

La Inconstitucionalidad de las Restricciones a la Interrupción Voluntaria del Embarazo-IVE

Juan Manuel Sánchez Osorio

*Abogado, Docente investigador del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas Laureano Gómez Serrano.
Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.
E-mail: jsanchez25@unab.edu.co*

Resumen

En Colombia, la vida y la interrupción voluntaria del embarazo-IVE son derechos fundamentales que se desprenden del ámbito jurídico de protección constitucional a la vida y de las libertades sexuales y derechos reproductivos de la mujer. Las restricciones para el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo-IVE, parecen estar resueltas con las causales planteadas en la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional. Sin embargo, existen otras restricciones que se desprenden del estudio de la vida y del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo-IVE, desde las líneas argumentativas trazadas por Robert Alexy y Martin Borowski (2003), las cuales no han sido abordadas por la Corte Constitucional. El presente texto identifica restricciones a la vida, como delimitaciones al ámbito de protección del mismo, las cuales ampliarían el ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

Palabras clave: Interrupción voluntaria del embarazo, Derechos fundamentales, Derechos reproductivos de la mujer.

Abstract

In Colombia, the life and abortion-IVE are fundamental rights arising from the legal scope of constitutional protection to the lives and liberties of sexual and reproductive rights of women. Restrictions on the exercise of abortion-IVE, seem to be resolved with the grounds raised in the judgment C-355 of 2006 CONSTITUTIONAL COURT. However, other constraints arising from the study of life and the fundamental right to abortion-IVE, from the argumentative lines drawn by ROBERT MARTIN ALEXY and BOROWNSKI, which have not been addressed by the CONSTITUTIONAL COURT. This paper identifies restrictions to life, as the scope of protection boundaries thereof, which would extend the exercise of the fundamental right to abortion.

Keywords: Voluntary Interruption of Pregnancy, Fundamental Rights, Reproductive Rights of Women.

Résumé

En Colombie, la vie et l'avortement IVE sont des droits fondamentaux découlant de la portée juridique de la protection constitutionnelle de la vie et des libertés des droits sexuels et reproductifs des femmes. Restrictions à l'exercice de l'avortement-IVE, semblent être résolues avec les moyens soulevés dans l'arrêt C-355 de 2006, la Cour constitutionnelle. Cependant, d'autres contraintes liées à l'étude de la vie et le droit fondamental à l'avortement-IVE, des lignes argumentatives dessinés par Robert Martin ALEXY et BOROWNSKI, qui n'ont pas été abordées par la Cour constitutionnelle. Ce document identifie les restrictions à la vie, comme le champ d'application de limites de protection de celui-ci, qui étendrait l'exercice du droit fondamental à l'avortement.

Mots-clés: Interruption volontaire de Grossesse, Droits fondamentaux, Droits Reproductifs des Femmes.

La Inconstitucionalidad de las Restricciones a la Interrupción Voluntaria del Embarazo-IVE*

Juan Manuel Sánchez Osorio

1. TESIS

La fundamentación jurídica de las restricciones fijadas al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo-IVE-, mediante la ley 599 de 2000, carece de los criterios de justificación mediante la proporcionalidad y ponderación de disposiciones de derecho fundamental, y por tanto tal disposición normativa es inconstitucional.

2. ARGUMENTOS

Los argumentos que soportan las anteriores afirmaciones se exponen así:

2.1. La tipificación del delito del aborto

EL legislador penal, siguiendo la tradición institucional colombiana, ha estipulado como delito la práctica de la interrupción del embarazo como medio principal de garantía del “*derecho a la vida del nasciturus*” considerando a la vida, además, como bien jurídico absoluto y eje fundamental del andamiaje jurídico, desde una dimensión puramente física y biológica. Así, el actual código penal (ley 599 de 2000) recogía lo estipulado en el código penal de 1980 (Decreto 100), en cuanto a la tipicidad del aborto, no obstante, consagraba causales de atenuación punitiva en circunstancias de embarazo criminal o por transferencia de óvulo o inseminación artificial no

* Artículo derivado de la investigación titulada *Restricciones del derecho fundamental a la vida, frente al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo: análisis teórico*, la cual se encuentra inscrita al Grupo de Familia, Género y Conflicto, Línea de Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB. Financiada por la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

consentidas. De igual modo, facultaba al juez a que, en las circunstancias antes descritas pudiese prescindir de la sanción siempre y cuando obraran “*extraordinarias condiciones anormales de motivación*”; ante lo cual, si bien aún en circunstancias extremas de motivación el juez pudiese prescindir de la pena, dicha figura no excluía la tipicidad y antijuridicidad de la conducta¹.

Por otro lado, en el plano de la normativa constitucional, la protección de la vida está estipulada en el preámbulo, Artículo 2 y principalmente en el Artículo 11 de la Constitución Política de 1991, el cual expresa “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte” (Constitución Política de Colombia). Tal disposición, se aparta en parte de la normatividad anterior, esto es, la Constitución Política de 1886, que tan sólo ordenaba el deber general de protección a las autoridades públicas, aunque seguía el mismo esquema de abolición de la pena de muerte (Quinche, 2010). Sin embargo, bajo los parámetros actuales de interpretación de la Carta Política, la expresión vida, debe ser integrada con otras tales como dignidad humanas, auto-procreación, libertad de cultos y libre desarrollo de la personalidad; libertad e igualdad sexual y de género, derechos reproductivos, salud reproductiva, derechos de los niños, todos de rango fundamental, con la precisión de que, en el caso de los niños, además su protección y garantía es de carácter prevalente (Constitución Política de 1991, Arts. 1, 13, 16, 19, 42 y 43).

