

# LA DEFENSA DE LA VIDA HUMANA EN COLOMBIA: UNA VISIÓN LAICA, JURÍDICA Y CULTURAL

Andrés Forero Medina\*, Pedro Alfonso Sandoval Gaitán\*\*

## RESUMEN

Los autores exponen los motivos por los que solicitó a la H. Corte Constitucional el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 122 del Código Penal Colombiano, porque la considera cosa juzgada en la Sentencia vigente C-133 de 1994, y argumenta por qué no tienen razón los demandantes al basar el concepto de violación en las aclaraciones o salvamentos de voto, por su falta de fuerza vinculante para hacer efectiva una nueva revisión. Expone el rechazo voluntario del pueblo colombiano al aborto, desde la tradición indígena hasta la Constitución de 1991, el Código Penal y las sentencias de la Corte, y reconoce que las recomendaciones de los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no son, de hecho ni de derecho, fuente de derecho internacional, ni tampoco pueden ser vinculantes jurídicamente. Aprobar el aborto sería calificar a algunos congéneres como cosas e ir contra norma de *ius cogens*.

**PALABRAS CLAVE:** aborto, nasciturus, derecho a la vida, cosa juzgada, salvamento de voto, presupuesto procesal, objeto material, *jus cogens*.

## ABSTRACT

*The author exposes the motives leading him to request the Constitutional Court to reject the petition for unconstitutionality of article 122 of the Colombian Criminal Code ["Código Penal Colombiano"] because he deems it res judicata in Judgment ["Sentencia"] C-133 of 1994 in force. And he discusses why the plaintiffs are wrong when they base the concept of violation [of rights] on the clarifications or waivers of vote, arguing the lack of binding force of this concept as to make a new revision effective. He exposes the Colombian people's voluntary rejection of abortion from the early indigenous tradition through our modern times, the 1991 Constitution, the Criminal Code and Court judgments. He acknowledges that the recommendations of the Follow-Up Committees of International Human Rights Treaties are, neither in fact or de jure, a source of international law nor legally binding. Passing abortion would be just like rating certain fellow human beings as "things" and going against a jus cogens rule.*

**KEY WORDS:** *Abortion, nasciturus, right to life/right to live, res judicata, waiver of the voting right, presuppositions, prerequisite or rule of procedure, material object, jus cogens.*

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Sociedades, Derecho de los Negocios (BCIT Vancouver - Canadá) y Formulación Gerencia y Evaluación de Proyectos. Profesor de las universidades colombianas de los Andes, Javeriana y Jorge Tadeo Lozano. Miembro de la American Bar Association - International Law and Practice Section. Reconocido entre los 2.000 intelectuales del siglo XXI - Cambridge, Inglaterra. Miembro de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Laicos de Colombia (CNL), 2005-2007. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Coordinador del Equipo Legal del CNL.  
E-mail: aforero@lewinywills.com

\*\* Licenciado en Educación. Presidente del Consejo Nacional de Laicos.

## INTRODUCCIÓN

La participación del laicado en la defensa legal de la vida humana ha tenido especial relieve durante el año 2005, con ocasión de las intervenciones ciudadanas que se han presentado ante la Corte Constitucional,

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-07-2005

FECHA DE ACEPTACIÓN: 16-09-2005



para hacer la oposición del laicado católico a las demandas y pretensiones de organizaciones internacionales, a fin de manipular el sistema legal colombiano y obtener legalización del aborto por decisiones judiciales. Ante la imposibilidad de obtener la legalización por la vía democrática, puesto que el Congreso de Colombia ha rechazado por mayoría más de nueve intentos de legalizar la práctica del aborto criminal de seres humanos, se ha pretendido con dos demandas, presentadas en abril y mayo de 2005, obtener una decisión judicial favorable al aborto.

La siguiente es una síntesis de las principales consideraciones planteadas por el equipo asesor y la Junta Directiva del Consejo Nacional de Laicos de Colombia, para promover la defensa legal de la vida humana y la oposición a la legalización del delito del aborto.

#### *A. Consideraciones procesales*

Solicitamos respetuosamente a los HH. Magistrados ajustar la decisión dentro del proceso a las exigencias de la Constitución y de la ley, para resolver como corresponde sobre el rechazo de la demanda, pues no se cumplen en ella los requisitos señalados en los artículos 2 y 6 del Decreto 2067 de 1991, por los siguientes motivos de orden estrictamente procesal y sustancial, al momento de proferir el fallo con la sentencia.

##### *1. Excepción de cosa juzgada absoluta constitucional*

De conformidad con la ley procesal aplicable para el proceso constitucional de control en sede jurisdiccio-

nal, para las normas de orden legal, se deben considerar las previsiones imperativas del inciso cuarto del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, el cual expresa:

“Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada (...)”.

Adicionalmente, el artículo 21 de la misma norma legal adjetiva expresa:

“Art. 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.

En este sentido, tal como consta en la jurisprudencia emanada de esa H. Corporación, en la Sentencia C-133 de 1994, el contenido material del precepto incorporado en el Código Penal Colombiano, hoy artículo 122 de la Ley 599 de 2000, fue sometido al examen de constitucionalidad en su oportunidad, comoquiera que el texto del artículo 343 del Decreto 100 de 1980, antiguo Código Penal, que contiene la descripción del tipo penal del delito contra la vida descrito como aborto, fue textualmente reproducido en el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000. Es más, como lo reconoce la misma Corte en su fallo, el examen de constitucionalidad de la norma fue integral, y al momento de evaluar el planteamiento de la acusación expresa que “si bien en el escrito de la demanda de manera concreta no se señalan las normas de la Carta Política que el actor estima violadas, la Sala encuentra que dentro de los argumentos presentados por el demandante para fundamentar la inconstitu-



cionalidad del artículo 343 del Código Penal, se identifican algunos contenidos de disposiciones de dicho estatuto superior, que a criterio del actor son vulnerados con la penalización que se hace de la práctica del aborto”. De modo que la Corte realizó una detallada evaluación de los preceptos de la Carta, que en su criterio podían ser vulnerados por la norma penal, y no encontró vulneración alguna.

Es de advertir, precisamente, cómo el legislador señala de manera categórica, en el artículo 22 del decreto 2067 de 1991, que “la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del título II”, de modo que las decisiones de la Corte hacen el tránsito a Cosa Juzgada absoluta en cuanto resuelven de fondo la exequibilidad de las normas. No puede ignorarse este mandato, sin vulnerar gravemente el debido proceso y validez de las sentencias.

La garantía del poder judicial, que se ejerce por los tribunales de última o única instancia, consiste en la atribución que ha sido asignada por el Constituyente a ese organismo judicial, que ejerce como guardián de la integridad y supremacía de la Carta Política, el cual se encuentra consagrado en el artículo 243 C. P., precepto que señala de manera categórica:

“Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

”Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las

disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Bajo esta norma constitucional es posible afirmar, siguiendo el mismo razonamiento del Constituyente, expresado en la Carta de 1991, por el inciso segundo del artículo 243 C. P., cualquier autoridad, como es el caso del H. Congreso de la República, mediante ley de códigos, sí puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado exequible por razones de fondo, a menos que no subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Ninguno de los preceptos constitucionales, que son todos los que sustentan la Sentencia C-133 de 1994, ha sido modificado, sin que pueda entenderse que la Cosa Juzgada Constitucional ha sido alterada frente al tipo penal del delito de aborto señalado por el legislador en las dos oportunidades. En efecto, es evidente cómo la misma H. Corte Constitucional, actuando en calidad de órgano jurisdiccional de la República, expresó la decisión de declarar exequible el precepto legal, y la subsistencia de tal pronunciamiento de la Corte no depende de los cambios de período de las personas de los HH. Magistrados que la integran, o de los nuevos criterios que estos ciudadanos puedan tener sobre los juicios expresados por la H. Corte Constitucional, e incluso los salvamentos de voto o las aclaraciones, que no constituyen por su naturaleza valor de decisión. Una vez expresada la decisión de la Corte, es esta corporación judicial quien con su autoridad ha declarado un precepto ajustado al orden jurídico constitucional de la República, y la decisión adoptada tiene vocación de permanencia, como garan-



tía de la autoridad asignada al Juez Constitucional, hasta que las normas que sirvieron de fundamento a la decisión jurisdiccional hayan sido cambiadas por el Constituyente.

Existe una norma imperativa, que le impone a los HH. Magistrados, por mandato del Legislador, realizar la verificación directa del presupuesto procesal señalado en el inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, el cual señala de manera imperativa la orden “se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia (...)”.

En consecuencia, corresponde al H. Magistrado Sustanciador, y a la Sala Plena, al momento de adoptar la decisión, acatar el precepto legal imperativo contenido en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, y una vez verificados los requisitos al momento de proveer la admisibilidad de la demanda, o ahora al momento de dictar sentencia, deberá resolver sobre el rechazo y la incompetencia manifiesta, porque el contenido material de la norma demandada se encuentra amparado por una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y se encuentra vigente.

