

La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos.

Consideraciones acerca de la Sentencia C–355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana.

The decriminalization of abortion in some cases and under certain circumstances

Considerations about sentence c-355 of 2006 of the Colombian constitutional court.

La dépénalisation de l'avortement dans quelques cas et sous certaines hypothèses

Considérations au sujet d'arrêt C-355 de 2006 de la Cour Constitutionnelle Colombienne.

Iván Darío Garzón Vallejo¹

Resumen:

La sentencia C – 355 de 10 de Mayo de 2006 de la Corte Constitucional colombiana despenalizó el aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos. A partir de dicho fallo, y desde los aspectos filosófico–jurídicos que se han reiterado en jurisprudencias de años anteriores, el artículo examina críticamente algunos asuntos centrales que deberían abordarse en un debate público acerca del papel institucional del Tribunal Constitucional en el país en vistas a su reforma, tales como la cosa juzgada constitucional, la Corte como organismo de actuación política y la crisis de la hermenéutica constitucional. Con tal análisis el autor concluye que algunos principios constitucionales se han desvirtuado

1 Abogado. Candidato a Doctor en Ciencias Políticas en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo en Arequipa, Perú. Este artículo constituye un comentario analítico personal, que el autor ha construido como investigador de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, Perú. Correo electrónico: Idgarzon@ucsp.edu.pe. El Consejo Editorial ha decidido publicar estas reflexiones para propiciar un debate académico respetuoso sobre el tema del aborto y el papel de la Corte Constitucional en el sistema jurídico colombiano.

Este artículo fue recibido el día 9 de enero de 2007 y fue aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 5 del 20 de abril de 2007.

por la actuación de la Corporación en este caso concreto. Las consecuencias de ello son la mengua del organismo en su capacidad de dotar de seguridad jurídica y certeza interpretativa al ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, se sugiere la tesis de estar ante un “gobierno de los jueces”.

Palabras clave: Derecho constitucional (130), Derechos reproductivos (39), Aborto (75), Constitución (149), derecho a la vida (43), derechos de la mujer (784).

Abstract

Sentence C - 355 of May 10th of 2006 of the Colombian Constitutional Court decriminalized abortion in some cases and under certain circumstances. Based on this sentence and on the philosophic and legal aspects which have been reiterated in precedent decisions from previous years, this article reviews some main subjects that should be approached in a public debate about the institutional role of the Constitutional Tribunal in the country in view to its reformation. Subjects as already judged constitutional matters (*constitutional res judicata*), the Court as a political organism and the crisis of the constitutional interpretation. Starting from this analysis, the author concludes that some constitutional principles have lost their substance because of the performance of the Tribunal in this specific case. The consequence of it is that the organism decreases in its capability to endow with law predictability and interpretative certainty the national legal order. Also, the thesis of being before a “government of the judges” is suggested.

Key words: Constitutional Law, Reproductive rights, Abortion, Constitutions, Right to life, Women's rights.

Résumé

L'arrêt C-355 de mai 10 de l'année 2006 de la Cour Constitutionnelle Colombienne a décriminalisé l'avortement dans quelques cas et sous certaines hypothèses. À partir de cet arrêt, et en regardant les aspects philosophiques- juridiques qui ont été réitérés dans des jurisprudences antérieures, cet article critique des matières principales qui devraient être approchées dans un débat public au sur le rôle institutionnel de la Cour Constitutionnel en Colombie en considérant sa réforme. Matières telles que la *res judicata* constitutionnelle, la Cour comme organisme politique et la crise de l'interprétation constitutionnelle. Après cette analyse, l'auteur conclut que des principes constitutionnels ont perdu leur substance à cause de la performance du Cour dans ce cas. Voici les conséquences : l'organisme diminue sa capacité pour doter de sécurité juridique et certitude interprétative l'ordre juridique national. Aussi, on suggère la thèse d'être devant un “gouvernement des juges”.

Mots Clés: Droit constitutionnel, Droits en matière de procréation, Avortement, Constitution, Droit à la vie, Droits de la femme.

Introducción

La praxis de los Tribunales Constitucionales genera día a día polémicas y debates de todo tipo. Colombia no es ajena a dicha situación. Algunos señalan que su Tribunal Constitucional es uno de los más activos y polémicos de América Latina, en un continente en el que aún muchas naciones conservan un sistema difuso del control de constitucionalidad o en el que los Tribunales Constitucionales tienen un papel menos mediático e influyente en la opinión pública. Dada la importancia institucional de la Corte Constitucional colombiana luego de 15 años de existencia como órgano independiente, vale la pena discutir su praxis a partir de un caso concreto y reciente: la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenalizó el aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos.

Al poner como objeto de estudio la sentencia C-355 de 2006, no proponemos para la discusión la problemática del aborto o la del análisis constitucional de los derechos fundamentales, aunque quizás en algunos pasajes la referencia a dicho asunto sea ineludible. El propósito central del artículo es examinar la praxis judicial e interpretativa de la Constitución por parte de la Corte Constitucional colombiana a partir de este caso concreto y enlazarlo con algunos semejantes, pues consideramos que éste episodio grafica varios elementos dignos de análisis acerca del papel que el órgano de control cumple y que pueden servir de aporte teórico para el debate sobre la necesidad de su reforma.

Nos centraremos en la figura del Tribunal Constitucional a partir de su origen y sus funciones clásicas, así como del matiz político que adquieren algunas de sus actuaciones. De la referida sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia analizaremos la figura de la cosa juzgada, así como la hermenéutica de ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política de 1991, representada específicamente en el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 superior.

1. La figura del Tribunal Constitucional

Muchos juristas hodiernos coinciden en señalar que la creación de los tribunales constitucionales es un destacado avance del derecho constitucional en el siglo XX. La razón es simple y evidente. Dejado atrás el paradigma de la ley como referente

supremo del derecho, la Constitución política ocuparía dicho lugar al sintetizar ese llamado pacto político asumido por los ciudadanos de las sociedades modernas y que garantizaría la paz y la concordia social. Este esquema ha recibido una notable influencia del período posterior a la Segunda Guerra Mundial en el cual la Carta política adquiere un destacado carácter simbólico como instrumento de concordia y paz.

Dado que a partir del esquema kelseniano la Constitución se erigió en la norma de normas y aquella instancia jurídica que fundamenta la validez del ordenamiento jurídico², se hacía necesaria una institución que velara para que dicha preponderancia no fuera un mero deseo del Poder Constituyente primario, sino una garantía real de los ciudadanos y de la eficacia de la Carta Superior. Así las cosas, la figura del Tribunal Constitucional surge con la idea de apuntalar la separación de poderes y garantizar que la Constitución Política no sea una sumatoria de deseos y buenas intenciones político-jurídicas, sino un texto normativo supremo de consecuencias precisas y concretas.

El control de constitucionalidad es un elemento esencial e indispensable a partir del constitucionalismo moderno, no solo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobretodo con el fin de impedir que uno de los poderes, esto es, el más fuerte, y que tiende a ser el legislativo en los regímenes parlamentarios o el ejecutivo en los regímenes presidencialistas –como es el caso de América Latina–, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la Constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo³. Como señala Fioravanti, “es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la Constitución”⁴.

