

GUIA METÓDICA PARA UN ANALISIS JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL: AMPLIACION DE LA LEGALIDAD DEL ABORTO EN COLOMBIA

Elina Marcela Meriño Ortega¹

Andrés Felipe Soto Barrios²

Introducción

Con el presente trabajo, se pretende explicar lo que es un análisis jurisprudencial y la importancia de los diferentes elementos que lo componen para realizar el estudio jurídico de diferentes decisiones judiciales, en el caso que nos compete, específicamente las sentencias de constitucionalidad, emitidas por la Corte Constitucional de Colombia.

La diferencia entre un análisis ordinario y un análisis jurisprudencial, es el criterio desde el cual se realiza dicho análisis, es decir el método utilizado, del objeto de estudio y el alcance que se le pretende dar.

Se puede resaltar que, cuando se realiza un análisis ordinario, se busca responder las preguntas filosóficas en el mundo de la vida; el qué, el cómo, el cuándo, el para que y el por qué. Aquellas respuestas se pueden responder desde diversas ciencias, de manera opcional, dado que aquellas respuestas pueden

ser respondidas bajo el criterio del analista, sin necesariamente tener ninguna fuente científica, ni método alguno, como un tipo de resumen de lo que aquel está estudiando.

Mientras que, cuando hablamos de un análisis jurisprudencial, estamos estudiando las decisiones judiciales proferidas por las diferentes corporaciones judiciales. Pues, en vista que las corporaciones resuelven los problemas jurídicos mediante un método específico, resulta viable, y en efecto, idóneo, utilizar un método en donde se analice y/o se destaque los criterios utilizados por la corporación judicial para llegar a dicha decisión.

Ahora bien, el siguiente formato se utiliza en virtud del análisis jurisprudencial de una sentencia de constitucionalidad, la cual tiene un ejercicio interpretativo un poco diferente a las sentencias con efectos inter partes, toda vez que, lo que se busca es declarar inexistencia, o hasta una condicionalidad u homologación de la norma frente a todo el ordenamiento

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad Libre – seccional Cartagena. CIENCIA LIBRE/CULTURA SIN FRONTERAS. E-mail: elinamerino@unilibre.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-6043-7097>

² Estudiante de Derecho de la Universidad Libre – seccional Cartagena. Semillero CIENCIA LIBRE/POSCONFLICTO Y JUSTICIA. E-mail: andresf-sotob@unilibre.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-0979-5470>

to jurídico si los cargos de inconstitucionalidad que presenta el accionante lo ameritan; teniendo presente que dichas decisiones son de carácter erga omnes, es decir, aplican para todo el territorio ordinario Colombiano.

En consideración a lo anterior, es preciso destacar las siguientes cuestiones que se encuen-

tran resueltas en el análisis jurisprudencial de la controversial sentencia del aborto proferida por la Corte Constitucional, ya que todas estas cuestiones se necesitarán identificar con exactitud para comprender el ejercicio interpretativo en el diálogo constitucional.

FORMATO DE ANÁLISIS PARA SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

ESTUDIANTE

Nombre	Andrés F. Soto Barrios & Elina Marcela Meriño Ortega
Fecha	25 de abril, 2022
Semillero	CIENCIA LIBRE/POSCONFLICTO Y JUSTICIA/CULTURA SIN FRONTERA – Universidad Libre – seccional Cartagena

1. MARCO DECISIONAL

1.1. IDENTIFICACIÓN

Número	C-055/22
Fecha	21 de febrero, 2022
Magistrado Ponente	M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos
Aclaran el voto	No están de acuerdo con la justificación, pero sí con la decisión el M.S Alberto Rojas Ríos, M. Diana Fajardo y el Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría
Salvan el voto	M. Jorge Enrique Ibáñez Najar – <i>salvamento de voto</i> M. Gloria Stella Ortiz Delgado– <i>salvamento de voto</i> M. Cristina Pardo Schlesinger– <i>salvamento de voto</i> M. Paola Andrea Menses Mosquera– <i>salvamento de voto</i>