1 Las normas expresaban:
 Código Penal de 1980-Decreto 100 “ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.
 A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”.
 Código penal de 2000-Ley 599 “ARTÍCULO 122. ABORTO. 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.
 ARTÍCULO 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.
 ARTÍCULO 124. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.
 PARÁGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.
 No obstante, las penas anteriores fueron aumentadas mediante ley 890 de 2004, y a su vez, cabe mencionar la ausencia de responsabilidad con ocasión de “estado de necesidad” que según lo estipulado por el Artículo 32 ord. 7 ocurre cuando “[s]e obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
 URL: www.secretariassenado.gov.co

2.2. El parámetro de interpretación anterior a la Sentencia C-355 de 2006

El 10 de mayo del año 2006, la Corte Constitucional colombiana, como guardián supremo de la ley fundamental, en cuanto a la integridad de su texto y la garantía de derechos fundamentales, profirió un fallo en el cual despenalizaba el delito del aborto, facultando a las mujeres a interrumpir su embarazo en tres causales taxativamente señaladas². Anterior a dicha decisión, el precedente de interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano de la expresión vida, estaba fijado bajo las siguientes dimensiones:

- a) Se encontraba sujeto a la decisión adoptada mediante la sentencia C-133 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), la cual dilucidó la demanda de inconstitucionalidad del Artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), que se mantuvo igual, aún en la vigencia de la ley 599 de 2000, a través de las sentencias C-013 de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), C-647 de 2001 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), C-198 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), C-1299 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y C-1300 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) de 2005.

- b) Tal interpretación fijaba:
 - Protección de la vida del *nasciturus* como derecho, con lo cual se le otorgaba a éste el tratamiento de persona, sin serlo.
 - En consecuencia, se otorgaba una estipulación de la vida como derecho absoluto, sagrado³, cuyo origen, siendo el derecho natural, lo elevaban a una existencia por encima de disposición normativa alguna, quedando prohibida su disposición no sólo por la mujer gestante, sino por el titular del mismo derecho.
 - La estimación de la interrupción del embarazo (aborto) como “derecho a cometer un crimen” (Sentencia C-013 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).
 - La libertad de configuración plena del legislador penal, previendo el *iuspuniendi*, como mecanismo primigenio de protección a la vida.
 - El sacrificio heroico de la mujer gestante que, aun en circunstancias de embarazo criminal, debía ceder su dignidad humana, libertad y autonomía, en pro de la vida de un tercero.

2 La decisión fue de 6-3, y se presentaron dos aclaraciones de voto.

3 Cabe mencionar que tanto en la decisión como en la demanda, se hizo alusión a las encíclicas papales. Así, en la Sentencia C-013 de 1997, la Corte hizo mención de la Encíclica “*Humane Vitae*”, del Papa Pablo VI, en tanto a estimación del origen de la vida y su protección (Fundamento Jurídico 4.5). De igual forma, se recurrió a la Encíclica “El Evangelio de la Vida” del Papa Juan Pablo II, en la demanda de inconstitucionalidad de la Sentencia C-647 de 2001.

- La estimación de la mujer grávida como un “puro vientre desligado de conciencia” (Sentencia C-013/1997. Salvamento de voto) quien incluso, lograba dignificarse a través del parto.
- La interpretación de que la autonomía procreativa se predicaba antes del embarazo, quedando anulada una vez se encontraba la mujer en dicho estado.
- Cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales contraídas por el Estado colombiano (Bloque de Constitucionalidad) (C-133 de 1994; C-037 de 1997)⁴.

Cabe mencionar que la Corte interpretó, con argumentos no muy claros, que la vida del *nasciturus*, quien no es considerado persona, tenía protección desde la concepción, toda vez que:

Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el *nasciturus*, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En otros términos, la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento (C-133/1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell).

2.3. El precedente de la Sentencia C-355 de 2006⁵

Antes de proceder a establecer el nuevo parámetro de interpretación, es necesario resaltar que lo ocurrido en esta decisión, quizá haya estado precedido por los salvamentos de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en las Sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997; quienes unánimemente, haciendo uso de una interpretación sistemática

4 Para la incorporación de las normas de derecho internacional, al ordenamiento jurídico interno, la Corte Constitucional ha utilizado el concepto de Bloque de constitucionalidad, bajo el entendido de que las normas constitucionales no se agotan en el articulado de la Constitución, sino que existen otras investidas de fuerza constitucional que no se encuentran dentro de la codificación. Con esto, se hace necesaria la diferencia entre normas formalmente constitucionales y normas materialmente constitucionales (Quinche, 2010; Uprimny; Sentencias C-228 de 2009 y C-238 de 2010).

5 Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

y sociológica de la Constitución, se habían apartado de la decisión mayoritaria bajo el argumento de que, la interpretación de la vida como derecho únicamente, además de absoluto, desconocía y anulaba otros intereses jurídicos protegidos por el constituyente del 91 en la misma Constitución, entre los cuales se encontraba la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía procreativa de las mujeres, además, resaltando el error de interpretación aduciendo la protección de un derecho de quien no goza de esta titularidad por no ser persona natural y por tanto, sujeto de derechos. Con esto, se abonó el terreno y se cumplió el adagio según el cual, el salvamento de voto del pasado constituirá la sentencia del futuro.

De esta forma, el juez constitucional del 2006, que conoció de una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la tipificación total de la práctica del aborto, considerando que tal estructura delictual vulneraba los derechos a la dignidad y las libertades sexuales y reproductivas (incluida la auto-procreación) de las mujeres, más en los casos de embarazo criminal e inseminación y trasferencias de óvulos no consentidas; y desconocía los tratados y convenios internacionales referidos a la protección y garantías de derechos de las mujeres, ratificados por el Estado colombiano. Es así como en la decisión adoptada, entre otras, la Corte Constitucional despenalizó el delito del aborto condicionando la norma demandada bajo de la siguiente forma:

Declarar EXEQUIBLE el Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) 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 (C-355. M. P. Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández).