Históricamente, este presupuesto nuclear del constitucionalismo moderno se materializa en el Tribunal Constitucional austriaco, previsto por la Constitución

2 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 20ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1984. pp. 147 – 148.

3 Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. p. 109.

4 *Ibidem*.

de 1920 y que marcó un modelo que se ha ido implementando progresivamente en las naciones occidentales. Giuseppe de Vergottini ha señalado que la creación de dicho ente —órgano especializado que ejerce un control concentrado de constitucionalidad— ha significado la superación del dogma político de la supremacía parlamentaria en el cuadro del ordenamiento jurídico, dado que el mismo parlamento está subordinado a la Constitución y que es posible confiarle a un órgano jurisdiccional conformado por expertos legales la competencia de anular actos de órganos legitimados por la voluntad popular⁵. Ello hace pensar, que la posibilidad de la tensión del órgano de control con las demás ramas del poder público se entreveía desde su propia formación.

Si bien es cierto que la labor de garantizar la supremacía efectiva del texto normativo superior no es una tarea sencilla, podría señalarse que originalmente el papel del Tribunal Constitucional es secundario y modesto, pues su función consiste principalmente en asegurar la guarda y la supremacía de la Constitución Política. Este mandato constitucional lo sitúa como un organismo que no es *autónomo* en términos absolutos, sino condicionado y ligado expresamente a las directrices del propio texto constitucional y a las funciones específicas que éste le señala.

Pero de algunos eventos de la praxis jurídica de la Corte Constitucional de Colombia, podría afirmarse que el organismo creado por la Carta ha terminado siendo más fuerte y poderoso que el propio texto constitucional, pues su interpretación en algunas oportunidades está *por encima* del texto constitucional, o *paralelo* a éste, haciéndose eco de la conocida tesis hartiana de que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”⁶. Como se sabe, no son pocos quienes han abogado en el país por una limitación de sus funciones que permita prevenir y mitigar ciertos excesos que han acaecido en los últimos tres lustros.

5 Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe de. Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 91.

6 Dado que la vaguedad es una característica inherente del lenguaje jurídico, lo que Hart denomina “textura abierta” del lenguaje y de las normas, y que en los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho porque las reglas no le indican una u otra dirección, sino *creándolo* para el caso concreto. Cfr. HART, H. L. A. El concepto de Derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo—Perrot, 2004. pp. 153, 158, 159, 294, 315.

De la misma manera, en la actualidad también muchos juzgan este juicio como excesivo, y la limitación de las facultades de la Corte Constitucional es un asunto que a pesar de que sea respaldado por una suerte de *sentido común ciudadano*, se ha ido tornando en el escenario nacional como políticamente incorrecto. En buena medida porque la efectividad de la acción de tutela es considerada como uno de los mayores frutos positivos de la Constitución de 1991, y una limitación de las funciones de la Corte pasaría por un rediseño de dicha acción de amparo tal como la concibió el Constituyente primario.

Asimismo, cuando se piensa en limitar las facultades de la Corte Constitucional, dicha atribución recaería en el Congreso de la República o en el Ejecutivo, dos órganos de poder que en incontables ocasiones se ven sometidos a las sentencias del Tribunal Constitucional y por lo cual la posibilidad de una pugna por el equilibrio del poder público se hace evidente, inminente e inconveniente.

Pero si se trascendiera dicha aporía, insalvable por lo demás en un régimen democrático en el cual el peso y contrapeso de los poderes públicos es un elemento sustancial al propio sistema, es preciso reconocer que desde su creación, por la Carta de 1991, el ejercicio jurisdiccional de la Corte Constitucional ha tenido excesos que es preciso examinar desde el punto de vista crítico de la filosofía del derecho y del derecho constitucional, apuntando a ofrecer elementos de análisis que posibiliten una reforma o una auto limitación del organismo.

Así las cosas, se hace necesario precisar que la relevancia del caso colombiano no reside necesariamente en una suerte de carácter modélico o ejemplar del país o de sus instituciones jurídico-políticas, sino en que el organismo constitucional se ha convertido en una institución altamente influida por las corrientes iusfilosóficas hodiernas y por la jurisprudencia de las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales de algunos países del primer mundo, y con ello se ha convertido en un sugerente caso de estudio en el continente.

Para fundamentar dicho marco general planteado, en este artículo señalaremos críticamente algunos aspectos que juzgamos de relevancia para la discusión académica referidas a la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana en la que se determinó la despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos

supuestos. En otras sentencias, el mismo Tribunal ha puesto en evidencia estos elementos de juicio. Por ello creemos que dicha sentencia de constitucionalidad grafica un fenómeno generalizado por lo menos en lo relativo a la interpretación de ciertos derechos fundamentales consignados en el texto superior.

2. El caso de estudio: la Sentencia C–355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana

A finales de 2005, un grupo de ciudadanos presentaron dos demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal) relativos a la penalización del aborto. Las demandas fueron acumuladas por la Corte Constitucional y se les dio el mismo trámite.

Ahora bien, dicho debate no es nuevo en el país pues el mismo año se había presentado una demanda semejante que solicitaba la despenalización del aborto en algunos supuestos. La demanda fue interpuesta por la ciudadana Mónica Roa, que también es demandante en la citada acción de fines de 2006. En la primera demanda, la Corte Constitucional se había declarado inhibida para fallar de fondo pues encontró que faltaban méritos en la demanda.

El 10 de mayo de 2006, con una votación de 6 magistrados a favor y dos en contra, la Corte da a conocer la parte resolutive de la sentencia en la que decide despenalizar el aborto en los siguientes supuestos:

1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y,
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 incesto⁷.

7 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–355 de 10 de mayo 2006. Magistrados ponentes: Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Es decir, el artículo 122 del Código Penal que señalaba: *La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior, es declarada exequible en el entendido de que no es punible en los supuestos señalados⁸.

3. ¿Una actuación política de la Corte Constitucional?

La primera impresión que da una sentencia de este tenor es la de ser una especie de *nueva norma* creada por el ente judicial. No está lejos de la verdad dicha impresión porque los supuestos –y la forma como se definen éstos– señalados en la parte resolutive no estaban incorporados en la normativa penal de 2000. Así, se puede hablar de una *modificación sustancial* del Código Penal en lo atinente a la protección de la vida como bien jurídico luego de la vigencia de la sentencia en mención dado que no solo se declaran inexecutable algunos apartados de la norma sino que se añaden supuestos y circunstancias en las que además, se hace un juicio de política criminal diferente del que asumiera el legislador.

Ante el mandato constitucional de decidir si son ajustadas a la Constitución las distintas normas del ordenamiento jurídico luego de la petición de un ciudadano⁹, se esperaría que dicho juicio conlleve a una decisión *favorable* o *desfavorable* debidamente motivada. El numeral 4 del artículo 241 en el que se señala dicha función no señala más criterios de juicio que el texto superior, y señala que el examen de la Corte puede abarcar tanto aspectos materiales como formales.