1.2. NORMA CONTROLADA

“**LEY 599 DE 2000** Por la cual se expide el Código Penal “**Artículo 122. Aborto.** La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. || A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

Óptimo Constitucional – los derechos no son absolutos

“(…) el concepto que permite un óptimo constitucional para resolver la tensión a que se ha hecho referencia es el de autonomía, que corresponde al momento en el que existe una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina del feto y, además, es el que mejor se corresponde con la idea de la protección gradual e incremental de la vida en gestación (…)”

1.3 PROCEDIBILIDAD

- A. **No se presenta el fenómeno de cosa juzgada Constitucional en vista que**, no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en la medida en que se trata de cargos que no fueron valorados por la Corte en la citada sentencia y por eso, **en estricto sentido, los cargos no tienen identidad.**
- B. Se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución –
- a. existe una variación en la línea jurisprudencial, la cual justifica un derecho a la salud autónomo
 - b. una variación en el contexto normativo en que se inserta la norma demandada.
 1. La expedición de la Ley Estatutaria de Salud, del año 2015, que pretende un acceso a la salud eficaz, calidoso y oportuno.
 2. Organismos internacionales promueven la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer han planteado la despenalización del aborto a favor del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, como una forma de generar violencia contra la mujer.
 3. La expedición de la Ley 1257 de 2008, que modificó el Código penal sin modificación alguna al tipo penal del aborto consentido, para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de garantizar la libertad, la autonomía y la salud sexual y reproductiva.
 4. Alega que el sistema de salud ha “sufrido cambios profundos en su estructura y la política criminal ha visto una revaloración del sentido de la proporcionalidad y los fines de la pena”
-

1.4. PROBLEMA JURÍDICO QUE ENUNCIÓ LA CORTE (CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD)

El análisis que hizo la Corte trató de corroborar si la tipificación del aborto consentido era proporcional:

- Es contraria a la obligación de respeto al derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución)
- Vulnera su libertad de conciencia, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución)
- Es incompatible con la finalidad preventiva de la pena y no satisface las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución)
- Desconoce el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará).

En caso de “(...) es valorar si se trata de una afectación desproporcionada – lo que, en principio, justificaría la declaratoria de inexecutable de la disposición– o si esta se encuentra justificada en la protección de la finalidad constitucional que pretende lograr: proteger la vida en gestación –lo que justificaría la declaratoria de executable de la norma con la Carta (...)”

1.5. DECISIÓN

“Primero. **Declarar** la **EXECUTABILIDAD CONDICIONADA** del Artículo 122 del Código Penal (...) solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto (...)”

Segundo. **EXHORTAR** al **Congreso de la República** y al **Gobierno nacional**, para que, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de esta sentencia y, en el menor tiempo posible, formulen e implementen una política pública integral –incluidas las medidas legislativas y administrativas que se requiera, según el caso– (...)”

2. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

2.1. PROBLEMA JURÍDICO QUE REALMENTE RESUELVE LA CORTE

- Dado que el Estado está a cargo de la salud (Art. 49 *Supremo*) y las obligaciones que desprenden del derecho a la salud reproductiva en el libre desarrollo de su personalidad de las mujeres (Art. 16 *Supremo*), aquel se encuentra vulnerando aquella obligación cuando puede imponer sanciones de otra naturaleza menos graves, como *primera ratio* para sancionar el aborto consentido
 - La norma condicionada vulneró el derecho fundamental de la libertad de conciencia (Art. 18 *Supremo*) que viene íntimamente relacionada con la dignidad humana (Art. 1 *Supremo*) de la mujer que restringe la capacidad para autodeterminar su proyecto de vida, toda vez que la madre es obligada a ejercer en contra de su voluntad la maternidad, lo cual afirma es la “finalidad última que pretende realizar el tipo penal.”
 - Esgrime violación a la finalidad de la pena de prevención general
 1. Por la omisión legislativa se pretende la tutela penal del bien jurídico de la vida en gestación.
 2. Que la problemática del aborto consentido había incrementado desde Sentencia C-355/06, cuando se encuentra creando más barreras para la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).
 3. En el marco de la *primera ratio*, es discriminatoria (Art. 13 *Supremo*) por el sexo de las mujeres, en el sentido que ellas son las únicas que sufren el tipo penal del aborto ya que el Estado no le está garantizado una vida libre de violencia.
 4. No es necesario que el derecho penal se encargue de sancionar el tipo penal del aborto que protege el bien jurídico de la vida, porque existen acciones de otra naturaleza menos lesivas. ¿Entonces la vida del *nasciturus* no es de tanto valor como la vida de un bebé nacido? Suena a discriminación negativa de la vida del no nacido respecto al resto de los bebés que han nacido, los cuales tienen la tutela penal sobre su vida.
 - Las denuncias que terminan en penas privativas de la libertad en las mujeres que ejecutaron la conducta típica de abortar como tal afectan la salud por discriminación, especialmente las refugiadas, toda vez que se encuentran en una circunstancia de vulnerabilidad.
-