Los argumentos que estimó la Corte para considerar el *aborto como medida desproporcionada* que vulneraba diversos principios, valores y derechos constitucionales señalados en el párrafo anterior fueron:

a. La interpretación jurídica del fenómeno vida

Del análisis jurisprudencial realizado puede determinarse que a partir de la promulgación de este fallo, la interpretación del bien jurídico de la *vida* ha adquirido una mejor comprensión e integración en el ordenamiento jurídico colombiano. En este orden, debe señalarse que la expresión *vida* adquiere una dimensión polisémica según la cual, esta es principio, fin, valor y derecho fundamental; y su protección está dada desde las ópticas del Derecho constitucional, civil y penal, guardando

relación incluso con el Derecho de familia. Asimismo, dependiendo de la dimensión que se adopte, el ámbito de protección de la *vida* también varía.

Ubicados en el caso concreto, se debe precisar que, siguiendo la dogmática jurídica interna, en Colombia, se es persona natural con el hecho del nacimiento y por tanto, la adquisición y ejercicios de derechos sólo puede contarse a partir de ese momento, con lo cual, dicha persona pasa a ser considerada como sujeto de derechos⁶.

Así, en lo concerniente al aborto, y remitiéndonos a la protección constitucional, el análisis de la vida descarta su dimensión de derecho, en el caso del *nasciturus*, para determinar que dicha protección debe otorgarse considerándola como valor. En otras palabras, la Corte estimó, que en el estudio del aborto desde la protección constitucional, sujeto a lo arriba expuesto, este debe realizarse situando a la *vida* como valor de rango y protección constitucional, dado que, desde su dimensión como derecho, este cabría sólo si se consideraba el derecho a la vida de la mujer gestante y no del *nasciturus*, toda vez que este no es persona.

En este orden, la Corte fue enfática en argumentar que, aceptar que el ámbito de protección de la vida, desde la Constitución Política, varía según la dimensión en que se encuentre, tiene sustento en la propia Constitución (1991) cuando fija:

Asegurar a sus integrantes la vida [...] el derecho a la vida es inviolable [...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación [...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida [...] Son derechos fundamentales de los niños: la vida [...] (Art. 11, 2, 44).

Y en particular, consideró que la protección a la vida en gestación desde su dimensión como valor, se concedía cuando el texto constitucional textualmente señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial protección del Estado” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 43) demostrando que, la interpretación de la vida del *nasciturus* como *no derecho* no implicaba per se, una desprotección por parte del Estado colombiano sino que, al brindar especial protección a la mujer embarazada, se protegía también la vida del *nasciturus* pero desde su dimensión como valor.

Ahora, respecto a la definición y estructura de las normas consideradas como valor, ha considerado la Corte que “las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento” (Sentencia C-1287 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra)⁷.

6 CÓDIGO CIVIL. ARTICULO 90. “EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

7 Fundamento Jurídico 1. 6. El desarrollo de los conceptos de principio, regla y valor constitucionales, puede verse también en esta sentencia.

De lo anterior, termina concluyendo la Corte además que, incluso en su dimensión de derecho fundamental, la vida no tiene el carácter de bien jurídico supremo y absoluto, y que por el contrario, puede ser restringido mediante principios o intereses constitucionales contrapuestos.

No obstante considerar la *vida* desde su dimensión de valor, y dado al contenido moral y filosófico del concepto, éste debía interpretarse desde los parámetros de racionalidad y justificación de un Estado democrático, soportado en el pluralismo y la inclusión social, tal como lo es Colombia y, de igual forma, que tal interpretación es la que permite que se proteja la vida de las demás especies, distinta a la humana (Sentencia C-355).

b. Los límites a la potestad de configuración legislativa en materia penal

En esta ocasión, distinto a lo ocurrido con el precedente anterior, la Corte entró a examinar los límites del legislador penal dentro de la facultad que le está dada de hacer uso del *iuspuniendi* dentro del marco de la política criminal del Estado, función que no es exclusiva del poder legislativo, advirtiendo que:

En primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio (Sentencia C-355).

En este orden, son límites:

1. El principio y derecho fundamental a la dignidad humana

Al igual que la vida, ha estimado la Corte que la dignidad humana, consagrada primordialmente en el Artículo 2 de la Carta, adquiere la dimensión de principio y valor constitucional, así como el derecho fundamental. De esta forma, siguiendo la línea jurisprudencial desarrollada, se sostiene que la dignidad humana es el valor supremo del Estado social de Derecho, así como su único principio y derecho absoluto. Siendo así que, tal expresión ha sido entendida desde dos enfoques: el de la función del enunciado normativo, y desde el objeto de protección. En la primera acepción, la dignidad humana es, como ya se dijo, principio, valor y derecho fundamental. Y en la segunda, el objeto de protección está dirigido a (i) la dignidad como ejercicio de la autonomía personal o, el “vivir como quiera”; (ii) la dignidad como condiciones materiales de existencia o, el “vivir bien” y por último, (iii) la dignidad como intangibilidad de la integridad física y moral o, el “vivir sin humillaciones” (Sentencias T-401 de 1992; T-301 de 1993; T-123 de 1994; T-472 de 1996; C-045 de 1998; T-1430 de 2000; T-881 de 2002).