Paradójicamente, en el caso de la sentencia C–355 de 2006 no ocurre tal cosa. Si se notan los supuestos en los que el aborto no es considerado punible por la Corte se constata que dichos supuestos no estaban en el texto legal. Son creación de la Corte, no *ex nihilo*, pues provienen de la demanda. Un operador jurídico puede preguntarse válidamente si la definición de supuestos, circunstancias –agravantes o atenuantes en materia penal– y demás precisiones normativas no le corresponde hacerlas al Congreso de la República –expresión de la rama legislativa del poder

8 Ibidem.

9 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 241, num. 4.

público –y no a un organismo judicial. Dentro de un régimen democrático es claro que la atribución de crear leyes es un asunto de naturaleza política y en cuanto tal, reservado a la rama legislativa o al ejecutivo en ciertos supuestos.

Sin embargo, lo que viene ocurriendo es que las decisiones judiciales de las Cortes Supremas y de los Tribunales Constitucionales resultan ser una suerte de leyes y, en ocasiones, hasta políticas públicas. Así por ejemplo, en 2006 y en una conocida pugna política con el ejecutivo, la Corte Suprema argentina le ordenó limpiar el riachuelo porteño (un trabajo que no solo puede tomar varios años sino que conlleva un costo de millones de dólares necesarios para ello), y la misma Corte Constitucional colombiana le ordenó hace unos años al gobierno acabar con el problema de los desplazados por la violencia (uno de los fenómenos sociales más complejos del país), y en el pasado ha determinado en varias oportunidades el arresto de funcionarios públicos por el incumplimiento de determinadas políticas públicas.

En ese sentido, hay que preguntarse con Morelli Rico, “¿El arresto de un funcionario que no cumple una orden de implementar determinada política pública contenida en la sentencia porque no cuenta con los recursos, es la solución a la efectividad material de la política? Pretender imponer políticas públicas mediante sentencias, sobre todo mediante aquellas que deciden tutelas, tiene un doble efecto perverso: La ineficacia de la política misma y la deslegitimación de la Corte Constitucional, del control constitucional en abstracto y del amparo de los derechos por la vía de la tutela”¹⁰.

De acuerdo con esta situación, es válido plantear: ¿los Tribunales Constitucionales son organismos de tipo político? Si nos atenemos al origen de su composición y a lo que efectivamente viene sucediendo –más allá del designio jurídico– hay que responder afirmativamente. Muchos de los miembros de las Cortes Supremas –que ejercen en su interior el control *difuso* de constitucionalidad– y de los Tribunales Constitucionales –que ejercen dicho control en forma *concentrada*– son nombrados por el Congreso o por el mismo gobierno de turno. Ignoramos si existe un Tribunal Constitucional en el mundo que se integre por un concurso

10 MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001. pp. 50 – 51.

público entre los académicos y abogados más prestigiosos de las distintas ramas del derecho¹¹.

Reconocer el carácter político de las decisiones del Tribunal Constitucional no debe ser motivo de escándalo. Por el contrario. Es preciso reconocerlo tal y como es para poder prevenir los excesos y las problemáticas que ello puede suscitar. Esto ya lo había notado con sumo realismo Vidal Perdomo, cuando señalaba que “si el órgano de control es elegido por el cuerpo legislativo su condición es política y su actuación también; en tal caso, pesarán más los motivos políticos que los jurídicos para declarar una ley ajustada o no a la Constitución”¹².

En los sistemas democráticos, una de las consecuencias políticas de la existencia de los poderes políticos es que los representantes de éstos son responsables ante los ciudadanos. En términos políticos, cuando se alude a responsabilidad no nos referimos a la probidad o a la conducta del sujeto en cuestión “como un buen padre de familia” a la que hace referencia el Código Civil, sino, básicamente, a la posibilidad de ser puesto a prueba mediante el escrutinio popular. Así, lo que razonablemente podemos hacer los ciudadanos con un mal gobernante es no volver a elegirlo cuando se presente al escrutinio público, y ello comporta una especie de castigo político o un juicio de responsabilidad del mismo tenor.

Pero en el caso de un Magistrado de la Corte Constitucional, si su actuación en algunos casos es notoriamente política –como creador de normas o como promotor de políticas públicas–, ¿cuál es la responsabilidad *política* que le cabe a dicha gestión?

Por eso, cada vez es más común escuchar en forma crítica que los Tribunales Constitucionales *legislan*. Aunque algunos entusiastas lectores de los clásicos de la filosofía política puedan ver en ello la dirección del país por una “corte de sabios”, es preciso tener en cuenta el peligro institucional que comporta que las

11 Un proyecto de ley impulsado por el Partido Liberal Colombiano propondría que los académicos y juristas con pretensión de ser Magistrados de la Corte Constitucional se inscriban directamente ante el Senado, quien elegiría de la lista sometida a su escrutinio. Versión digital disponible en: http://www.semana.com.co/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=97284. (Octubre de 2006).

12 VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones políticas colombianas. 7ª ed., Bogotá: Legis, 1998. p. 37.

decisiones políticas se puedan tomar sin una consiguiente responsabilidad política ante los ciudadanos y del evidente riesgo que supone la politización del derecho y de la jurisprudencia.

Entiéndase politización en el mal sentido, pues estrictamente no hay una separación absoluta entre el derecho y la política y ello se corrobora no solo en la praxis cotidiana en las altas esferas del Estado, sino en el diseño de las instituciones públicas de las naciones y del orbe.

De cualquier forma, es preciso matizar el argumento, señalando que el juez constitucional sí legisla porque su sentencia, cuando se trata del juicio de constitucionalidad de una norma, tiene el mismo efecto que el de la norma objeto de juzgamiento dentro de las fuentes del derecho¹³. Pero solo en este evento se puede aseverar legítimamente que su decisión es legislativa en sentido positivo¹⁴, no en aquellos en los cuales el juez pareciera ir mucho más allá de lo señalado en el texto constitucional, y más aún cuando su fundamento pareciera estar en una determinada orientación filosófica de interpretar la Carta política.

4. La erosión de la cosa juzgada constitucional

Con el argumento de que la Constitución política es “dinámica”, o el llamativo apelativo de “Constitución viviente”, y con el propósito de evitar la petrificación del derecho¹⁵, la Corte Constitucional considera en la sentencia C-355 de 2006 que es preciso volver a analizar el caso de la exequibilidad del aborto¹⁶. Pero el

13 Cfr. MORELLI RICO, Sandra. Op. Cit., p. 9.

14 Evidentemente hay una legislación negativa también cuando la Corte declara inexecutable alguna ley o un articulado determinado. A partir de tal sentencia, dichos textos normativos se entienden fuera del ordenamiento jurídico.

15 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

16 Al respecto la Corte Constitucional, citando la sentencia C-774 de 2001 ha señalado: “El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva –aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental–, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas.” *El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte*

contexto histórico de la nación indica que en 1994 una sentencia del mismo organismo¹⁷ –conformada por otros miembros, detalle no menor¹⁸– había estudiado los artículos referentes al asunto en el Código Penal de 1980.