Este precepto legal del tipo penal del delito de aborto no fue retirado del ordenamiento jurídico colombiano por la H. Corte Constitucional, tal como se indica en la parte obligatoria de la Sentencia C-133 de 1994, sino que además, luego de su vigencia, el propio Legislador lo reprodujo en la Ley posterior de la nueva codificación penal, en desarrollo de la política criminal, que es

definida dentro del poder consagrado en la Carta en cabeza del Congreso, quien ejerce la representación popular. A este órgano constituido lo faculta la Carta para hacer las leyes y expedir los códigos, en todas las ramas de la legislación, sin que otra autoridad pueda interferir en su facultad soberana, de señalar el contenido del precepto legal.

Así lo reconocen los propios demandantes en su concepto de la violación, donde aceptan y acatan los fallos de la Corte.

Dando acatamiento a la ley procesal aplicable, resulta procedente que la H. Corte acate la expresión imperativa, que impone que “se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por (...) cosa juzgada”.

Se advierte en la misma ley del procedimiento, Decreto 2067 de 1991, artículo 6, que se señala como un deber imperativo el rechazo de la demanda y no es una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que el Legislador le asigna el deber de dar reconocimiento al principio de autoridad constitucional de los fallos de la misma Corte.

Como ha sido previamente expresado ante la Corte por otros ciudadanos, en un proceso relativo al mismo tema: “El maestro del derecho procesal, Francesco Carnelutti, afirma al respecto, que procede la revocación de las providencias del juez cuando se verifica que «La hipótesis es pues la de que ‘entre las propias partes sobre el mismo objeto’ mediase otra sentencia firme y que el juez no lo supiese; la ley imagina realmente que ‘no haya



pronunciado... sobre la excepción de cosa juzgada', (...) en cambio, cuando hubiese sido exhibido, no habría habido necesidad de instancia de las partes para que el juez lo tuviese en cuenta, debiéndose señalar la cosa juzgada incluso de oficio» (Cfr. Sistema de Derecho Procesal Civil, Francesco Carnelutti, tomo III, Actos del Proceso, Argentina, Buenos Aires, UTHEA, 1944, pág. 707).

Sobre la cosa juzgada, el maestro italiano, en otra parte de su obra expresa la vigencia de los principios, de estirpe romanista, que informan nuestro derecho colombiano, al señalar que “la inmutabilidad de la sentencia se traduce en una prohibición al juez de volver a decidir el litigio ya decidido (*non bis in idem*) (...), significa que ningún juez puede estimar la situación jurídica de manera distinta como fue considerada en la sentencia convertida firme, o en otros términos, que esta sentencia no puede ser cambiada (*res judicata por veritate habetur*) (...). Y así como la cosa juzgada material se traduce en un efecto imperativo, la cosa juzgada formal se manifiesta en un efecto preclusivo” (Cfr. Francesco Carnelutti, op. cit., tomo I, pág. 351).

Cuando en el auto admisorio no se haya advertido de estas incongruencias, el mismo Legislador ha dispuesto que: “No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia”. Pero es una previsión excepcional cuando ello no se advierte o pone en evidencia al momento de resolver sobre rechazo de la demanda, lo que implica que siempre deberá resolverse incluso en el momento de la sentencia y que la decisión ordenada por la ley debe ser adopta-

da siempre que se pueda verificar el presupuesto de la cosa juzgada constitucional, tal como se pone actualmente de presente, sobre el contenido material de la norma que ha sido demandada y las sentencias previas de la H. Corte que lo confirman. En el caso sub júdice, tal fue la voluntad de la H. Corporación en la Sentencia vigente C-133 de 1994, y se mantiene idéntico el contenido del precepto legal cuando ha sido reproducido mediante la autorización del propio constituyente, en el texto de la ley penal más reciente.

No es admisible el sustento de los demandantes, que basan el concepto de violación en las aclaraciones o salvamentos de voto, pues tales manifestaciones no tienen fuerza vinculante para hacer efectiva una nueva revisión.

Así lo ha reconocido la Corte en los múltiples casos en que se ha visto obligada a rechazar demandas frívolas, contra normas que reproducen el contenido material de otras que fueron previamente sometidas al examen de constitucionalidad por su contenido y forma. No se ve cómo en este caso el tratamiento procesal pueda ser diferente. Lo anterior según lo expresa la ley procesal aplicable, con el modo imperativo utilizado en el verbo rector del precepto “Se rechazarán las demandas” por el Magistrado sustanciador. Las demás decisiones relativas a declarar sobre la cosa juzgada, o la manifiesta incompetencia, solamente se podrán adoptar en la providencia sentencia cuando no se haya advertido oportunamente de tal incongruencia al evaluar los presupuestos procesales de la admisión por la aplicación del principio de Economía Procesal.



2. *Incompetencia de la H. Corte Constitucional para admitir la demanda contra el contenido material de normas amparadas por la cosa juzgada absoluta y necesidad de su rechazo*

Acogemos lo expresado por otros ciudadanos que se han manifestado en el mismo sentido en otros procesos que se adelantan contra el mismo precepto legal, cuando se invoca lo previsto por el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, uno de los presupuestos procesales es la competencia de la Corte para conocer de la demanda. Este presupuesto procesal exige el acatamiento del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución. Pero cuando la ley o su contenido material ya han sido objeto de examen constitucional previo y se ha resuelto la exequibilidad del precepto legal, es aplicable el artículo 243 de la Carta, que impone la cosa juzgada sobre las decisiones del mismo órgano límite, quien se encuentra entonces obligado a acatarlas. Una vez ejercida la competencia judicial en materia constitucional con la expedición de una sentencia sobre un mismo precepto sustancial y material, deberá aplicarse el denominado principio *stare decisis*. Este principio fue reconocido por la H. Corporación Judicial en su sentencia unificadora SU-047 de 1999, M. P. doctores Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, que expresa en lo pertinente:

“(...) Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”.

La seguridad jurídica del Estado Social de Derecho impone límites a la acción de control constitucional de los ciudadanos, y del Tribunal Constitucional, por lo cual una vez agotada la vía de la acción de inconstitucionalidad y obtenido el juicio de *exequible* por parte de la Corte Constitucional, se agota la competencia para revisar nuevamente el precepto, y en la medida que el Legislador democráticamente elegido como autoridad representante del pueblo (artículo 154) no modifique el contenido material del precepto o se hayan modificado las normas constitucionales que fundamentan la cosa juzgada (Cfr. inciso segundo, art. 243, C. Política).

Por su parte, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Justicia en su Artículo 48-1, fija el alcance de las sentencias de la H. Corte Constitucional, calificando la parte resolutive como de obligatorio cumplimiento y con efecto *ERGA OMNES*. La Sentencia de la Corte Constitucional C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa, la declaró exequible.

La reiteración del precepto legal del tipo penal del aborto, en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, se realizó por parte del Congreso Nacional, considerando precisamente el fallo previo de exequibilidad expresado por la Corte Constitucional en sus sentencias, que resulta obligatorio por ministerio de la ley. Ello demuestra una notable interacción entre los poderes públicos del Estado.

La referencia normativa al principio de legalidad se origina desde el artículo 5 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Así lo ratifica el artículo 95 de la Carta Política, que impone a toda persona la obligación de cumplir la



Constitución y las leyes, y los deberes de defender y difundir los derechos humanos auténticos, señalados también en los tratados, y que son el fundamento de la convivencia pacífica y la participación en la vida del país. Al respecto, esa H. Corporación en varias providencias afirma a la persona humana como centro del ordenamiento constitucional, titular de derechos y sujeto de deberes y obligaciones imprescindibles para la convivencia, cuyo presupuesto natural es precisamente la inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano, recogido por el Constituyente. La experiencia científica y de las ciencias humanas así lo confirman también, en la autorizada investigación de uno de los grandes genios del siglo XX, R. P. Pierre Teilhard de Chardin, S. J., cuando expresa en su obra, en la traducción al castellano:

“Mediante la socialización humana, cuyo efecto específico es hacer que se repliegue sobre sí mismo todo el haz de las escamas y de las fibras reflexivas de la tierra, el eje mismo del vértice cósmico de interiorización prosigue su curso, relevando y prolongando los dos postulados preliminares destacados anteriormente (relativo el uno a la primacía de la *vida* en el *universo* y a la primacía de la reflexión en la *vida* el otro), esta es la tercera opción, la más decisiva de todas, que termina por definir y aclarar mi posición científica frente al *fenómeno humano*” (Le phénomène humain, P. Teilhard de Chardin, éditions du Seuil, Paris, 1955, pág. 340).

La Sentencia C-337 de agosto 19 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, afirma precisamente sobre la responsabilidad del funcionario del Estado: “Y es natural que así suceda, pues quien está defendiendo el poder necesita estar legitimado en sus actos y esto opera por medio de la autorización legal”.

Solamente entonces, para los casos futuros, cuando el precepto legal previamente declarado exequible por el Guardián Constitucional sea modificado por el poder legislativo nacional, en representación del pueblo, podría nuevamente admitirse una nueva demanda contra el mismo tipo penal del aborto, o también cuando las normas constitucionales que lo soportan sean modificadas por el Pueblo Soberano, en ejercicio del poder constituyente. Pero tales supuestos no concurren al momento de evaluar la decisión en la sentencia, pues la constitucionalidad de la norma ahora demandada tiene efectos *ERGA OMNES*, incluyendo en ellos a todos los súbditos de la ley y la Constitución.

En consecuencia, resultaría mandatario el rechazo de la demanda, en garantía del principio de su propia autoridad y de la seguridad jurídica del sistema judicial.