2.2. *RATIO DECIDENDI* (RD) "La razón de la decisión" Responde el problema jurídico y es la causa del resuelve (¿Por qué la Corte decidió de esta manera?) Se trata de los **ARGUMENTOS** que justifican directamente la decisión. Constrúyala extractando las premisas fundamentales y conectándolas lógicamente (¿No se trata de copiar y pegar extractos de la decisión!)

En vista que, según la doctrina adoptada por la Corte en esta sentencia, **no existen derechos absolutos, integran el óptimo constitucional en la C-055/22:**

1. La protección gradual de la vida intrauterina, entendida bajo el paradigma de la **AUTONOMÍA de la vida del no nacido independiente de la vida de la madre gestante asumida** tutela penal (**11 Supremo**)
2. La imperiosidad Constitucional que tiene el Estado de garantizar los derechos a sus habitantes (**1 y 2 Supremo**)
3. El precedente Constitucional **C-355/2006** deja los derechos reproductivos y de salud de la mujer
4. Los 4 cargos que se analizaron anteriormente (salud – **49 Supremo**, libertad de conciencia – **18 Supremo**, ultima ratio de prevención general – **1 y 2 supremo** y discriminación – **13 Supremo**),

consideró que,

5. Al omitir reconocer la intensa violación que causa aun todavía la norma condicionada por la C-355/06 es darle una "preferencia tácita a la imperiosidad Constitucional"
 6. Respecto a la tutela penal del bien jurídico de la vida del no nacido "no resulta claro que la actual forma de penalización de la conducta sea efectivamente conducente –esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud, los derechos reproductivos y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia."
 7. Entre los cuatro cargos analizados y los deberes de orden Constitucional, los no nacidos no tienen un grado de afectación tan intenso hasta la semana 24 porque es cuando "se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante (...) cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cerca a un 50%)", como lo tienen los derechos de las mujeres.
 8. Y en concordancia con la gradualidad de la viabilidad de la vida en el momento específico, la Corte optó por la solución jurídica mencionada en vista de una "desprotección de los derechos y garantías de las mujeres, niñas y personas gestantes, y de ineficacia de la respuesta penal para proteger el bien jurídico de la vida en gestación"
-

4. COMENTARIO (C): Análisis JURÍDICO de determinados ámbitos interesantes de la Sentencia. Refiérase aquí sobre Innovación de la decisión; o una paradoja, error, incoherencia o cambio jurisprudencial; su implicación con respecto de algo; etc. (No se trata de explicar qué tan de acuerdo se siente usted frente a la decisión).

Se amplió el alcance de la constitucionalidad condicionada establecida en el 2006 por la Sentencia C-355, pero aquella únicamente se amplió en sus efectos respecto al tiempo en el que está permitida la conducta típica del aborto consentido, no a las 3 causales en las que la H. Corte determinó que no se configura el delito, aquellas mantienen su juridicidad tanto antes como después de las 24 semanas, y por lo tanto desde este punto en la gestación ya empieza a respetar y garantizar la vida y el proyecto de vida del no nacido.