Además de las razones filosóficas señaladas¹⁹ que sirven como marco de la argumentación constitucional, la Corte señala tres razones adicionales que llevarían a examinar de nuevo la constitucionalidad de las normas relativas a la penalización del aborto: la variación de las penas en los artículos relativos al aborto²⁰, los 20 años transcurridos entre la puesta en vigencia de un Código y otro, así como la diferencia filosófica en la orientación de los textos legales.

sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”.

- 17 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–133 de 1994.
- 18 No se entienda la acotación como una ironía. Ante la erosión de la cosa juzgada constitucional el horizonte futuro del control constitucional y de la labor misma de la Corte queda seriamente comprometida pues finalmente la orientación de las sentencias así como sus decisiones de fondo dependerán casi absolutamente del criterio mayoritario adoptado por la Corte de ese momento y dicho criterio de acción prevalecerá dado que siempre se hallarán razones para desconocer la jurisprudencia anterior referido al mismo asunto. Al dejarse de lado el límite institucional de la cosa juzgada constitucional la posibilidad de la arbitrariedad judicial se asoma con frecuencia en los fallos.
- 19 En la misma sentencia C–355 de 10 de mayo de 2006 se cita la sentencia C–311 de 2002 en la que se lee: “*En conclusión, los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y no se asimilan a los del derecho procesal general. Se inscriben dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales en un sistema de tradición romano germánica, son los propios del proceso constitucional y responden a la interpretación de una Constitución viviente. Nótese que la Corte Constitucional no solo justifica el desconocimiento de la cosa juzgada material y formal en la sentencia C–355 de 2006, sino que además redefine la misma figura de la cosa juzgada apartándola de la institución procesal general, lo que implicaría que el derecho constitucional sería una suerte de derecho situado por encima y al margen del derecho general, tanto sustantivo como procesal.*”
- 20 En el Código Penal de 1980 la pena oscilaba entre uno y tres años. Y en el Código de 2000, modificado en este punto por la Ley 890 de 2004, es entre un año y cuatro meses; y cuatro años y seis meses.

Pero además, un argumento que está consignado en la demanda inicial interpuesta en abril de 2005, es que en la sentencia C-647 de 2001, en la que se declaró exequible el parágrafo segundo del artículo 124 del Código Penal, se hizo una aclaración de voto –suscrita por los mismos magistrados que votaron en favor de la tesis de los magistrados ponentes, es decir, que conforman la parte mayoritaria de la sentencia que venimos comentando– en la que se consideraba que el derecho a la vida del *nasciturus* debía sopesarse y armonizarse con los derechos y la dignidad de la madre, de modo que, así como resultaba impensable llegar a extremos como la despenalización total del aborto, tampoco era admisible el desconocimiento de los derechos y la dignidad de la mujer mediante la prohibición total de la conducta, por lo que se imponía la aceptación de la misma en determinados casos y bajo ciertos supuestos, como por ejemplo la violación²¹. Ignoramos si tal planteamiento tuvo influjo en la decisión de la Corte para variar su jurisprudencia en la sentencia de 2006; pero es preciso anotar que evidentemente, dicha argumentación, condensa *in nuce*, el espíritu de la sentencia C-355 de 2006.

Así las cosas, queda latente una pregunta decisiva: ¿los magistrados que suscribieron tal aclaración de voto *prejuzgaron* sobre el aborto?

Lo que está en juego en este asunto es la figura de la cosa juzgada constitucional, una institución garante por excelencia de la seguridad y la estabilidad jurídica que nos da la certeza a los ciudadanos de que las decisiones jurídicas tienen una instancia resolutoria última y que no se revisan una y otra vez en un espiral inacabable. Salvo que realmente los supuestos fácticos o normativos hayan variado sustancialmente y se haga necesaria una decisión judicial al tenor de los mismos. Visto desde las instituciones jurídico-políticas del país, es difícil creer que dicha variación ha operado en tan solo 20 años de historia, y de la lectura de la sentencia puede compartirse el juicio de los magistrados disidentes de la postura mayoritaria: “la Sentencia de la cual nos apartamos tampoco cumple con la carga argumentativa de demostrar que han cambiado las concepciones sociológicas respecto de la forma de entender y aplicar los valores, principios y reglas constitucionales involucrados en el asunto del respeto a la vida del no nacido desde el

21 Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam (editora). La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia. En: *Persona y Bioética*, Vol. 9. N° 2 (25), Chía: Universidad de la Sabana, 2005, p. 119.

momento mismo de la concepción, de manera que ciertamente pueda hablarse de un consenso social no mínimo sino máximo, respecto de la nueva lectura de la Carta en este punto”²².

En la sentencia C–355 de 2006 ha ocurrido sustancialmente algo semejante a la sentencia SU–047 de 1999 en la que la Corte Constitucional varió su propia jurisprudencia que ya había sido fijada anteriormente mediante una sentencia de constitucionalidad al tenor de una sentencia de tutela. Morelli Rico escribía sobre aquél caso algo que puede aplicarse a éste: “Así las cosas, la Corte Constitucional siembra la incertidumbre, relativiza la fuerza de la cosa juzgada constitucional, desconoce nuestro sistema de fuentes del derecho y se despoja de toda atadura jurídica, lo que es improcedente en términos jurídico–constitucionales e inconveniente para el país en general y para la misma Corte, que ve minada su credibilidad”²³.

En este punto, quizás podemos enlazar esta situación con la esquizofrenia legislativa y constitucional que vivimos en las naciones latinoamericanas en las cuales las leyes son numerosas y pretenden regularlo todo. Es una especie de obsesión por no dejar un resquicio de a-legalidad pues se lo asocia a la anomia. Y esto sucede a pesar de que con frecuencia las leyes no se cumplen y son ampliamente desconocidas por los ciudadanos –y comprensiblemente hasta por muchos operadores jurídicos–.

De la misma manera, las mismas Constituciones políticas se convierten en instrumentos de poder que se distribuye cada tanto para complacer a los distintos grupos y factores de poder de la nación, apuntalando a gobernantes que no tienen que ajustarse a la Constitución porque ellos mismos hacen una nueva Carta o la reforman sustancialmente, no siempre mediante las vías institucionales legítimas.

En ese sentido, la impostación en nuestras tierras latinoamericanas del Estado de derecho es muy peculiar, pues no es el gobernante y los gobernados quienes deben ajustarse a la ley sino que las leyes deben ajustarse a los deseos de los

22 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C – 355 de 10 de mayo de 2006. Op. Cit., Salvamento de voto: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

23 MORELLI RICO, Sandra. Op. Cit., p. 32.

gobernantes del momento y el cambio de la Constitución se proclama en las campañas presidenciales como una suerte de panacea para los males del país. Éste es el contexto político de los últimos años en países como Venezuela, Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia.

Sin duda, algún día el respeto por la institucionalidad nos permitirá cosechar mejores frutos que los que recogemos ahora.