Así, en lo que tiene que ver con el caso estudiado, expresó la Corte que en relación a la obligación impuesta a la mujer gestante de llevar a término su embarazo, aún con

ocasión de conductas criminales o sin el consentimiento de la misma, vulneraba su dignidad como ejercicio de la autonomía personal o, el “vivir como quiera” toda vez que:

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. 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 infringirle sufrimientos morales deliberados (Sentencia C-355).

2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

Unido a la dignidad humana va el libre desarrollo de la personalidad, que ha sido interpretado por la Corte Constitucional colombiana como “el génesis de las libertades” cuyo protección se amplía de manera general puesto que no opera en un ámbito específico y porque cualquier ejercicio de libertad se soporta finalmente en ella (C-221 de 1994; T-477 de 1995; C-309 de 1997; C-481 de 1998; T-516 de 1998; T-168 de 2005). Además, tal concepción de este derecho se deriva también, del cambio introducido por la Carta del 91 de “marcado carácter libertario” que exige para su ejercicio acciones negativas por parte del Estado colombiano, o lo que es igual, no interferir en las decisiones de la esfera personal de los individuos, con lo que, contrario a lo que sucedía con la Constitución del 86, se sitúa al “Estado como un instrumento al servicio del hombre” y no de otro modo. Así, las conductas protegidas en su núcleo esencial que guardan relación con el estudio realizado, han sido entendidas igualmente desde tres acepciones: (i) el derecho a la identidad personal, el cual involucra a su vez, (a) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad (b) el derecho a la libre opción sexual y (c) el derecho a decidir sobre la apariencia personal; (ii) la libre opción sin coacción de toda persona para escoger el estado civil y, finalmente, (iii) el derecho a ser madre como una *opción de vida* (Sentencia C-355; Sentencias T-420/92; T-79/94; T-292/94; T-211/95; T-442/95; T-145/96; T-290/96; T-590/96; T-393/97; T-667/97; T-656/98).

Sobre este particular expresó la Corte:

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad (Sentencia C-355).

A lo anterior, cabe agregar que la exigencia de la terminación del embarazo criminal, que se estimaban traducía a comportamientos heroicos y dignos de la mujer en el precedente anterior; contrario sensu, se estimaron en la presente sentencia como cargas desproporcionadas y modelos perfeccionistas prescritos por la Constitución, que para el sentir de la Corte:

Se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana (Sentencia C-309 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Citada en sentencia C-355 de 2006).

3. Los derechos a la vida, salud, e integridad de las personas

Penalizar el aborto en todos los casos, estimó la Corte Constitucional, implicaba una supresión del ámbito de protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer gestante, en las circunstancias en que estos estuviesen en riesgo como consecuencia del embarazo. En el caso concreto de la salud, situándola en su condición de derecho y no de servicio, expresó que tal derecho, siguiendo su desarrollo jurisprudencial, está dirigido a los parámetros de una concepción de la vida, no como un mero hecho físico o biológico, sino en condiciones de integridad y dignidad⁸. En este orden, para el mantenimiento de lo anterior, la Corte ha estipulado que el derecho a la salud involucra no solo la física, sino la mental y psicológica, así como la sexual y reproductiva, que reviste mayor importancia tratándose de la mujer. Vistas así las cosas, con relación a la salud sexual y reproductiva, dicha dimensión involucra además los derechos a (i) planear (procrear) su propia familia, (ii) libertad sin interferencias en la toma de decisiones en cuanto a la autonomía reproductiva y (iii) derecho a estar libre de toda forma de violencia y coerción sexual y reproductiva (Sentencia C-355).

Finalmente, estimó la Corte:

Las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental, implican distintos deberes estatales para su protección. Por una parte, la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte, la salud como bien de relevancia constitucional y como

⁸ Cabe señalar que, sujeta a la línea jurisprudencial de derechos fundamentales que venían desarrollando la Corte para la época, el derecho a la salud, debido a que no se encuentra expresado en la Constitución como tal, era garantizado mediante la teoría de la conexidad de derechos, conectando el derecho a la salud con el de la vida y la integridad física y morales. Tal posición cambió, debido a que la Corte, siguiendo la dogmática alemana sobre teoría de derechos fundamentales, estableció el derecho a la salud, como fundamental y autónomo, posición extendida a todos los derechos de rango constitucional. Ver Sentencia T-016 de 2007. Fundamento Jurídico 8.

derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues 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 (Sentencia C-355).

4. La garantía del Bloque de constitucionalidad

Las obligaciones del Estado colombiano respecto al derecho internacional, suscritas a través de la firma de tratados y convenios debidamente ratificados, se incorporan al derecho interno por medio de la figura del Bloque de constitucionalidad, con lo cual, dichos tratados y convenios, entran a ser parte del ordenamiento jurídico colombiano como normas de rango constitucional (Acápites II.II).

Así, la interpretación del derecho a la vida desde el nacimiento, y no desde la concepción, se encuentra ajustada a los tratados que en materia de reconocimiento y protección de derechos a los niños y adolescentes ha ratificado el Estado colombiano (Sentencia C-355).

En este orden, considera la Corte que la protección de la vida del *nasciturus* como valor, también encuentra sustento en el Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles, la Convención Americana de Derechos Humanos, así como, en la Convención de los Derechos del Niño. No obstante, las divergencias surgidas dado a lo preceptuado en el Artículo 4.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que textualmente señala “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Lo anterior fue resuelto por lo Corte argumentando que:

Este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el *nasciturus*, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estados partes (Sentencia C-355).