*3. La demanda no presenta una relación completa y coherente del concepto de violación, con elementos jurídicos suficientes entre las normas constitucionales invocadas en la demanda como presuntamente infringidas por el precepto legal demandado y vigente, y las mismas normas ya fueron objeto de juicio de constitucionalidad previo y que ha hecho tránsito a cosa juzgada absoluta frente al precepto demandado*

En contra de lo expresado por los demandantes en su escrito, es evidente que no se presentan nuevos cargos frente al artículo de la ley que es demandada. Las normas sobre la protección legal absoluta del derecho a la vida del nasciturus y la sanción del delito de aborto ya



han sido objeto de un pronunciamiento sistemático del cuerpo jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional, y sin que se hayan modificado las normas constitucionales y legales que los soportan, por parte del poder legislativo nacional, o el pueblo, todo lo cual impide abrir un nuevo estudio sobre la constitucionalidad de la norma y procede resolver sobre el rechazo por cosa juzgada .

El juicio de constitucionalidad se ha agotado íntegramente, además, en la sentencia C-133 de 1994, y la referencia que se hace a algunos otros de los artículos de la Carta no guardan relación objetiva alguna con la norma demandada. Más bien se expresan comentarios “a juicio propio”, que no de la ley o la Constitución, que hacen inepta la demanda.

El doctor Hernán Alejandro Olano García afirma, en reciente publicación: “A su vez, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control concreto impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía fundado en la infracción del mismo precepto constitucional” (Cfr. “Tipologías de nuestras sentencias constitucionales”, revista *Universitas*, N° 108, diciembre 2004, pág. 588).

Para demostrar la ausencia de presupuestos procesales, basta señalar, por ejemplo, cómo los actores afirman la violación de preceptos constitucionales del artículo 43 de la Carta, por parte de la norma penal, sin sustento jurídico y causal alguno. Así proponen, argumentando que tal norma obliga “a la mujer a acudir a sitios clandestinos para la práctica del aborto”, pero si tales supuestos de hecho son conocidos por los actores, deberían presentar pruebas y exigirlo así la H. Corte, y de ser el caso demostrar las denuncias

realizadas por los actores que conocen de los hechos sobre la comisión de los delitos. La carga de la afirmación impone presentar la denuncia de tales sitios clandestinos, so pena de estar incurso en responsabilidad por acción u omisión ante el delito. Estos maderos clandestinos, si así se informa a la Corte para basar su intervención, son lugares donde se encuentran personas responsables del mismo delito sancionadas en el inciso segundo de la norma demandada. Es de advertir que el precepto demandado no solamente sanciona a la mujer que causa su aborto, sino, sobre todo, el tipo penal censura a las personas que actuando con el consentimiento de la mujer, realicen la conducta allí prevista. En este caso, el efecto de los hechos señalados son, además del aborto, las lesiones personales infligidas en el cuerpo o en la salud de la madre gestante y, por lo tanto, la norma penal sanciona al sujeto activo que daña la vida de la mujer y extingue las esperanzas de vida del ser humano en gestación, que puede generar un concurso de delitos. La pena de muerte está prohibida para todo ser humano y su autorización generalizada para el exterminio de la vida es inconstitucional. El bien jurídico tutelado se enmarca dentro de la inviolabilidad de la vida humana de ambas víctimas, garantizado por el artículo 11 de la Carta. Precisamente la norma protege tanto a la mujer, como a las esperanzas que representa el nuevo ciudadano en gestación para la República de Colombia. Los derechos del padre tampoco pueden ser ignorados dentro de la progenitura responsable y la obligación alimentaria se predica de ambos progenitores a partir de la existencia humana.

En caso contrario, aceptando la propuesta de los demandantes, el Legislador o la Corte estarían aceptando el mismo criterio que horrorizó a los mismos



pueblos invasores que vivieron la experiencia histórica, cruel y decadente, de aquella madre durante el asedio de Vespasiano a Jerusalem, narrada por Flavio Josefo y citada luego por Eusebio de Cesarea, cuando esta madre resolvió comerse a su propio hijo y disputar luego la carne asada con sus verdugos, justificando su acción en la necesidad (Cfr. Josefo, *Las guerras de los judíos*).

Bajo estas consideraciones de orden procesal, se acredita que no se cumplen los requisitos señalados en los numerales 2 y 3 de los artículos 1, 2 y 6 del Decreto 2067 de 1991, por lo cual procede al H. Magistrado Sustanciador resolver el rechazo de la demanda al momento del fallo.

### B. Consideraciones sustanciales sobre la constitucionalidad de las normas que establecen la defensa de la vida humana

#### 1. Concepto técnico legal

Según el *Diccionario Jurídico Espasa*, “El aborto \* consiste en la muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematuramente provocada. Se trata, por lo tanto, de un delito contra la vida humana, aunque también lesione otros bienes jurídicos, como el interés del Estado de mantener una elevada cuota de natalidad y eventualmente la vida o salud de la madre.

”En el estado actual de la ciencia médica ya no se discute que la vida humana comienza en el momento mismo de la fecundación del óvulo femenino por un espermatozoide masculino. El embrión es un ser

vivo distinto de sus progenitores, con una carga genética individual e irrepitable, que desde la concepción comienza un desarrollo vital hasta la muerte. Durante la etapa de vida prenatal no existe cambio alguno cualitativo o sustancial: tan solo el progresivo crecimiento y desarrollo de cuantas potencialidades existían desde el momento de la concepción” (*Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, 1999, pág. 7).

El concepto técnico legal así expresado señala claramente un punto de partida para la reflexión crítica acerca de los aspectos de fondo que se ventilan sobre esta materia.

#### 2. La tradición del pueblo colombiano frente a la protección legal de la vida

Desde los orígenes de la nacionalidad, los habitantes de nuestro territorio han considerado la generación de la vida, la maternidad y la paternidad, así como la protección de la criatura humana en gestación, como un valor que merece la mayor protección de la sociedad. Los primeros pueblos de Colombia hoy también nos enseñan la veneración a la vida y la acogida que debe proporcionar la sociedad al ser humano, precisamente en las fases más sensibles de su existencia. Valga solamente mencionar como ejemplo ilustrativo a nuestros compatriotas del pueblo *kogi*, que habita la Sierra Nevada de Santa Marta, cuando reconocen el valor de la madre y la generación de la vida:

“El mito sobre la madre Shibalaneuman, relatado por el investigador alemán K. Th. Preuss y por el sacerdote de Palomino Miguel Nolavita en 1915, cuenta que la madre Shibalaneuman dio a luz en un comienzo todas las cosas, al mundo, a los hombres, los animales, las plantas, el



fuego, las lagunas, los cantos y bailes. Fue la madre quien entregó a los kogi a través de sus hijos, el código moral, social y espiritual. Es la Ley de la madre como denominan los indígenas este código, y debe ser observada estrictamente por toda la tribu. Por medio de ofrendas a la madre, a sus hijos principales y a todos los dueños Padres y Madres que vivieron en la antigüedad y crearon este mundo, los kogi hacen que el Universo siga su curso normal: solo ellos cuidan de todas las cosas. Ellos son los hermanos mayores en tanto que el blanco es el hermano menor; él no sabe, él solo conoce las leyes de los hombres y desconoce las leyes naturales. Solo ellos tienen el secreto que dejaron los antiguos, para que todo nazca, crezca, se reproduzca y muera, para que llueva, para que llegue el verano, para que el sol salga nuevamente mañana” (Cfr. *La Sierra Nevada de Santa Marta*, Fundación Pro Sierra Nevada, Juan Mayr, pág. 135).

Como prueba de la veneración que nuestros primeros pueblos de Colombia guardan a la maternidad y paternidad y al cuidado de la vida humana, adjuntamos a la intervención ciudadana entregada a la Corte un objeto de arte cerámico fabricado por nuestros compatriotas kogi, suministrado por los artesanos nativos de *Nabusimake*, en el departamento del Magdalena. Este objeto tradicional, utilizado como ocarina, para dar sonidos musicales a su veneración a la vida, manifiesta el respeto inveterado que permanentemente el pueblo colombiano ha tenido por la maternidad y paternidad, así como la comunicación de la vida. Esta prueba documental deberá ser apreciada en su conjunto, frente a las pretensiones de las demandas por aplicar forzosamente el derecho internacional de los tratados de derechos humanos, para imponer la legalización del crimen del aborto.

Con el advenimiento del descubrimiento de América se establecieron los reinos de ultramar en la Nueva Granada y empezó un nuevo proceso constituyente para la nacionalidad. Alfonso López Michelsen lo reconoce expresamente, cuando afirma en su obra *El Estado Fuerte*:

“Ateniéndonos a la esfera del Derecho Constitucional... basta hacerse la consideración de que durante el período propiamente español, el derecho se caracterizaba por la creación de instituciones típicamente americanas, inspiradas en las costumbres de los indios y las orientaciones de la legislación castellana, en un afortunado injerto jurídico que reconoce las diferencias raciales, las desigualdades económicas” (Cfr. Alfonso López Michelsen, *El Estado Fuerte*, Bogotá, 1966, pág. 226. Citado por Carlos Corssi Otálora en *Genocidio o integración cultural en las Indias hispánicas*, Ediciones Laicos por Colombia, Bogotá, 2004, págs. 22 y 23).