Si se hiciera un ejercicio mental y se llevara hasta las últimas consecuencias los argumentos esgrimidos por la Corte para variar su propia jurisprudencia —aquellos de la Constitución viviente y el de evitar la petrificación de la jurisprudencia— y cambiar sustancialmente su interpretación y con ello su propia jurisprudencia²⁴ tal como ha ocurrido en el caso de estudio, se llegaría a una situación muy peligrosa desde el punto de vista institucional: que cada intérprete, fungiendo como analista social o sociólogo, interpretaría la Constitución en una forma variable desconociendo todo elemento de certeza previa, certeza que otorgan las decisiones pretéritas sobre un mismo asunto y a las que no solo la Corte sino la sociedad misma y sus ciudadanos deben atenerse, estén de acuerdo o no. La institucionalidad supone riesgos y desacuerdos, por ejemplo el que algo que se hace definitivo y estable puede no agradarle a todos —o hasta perjudicar a algunos— o incluso no gustarle a los gobernantes que, teniendo el poder de modificar la situación deben respetarla por el significado simbólico, jurídico y político que representa.

¿Que la Constitución es viviente significa que se debe interpretar —por pasajes en forma hartamente discutible— conforme a las tendencias sociales? No se trata de que el juez o el magistrado vivan de espaldas a la realidad social ni que imite a la Diosa Themis con sus ojos vendados. Pero parece claro que al juez constitucional no le compete determinar si la sociedad ha cambiado lo suficiente en algún aspecto medular como para tomar una decisión jurídica —que así deviene en decisión política, pues a quien le corresponde hacer este juicio es al gobernante, no al juez— y así darle una respuesta proporcionada. Hay que recordar que la base de la formación del funcionario judicial no gira en torno a dichos problemas, y por ello no puede exigírsele lo que sería muy pesado para sus hombros.

24 La sentencia C-133 de 17 de marzo de 1994 había declarado exequible la normatividad del aborto consignada en el Código Penal de 1980.

Por ello hay que preguntarse si los argumentos esgrimidos para modificar la jurisprudencia conllevan a asegurar la supremacía de la Constitución o hay una extralimitación en las atribuciones consignadas en el texto constitucional. Y ante el escenario de unos Tribunales Constitucionales que varían su jurisprudencia al tenor de sus nuevas composiciones y de sus cuestionables análisis sociológicos, ¿seguirán siendo decisiones *erga omnes* o cada vez más la justicia constitucional va devenir en una justicia particular y que corta expiración que por ser tal pierde progresivamente legitimidad?

Si la jurisprudencia constitucional se orienta en forma tan decisiva por el principio de la Constitución viviente y por el carácter mutable del derecho como es el caso de la sentencia C-355 de 2006, se pierde de vista que la jurisprudencia es —o debería serlo— la síntesis de la polaridad cambio—permanencia, mutación—estabilidad como señala atinadamente la profesora Morelli Rico ²⁵.

Más aún, ¿es respetable y confiable ante los ciudadanos y la sociedad un Tribunal Constitucional que varía su propia jurisprudencia convirtiendo sus *obiter dictum* en *ratio decidendi* y luego su *ratio decidendi* en *obiter dictum*? Esto es, lo que en 1994 fue *obiter dictum* (argumentos favorables a la permisión del aborto) en 2006 es *ratio decidendi* y *decisus*, y, lo que en 1994 fue *ratio decidendi* (constitucionalidad de la penalización del aborto), ahora es un *obiter dictum* adicional en la sentencia C-355 de 2006.

5. La crisis de la hermenéutica constitucional

Evidentemente, uno de los aspectos más apasionantes pero no por ello menos problemáticos de la disciplina constitucional es el relativo a la interpretación de la Carta Política. Como ésta es a la vez una figura en la que se enlazan en forma compleja lo jurídico y lo político; así como un “pacto” social y político y la suprema referencia del ordenamiento jurídico, lo cual se grafica en la expresión “ley de leyes”; su interpretación es compleja y diversa. No se resuelve simplemente acudiendo a la filosofía que la inspira, ni a la intención del legislador, ni al contexto

25 Cfr. MORELLI RICO, Sandra. Op. Cit., p. 25.

fáctico que pretende regular, ni al “espíritu del constituyente”²⁶, sino que, requiere de todos estos elementos a la vez sin que por ello, deje de ajustarse al tenor de los textos mismos señalados en el texto superior.

Pero que la interpretación constitucional sea un fenómeno complejo y a veces problemático no es óbice para señalar que tiene unos límites. Parece razonable señalar que dichos límites están dados principalmente por la gramática del mismo texto constitucional. Es decir, de un intérprete del texto constitucional se espera válidamente que señale lo que la misma Constitución ha señalado, no que se desprendan cosas que sustancialmente no están en la Carta.

En varios pasajes de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional eso es precisamente lo que ha ocurrido.

26 Éste principio interpretativo, en cuanto sea posible determinarlo con certeza, debe tenerse en cuenta en el proceso de discernimiento del Tribunal Constitucional. Considerando el carácter de *textura abierta* de la mayoría de los textos constitucionales, determinar la intención del poder constituyente en el debate y en la redacción definitiva de los textos es decisivo. En este evento de las demandas de inconstitucionalidad de la normatividad penal del aborto, dicha pauta habría obligado a la Corte a asumir una postura diferente en el *decisus* de la sentencia. Un notable constituyente, Humberto de la Calle Lombana, confirma que dicha decisión fue la que se adoptó en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Cfr. DE LA CALLE, Humberto. *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta, 2004, pp. 182 – 187.

Asimismo, en el salvamento de voto los Magistrados Monroy Cabra y Escobar Gil citan un aparte lapidario de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente de 1991: “Expone el constituyente Ramírez Ocampo: ...

“Yo creo que en materia de la Carta de Derechos, tanto el trabajo de la Comisión Primera como el de la Asamblea misma han generado una de las cartas de derechos humanos probablemente más completas que puedan leerse en constitución alguna vigente. El debate fue arduo entre quienes consideraban que el solo enunciado de algunos de ellos hubiera sido suficiente, y quienes consideramos que la tarea pedagógica de la Constitución colombiana bien ameritaba el esfuerzo de poder incluir de una manera casi de enseñanza, didáctica, cuáles son esos derechos fundamentales del hombre colombiano. Desde luego, nos inspiramos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas y en el Pacto de San José y todo el sistema interamericano que nos rige, y por ello, tanto en los derechos como en los principios, dejamos consagrada esa norma que inspirará —esperamos así— lo que es la conducta de los colombianos, o sea el respeto a la vida y su inviolabilidad. Ese respeto y esa inviolabilidad se hizo más patente desde el momento en que los distintos debates que aquí se produjeron, con el propósito explícito de abrirle el campo a la llamada opción de la maternidad, fueron sistemáticamente derrotados por una amplísima mayoría de esta Asamblea; y, *por lo tanto, pensamos que la norma y la cláusula consagrada de que la vida es inviolable amparará por mucho tiempo lo que es la sabiduría del Pacto de San José, del cual*

Así por ejemplo, el artículo 11 de la Carta señala escueta y perentoriamente que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Es difícil comprender la desprotección jurídico–penal del *nasciturus* en algunos casos y bajo ciertos supuestos que se sigue de la sentencia C–355 de 2006, atendiendo que el artículo constitucional *no señala distinción de quiénes tienen derecho incondicionalmente a la vida*. Asimismo, los numerosos tratados de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la vida del *nasciturus*²⁷.

