

# Editorial

## Una discusión que no ha terminado\*

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑOLOSA  
earchila@uexternado.edu.co

En 2006, un pronunciamiento de la Corte Constitucional<sup>1</sup> eliminó la prohibición total del aborto en Colombia, en tanto ello “[i]mplica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada”.

Si bien la decisión implicó un avance, contiene dos puntos que no por polémicos deben dejarse de discutir: (i) en primer lugar, que debe existir un número de semanas durante las cuales la mujer pueda decidir abortar sin ninguna excusa diferente a su libre elección, y (ii) lo peligroso de la excepción sobre la malformación.

En cuanto hace al primer punto, bajo el entendimiento de la sentencia, se trata de un conflicto de derechos entre el *nasciturus* y la mujer, por lo que situarse en alguno de los extremos, es decir, en la libertad total o en la prohibición total, se tornaría inconstitucional.

De esa manera, contrario a lo que correspondía si se hubiera dado pleno espacio a la libre determinación de las mujeres, la Corte precisó que no se trataba de una permisión total, sino que solo sería despenalizado en tres casos, que se constituyen en excepciones, con lo cual no se permite que la mujer adopte las decisiones que afectan su vida y autonomía.

En su análisis, precisó los límites del legislador penal en la calificación del aborto y los calificó así:

1. Dignidad humana: en donde la protección de la mujer involucra su autonomía individual, la posibilidad de elección de su plan de vida y su autonomía reproductiva.

2. Libre desarrollo de la personalidad: derecho que está ligado a las decisiones de las personas que “constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal”, por lo que la maternidad, como “opción de vida”, es una decisión de la mujer, y resulta inconstitucional

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.02>

1 Corte Constitucional. Sentencia C-355. Expedientes D-6122, D-6123 y D-6124 (10 de mayo, 2006). M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

el "establecimiento de normas que desestimen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre" o "las normas que impidan el cabal ejercicio de la maternidad".

3. La salud: supone no solo la "supervivencia biológica", sino su desarrollo en "condiciones mínimas de dignidad", en "aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico". Como límite, "excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional".

4. Bloque de constitucionalidad: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se constituyen en un límite para el legislador, "sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador".

5. Proporcionalidad y razonabilidad: para este caso, resultan de especial importancia, teniendo en cuenta que no existe un mandato determinante para resolver el conflicto de derechos, por lo que se debe tener en cuenta "si la protección del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración".

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de resolver el conflicto de derechos, las excepciones se presentan en tres casos:

1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico.
2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En relación con el segundo tema para debate, de las tres excepciones, es preocupante la prevista en el numeral segundo, en tanto que, a diferencia de las otras, que cuentan con parámetros objetivamente comprobables, introduce un elemento de valoración sobre las condiciones en las que viviría el niño. El establecimiento o la previsión de esas condiciones no deja de ser "especulativo" y, en todo caso, no resulta 100 % comprobable, pues admite subjetividades. Al respecto, la Corte señaló que "la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable". Obviamente, si se trata de una condición en la que esa inviabilidad no es total, sino de condiciones inadmisibles, el grado de subjetividad es mayor y las preocupaciones lo son más.