Por supuesto que la inspiración humanista cristiana de las instituciones colombianas se estableció con la evangelización civilizadora, desde el siglo XVI, que igualmente se incorporó en la nacionalidad, por la vivencia comunitaria del pueblo creyente en Jesucristo, y como miembros fieles de la Iglesia católica, cuyos valores promueven el respeto a la vida y la dignidad de la criatura humana, la igualdad esencial entre las personas y su familia y de la dignidad de toda la creación de Dios. La experiencia cristiana y su testimonio promueve la vida como don de Dios, y censura gravemente todo atentado contra ella.

Desde la conformación de la República la ley positiva en el país ha protegido siempre la vida humana, desde



la libertad de partos, proclamada por el Libertador Simón Bolívar y ratificada por los primeros Congresos de la República. Igualmente lo ha hecho todo el ordenamiento penal, pasando por el Código Penal sancionado el 16 de octubre de 1858, que en el Libro Cuarto, Título Primero sobre delitos y culpas contra las personas, en su capítulo primero, parágrafo cuarto, sanciona el crimen del aborto en los artículos 490 al 495. Este Código fue adoptado por la Ley 153 de 1887. Posteriormente el Código Penal de 1936 y el Decreto 100 de 1980 han mantenido, por voluntad del pueblo y autoridad del poder legislativo, la protección legal a la vida de la criatura humana por nacer. Recientemente, el Código Penal adoptado por la Ley 599 de 2000 ratificó esta protección en los artículos 122 y siguientes.

Toda esta manifestación de la historia legislativa y las consideraciones de la cultura colombiana desde sus más remotos orígenes, se imponen a la política criminal del Estado colombiano, para mantener los resguardos de la defensa legal de la vida humana, en todas sus fases de existencia, como uno de los bienes jurídicos tutelados, así como promover el bienestar de la madre, los legítimos derechos del padre y la permanencia de la sociedad. La sanción penal no se limita entonces a la mujer o madre que cause su aborto, sino que se proyecta sobre el que realice la conducta con el consentimiento de la mujer. Se sanciona igualmente el homicidio, las lesiones personales y demás conductas que ponen en riesgo la existencia de los asociados y habitantes del territorio de la República.

Queda demostrado que el sustrato ético del pueblo colombiano, a través de su historia, se revela categóricamente contra todo atentado contra la vida humana

que sea legitimado por la Ley, y así se expresa en las legislaciones que censuran el delito del aborto. El juicio de constitucionalidad no puede ignorar esos presupuestos, para dictar un fallo en concreto ajustado a nuestra propia manera de ver la vida, y nos distingue como nación frente a otros pueblos del mundo.

### 3. *Antecedentes y valor imperativo de la normativa constitucional que promueve la defensa de la vida*

El tema del aborto y la protección legal de la vida fue resuelto por el Constituyente de 1991, al definir el carácter de inviolable del derecho a la vida señalado en el artículo 11 de la Carta.

El profesor Manuel José Cepeda Espinosa, hoy Magistrado de esa corporación, recoge los antecedentes del Constituyente en su obra *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, de la Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, publicada por Editorial Temis en 1992, que revela en el capítulo II, en las páginas 21 a 38, algunas de las consideraciones académicas de la Constitución sobre el derecho a la vida y el debate adelantado en la Asamblea Nacional Constituyente. Se recoge allí la expresión del Constituyente Alfredo Vázquez Carrizosa, quién afirmó: “Es que el derecho a la vida no es solamente el derecho a respirar, el derecho a la vida comprende todo. El derecho a la vida es lo que debe garantizar el Estado”. Consta que la propuesta por la libre opción de la maternidad fue negada por la Plenaria, en el primer debate del 14 de junio de 1991, precisamente bajo la propuesta del Constituyente Iván Marulanda, que pretendía esta-



blecer, como lo piden ahora los demandantes, el aborto “bajo la inspección del Estado, para que sea hecho por medios higiénicos en condiciones económicas razonables (...)”.

El propio Gobierno de la época, a través del Ministro Humberto de la Calle, reconoce en los debates de la constituyente que el tema de la legalización del aborto estaba por fuera de la agenda del Gobierno. Y lo confirma en su reciente libro *Contra todas las apuestas - Historia íntima de la Constituyente de 1991*, Editorial Planeta, Bogotá, 2004, págs. 186 y 187, donde expresa que a pesar de sus opiniones personales al respecto, “el Gobierno era consciente de los graves riesgos derivados de agitar el tema del aborto. Esto generaría complicaciones sin cuento”. Y más adelante concluye el ex Ministro, “en todo caso, estando como estaba desechado el tema de la agenda del Gobierno, no había inconveniente en reafirmarle al nuncio nuestra decisión de apoyar el divorcio y oponernos al aborto como simple derecho de opción de la mujer, conscientes que ese era un asunto que dividiría a la sociedad colombiana de manera inoportuna” (op. cit., págs. 155 a 187).

De la revisión de los antecedentes normativos de la constituyente queda demostrado que la voluntad del pueblo, expresada por sus delegatarios, y el espíritu que anima la letra de las normas, fue siempre proscribir cualquier atentado contra la vida humana, y expresamente delegó en el Legislador la facultad de establecer las normas que promueven la defensa legal de la vida. Así resulta el artículo 122 del Código Penal, hoy vigente. No ha previsto el poder constituyente nuevos elementos que permitan a la Corte dar un juicio ahora distinto, basado en los mismos preceptos

proclamados en nombre del pueblo, el 4 de julio de 1991, con la nueva Constitución.

#### 4. *La protección del derecho internacional de los derechos humanos en Colombia*

No es posible establecer la existencia de una inconstitucionalidad sobreviniente por efecto de la posterior interpretación que se haya hecho de los tratados por parte de los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cuando estos son mera doctrina internacional y del todo ajenos a la potestad legislativa soberana del Congreso Nacional, única autoridad democrática de fuente popular para crear las leyes y que es la única autoridad competente para señalar la política criminal de Colombia, reflejada, entre otras, por las normas del Código Penal contenidas en la Ley 599 de 2000 y la tipificación del delito de aborto. Se aclara que los dichos comités internacionales no son órganos legislativos con poder normativo y mucho menos ejercen funciones como tribunales de justicia para definir o interpretar el derecho internacional —esas son las diversas Cortes de Derechos Humanos, como la Interamericana, la Internacional de Justicia, que son realmente órganos del derecho internacional para la interpretación de los tratados y cuyas decisiones son las que rigen para los países americanos—. Muy por el contrario, tales Comités de Seguimiento, como su nombre lo indica, son organismos políticos, compuestos por personas delegadas, ad hoc, sin representación popular, ni autoridad de gobierno, que carecen de fundamentación jurídica y, por ende, sus dictámenes y recomendaciones no son de hecho ni de derecho fuente de derecho internacional ni tampoco pueden ser vinculantes jurídicamente. Es la



voluntad popular del pueblo colombiano, representada por los senadores y representantes del Congreso, la única fuente que fija y determina el destino de las fuentes formales del derecho en nuestra patria, precisamente por el principio de la libre autodeterminación de los pueblos. Tales comités son más bien opiniones de legos, observadores que a modo de opinión de sus miembros accidentales recomiendan y sugieren desde su criterio ideológico y circunstancial la manera como acontece el devenir en los países miembros de tales tratados, pero no son fuente de derecho, como falazmente pretende sostenerlo la demandante, no son representativos del poder constituido, y las mismas deben ser evaluadas como doctrina auxiliar remota de la interpretación, sin tener el carácter normativo conforme al propio ordenamiento jurídico. Tampoco son de recibo las referencias al derecho comparado, donde diversos estados han establecido políticas criminales distintas a Colombia, pero la soberanía y autodeterminación del pueblo colombiano han señalado garantías distintas al derecho a la vida de sus ciudadanos, sin que pueda plantearse una remisión al derecho de naciones como Holanda, Francia o Italia, que hoy padecen el efecto de la implosión demográfica.

Véase al efecto la revista Newsweek de septiembre 27 de 2004, titulada en portada “Baby Bust”, como prueba del hecho notorio de los efectos nocivos de tales políticas públicas abortistas y de planificación familiar, políticas que Colombia no ha reconocido ni aceptado nunca como válidas para orientar el destino de su pueblo. Por el contrario, al igual que los pueblos hermanos de Argentina, Chile o Costa Rica, Colombia ha mantenido claramente la legislación que defiende la vida humana durante todo su ciclo vital.

Por otra parte, y como se verá, las presuntas recomendaciones que se hacen no son fuente interpretativa del derecho internacional y además desvían falazmente el sentido real de los textos acordados por los países signatarios, forzando el sentido de los contenidos de las opiniones que son notoriamente contrarios a los textos, pues debemos señalar categóricamente que en ninguno de esos tratados internacionales de derechos humanos Colombia ha aceptado que se considera el aborto como un derecho, y aunque los referidos comités de seguimiento intentan presentarlo de ese modo refiriéndose a los problemas de salud pública, resultan tergiversando el texto real del Tratado, que es la única fuente del derecho en estos casos. Tal interpretación y recomendaciones no son más que doctrina, que ciertamente por tales opiniones es una forma de desnaturalizar cualquier tratado internacional, y el verdadero compromiso asumido en el derecho internacional, pues el país suscribe una convención, con un texto claro y preciso, y lo ratifica y adhiere, sin que sea oponible luego por vía de opinión la doctrina contradictoria de tales comités, cuando resulta que se intenta proponer la aplicación exactamente de lo contrario de lo que se firmó en el Tratado por el Estado parte. En el caso del aborto la intención de los tratados es una y fue esta la que Colombia adhirió y ratificó, la protección de la vida humana desde la concepción, pero desafortunadamente las doctrinas de los comités de recomendaciones es otra, sin que ella pueda alegarse como oponible según el derecho de los tratados.