Es decir, si se modificó hasta cuando es permitido el aborto consentido, debió haber sido fundamentado ese cambio bajo evidencia científica que comprobará que el fundamento utilizado anteriormente que estableció las 14 semanas incurrió en algún tipo de error en el cálculo de la formación de la vida hasta que se desarrolla como persona en etapas de la vida prenatal con un alto grado de probabilidad de autonomía vital extrauterina.

Ahora bien, lo que se puede deducir de los efectos de la ponderación que hace la ponencia mayoritaria que nos sintetiza la nota de prensa es que, **los cambios de paradigma normativo que regulan los derechos de la mujer anulan el peso de los derechos de los no nacidos desde las 12-23 semanas**, en donde se había determinado imperiosa la protección del bien jurídico de la vida desde las 12 semanas, ya que al no haber una prevención alguna cuando existen penas alternativas, número uno, deja al bien jurídico de interés público de la vida en completa desprotección y dos, por consiguiente el Estado se encuentra, probablemente un incumplimiento a las obligaciones consensuadas en la Constitución, dentro de las que se encuentran las obligaciones del derecho internacional ratificadas.

Aquella es una violación injustificada, en vista que, en una ponderación simple, como lo consideró la C-355 del 2006, la mujer NO queda desamparada jurídicamente, ni tampoco es cierto que aquella será condenada 100% de las veces, en vista que en la dogmática penal se ha desarrollado la causal de ausencia de responsabilidad del estado de necesidad, establecida en el Art. 32, numeral 7 del Código Penal, Ley 599 de 2000. Se convierte en desproporcionada, toda vez que, existen mecanismos en el derecho penal que amparan los derechos de la mujer cuando la necesidad justificante exista como única opción viable para proteger los derechos de las mujeres.

A mucha preocupación, la anulación de la vida del no nacido se presenta como un trato discriminatorio en la vida del no nacido que tenga viabilidad vital extrauterina, en comparación al resto de los bebé ya nacidos y un desigualdad negativa a la vez entre la punibilidad de las personas que participen, y sin ninguna necesidad en la terminación de la vida de los no nacidos hasta las 24 semanas sin ninguna sanción, mientras que al resto de las personas sí les imponen sanciones penales por violaciones al derecho fundamental de la vida cuando se afecta sin una causal de ausencia de responsabilidad penal.

La Corte optó por desproteger totalmente la vida del no nacido con el argumento de la vida desde su viabilidad extrauterina fundada en la autonomía del no nacido, en contra de la posición adoptada reiteradamente por el organismo de control jurisdiccional multilateral Cfr., en lo pertinente, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, fj. 180.

“Esta tensión constitucional no es posible resolverla mediante la preferencia de alguna de estas magnitudes porque supondría el sacrificio absoluto de la otra. En otros términos, la preferencia de alguno de estos extremos genera el sacrificio absoluto del otro lo que, sin lugar a duda, resta eficacia material a la Constitución, con independencia de a cuál de ellas corresponda la preferencia.”.

De acuerdo a la afirmación anterior, desde una perspectiva crítica, se puede afirmar con vehemencia que la solución de despenalización desde los 11 hasta las 23 semanas sin ninguna causal, únicamente resultó como una desprotección total en dicho término y la protección total de los 4 cargos valorados, lo cual es incongruente con el óptimo Constitucional, ya que se escogió uno de los extremos Constitucionales, a diferencia de lo que consideró la ponencia mayoritaria respecto a los extremos de exequibilidad e inexeuibilidad, cuando uno de los presupuestos ya había condicionado la exequibilidad en la C-355/06, de tal manera que no hubiese quedado desamparada la mujer en dicho presupuesto toda vez que el estado de necesidad la protege del poder punitivo del Estado si tiene la necesidad hasta las 12 semanas además de las causales establecidas en dicho precedente.