Adicionalmente, la sentencia C–133 de 1994, jurisprudencia de la Corte Constitucional que se desconoció en este caso, se había pronunciado en el sentido de la protección al *nasciturus* en estos términos: “La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada”²⁸.

Por todo ello, y por razones filosóficas y jurídicas que no expondremos en este trabajo²⁹, es muy discutible e inconsistente el sentido del *decisus* de la sentencia

hace parte Colombia, por virtud de la cual la vida es y tiene que ser respetada desde el momento de su concepción.” (El destacado en itálicas fuera del original). Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

- 27 La Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 señala en el artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 4, numeral 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”. Y la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre señala en el preámbulo: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Y en el artículo 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida...”.
- 28 Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–133 de 17 de marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- 29 Véase GARZÓN VALLEJO, Iván Darío. Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto. En: Revista Vida y Espiritualidad. N° 64, año 22. Lima. Mayo – agosto 2006, pp. 77 – 105.

C-355 de 2006 de despenalizar el aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos así como la parte motiva de la misma. En varios pasajes de la sentencia, los argumentos esgrimidos parecen ubicarse con justicia en la categoría de falacias y sofismas tal como ha expuesto lúcidamente la profesora Ilva Miryam Hoyos³⁰.

Es evidente que la libertad es uno de los presupuestos que inspiran los textos constitucionales modernos. Es uno de los pilares jurídicos de las Constituciones actuales que tiene a su vez un importante trasfondo filosófico. Una de las razones de ello es que el constitucionalismo moderno es hijo del liberalismo político de la modernidad, y al fragor de éste se gestaron las revoluciones francesa y americana, y precedentemente, la inglesa, que se erigieron como hito histórico del cual surge la ideología de los textos constitucionales que hoy conocemos y que están vigentes en la mayoría de naciones del globo, por lo menos en las que se proclaman democráticas y liberales.

Asimismo, junto a la libertad puede señalarse la vida, la dignidad, la igualdad, entre otros, que se configuran no solo como derechos sino como principios, valores y bienes constitucionales que el Estado trata de garantizar.

Aceptando el hecho de que la Carta política es un fenómeno heredero de la filosofía liberal parece pertinente preguntarse, ¿es válido interpretarla *únicamente* en ese sentido?

No se puede desconocer un hecho irrefutable en nuestras sociedades complejas, heterogéneas y plurales: que este texto constitucional que proclama y establece valores liberales, no está establecido como referente supremo solo para individuos

30 Ejemplos de dicha categoría de argumentos son: “Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”.

“Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “*en general*” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto,

con creencias liberales sino para *todas las personas*, coincidan o no políticamente con dichos postulados. Así las cosas, ¿es legítimo interpretar la Constitución solo en términos liberales teniendo en cuenta que no toda la población se identifica con dicha filosofía política? Más específicamente, ¿es legítimo interpretar la Carta en términos específicos del liberalismo, los liberales–kantianos³¹? ¿No supondría esto una discriminación con aquellos que, por lo menos tienen reservas con la filosofía liberal y que se adscriben al conservadurismo, al socialismo, al anarquismo o a cualquier otra tendencia filosófica política?

En síntesis, ¿es la filosofía liberal una filosofía universal y por ello aplicable válidamente como única perspectiva de la interpretación constitucional? Y si lo fuera, ¿es legítimo en una sociedad plural y diversa aplicarla como parámetro de interpretación y de lectura de la norma de normas para todos los ciudadanos? ¿No es intelectualmente arbitrario que en algunas sentencias de la Corte Constitucional se descalifique el llamado “perfeccionismo moral”³² como clave de lectura de los derechos fundamentales por considerarse particularista, pero se acepta sin más la lectura kantiana, –una filosofía particularista– de los mismos?

Si la interpretación liberal de la Carta fuera considerada como la única posible, se hace preciso reconocer una paradoja: una ideología de la libertad, que proclama el respeto de las diferencias y de la autonomía individual, se revela hostil a la propia libertad –de elegir otras interpretaciones y cosmovisiones como lecturas válidas de la realidad– y así, se convierte en una suerte de tiranía ligera y silenciosa que

porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”. Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

- 31 En varias sentencias la Corte Constitucional ha interpretado desde esta perspectiva el derecho al libre desarrollo de la personalidad señalado en el artículo 16 de la Carta. Y también asume la misma perspectiva filosófica particular cuando interpreta el principio constitucional de la dignidad como: “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”. Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C–355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.
- 32 CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C–239 de 20 de mayo de 1997 mediante la cual se despenalizó la práctica de la eutanasia.

margina a quienes la contradicen³³. En ese sentido, la profesora Morelli Rico, crítica de la actuación de la Corte Constitucional en casos en los que una forma de entender la moral diferente a la postura asumida por esa Corporación ha sido desechada y considerada no ajustada a la Constitución³⁴, ha señalado que “el juez constitucional debe velar por la supremacía de la Constitución, incluyendo obviamente su axiología, y no fungir como cuarto poder moral”³⁵, pues en este caso, se trata de una suerte de autoritarismo moral, incompatible con los presupuestos de un Estado laico y que sitúa el control de constitucionalidad en el marco del subjetivismo y la arbitrariedad³⁶.

Otro abuso de la interpretación constitucional deviene por el asunto de la *ponderación de los derechos*. Se ha dicho en repetidas oportunidades y específicamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales señalados en la Constitución no pueden ser absolutos pues hay situaciones en las que puede ocurrir que entren en conflicto³⁷ y que el intérprete debe ponderarlos en el caso concreto y determinar cuál debe prevalecer. Así por ejemplo, en el caso en mención de la despenalización del aborto la Corte señaló: “A pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”³⁸.

En el caso de estudio, la Corte reconoce que la vida es un valor y un derecho señalado en la Constitución, pero en la ponderación con los derechos de la mu-

33 Algo semejante y estrechamente relacionado con el liberalismo político ocurre con el fenómeno del laicismo político. Véase, GARZÓN VALLEJO, Iván Darío. *Bosquejo del laicismo político*, Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2006.

34 De este tenor han sido las sentencias de la despenalización de la dosis mínima de droga (C-221 de 5 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz), la despenalización de la eutanasia (C-239 de 20 de mayo de 1997. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz), el incesto (C-404 de 10 de agosto de 1998. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y la comentada de la despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos (C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrados ponentes: Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas), entre otras.

35 MORELLI RICO, Sandra. Op. Cit., p. 153.

36 Ibid. pp. 149 – 151.

37 Véase ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 2003.

38 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C – 355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

jer, opta por hacer prevalecer éstos pues “si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica 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, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”³⁹.

En algunos derechos fundamentales, aquellos que no admiten excepciones para ser tutelados efectivamente, dicha prevalencia de otro derecho que se le opone bajo el principio de la ponderación de los derechos supone un desconocimiento de aquél. Específicamente, derechos como la vida, si son condicionados o puestos en entredicho en algunos casos devienen en inocuos y dejan de estar protegidos, pues precisamente lo que el Estado debe garantizar es que éste bien es tutelado *aún en las circunstancias en las cuales pueda ser puesto en entredicho y en razón a las motivaciones con las que se intente justificar dicha trasgresión*.