Por supuesto, las interpretaciones internacionales pueden afirmar lo que sus autores pretenden, pero el pueblo soberano de Colombia nunca estará de acuerdo en quebrantar las protecciones legales a la vida, que desde años inmemoriales afirma.



Resulta extravagante sostener que la cosa juzgada constitucional podría dejarse sin efecto, acudiendo a una nueva argumentación de malabarismo jurídico. Si esto fuera así, jamás podría existir la cosa juzgada, en contra del principio de la seguridad jurídica que se exige del juicio de constitucionalidad. Por estas razones deberá ser desestimada la demanda, por falta de objeto material para el conocimiento del juicio constitucional.

Lo primero es aclarar en sus exactos límites que los demandantes solicitan que se declare inconstitucional, y por ende inaplicable en el territorio, sustrayendo del orden legal vigente la norma regulada por el Congreso Nacional mediante una Ley, en el artículo 122 del Código Penal de Colombia, norma que define la política criminal del Estado colombiano frente al delito del aborto. El aborto es matar a un ser humano, es la destrucción de la criatura humana en el seno de su propia madre, impidiendo continuar el desarrollo biológico de su ser natural. Es exterminar, ab initio, a los próximos y futuros ciudadanos y ciudadanas de la patria, quienes son completamente inocentes –aun si fueron concebidos luego de una violación, hecho que no es imputable al nuevo ser, sino al violador–, que en tal condición se encuentra máximamente indefenso –al punto que es su madre quien lo hace matar o permite su muerte–; y los agentes que causan la lesión contribuyen a ello, rompiendo la convivencia en la máxima relación de parentesco con su victimaria –al punto que esta lo porta en su seno–.

Esta muerte de la criatura humana, para que sea aborto, debe provocarse en el período que corre desde el final de la fecundación –donde comienza la vida humana y su dinamismo progresivo ascendente que concluye con la muerte–, esto es, la unión de las célu-

las o gametos, del óvulo y el espermatozoide humanos, y siempre antes del nacimiento del bebé, esto es la separación definitiva de la madre. Una vez separado el individuo de su madre, el hecho se califica como infanticidio.

Se pretende en la demanda obtener decisión de la autoridad judicial que, en definitiva, permita poner la vida de los próximos ciudadanos, un ser humano inocente –completamente débil e indefenso–, al arbitrio exclusivo de la decisión de otro ser humano, u otros que intervienen con él en la eliminación de su existencia, abusando de toda la fuerza y el poder, y piden la complicidad del Estado. Pretenden los demandantes que el Estado se sustraiga de condenar tales conductas, y deje de sancionarlas desprotegiendo a la nueva criatura, y privilegie al más fuerte en la relación jurídica de la filiación, permitiendo el exterminio del más débil, frustrando así las posibilidades de desarrollar el proyecto de vida de miles de seres humanos, y el potencial de sus contribuciones a la humanidad y al servicio de la patria. Igualmente, buscan favorecer a quienes explotan el negocio del crimen, como mercenarios de los indefensos, amparados en pretendidas condiciones higiénicas. Realmente, las semejanzas de esta pretensión de ajuste a la política criminal que es sugerida por los demandantes, para que sea aprobada por el Honorable Juez Constitucional, se sintoniza perfectamente con la ideología totalitaria que aterrorizó hace apenas 60 años a la humanidad, en los campos de concentración de los nazis, y el holocausto que pretende que sea validado por la H. Corte Constitucional de la República, es una pretensión sustancial y violatoria de la conciencia humanista de los fundadores de la República y la mayoría inmensa de los miembros de la patria colombiana, por cuanto resulta del todo ajena



a nuestra inveterada tradición del orden constitucional y legal de un Estado Social de Derecho, establecido democráticamente para “asegurar a sus integrantes –los bienes de– la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”, tal como lo proclama la axiología y valores que animan la permanencia de sus miembros en nuestro Estado por voluntad del pueblo de Colombia, representado por sus delegatarios en el preámbulo de la Constitución Política de Colombia.

El derecho de raíz romanística, del cual se nutre el derecho colombiano, siempre ha protegido al inocente y al débil, acuñando muchos paradigmas, como “in dubio, pro homine”, “in dubio, pro reo”, “in dubio, pro operario”, etc. Aquí se pretende exactamente lo contrario, vulnerando no un derecho patrimonial, sino cercenando la vida misma, en sus fuentes embrionarias, y con ella todos los derechos; y se pretende que la victimaria legitimada sea la persona con el mayor grado de parentesco posible con la víctima. Obviamente, si la política criminal propuesta en la interpretación de los demandantes y de las tales recomendaciones internacionales de los Comités de Seguimiento y otras organizaciones del exterior a los tratados, donde una madre, ciudadana, puede matar impunemente a su hijo, próximo y futuro ciudadano de la patria, preguntamos: ¿qué parte del ordenamiento jurídico podría quedar en pie?, ¿quién podría confiar en otros derechos, como el cumplimiento de los contratos o el respeto a las autoridades?, ¿por qué no robaría quien está autorizada a matar a su propia hija? o ¿por qué no puede explotar un avión el terrorista cuando le incomoda alguno de los pasajeros que se transporta en el aparato, si el médico del hospital o el padre de la criatura están exonerados por las lesiones fisiológicas y el

aborto? El orden jurídico se hace aquí irracional, como las fieras o bestias, y desaparece, desintegrando las motivaciones de la conformación de un Estado que hemos establecido para que proteja la vida y la convivencia, pues solo quedaría vigente, ante la tal política criminal que se sugiere, ajustar los grados de fuerza bruta para imponer un cierto orden para el exterminio, por demás arbitrario, antidemocrático y unilateral. Matar a un ser humano inocente no puede ser nunca un derecho, pues vulnera la garantía constitucional de la convivencia como bien social perseguido desde la Constitución, y además cercena la protección del Estado a la vida a favor del más fuerte. El derecho a matar al inocente no es una posibilidad que pueda ser otorgada graciosamente por la ley. Sería retrotraernos a civilizaciones menos avanzadas, que entenebrecieron con los sacrificios humanos las etapas más oscuras y penosas de la humanidad, felizmente superadas con el reconocimiento de los derechos humanos y la prevalencia de la condición humana como sujeto de derecho frente a quienes calificaban a sus congéneres como cosas.

LA INVOLABILIDAD DE LA VIDA DE TODO  
SER HUMANO INOCENTE COMO *IUS*  
*COGENS*

Es fundamental no perder de vista que el llamado derecho internacional de los derechos humanos contemporáneo nace como respuesta contundente de la comunidad internacional a la barbarie y abusos cometidos con ocasión de la segunda guerra mundial, animada por ideologías totalitarias y relativistas, que desconocieron el sentido y valor del ser humano. Su finalidad primigenia fue establecer mecanismos jurídicos idóneos, en el orden interno e internacional, para evitar que se



repitan esos hechos vergonzosos para la humanidad. Lo mismo es reflejado en nuestra patria. Así nacieron la Declaración Universal de Derechos Humanos (10.12.1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precisamente proclamada en Bogotá (2.5.1948), y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9.12.1948), a las que siguieron varias otras convenciones humanistas.

Esas normas iniciales, y otras que luego siguieron, constituyen el núcleo duro del *jus cogens* u orden público internacional. Ciertos derechos humanos fundamentales, descritos y definidos en la etapa de despegue de este derecho, son considerados hoy como *jus cogens*, es decir, "...como aquellas normas fundamentales del derecho internacional público, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, superiores a la voluntad de los Estados y, por ende, insusceptibles de acuerdo en contrario. Es el núcleo duro de los derechos humanos, el *mínimum* necesario para la supervivencia de la comunidad internacional, y responde a las nociones de orden público y bien común internacionales. Dicho de modo sencillo, son las normas imperativas de derecho internacional general<sup>1</sup>.

Comparten el carácter *jus cogens*: el idéntico estatus jurídico de todas las naciones; el principio de no intervención; el principio de autodeterminación de los pueblos; el uso de la fuerza en violación de la Carta de las Naciones Unidas, y el respeto de los derechos funda-

mentales de la persona humana, entre los que se incluyen el derecho a la vida de todo ser humano inocente. A no ser torturado, o sometido a penas o trato inhumano y, obviamente, la prohibición del genocidio y demás crímenes de lesa humanidad<sup>2</sup>.

Las normas de derecho internacional general y carácter *jus cogens* son fruto del consenso universal de los Estados, pero las que se refieren a ciertos derechos fundamentales de la persona humana tienen también una íntima conexión con la propia naturaleza del hombre, con los atributos esenciales de la persona humana. Son inherentes al ser humano, y por eso han obtenido el reconocimiento universal de las naciones civilizadas. La norma de derecho internacional general y carácter *jus cogens* que prohíbe darle muerte a un ser humano inocente, ha obtenido el consenso de la Comunidad Internacional, luego de una práctica uniforme de los Estados de respetarla, pero ello ha sido así en virtud de la íntima conexión entre el derecho y la propia naturaleza del hombre.