De igual forma, existen garantías de libertades sexuales y derechos reproductivos de la mujer que en materia internacional son obligaciones para el Estado Colombiano, y sobre los cuales la Corte estimó se materializaban posibilitando la interrupción del embarazo en las causales señaladas. Dichas obligaciones están contempladas en la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Al respecto recordó la Corte, *in extenso* que:

En cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos (...). La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente (Sentencia C-355).

De esta forma, con fundamento en lo anterior, es como la Corte Constitucional colombiana estimó que la total penalización de la interrupción voluntaria del embarazo-IVE- a través del delito del aborto, se constituía en una medida restricción desproporcionada contra los bienes jurídicos en cabeza de la mujer gestante, que implicaba, a su vez, una violación a los límites de configuración legislativa en materia penal, y un desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, toda vez que:

(i) la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego (ii) tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección (iii) debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de Derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana [...] debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso, debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible (Sentencia C-355).

2.4. La ampliación del precedente con la sentencia T-585 de 2010

La garantía y protección de los derechos fundamentales está a cargo de la jurisdicción constitucional por mandato de la Constitución Política. En este orden, es la Corte Constitucional el máximo órgano y tribunal de cierre en la tutela de dichos derechos. Así, haciendo uso del derecho comparado, la Corte ha introducido en su doctrina constitucional el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, a su vez desarrollada por la dogmática alemana (Sentencias T-491, 1992; T-532, 1992; T-571, 1992; T-135, 1994; T-703, 1996; SU-225, 1998; T-801, 1998; T-227, 2003; T-016, 2007y T-690, 2010; Arango, 2005; Chinchilla, 2009; Gómez, 2009a).

De esta forma, la Corte siguiendo lo expresado por el profesor Robert Alexy (2008), ha establecido una diversidad de criterios que le han permitido desarrollar su línea jurisprudencial sobre derechos fundamentales. A este respecto, ha establecido que son derechos fundamentales los de la exégesis constitucional y de los tratados internacionales; esto es, aquellos sobre los cuales existe consenso y que han sido expresados taxativamente en el texto constitucional, o en tratados y convenios internacionales, que forman parte del Bloque de constitucionalidad como ya se dijo.

Por otra parte, también son derechos fundamentales aquellos que, no estando expresados en la norma positiva como tal, son elevados a dicha categoría en el análisis de casos desarrollados por la Corte para su tutela, los que a su vez, se deben ajustar a dos criterios, que igualmente guardan relación son los que existe consenso. Tales criterios son (i) el ético-filosófico, entendido como que, el derecho debe estar dirigido a materializar la dignidad humana y, (ii) el criterio técnico-jurídico, entendido bajo el supuesto de que, aquello que se alega como derecho fundamental, debe ser traducido en un derecho subjetivo, dicho de otra forma, exista un destinatario (obligado) al que se le pueda exigir (Sentencia T-227 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett)⁹.

De igual forma, para Alexy, dicha teoría también ha desarrollado lo referente al contenido de los derechos fundamentales. En este orden, desde una teoría integradora, ha determinado que los derechos fundamentales están contenidos por un núcleo esencial y una periferia dúctil. Así, el núcleo esencial, lleva inmerso principios de norma de derecho fundamental, cuya interpretación en la determinación es exclusividad del juez constitucional; y, por su parte, la periferia dúctil, que lleva inmerso reglas ya sean de rango constitucional o legal, cuya determinación, en el caso de las legales, corresponde al legislativo, o al juez constitucional en la colisión o conflicto de derechos.

En este orden, la Corte, posteriormente a la decisión de 2006, a través de la sentencia T-585 de 2010, decidió ampliar su precedente elevando la facultad otorgada

9 Fundamento Jurídico 11. Cabe señalar que la teoría de los derechos fundamentales tiene origen, a su vez, en la teoría de los derechos subjetivos del derecho civil, llevada al derecho público por George Jellinek en su teoría de los derechos públicos subjetivos publicada con el título de *Sistema de derechos subjetivos* (Tübinga, 1975).

a las mujeres de interrumpir su embarazo en las causales señaladas, a la categoría de derecho fundamental enmarcado *prima facie*, en los derechos reproductivos y libertades sexuales de las mujeres, denominándolo como “derecho fundamental a la interrupción del embarazo-IVE” (Sentencia T-585 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Así, siguiendo además lo preceptuado en la sentencia T-732 de 2009 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) determinó que el núcleo esencial del derecho fundamental al IVE, está integrado por la *autodeterminación reproductiva*, por un lado, y el *acceso a servicios de salud reproductiva*, por el otro, con lo cual integra a la salud, no sólo como derecho, sino como servicio.

En el sentir de la Corte:

Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, (...) es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado (Sentencia T-585 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

De este modo, la autodeterminación reproductiva encuentra sustento en los Artículos 42 de la Constitución que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el Artículo 16, ordinal e, de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer -CEDAW, que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

Por su parte, el acceso a los servicios de salud encuentra sustento en los Artículos 43 y 49 de la Constitución Política, así como 10 y 12 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer -CEDAW; y 24 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Así mismo, lo anterior incluye:

(i) Educación, información y acceso a los métodos anticonceptivos, (ii) medidas que garanticen la maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, (iii) prevención y tratamiento de las enfermedades que afecten el aparato reproductor, (iv) acceso a los servicios de IVE (en las causales señaladas) en forma segura, oportuna y con calidad (Sentencia T-585 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Además, precisó la Corte que:

A partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos (Sentencia T-585 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Cabe anotar que, de igual forma, posterior a esta decisión, la Corte en sentencia T-841 de 2011, en respuesta al vacío que dejó la C-355 de 2006, respecto a si cabría la posibilidad de límites de tiempo para la práctica del IVE, estableció que tal posibilidad no fue textualmente señalada por ella, con lo cual habría de entenderse que dicha interrupción podría realizarse en cualquier etapa de la gestación, mediante el análisis de cada caso concreto, siempre y cuando mediaran (i) la causal de que se trate (ii) los criterios médicos soportados en la condición física y mental de la mujer grávida, y (iii) en todo caso, el deseo de la misma (Sentencia T-585 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Fundamento Jurídico 20).

