 y a 20,4 en 1994<sup>26</sup>.

En 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la decisión *Roe vs. Wade*, legalizó el aborto en todo el país. Diez años después la cifra de abortos había crecido en un 112%. En 1990 era 2,3 veces mayor, y alcanzó un pico de 1,5 millones de abortos anuales. Desde entonces el número de abortos ha ido en descenso, pero dista mucho de un porcentaje inferior al que había antes de que se despenalizara.

En el Reino Unido, desde su despenalización, el número de abortos se ha incrementado en un 272%. En los últimos diez años aumentó 17%. Solo en Inglaterra y Gales se llevaron a cabo 185.415 abortos inducidos: en el 2004 un 2,1% más que el año anterior. Según ORMALC, “en el 2004, la tasa de aborto más alta se presentó entre las jóvenes de 18 a 24 años. Entre las adolescentes menores de 16 hubo un incremento del 6% con respecto al 2003. El 95% de los abortos se produjeron argumentando problemas para la salud física o mental de la mujer. Cerca del 1% se llevaron a cabo por razones eugenésicas; de éstos, la tercera parte eran fetos con síndrome de Down”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Sánchez Durán, M. A. *JANO EMC*, Viernes 9 Junio 2000, volumen 59, Número 1.349, pp. 47-50.

<sup>24</sup> Instituto de Política Familiar (IPF). *Evolución del aborto en España: 1985-2005*, Informe Serie monográfica, No. 2, Madrid, julio 2005, p.10.

<sup>25</sup> Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 7.

<sup>26</sup> Chorro Vizcaíno, Paloma; Grita, Letizia. “Lenguaje y antilenguaje en algunos textos jurídicos europeos relativos a la reglamentación del aborto”. En: *Medicina y Ética*, marzo de 1996, p. 258.

<sup>27</sup> Observatorio Regional para la Mujer de América Latina y el Caribe (Ormalc). *Op. cit.*, p. 14.



Forma parte de la prudencia del juez constitucional estudiar de manera detenida las razones por las cuales los partidarios del aborto han querido usar cifras que no corresponden a la realidad y que están ordenadas a multiplicar el problema del aborto en Colombia. No con ello quiero insinuar que éste no sea un problema real ni que tenga incidencia en la salud pública; lo que pretendo resaltar es que corresponde a los jueces evaluar las implicaciones para la salud pública en Colombia de una eventual decisión que, como la de despenalizar el aborto, podría tener previsible consecuencias, por la experiencia de otros países, para nuestro país.

Por las anteriores consideraciones, me permito solicitar a la Honorable Corte Constitucional declare la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, y se inhiba de pronunciarse por ineptitud de demanda en relación con los artículos 123 y 124 de la mencionada ley.

Por otra parte, y para finalizar este concepto, considero que tampoco procede la solicitud de inconstitucionalidad por omisión del legislador de los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), habida cuenta de que estudiado el *iter legislativo* de las normas relativas al aborto,

puede concluirse que el legislador estudió y desechó los tres casos que los demandantes consideran como las situaciones que justifican el aborto ético, el aborto eugenésico y el aborto terapéutico. En consecuencia, no es razonable sostener, según esta demanda, que haya una omisión legislativa, porque en el proceso de la aprobación del Código Penal se excluyeron los tres casos específicos, por considerar que: (i) en relación con el embarazo que implica un peligro para la vida o salud de la madre, esta situación está resuelta con el estado de necesidad, figura prevista en el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal; (ii) en relación con el embarazo producto de una conducta no consentida por la mujer, esta situación está resuelta mediante la prescindencia de la pena, siempre y cuando, según lo establece el parágrafo del artículo 124 del Código Penal, “se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación”, y la pena “no resulte necesaria en el caso concreto”; (iii) en relación con el hecho de que exista una grave malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, porque este caso no es de frecuente ocurrencia en Colombia y porque resulta problemático también para la ciencia determinar lo que resulta incompatible con la vida humana.