La profesora Claudia Forero ha notado que en la Constitución colombiana la vida goza de un valor superior frente a los demás derechos fundamentales, y por ello sugiere que en su consideración se recurra al método a priori de la jerarquización, el cual supone la demostración de que el ejercicio de un derecho de mayor valor debe prevalecer sobre el otro. Según ella, tal jerarquización se apoya en dos fundamentos. Primero, el hecho de que en el enunciado constitucional de los derechos fundamentales, la vida es el derecho que encabeza a todos los demás en el capítulo uno. Segundo, que es un derecho que normativamente es inviolable, esto es, no susceptible de violación o vulneración por otros⁴⁰.

En este sentido, el profesor Massini–Correas señala una poderosa razón por la cual el derecho a la inviolabilidad de la vida –como prefiere llamarlo en forma muy sugerente el autor argentino–, debe estar por encima de los demás, y es que “nadie puede “tomar en serio” un derecho que está sujeto a la condición

39 Cfr. *Ibid.*, El destacado en itálicas es nuestro.

40 Cfr. FORERO, Claudia Helena. ¿Jerarquización, ponderación o proporcionalidad? Dilema metodológico en el problema del aborto. En: HOYOS, Ilva Miryam (editora). *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá: Temis 2005, p. 124.

suspensiva de que el deudor pueda cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad”⁴¹, pues de lo contrario, la inviolabilidad de la vida se convierte en una mera pretensión, súplica o ruego. La misma naturaleza del derecho a la inviolabilidad de la vida, hace que no admita grados, que se tenga o no se tenga, que no pueda tenerse un poco y por ello no puede ser dejado de lado por consideraciones de utilidad o conveniencia⁴².

En otras palabras, si el Estado solo garantiza la vida de los asociados en situaciones de paz y normalidad social la vida deja de ser un principio rector del ordenamiento, un bien constitucional, y un derecho fundamental *efectivamente tutelado*, pues las excepciones que se pueden argüir siempre serán numerosas. En la sentencia en mención se hace alusión a situaciones dramáticas, dolorosas y evidentemente indeseables. Pero que afortunadamente no constituyen la generalidad del desenlace de los embarazos, como son los casos de la malformación del feto, de un embarazo que amenace la vida de la madre, del acceso carnal violento o de la inseminación artificial no consentida.

Pero nada obsta para que en el futuro sean más las circunstancias excepcionales señaladas y que además, sean fútiles o indemostrables⁴³. Por ello, si se abre la puerta a la despenalización y con ello a que el Estado renuncie a un juicio de desvalorización de la conducta abortiva en estos eventos, con la misma justificación teórica podría excepcionarse el principio constitucional y el derecho fundamental a la vida durante los llamados estados de excepción o por fines eugenésicos o científicos. Piénsese por ejemplo en hechos como la clonación de seres humanos.

Es decir, si la vida deja de ser un derecho fundamental que el Estado asegure y proteja en todas las circunstancias y un bien constitucionalmente protegido, no se ve como ello no vaya a conducir a la llamada “pendiente resbaladiza” sentando

41 MASSINI – CORREAS, Carlos I. El derecho natural y sus dimensiones actuales. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1999. p. 214.

42 Cfr. Ibid, pp. 214 – 215.

43 Hay un evidente silencio mediático e informativo de los casos de mujeres que no deciden abortar sino respetar y salvaguardar la vida del nasciturus. El carácter testimonial de quienes no abortan o de quienes sobreviven al aborto es imprescindible y la difusión de sus razones parece equitativo en el debate público, pues con frecuencia se han difundido preferentemente los casos y las razones de quienes sí deciden abortar. Véase BERMÚDEZ, Alejandro. Yo sobreviví a un aborto. Barcelona: Planeta, 2000.

el precedente de excepciones de menor apoyo sentimental y mediático pero para las cuales también se pueden esgrimir supuestos derechos como los “sexuales y reproductivos”, la autonomía reproductiva o el deseo de la mujer de evitar convertirse en un instrumento útil para la procreación⁴⁴, y ante los cuales el derecho fundamental y principio constitucional de la vida ceda y quede desprotegido mediante el llamado *juicio de ponderación*.

El término aséptico *ponderación* no trasluce lo que sucede en la realidad: el desconocimiento de un derecho sin el cual se tornan imposibles las demás garantías del ordenamiento jurídico y que, una vez desconocido, torna imposible la vida digna, sana, y libre de un ser humano determinado: el *nasciturus*, aquel que paradójicamente traducido al castellano de la lengua latina es llamado como “el que está por nacer”.

Así, la lógica jurídica lleva a concluir que si la vida no es el primer derecho reconocido y tutelado por el Estado los demás se tornan inocuos, y que un Estado que no asegura el primero de los derechos no protege al ser humano que es el centro y sentido de toda la vida política y jurídica.

Lo que no deja de ser paradójico es que en los términos de esta interpretación la vida de los más débiles, aquellos que no tienen voz, está desprotegida. La lógica de la permisión del aborto, que es quizás el mayor drama de nuestra civilización, conlleva a que nadie pueda asegurar que mañana los débiles no serán considerados los *nasciturus* sino otros seres humanos, entre los cuales nos podemos contar cualquiera de nosotros.

En el caso del aborto, la Corte Constitucional ha señalado que en los eventos estudiados el derecho a la vida del *nasciturus* entra en conflicto entre otros, con la dignidad⁴⁵, el derecho a la salud⁴⁶, específicamente los llamados “derechos sexuales y reproductivos”⁴⁷,

44 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

45 En la Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006 la Corte señaló: “el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”.

Asimismo: “Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa

y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer⁴⁸. Por lo cual la Corte señaló que “si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica 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, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”⁴⁹.

Ahora bien, la aseveración de la Corte para el caso de estudio puede ser desvirtuada incluso por medio del método de la ponderación. Siguiendo las pautas de éste método descritas por Robert Alexi y salvo en el segundo caso —el de la

la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”.

46 En el caso sub judice la Corte considera el derecho a la salud como fundamental. Así lo refiere en la sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006: “La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad”.

Allí mismo, luego de hacer mención a la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 y la Conferencia Mundial sobre la mujer (Plataforma de Beijing) en 1995, señala que “en conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”.

47 En la sentencia C-355 de 2006 se lee: “Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la *autonomía reproductiva*, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”. El destacado en itálicas es nuestro.

48 En la sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006 la Corte señaló: “Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofender sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional”.

49 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

grave malformación del feto que haga inviable su vida—, del cual no se ocupa en su trabajo, la profesora Forero ha demostrado que en ningún caso tiene mayor valor la decisión de la mujer respecto del derecho a la vida del no nacido, sino que éste reviste siempre mayor valía, dada la circunstancia de “negación directa, certera y eficaz de su derecho, en comparación con amenazas o circunstancias que podrían restablecer la situación de la mujer en todos los eventos de los patrones fácticos descritos”⁵⁰.