Conforme todo lo dicho, las características de las normas de *jus cogens* son tres: a) imperatividad, b) inderogabilidad y c) supremacía con relación a las normas de derecho interno, incluso las constitucionales. Con relación a la inderogabilidad de las normas de *jus cogens*, enseña Barberis: "Dado que este derecho es inmutable y que la obligación que él impone, necesaria e indispensable, las naciones no pueden efectuar en él ningún cambio por medio de sus convenciones y ni ellas mismas, ni recíprocamente una a otra, pueden

<sup>1</sup> Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>2</sup> Cfr. García Elorrio, Aurelio. *Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes contra la Infancia*, Córdoba, Advocatus, 2004, en especial la segunda parte (págs. 83 a 120).



dispensarse de él... Por otra parte, no parece posible imaginar un orden jurídico en el cual todas sus normas sean susceptibles de ser dejadas de lado por los destinatarios de aquel. Un orden jurídico de esa naturaleza no podría ser pensado como derecho”<sup>3</sup>.

La prohibición de dar muerte a un ser humano inocente es norma de *jus cogens*, pues ha sido receptada por todos los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, pues “...es, sin duda, incuestionable que si no hay derecho a la vida no hay posibilidad de predicar otros derechos humanos”<sup>4</sup>. Repasemos los textos. Recogen explícitamente esta norma y, con ello, la transforman en *jus cogens*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4, inc. 1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 2); la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 4).

Existen normas *jus cogens* que pueden dejar de serlo, conforme se desprende de los arts. 53 y ss. de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, y ello sucederá cuando aparezca otra norma de derecho

internacional general y carácter *jus cogens*, que ocupe su lugar y la desplace, pero esto no rige para las normas del derecho internacional de los derechos humanos y carácter *jus cogens*, que tienen íntima conexión con la propia naturaleza del hombre.

Las normas de derecho internacional general y carácter *jus cogens*, que protegen ciertos derechos fundamentales de la persona humana, no valen como tales por su positivización en una convención, o por cualquier ocurrencia de la cultura jurídica de una nación, sino como expresa el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos: “...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...”.

Una norma de derecho internacional general y carácter *jus cogens*, que se vincula estrictamente con los atributos esenciales de la persona humana, como aquella que prohíbe la muerte de un ser humano inocente, una vez descripta convenientemente por la Comunidad Internacional en su conjunto, no puede luego desaparecer, por su íntima conexión con la naturaleza humana, de forma tal que donde haya un hombre, esta norma irá con él. Si el hombre no muta en su naturaleza y atributos esenciales, la norma de derecho internacional general y carácter *jus cogens*, receptada por el artículo 11 de la Constitución Política y receptada en los artículos 1 y 6 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que protegen la vida de todo niño a partir de la concepción, tampoco puede mutar y, en consecuencia, debe mantenerse la penalización del aborto procurado.

<sup>3</sup> Barberis, Julio. *La formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, pág. 55.

<sup>4</sup> Pinto, Mónica. “Comentario sobre la evaluación del sistema interamericano de derechos humanos”, *The Journal of Latin American Affairs*, pág. 56.



Ha sido demostrado que forma parte del *ius cogens* la norma que garantiza como inviolable la vida de todo ser humano inocente. Es preciso ahora dejar en claro que dicha norma rige para todo ser humano, sin restricción alguna, como podría ser una vigencia temporal a partir del nacimiento. Se trata de desvirtuar –por ser *contra legem*– la artificial distinción entre ser humano y persona o, dicho con mayor franqueza, la pretensión de no reconocer su personalidad jurídica a algunos seres humanos. Dicen los textos de derechos humanos que “persona es todo ser humano” y “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 –inciso 2– y 3, respectivamente), y, además, que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y, además, “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole o cualquier otra condición” (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 6 y 2, respectivamente). Por tanto, para el derecho de los derechos humanos, todo ser humano es persona –es decir, sujeto de derechos–, y ninguna condición –como podría serlo el nacimiento o estar sano– puede restringir sus derechos humanos, entre los cuales el primero de ellos y fundante de todos es el derecho a la vida. *Ergo*, el derecho a la inviolabilidad de la vida del *nasciturus* es norma de *ius cogens*.

##### 5. Aplicación de los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos al caso de la demanda que pide legalizar el aborto

La norma que prohíbe dar muerte a un ser humano inocente no puede ser variada, por su íntima –e inescindible– vinculación con los atributos esenciales de la persona humana, ya que si no hay vida, no existen los demás derechos. Es el fundante de los demás. Se trata del único derecho fundamental absoluto e invariable, que no puede estar sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio. La vida de un inocente, se tiene o no se tiene.

El principio de primacía de la norma internacional con carácter *jus cogens*, sobre el derecho interno, es doble. En primer lugar, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados prohíbe a los Estados invocar normas constitucionales o internas, para incumplir sus obligaciones convencionales; máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, nos estamos refiriendo a las normas fundamentales del orden público internacional. Además, el otro aspecto –más novedoso en la doctrina– es que en el juego de las normas aplicables a un caso de derechos humanos, tiene primacía aquella norma que sea más favorable a la protección de la persona humana; y en este caso, no cabe duda que la vida del niño no nacido prevalece, respecto de cualquier interés legítimo que pueda invocar la mujer para acabar trágicamente con su vida.



Este principio debe complementarse, en una interpretación armónica, con el de la progresividad, según el cual la protección de los derechos humanos está en continua expansión, y no se admite retroceso alguno en este proceso. Dicho de otro modo, cualquier derecho que en algún momento histórico logra el estatus de derecho humano, puede ser ampliado en su contenido, pero jamás puede ser reducido en cuanto a su alcance<sup>5</sup>. Ello es así más aún en los casos en que el derecho se ha puesto en paralelo con la propia naturaleza del hombre. Si es una exigencia biológica para un niño concebido su desarrollo hasta el nacimiento, la norma positiva internacional que prohíbe eliminar a un inocente se pone en paralelo con dicha exigencia biológica, y dada la íntima conexión entre necesidad y derecho, entre atributos de la persona y derechos de la persona, no puede aceptarse ningún retroceso en esta materia. O se amplía la descripción del derecho en cuanto a su alcance, o se mantiene; lo que no puede existir, en materia de derechos humanos, es el retroceso, porque afecta el principio liminar de la progresividad, y ello es mucho más claro cuando se trata de normas *jus cogens*, porque son "...ciertas normas jurídicas que no pueden ser susceptibles de derogación por voluntad convencional", tal como resolvió la Corte Internacional de Justicia<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. Nikken, Pedro. "Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos", en *Derechos Humanos en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, pág. 23.

<sup>6</sup> Caso "Guinea Bissau vs. Senegal", del 31.7.89 (R.G.D.I.P., 1990, pág. 234).

Ahora bien, si tenemos que todo *nasciturus* es persona humana, y como tal tiene derecho a la vida, y que por su carácter de inocente absoluto, está protegido por el *ius cogens*. A la vez, las normas de *ius cogens*, cuando responden al consenso universal de los Estados y/o a los atributos esenciales de la persona humana, son inderogables y tienen primacía sobre el derecho constitucional e inferior interno, y, a la vez, por el principio de progresividad, su alcance jamás puede restringirse. Por todo ello, resulta que es imposible despenalizar el aborto en la República de Colombia, sin violar gravemente el derecho internacional de los derechos humanos, en su núcleo más duro de las normas *jus cogens* y, por supuesto, sin violar las normas liminares del derecho positivo colombiano –constitucional y de normas inferiores–.

Los demandantes sostienen que el aborto sería un *derecho humano* (sic). Esto es absurdo, los derechos humanos son los fundamentales de la persona, y dar muerte al ser humano inocente e indefenso que una mujer porta en su vientre, jamás puede ser considerado un derecho, y mucho menos un "derecho humano". Aun en una postura liberal, los derechos de cada persona terminan cuando comienzan los de otra persona. Pues bien, como el aborto implica quitar la vida de un tercero –la persona por nacer ya concebida–, jamás puede ser derecho de nadie hacerlo.

Exactamente al contrario de lo afirmado en la demanda y los comités, las normas internacionales, al considerar norma con categoría de *ius cogens* a la tutela de toda vida humana inocente, prohíben expresamente



todo daño de la vida de un ser humano inocente, luego de que esta haya comenzado a existir, con la concepción o fecundación. La interpretación que se hace sobre el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido refutada en el libro del profesor doctor Aurelio García Elorrio, titulado *Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes contra la Infancia*, Córdoba, Advocatus, 2004, que es su tesis doctoral, rendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina.

Antecedentes jurisprudenciales de las Cortes Supremas Americanas a favor de la protección legal de la vida:

Hay tres fallos de las más Altas Cortes de Justicia en América Latina, que coinciden plenamente con las afirmaciones planteadas y que no pueden dejar de ser consideradas por la H. Corte Constitucional en la presente decisión. Veamos:

- El 15.3.00, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en Resolución N° 2000-02306, falló la “Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de marzo de 1995”. Dicho decreto autorizó la realización de la fecundación *in vitro* en la hermana República de Costa Rica. La Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló dicho decreto, pues tal práctica vulnera el derecho humano inalienable a la vida, cuya tutela comienza en el momento de la concepción. Definición categórica soportada en los tratados de derechos humanos que Colombia igualmente ha suscrito.