2.5. La inconstitucionalidad de las restricciones a la interrupción voluntaria del embarazo-IVE

2.5.1. Las teorías de las restricciones.

Para la discusión acerca de la restricción de derechos fundamentales, es necesario partir de una teoría integradora según la cual, dichos derechos obedecen a principios, esto es, razones *prima facie*, y reglas, es decir, razones definitivas.

A su vez, dichos derechos se clasifican en dos categorías. Los expresados como *posiciones definitivas*, esto es, que su estructura obedece a principios y reglas a la vez; o *posiciones prima facie*, es decir, que su estructura obedece a la de principios de derecho fundamental¹⁰.

De igual forma, debemos dejar en claro que se entiende por restricción la reducción o disminución del derecho; lo que, en consecuencia, reduce su ámbito de protección (Borowski, 2003, p. 69).

Asimismo, vale aclarar que al abordar el estudio de las restricciones se deben tener presente otros conceptos con los cuales se puede en determinado momento, tener relación o marcadas diferencias. Estos son: restricción, regulación, configuración,

¹⁰ Cabe señalar que existen otras categorías de derechos fundamentales que no son abordadas en el presente escrito.

concreción, limitación, delimitación, vulneración e intervención de derechos fundamentales.

De este modo, siguiendo las tesis argumentativas de Robert Alexy y Martín Borowski (2003, p. 65) tenemos que, para las restricciones a los derechos fundamentales se han establecido dos teorías: la interna y la externa.

Para la interna, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino un derecho con un contenido determinado. Lo que quiere decir que, la restricción que ya se encuentra en el contenido de ese derecho, ha fijado un límite al mismo, ante lo cual, el concepto de restricción es sustituido por el de límite; que a su vez, resulta inmanente al derecho. Al respecto expresa Alexy “las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de ‘restricciones’ en lugar de ‘límites’, se habla de ‘restricciones inmanentes’” (2003, p. 241).

Así, para la teoría interna, dado que la restricción del derecho se encuentra en su contenido como límite del mismo, y dado que tal derecho se ha estructurado en forma de *posición definitiva*, no es posible su restricción toda vez que ésta se constituiría en una vulneración al derecho fundamental, de lo que se concluye que el concepto de vulneración sea algo muy diferente al de restricción.

Sin embargo, si para la teoría interna sólo existen derechos fundamentales como *posiciones definitivas*, ante lo cual no es posible su restricción, sí lo es su objeto de protección. En palabras de Alexy “si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones de derecho fundamental, aunque sí los bienes protegidos de derecho fundamental” (2003, p. 243).

Por otro lado, contrario de la teoría interna, la externa supone la existencia de dos cosas: el derecho y sus restricciones. En este orden, existe un derecho en sí que no está restringido o limitado, y lo que queda luego de que se introducen las restricciones, esto es, el derecho restringido. Siendo así que, para esta teoría, los derechos fundamentales obedecen a posiciones *prima facie*, ante lo cual sí se restringe no sólo el objeto de protección sino el derecho fundamental. Así:

Si se parte del modelo de los principios, entonces se restringe no sólo un bien protegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho *prima facie* garantizado por normas de derecho fundamental. Por lo tanto, en el modelo de los principios es correcto hablar de restricciones a los derechos fundamentales (Alexy, 2003, p. 243).

Para ilustrar lo anterior, podemos tomar dos ejemplos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, y que ya fueron abordados en los acápite anteriores. Así, tenemos que el derecho fundamental a la dignidad humana ha sido establecido como el único derecho absoluto o, para ser precisos, diremos *no restringible*. Esto indica, que tal derecho está expresado en la estructura de *posición*

definitiva, ante lo cual no es posible su restricción dado que está se constituiría en una vulneración del mismo. No obstante, sí es posible una disminución del objeto de protección del mismo, lo que, como consecuencia, implica una reducción de su ámbito de protección. Lo anterior ocurriría si la Corte, en una reinterpretación de este derecho, decide que no forma parte de su objeto de protección (núcleo esencial) la dimensión de la dignidad como condiciones materiales de existencia o, el “vivir bien”.

Contrario a lo anterior, tenemos el derecho fundamental a la vida que, como lo sostuvo la Corte, sí admite restricciones, de lo cual se deduce que se trata de un derecho expresado como principio *prima facie*. Así, un ejemplo claro de su restricción es lo ocurrido en el caso de la legítima defensa, o el caso del delito de cobardía tipificado en la legislación castrense (C-133, 1994 y C-013, 1997).

2.5.2. Las tipologías en las cláusulas restrictivas.

Visto lo anterior, debemos señalar, siguiendo la misma línea argumentativa, que se han establecido dos tipos de restricciones para los derechos fundamentales. Las directamente constitucionales y las indirectamente constitucionales. De igual forma, que las normas que fijan restricciones a los derechos fundamentales son denominadas *cláusulas restrictivas* (Alexy; Borowski, 2003).