Asimismo, refiriéndose a la importancia que debía otorgarse a las prescripciones del derecho internacional en relación con el derecho a la vida del *nasciturus*, normas por lo demás reconocidas como de *ius cogens*, y que mediante la incorporación a la Carta política que se opera por el bloque de constitucionalidad, la Corte señaló que “de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado”⁵¹.

Aunque la interpretación de la Corte de los tratados internacionales de derechos humanos se califique como sistemática y teleológica⁵², parece incontrovertible desde la perspectiva del derecho internacional vigente que el derecho a la vida tiene como estatuto ser un derecho de obligatorio cumplimiento. Así lo confirma el iusinternacionalista Hernán Valencia Restrepo, quien escribe que “con base en las Declaraciones y Convenciones sobre derechos humanos de muchas Organizaciones Interestatales, se puede y se debe afirmar rotundamente que hoy es un principio general del derecho internacional la obligación, a cargo de los Estados y de los individuos, de respetar y hacer efectivos los derechos humanos y que,

50 Cfr. FORERO, Claudia Helena. Op. Cit., pp. 132 – 139.

51 Cfr. Ibid.

52 Cfr. Ibid.

como todos los principios, éste hace parte del *ius cogens*. Por consiguiente, todas las normas reguladoras de los derechos humanos son imperativas”⁵³.

Finalmente, un asunto crítico de la interpretación de la Corte Constitucional en el caso de la sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006 que venimos comentando, es que ha prohibido a las clínicas, hospitales y centros de salud (aún los no estatales) negarse ante la petición de una mujer de que se le practique un aborto. Y en el evento de que un médico de una de dichas entidades manifestare fundadamente razones de conciencia que le impidan favorecer el aborto, la Corte ha ordenado que dicha institución médica remita a la mujer a un médico que sí se lo practique⁵⁴. El asunto reviste suma gravedad si es cierto que, como señalan los magistrados disidentes de la posición mayoritaria de la Corte, “la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”⁵⁵.

Interesa llamar la atención que la interpretación de la Corte Constitucional habría hecho el tránsito de una conducta no sancionada por la ley penal en tres casos específicamente determinados y bajo ciertos supuestos, a un derecho fundamental exigible y ante el cual no es lícito oponerse jurídicamente, salvo un intrincado procedimiento del médico alegando la objeción de conciencia y únicamente en forma individual. El Decreto reglamentario del Ministerio de Protección Social ratificó la tesis de que la objeción de conciencia es un asunto individual y no institucional, aunque paradójicamente, dejó fuera de tal derecho al personal administrativo de las entidades de salud⁵⁶.

Tanto la alusión de la sentencia como el Decreto del Ministerio comportan una conclusión arbitraria, difícilmente extraíble del texto constitucional dado que en el artículo 18 se señala: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado

53 VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho Internacional Público. Medellín: Biblioteca jurídica Díké y Universidad Pontificia Bolivariana, 2003, p. 524.

54 Cfr. Corte Constitucional. Bogotá. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Op. cit.

55 Cfr. Ibid. Salvamento de voto: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

56 Cfr. Ministerio de Protección Social. Bogotá. Decreto 4444 de 13 de diciembre de 2006, artículo 5.

por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. El texto constitucional no hace distinciones ni priva a ciertos ciudadanos de tal derecho fundamental, como en este caso, a quienes se desempeñen en las labores administrativas de las entidades de salud.

Como parece evidente, en este punto, la Corte Constitucional y el Ministerio han ido mucho más allá del propio texto constitucional.

Por ello, a partir de la sentencia C–355 de 2006, muchas cosas hacen pensar que en Colombia estamos ante un gobierno de los jueces⁵⁷.

Conclusiones

Desde su creación como órgano independiente en la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha sido objeto de un continuo debate acerca de la necesidad de su reforma. Aunque actualmente no pareciera existir en el país el suficiente consenso gubernamental y parlamentario para que ello pudiera ocurrir en el corto plazo, es evidente que la inconsistencia argumentativa de algunas sentencias, el componente altamente politizado del organismo, así como su preocupante alejamiento del sentido literal y teleológico del texto constitucional claman por una reforma del órgano de control constitucional que evite que se siga consolidando en Colombia un gobierno de los jueces.

Para la muestra, y como un caso no excepcional, la sentencia C–355 de 2006 de la citada Corporación, desconoce el peso efectivo de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico patrio, ignora deliberadamente su propia jurisprudencia para el caso de la penalización del aborto que había sido sentada en la decisión C–133 de 1994 y en algunos fallos que también la ratificaron, y supone asimismo una hermenéutica de los derechos fundamentales que desconoce específicamente la letra y el sentido final del texto del preámbulo y del artículo 11 superior que consagran la protección de la vida humana –sin hacer distinciones– derivada de su carácter inviolable.

57 Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime. Op. Cit., p. 37.

La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos ocurrida a partir de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional ha significado para la vida de Colombia no solo un preocupante antecedente jurídico constitucional, sino la legitimación de un *decisus* marcado por numerosas falacias, sofismas y el desconocimiento del papel institucional confiado por el Poder Constituyente en 1991 al organismo del control constitucional: la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución⁵⁸ y evidencian la urgencia, así como la pertinencia para que se debata abiertamente acerca de la necesidad de la reforma de la Corporación.

58 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 241.

Bibliografía

BERMÚDEZ, Alejandro. Yo sobreviví a un aborto. Barcelona: Planeta, 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C – 355 de 2006. Magistrados ponentes: Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Salvamento de voto: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C–133 de 17 de Marzo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C–221 de 5 de Mayo de 1994. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C–239 de 20 de Mayo de 1997. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C–404 de 10 de Agosto de 1998. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia SU–047 de 29 de Enero de 1999. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz y Dr. Alejandro Martínez Caballero.

DE LA CALLE, Humberto. Contra todas las apuestas. Historia íntima de la Constituyente de 1991. Bogotá: Planeta, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001.

GARZÓN VALLEJO, Iván Darío. Un delito que quiere ser derecho. Consideraciones sobre los argumentos favorables a la despenalización del aborto. En: Revista VE, N° 64, año 22, Mayo – Agosto 2006, Lima: Vida y Espiritualidad, pp. 77 – 105.

_____, Bosquejo del laicismo político. Arequipa: Universidad Católica San Pablo, 2006.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencias. Herejías constitucionales. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.

HART, H. L. A. El concepto de Derecho. (Genaro Carrió, trad). Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 2004.

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam (editora). La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia. En: Persona y Bioética, Vol. 9. N° 2 (25), Chía: Universidad de la Sabana, 2005.

_____, La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia. Bogotá: Temis, 2005.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. 20ª Ed. Traducción de Moisés Nílv, Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 1984.

MASSINI – CORREAS, Carlos I. El derecho natural y sus dimensiones actuales. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1999.

MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho Internacional Público. Medellín: Biblioteca jurídica Díké y Universidad Pontificia Bolivariana, 2003.

VERGOTTINI, Giuseppe de. Las transiciones constitucionales. Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX. Traducción de Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional general e Instituciones políticas colombianas. 7ª Ed., Bogotá: Legis, 1998.