Por tal razón, desde mi sano juicio, la Corte realiza una ponderación errónea, cuando debió haber considerado los extremos desde el precedente judicial, el cual ya había despenalizado el aborto consentido hasta la semana 12, de tal manera que el Estado estableció la necesidad Constitucional y obligación internacional de proteger la vida desde ese punto, razón por la cual, la desprotección total del bien jurídico de la vida resulta como un incumplimiento injustificado y desproporcionado.

En ese entendido, entonces si la Corte no quería dejar desprotegida la vida del *naciturus*, aquella tenía que mantener una sanción penal, y quizá haber restringido la modalidad de la pena a las no privativas de la libertad para los abortos consentidos que se encuentren entre la semana 12 y la semana 23, pero no desamparar a la vida indefensa del no nacido.

La ciencia, religión y derecho

Ciencia: siendo la ciencia la que nos permite obtener un mayor grado de certeza sobre las probabilidades de los resultados de un determinado fenómeno y por tal precisión, tiene un beneficio social, aquella debe ser utilizada por el derecho desde el ámbito sustantivo como adjetivo para obtener la mayor efectividad en la protección de los derechos y el exigibilidad de las obligaciones.

Religión: De igual manera, teniendo la religión de por medio, desde la cual cada quien afirma su proyecto de vida autónomamente y protegiendo ese derecho fundamental desde no solo la libertad de culto, sino también desde la dimensión de la autodeterminación como medio para materializar la dignidad humana.

Derecho: Es el derecho positivo el que busca encontrar el equilibrio, ese óptimo constitucional entre las expectativas subjetivas de las personas y las expectativas objetivas de la ciencia. Claro está, para eso se tendrá que comprometer un poco de la religión individual y un poco de la ciencia, para cumplir con las exigencias que le impone el resto del ordenamiento jurídico tratando de causar el menor grado de afectación de los bienes jurídicos protegidos

Una incoherencia en el cambio del contexto normativo es que, puede que se hayan ampliado los derechos de las mujeres respecto a su libertad de conciencia en el ámbito de su derecho a la salud, pero aquello no significa en ninguna circunstancia, que haya habido un cambio del contexto normativo de los derechos de los no nacidos que los discrimine negativamente respecto al resto de los niños y niñas que son sujetos de derecho con especial protección, en el que hayan sido restringidos o anulados los derechos a la vida del *nasciturus* que ya habían sido reconocidos en la sentencia C-355/2006, fundamentado en el derecho comparativo.

En pocas palabras, la H. Corte Constitucional extendió el término de 12 semanas para realizar el aborto consentido constitucionalmente, de acuerdo con la C-355/06, hasta 24 semanas. ¿Lógica, porqué? Porque, sin tocar las 3 causales resuelve por únicamente referirse al tiempo en el que es constitucional el aborto, pero en el comunicado de prensa no presentó ninguna prueba que pudiese corroborar la cientificidad de su conclusión del término de las 24 semanas respecto al imperativo constitucional que el Estado y por lo tanto la Corte tienen que respetar y garantizar, además por obligación negativa y positiva convencional de acuerdo con el Art. 1.1, 1.2 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha sido aprobada y ratificada por el Estado colombiano.

Ahora, una opción viable pudo haber sido las penas no privativas de la libertad si ese fuera el caso, pero no. ¿Porque se decide dejar al *nasciturus* en una desprotección total hasta que tenga los 24 meses? Pues, pasamos de una protección de la *última ratio* a una desprotección total del bien jurídico de la vida del *nasciturus* antes de las 24 semanas.

Cientificidad que no podrá encontrar, ya que la embriología, que es la ciencia encargada de estudiar el desarrollo de la vida prenatal, acredita el inicio de la vida desde la fecundación.

He aquí en donde la ciencia y el derecho se distancian un poco, ya que uno argumentaría, ¿si la vida empieza desde la fecundación, entonces porque no está protegida desde ese momento? La única respuesta medio válida es por cuestiones de inconstitucionalidad, ya que, si no fuese por el condicionamiento de la constitucionalidad de las 12 semanas que le hizo la Corte en el 2006, hasta por razones de política criminal sería legítima la protección de la vida desde la concepción.