- El 30.8.01, la Sala Constitucional Tercera de la Corte Suprema de la República de Chile hizo lugar al Recurso de Protección presentado por el Movimiento Mundial de Madres y el Instituto para el Estudio Internacional de la Vida, y prohibió la fabricación y venta del producto químico denominado “Postinal”, basado en la droga levonorgestrel 0,75 mg., “uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión”, pues el Estado al autorizarlo ha “incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código Penal”. También adjuntamos a la Corte copia de dicha sentencia.
- Finalmente, el 5.3.02, la Corte Suprema de la República Argentina acogió el amparo presentado por “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro”, en contra de la resolución ministerial de autorizar un fármaco de “anticoncepción de emergencia”, dejando sin efecto la autorización que tenía para ser fabricado y comercializado en dicho país hermano. Se anexó dicha sentencia y, por ser la más clara y mejor fundamentada, será citada en este escrito a partir de ahora como “Portal de Belén”.

El fallo “Portal de Belén”: La Corte Suprema de la Argentina –que es quien hace el control constitucional en última instancia–, en el fallo mencionado, analizó tres cuestiones: a) el hecho no controvertido que dichas píldoras impiden “el anidamiento del embrión



en su lugar propio de implantación, el endometrio”<sup>7</sup>; b) la dilucidación científica de si la concepción se produce con la fecundación o si, además, requiere la implantación del óvulo fecundado en el útero materno; c) la *iurisdictio*, o sea, aplicar el derecho vigente al tema *subexamen*.

Habiendo acuerdo en los hechos, la Corte analiza la cuestión biológica<sup>8</sup>. Hoy es un lugar común que la vida humana comienza con la fecundación, es decir, la unión de los núcleos de las gametas o células sexuales femenina y masculina. Este conocimiento es tan universal, que forma parte de los estudios básicos de biología humana en las escuelas. Desde que es posible “fabricar” *in vitro* seres humanos, esto ha pasado a ser una “verdad científica” incontrastable. En efecto, la fecundación extracorpórea es anterior a la anidación y, cualquiera sea la técnica utilizada, luego de lograda la concepción, es preciso implantar el embrión. Ningún técnico dedicado a la fecundación artificial se animaría a implantar un ser vivo que no fuera humano; y, a la vez, ninguna mujer fertilizada artificialmente dio a luz jamás un ser vivo de otra especie que la humana. Esto muestra, empíricamente, que el inicio de la vida humana está en la concepción –término jurídico, como vimos, y cuyo correlato biológico es fecundación

o fertilización–, y no en la anidación, como pretende sostener *anticientíficamente* la demandante.

Desde otro punto de vista, se ha dicho: “para que la hipótesis del inicio de la vida humana en la implantación pueda ser considerada científica, debe dar respuesta consistente –es decir coherente, lógica y empíricamente demostrable– a dos interrogantes básicos: 1°) ¿qué clase de ser es ese ser vivo, que tiene la información genética completa de un ser perteneciente a la especie humana, y que no sería humano?, y 2°) ¿cómo hace para ‘humanizarse’ ese ser no humano, por el solo hecho de anidar en un útero humano? Mientras la ciencia no pueda dar una respuesta consistente a estas dos preguntas –y hasta el momento no las ha siquiera insinuado–, la hipótesis del comienzo de la vida humana en la implantación es irracional y anticientífica y, por ende, el derecho debe descartarla completamente para cualquier análisis jurídico”<sup>9</sup>.

La H. Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado sobre los aspectos penales y la autoridad competente para fijar la política criminal con la técnica jurídica de la norma penal para proteger los bienes jurídicos tutelados por la sociedad y ha señalado:

“El Congreso de la República, titular de la función legislativa, mientras no contraríe preceptos fundamentales, puede señalar libremente los comportamientos que estime deban tener el carácter de delictivos, y atribuir a ellos las penas correspondientes, aumentarlas o disminuirlas, plasmar causales de ate-

<sup>7</sup> Fallo “Portal de Belén”, considerando 3. Este hecho fue denunciado por la actora, y admitido tanto por el demandado Estado Nacional, cuanto por el laboratorio fabricante en su calidad de tercero interesado. Por tanto, la plataforma fáctica no fue controvertida en el juicio. Exactamente igual que en este juicio.

<sup>8</sup> En los considerandos 4 al 7, del fallo “Portal de Belén”, la Corte Suprema de la Argentina transcribe siete citas científicas de primer nivel, y en el considerando 8 analiza el criterio de la Comisión Nacional de Ética Biomédica, incorporado al expediente a fs. 169. Todos son coincidentes.

<sup>9</sup> Scala, Jorge. “Comienzo de la vida humana: Implicancias jurídicas”, Buenos Aires, *Revista Jurídica El Derecho*, tomo 204, págs. 809 y ss.



nuación y agravación punitivas, crear nuevos tipos penales, e inclusive suprimir delitos o establecer que en el futuro tengan el carácter de contravenciones”.

Al respecto se reitera:

“Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales (...), bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997).

(...)

“Siempre que las penas que se contemplen no sean imprescriptibles (artículo 28 C. P.) ni de aquellas expresamente prohibidas en la Carta, es el Congreso el órgano autorizado para definir su monto, de acuerdo con la gravedad de los hechos a los cuales ellas se aplican”.

Y es lo cierto que la política criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan,

no menos que en la evolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado.

De allí que la proliferación de ciertos fenómenos criminales en un momento dado de la historia colectiva puede aconsejar, como ha ocurrido recientemente en Colombia con los delitos de índole sexual, que el Estado contemple tipos penales antes no previstos, o que haga más estrictas y gravosas las penas, con el objeto de atacar de manera más efectiva la raíz de los males causados por esos comportamientos, para lo cual justamente goza el legislador de la mayor discrecionalidad.

Es más, como la Corte lo ha destacado, en desarrollo de lo previsto por el artículo 2 de la Constitución, “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, de donde resulta que la Rama Legislativa del Poder Público, que no es ajena a tan delicada responsabilidad, mal puede permanecer indiferente ante el clamor social que pide la eficiencia del Estado con miras a la erradicación de conductas delictivas como las que se describen en las disposiciones acusadas, y tiene el deber constitucional de adoptar las medidas pertinentes en el plano legislativo” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-292 del 16 de junio de 1997).

Desde luego, la discrecionalidad del legislador no puede confundirse con la arbitrariedad. La creación de delitos, así como el señalamiento de penas, pueden ser objeto de examen constitucional, a la luz de los principios y mandatos de la Carta, siendo claro que “la Corte tiene la facultad de declarar que tales actos son



inexequibles cuando quebranten aquellos, o cuando resulten desproporcionados o irrazonables”.

#### 6. Exclusión de la pena en el delito de aborto

La Ley 599 de 2000, “*Por la cual se expide el Código Penal*”, promulgada el 24 de julio del mismo año y cuya vigencia se inicia un año después de su promulgación, tipifica en el artículo 122 el delito de aborto, ya sea que la mujer se lo cause a sí misma, o permita que otro se lo cause, y en el artículo 123 tipifica el aborto sin consentimiento de la mujer, o el causado en mujer menor de catorce años.

A continuación el artículo 124 del mismo código establece como circunstancias de atenuación punitiva el embarazo que fuere resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de transferencia de óvulo fecundado no consentida o de inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, casos estos en los cuales la pena puede disminuirse en las tres cuartas partes.

Ahora bien, el párrafo del citado artículo 124 establece que en los eventos que autorizan la atenuación de la pena, cuando el aborto se realice en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el juez podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto, párrafo cuya constitucionalidad es el objeto de análisis por la Corte en la presente sentencia.

De la lectura misma del artículo 124 del nuevo Código Penal queda claro que regula dos asuntos diversos: el

primero, las circunstancias de atenuación de la pena, la cual opera en los cuatro casos específicos allí señalados, y el segundo, al que se refiere su párrafo, en el cual se autoriza al juzgador para prescindir de la pena cuando se cumplan los requisitos que contempla ese precepto. Ellos son: a) que el aborto se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación de la pena; b) que se efectúe en extraordinarias condiciones anormales de motivación, y c) que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto.

Limitada como se encuentra la Corte en este caso para analizar únicamente la constitucionalidad del párrafo acusado por el actor, se encuentra por esta Corporación que la norma en él contenida no resulta violatoria de la Constitución. En efecto, luego de haberse definido por la ley el delito de aborto en dos modalidades y las circunstancias de atenuación punitiva, en el párrafo aludido se establece por la ley una causal personal de exclusión de la pena, cuando concurren los requisitos allí señalados, asunto este para cuya regulación se encuentra como fundamento la potestad que para hacer las leyes le atribuye al Congreso de la República la Constitución (arts. 114 y 150 C. P.).

Está pues claramente establecido que la política criminal en Colombia corresponde establecerla a la representación nacional, esto es, el Congreso Nacional, popularmente elegido, mediante la expedición de las leyes y códigos, según lo previsto por el numeral 2 del artículo 150 constitucional. No es competencia de la autoridad judicial, y así se ha reconocido por la propia jurisprudencia. En cuanto a la protección del bien de la vida humana, la reiterada jurisprudencia de los tribunales



constitucionales de América Latina ha resuelto en reconocer que la vida humana comienza en la fecundación, y que la píldora del aborto químico impide la anidación del individuo humano en su etapa de desarrollo denominada blastocisto, aproximadamente una semana después de la fertilización, las cortes extranjeras aplican el derecho vigente según tres perspectivas diferentes: a) la doctrina del derecho natural, b) las normas constitucionales y legales vigentes, y c) el derecho de los derechos humanos. Ahora bien, en todos los casos se llega a la misma y única conclusión que privilegia la vida.