La tipología de restricciones directamente constitucionales, establece que las cláusulas restrictivas, en tanto, los derechos fundamentales son de rango constitucional, sólo pueden establecerse mediante normas constitucionales, o sobre la base de estas. Ejemplo de lo anterior es lo preceptuado en el Artículo 39 del estatuto superior, el cual señala textualmente “no gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Por su parte, las indirectamente constitucionales, que se desprenden de las anteriores, guardan relación con la competencia otorgada al legislativo de facultades necesarias para llevar establecer cláusulas restrictivas. Tal competencia es denominada, a su vez, *cláusulas de reserva*, las cuales pueden ser explícitas o implícitas. Las primeras son aquellas que de manera expresa otorgan competencia al legislador, como sucede en el caso del Artículo 24 en cuanto a la libertad de locomoción que textualmente señala “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional” (Constitución Política de Colombia, 1991), las segundas hace referencia aquellas restricciones que surgen del establecimiento de normas de rango inferior, como en el caso de la legislación penal.

A su vez, las cláusulas explícitas pueden ser calificadas o simples, según la competencia se confiera sin más, o se fije algún límite de contenido.

Por último, dichas cláusulas restrictivas se clasifican en expresas (i) y definitivas (ii), caso del Artículo 39 arriba señalado; tácitas (iii), caso del Artículo 44 de la Constitución cuando establecen “los derechos de los niños prevalecen sobre los

derechos de los demás” (Constitución Política de Colombia, 1991), lo cual implicaría restricción de derechos de otros sujetos y, dudosas (iv) con relación a aquellos casos en que la competencia otorgada al legislador pareciera demasiado amplia; como sucede en el caso de la huelga que fija “se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 56).

2.5.3. *El contenido esencial del derecho fundamental como restricción a las restricciones.*

Así las cosas, si bien los derechos fundamentales desde la teoría interna pueden ser restringidos, tal restricción también tiene límites.

Tales *restricciones de las restricciones* dependen de si, por un lado, la regulación del contenido o núcleo esencial del derecho es objetiva o subjetiva; esto es, si puede afectarse mediante restricciones todo el núcleo esencial (objetiva) o solo una parte de este (subjetiva); y por el otro que, tratándose de regulación subjetiva, su garantía sea absoluta o relativa.

En la garantía absoluta, se considera que existe un núcleo en todo derecho que no puede ser afectado. En la garantía relativa, el núcleo esencial es aquello que queda luego de la restricción (Alexy; Borowski, 2003).

Lo hasta aquí abordado, guarda relación en cuanto a la forma de llevar a cabo las restricciones. No obstante, en lo relativo al fondo, por tratarse las restricciones de disminución del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cualquiera que sea la forma adoptada, estas deben sujetarse a los principios de proporcionalidad y ponderación que justifiquen tal disminución. Al respecto ha expresado la Corte:

Aunque existe una discusión en la doctrina sobre si puede identificarse en abstracto el contenido esencial del derecho (concepto absoluto), o si solamente surge en el análisis del caso concreto después de la ponderación de los derechos en conflicto (concepto relativo), lo cierto es que el núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo, debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental (Sentencia C-756 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra)¹¹.

11 Fundamento Jurídico 15. Con relación a la determinación del núcleo esencial y sus restricciones pueden ver, entre otras, las sentencias T-028 de 1996; C-620 de 2001; C-142 de 2001; C-489 de 2002; C-993 de 2004; T-360 de 2004; T-213 de 2011.

2.5.4. Diferencias entre restricción y configuración.

Álgido ha sido el debate en cuanto a si las restricciones no deben ser entendidas como intervenciones de derechos fundamentales sino como configuraciones de los mismos. Tal apreciación, siguiendo la interpretación en la dogmática alemana, llevaría necesariamente a la conclusión de que ningún derecho fundamental pueda ser restringido, y que todos, sean establecidos conforme a la teoría interna, esto es, como *posiciones definitivas*.

Para zanjar la discusión, se ha diferenciado que por configuración ha de entenderse como la propensión a procurar en mayor medida el grado de realización del derecho, mientras que por restricción, ha de entenderse como la eliminación de competencias que obstaculizan su realización.

De lo anterior, se concluye que por tal razón es que las configuraciones de derechos fundamentales no requieren de justificación alguna, *contrario sensu* de las restricciones que, precisamente por tratarse de obstáculos en la realización del derecho, es que deben exigirse criterios de racionalidad justificada en la fundamentación de dicha restricción, los cuales deben ser resueltos a través de la proporcionalidad y la ponderación (Alexy; Borowski, 2003).

2.5.5. El caso concreto.

Vistas así las cosas, tenemos que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental en cabeza de la mujer grávida, como titular de ese derecho, y que su estructura obedece a un derecho expresado en forma de *principio prima facie*, lo cual faculta su restricción desde la teoría externa. Derecho que ha sido elevado a la categoría de fundamental, en el análisis concreto de casos adelantado por la Corte Constitucional, ajustándose a los criterios éticos-filosóficos, en cuanto a dignidad humana de la mujer gestante y técnica-jurídica, que pueden ser exigidos al sistema general en salud, teniendo presente la acción de tutela como mecanismo de defensa en caso de vulneración. Así mismo, que la posición del Estado frente a este, es de acciones negativas, para no intervenir la autonomía, y de acciones positivas, para la protección de la salud reproductiva.

En este orden, estando su núcleo esencial igualmente determinado, para su restricción deben entonces contraponerse los bienes jurídicos enfrentados.

Así, los bienes jurídicos en cabeza de la mujer son, como ya se dijo, la dignidad humana, desde su objeto de protección como ejercicio pleno de la autonomía o el “vivir como quiera”, el libre desarrollo de la personalidad desde el derecho a la maternidad como opción de vida, lo que excluye de plano las cargas desproporcionadas y modelos perfeccionistas; los derechos a la vida, la salud y la integridad física, primordialmente en lo concerniente a la salud sexual y reproductiva; el bloque de constitucionalidad,

como garantía de no discriminación a la mujer y la auto-procreación también como derecho y, finalmente el IVE, como tal, que le faculta a interrumpir su embarazo.

Por otro lado, el bien contrapuesto es el de la vida desde su dimensión como valor, que implica, sujeto a la estructura de las normas de valor, esto es, que sirven como criterios de interpretación, una concepción moral general del Estado o pública, y una individual, guardada en la esfera personal del individuo.

De este modo, siendo el bien contrapuesto el de la vida como valor, y siendo Colombia un Estado incluyente, la interpretación de la vida como valor debe ser lo suficientemente abstracta, que le permita a la mujer gestante decidir en su fuero individual, íntimo y autónomo, conforme a su concepción moral subjetiva de la vida, interrumpir o no su embarazo, sin necesidad de causal alguna (Sentencias C-133 de 1994; C-037 de 1997).

De igual forma, la tipificación del aborto a través de la ley 599 de 2000, se ajustaba a una tradición institucional que concebía la vida del *nasciturus* como derecho, y que no contemplaba la posibilidad de interrupción del embarazo ni mucho menos que tal posibilidad adquiriera la dimensión de derecho fundamental.

Así, el Estado colombiano no puede asumir una interpretación particular de la vida, toda vez que desconocería la generalidad y abstracción de las normas de valor, lo que condicionaría cualquier interpretación individual de la misma.

En este orden, el Artículo 124 de la mencionada ley, aún en la posibilidad de las tres causales, sigue siendo inconstitucional toda vez que desconoce el núcleo esencial del IVE, que involucra la autodeterminación procreativa, y la maternidad como una opción de vida, entre otros derechos ya mencionados, cuya decisión de interrupción queda sujeta al fuero individual de la mujer gestante, no teniendo más restricciones que las de su concepción de la vida como norma de interpretación.

Por último, dado que se trata de un *derecho restringible*, cabría la posibilidad de establecer los límites de plazo (cuando no se trate de embarazo criminal o sin consentimiento), e incluso, la tipificación en el caso que sea practicado por fuera del sistema general en salud, como restricciones en procura de garantía de los derechos a la vida, salud e integridad física y, en todo caso, siempre debe restringirse cuando no medie el consentimiento expreso de la mujer.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- _____. (2008b). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Colección filosofía y derecho. Madrid: Editorial Marcial Pons
- _____. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Acosta Alvarado, P. (2009). *Estado de derecho y derechos fundamentales de los ciudadanos: las convenciones europeas y americana sobre derechos humanos*. London: Editorial Emperia Publications.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Atienza, M., Ruíz, J. (2004). *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Colección filosofía y derecho. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Baldasarre, A. (2003). Los derechos sociales. *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, (20). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Borowski, M. (2003). La estructura de los derechos fundamentales. *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho* (25). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carnelutti, F. (2002). *¿Cómo nace el derecho?* Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Correa, M. (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- _____. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Durango, G. (2006). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa: una aproximación desde la teoría habermasiana*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Duverger, M. (1980). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Estrada, A. J. (1997). *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellink*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

- Faralli, C. (2007). *La filosofía del derecho contemporánea: los temas y desafíos*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Fajardo, M. C. (1979). *Esquema para un estudio sobre el derecho al aborto*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J.; Rodríguez, J. L. (2011). Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos. *Colección filosofía y derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Fernández De Buján, F. (1999). *La vida: principio rector del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta.
- Garrorena, Á. (2011). *Derecho constitucional: Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Giraldo, J., Giraldo, O. (2007). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Gómez, L. (2009a). *Teorías de los derechos fundamentales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- _____. (2009b). *Precedente y estructura de los derechos fundamentales en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- _____. (2008). *Hermenéutica jurídica: la interpretación a luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- González, A. C. (2011). *Aplicación de la causal salud: un análisis desde los derechos humanos*. Bogotá: Editorial Unidad de Orientación y Asistencia Materna.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Hernández, C. (1997). Roberto y otros. *Metodología de la investigación*. México: Editorial McGraw-Hill.
- Herrera, J. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Hoyos, Il. M. (2005). *La constitucionalización de las falacias: antecedentes de una sentencia*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Jellinek, G. (2009). *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Granada: Editorial Comares S. L.
- López, D. E. (2011). *El derecho de los jueces*. 2ª ed. Bogotá: Legis Editores S. A.
- _____. (2009). *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis Editores S. A.
- Llamas, E. (2009). *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

- Madrid-Malo Garizábal, M. (1996). Estudios sobre derechos fundamentales. *Serie de textos de divulgación (11)*, Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Monroy, M. G. (2010). *Introducción al derecho*. Bogotá: Editorial Temis S. A. Nino, C. S. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Papacchini, A. (2001). *Derecho a la vida*. Cali: Editorial Universidad del Valle.
- Pérez, A. E. (1984). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos. Quinche, M. F. (2010). *Derecho Constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ruiz, J. A. (1997). *Los derechos fundamentales en Colombia: regulación, cumplimiento y proyección socio-económica*. Bogotá: Editorial Leyer Ltda.
- Sánchez, A. (2005). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Serrano R., C. F. (1978). *El delito del aborto ante la legislación penal colombiana*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Upegui, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- C-133 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- C-013 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- C-647 de 2001. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- C-1287 de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C-198 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- T-227 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- C-1299 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- C-1300 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C-355 de 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández.
- C-756 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- T-585 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- T- 841 de 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

WEBGRAFÍA

- www.corteconstitucional.gov.co
- www.secretariasenado.gov.co
- www.dejusticia.org