Veamos:

1°) *El iusnaturalismo*; se exterioriza en la sentencia Argentina, al subrayar “que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”, además “...este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción. También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>10</sup>. Con trazos enérgicos, esa Corte Suprema sostiene que todo ser humano tiene pleno derecho natural a la vida, desde el momento de la concepción; garantía primaria, fundamental e inviolable, garantizada por la propia Constitución.

<sup>10</sup> Fallo “Portal de Belén”, considerando 12.

2°) *El iuspositivismo*; al analizar la legislación vigente, la Corte Argentina “...a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida... que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción... Además, todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la Ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)...”<sup>11</sup>. El análisis aséptico del plexo normativo constitucional y aun de rango inferior, lleva a idéntica conclusión.

3°) *El derecho internacional de los derechos humanos*; al justificar la vía del amparo, “ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación...”, pues “...esta solución condice con el principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano”, y citando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual en la aplicación de la Convención, “Los Estados... asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (O.C. – 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo

<sup>11</sup> Caso “Portal de Belén”, considerandos 13 y 14.



29)»<sup>12</sup>. Luego recuerda la Corte, que “el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: ‘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’ ”<sup>13</sup>.

### *C. Valoración de los Comités de Seguimiento de los diversos tratados de derechos humanos*

Los órganos jurídicos de las Convenciones Internacionales son las Cortes de Justicia de Derechos Humanos. Los Comités, en cambio, son los órganos creados en torno a dichos tratados de derechos humanos; están constituidos por personas delegadas que se señalan como “expertas” en la materia, pero su pericia no es del tipo jurídico, sino de carácter exclusivamente político. Su pronunciamiento acaso llega al nivel de la doctrina, y no es fuente formal de derecho interno ni del derecho internacional. Es por ello que sus recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, como, muy por el contrario, las sentencias de las Cortes de Derechos Humanos sí lo son.

Las Normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es ley en Colombia, señalan claramente los mecanismos de la interpretación en los artículos 31 y siguientes, basados exclusivamente en la obligatoriedad de los textos, interpretados de buena fe según el sentido corriente que haya de

atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Esto implica que, de haber alguna contradicción entre el derecho internacional de los derechos humanos –tal cual lo han resuelto las Cortes de Derechos Humanos, y tal cual lo concibe la doctrina de los juristas especialistas en la materia–, y las recomendaciones no vinculantes de los Comités de Seguimiento, estas últimas son las que carecen de valor jurídico. No puede ser de otro modo, pues un organismo político supranacional no puede tener ninguna facultad para efectuar cambios en las fuentes del derecho internacional y lograr por esa vía pretendidas modificaciones en la legislación interna de las naciones, modificar su Constitución Política, o interpretarla de modo contrario o diferente a la tradición jurídica de cada Estado Soberano. Se estaría vulnerando el principio de autodeterminación de los pueblos y las competencias del poder constituido. En consecuencia, la demanda no puede prosperar bajo ningún aspecto, pues se basa –exclusivamente– en las interpretaciones políticas y recomendaciones anti-jurídicas, del significado de algunos de los tratados de derechos humanos que protegen contra la discriminación de la mujer, pero que nunca autorizan desconocer la convivencia entre la madre y la criatura en gestación, o proponen el aborto, por lo cual tales recomendaciones, de estricto orden ideológico y político, no tienen valor jurídico, pues además contradicen la simple lectura literal de los textos de los tratados.

<sup>12</sup> Caso “Portal de Belén”, considerandos 10 y 11.

<sup>13</sup> Caso “Portal de Belén”, considerando 14.



*D. Refutación a que las obligaciones positivas de protección al derecho a la vida implicaría tomar medidas para que las mujeres no mueran por causa de abortos ilegales*

Resulta elemental decir que nunca una medida positiva de tutela del derecho a la vida de una persona, puede ser el eliminar la vida de otra persona. Con tal modo de “razonar”, habría que matar a toda persona que sea portadora de una enfermedad infecciosa grave –como los sidóticos o VIH positivos–. Por otra parte, es preciso insistir que si una mujer decide abortar a su hijo, ella está asumiendo los riesgos que su decisión homicida implican. El Estado no debe tomar medidas positivas para disminuir los riesgos asumidos por los homicidas. Tampoco patrocinar la irresponsabilidad de los progenitores o el negocio de los operadores de la salud, que agreden la integridad de la gestante y lesionan su salud física y la de la persona humana en gestación.

Ello no exonera al Estado y a la sociedad en su conjunto para adoptar medidas de política de salud pública, para acoger a la madre gestante y facilitar y promover la vida de los nuevos colombianos y colombianas por nacimiento, calificados como naturales por el artículo 96 de la Constitución Política. Los tratamientos médicos los requieren las personas enfermas, sean varones o mujeres; el sexo no define nada, sino la enfermedad padecida. En este caso, estamos frente a una mujer que desea matar al hijo que porta en su vientre, o quien la determina para cometer el aborto, lo cual es, como quedó demostrado, una actividad antijurídica y criminal –cualesquiera sean las motivaciones para ello–. Es absurdo pretender que quien se ha propuesto matar a

un ser humano inocente e indefenso, reivindique, para realizar tal acto, el amparo de la legalidad, buscando el no correr riesgos, que el crimen le resulte gratuito y, desde luego, que no corra riesgo de ir a la cárcel. Digámoslo con franqueza: la tipificación del aborto no impide el acceso a ningún tratamiento médico, lo que impide es matar a un ser humano inocente o, si es asesinado, al menos castiga a quien lo mató. Se debe exigir, por el contrario, una política de salud pública que acoja a la vida con las inversiones y recursos que requiera su implementación, en lugar de proponer la vía fácil del aborto, que seguramente resultará económicamente más barata, pero gravemente violatoria de los derechos humanos y de los fines de la nación organizada en el Estado.

*E. Refutación a la supuesta ilegitimidad de punir el aborto “terapéutico”*

Por el avance de la medicina, hace unos 50 años que no existe más ningún supuesto de aborto terapéutico. Es decir, del caso que existía antaño, donde el médico debía elegir entre la vida de la madre o del hijo, pues inexorablemente en ciertas patologías uno de los dos debía morir o, de lo contrario, morirían ambos. Con el avance de la medicina hoy, no existe más ningún supuesto de hecho en que haya que optar por la vida de uno de ellos. Simplemente uno de ellos tiene posibilidad de sobrevivir y el otro no; de lo que se trata es de medicar y efectuar los controles pertinentes, para que no muera o quede lesionado quien puede sobrevivir.

Llama mucho la atención la falta de criterio jurídico planteado en la demanda. En efecto: para el hijo inocente que viene al mundo también como fruto de un

acto de violencia, y entonces es la segunda víctima de la violación, se lo condena a muerte; y en cambio, para el violador, victimario culpable, no se solicita la pena de muerte, sino la de cárcel. Desde el punto de vista jurídico, el planteamiento luce incomprensible: en un único hecho delictivo, condena a muerte del inocente, y solo cárcel para el culpable, generando un doble daño en la mujer víctima, dos veces agredida en su ser por el aborto y por la violación anterior...

Por otra parte, pretender la despenalización del aborto con sola la denuncia unilateral de la mujer, de haber sido objeto de una violación, es una burla a las más elementales normas de política criminal. Implica poner en manos del victimario un *bill* de indemnidad para delinquir. Ningún delito tiene una norma semejante para asegurar su impunidad. Por ello, el legislador nunca ha reconocido tal propuesta como norma jurídica.

En cuanto a las competencias, finalmente reiteramos lo expresado por la H. Corte Constitucional en un fallo anterior, que ratifica los límites del control constitucional sobre las leyes establecidas por la representación popular de la democracia a través del Congreso Nacional:

“Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales (...), bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor

o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegaren a causar en el conglomerado” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997).

Es más, como la Corte lo ha destacado, en desarrollo de lo previsto por el artículo 2 de la Constitución, “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, de donde resulta que la Rama Legislativa del Poder Público, que no es ajena a tan delicada responsabilidad, mal puede permanecer indiferente ante el clamor social que pide la eficiencia del Estado con miras a la erradicación de conductas delictivas como las que se describen en las disposiciones acusadas, y tiene el deber constitucional de adoptar las medidas pertinentes en el plano legislativo” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-292 del 16 de junio de 1997).

Desde luego, la discrecionalidad del legislador no puede confundirse con la arbitrariedad. La creación de delitos, así como el señalamiento de penas, pueden ser objeto de examen constitucional, a la luz de los principios y mandatos de la Carta, siendo claro que “la Corte tiene la facultad de declarar que tales actos son inexecutable cuando quebranten aquellos, o cuando resulten desproporcionados o irrazonables” (Corte Constitucional).

Con fundamento en la división de las ramas del poder público consagrada en la Carta, que parte del respeto de las competencias entre los órganos del Estado, el control constitucional no puede llevar a modificar la política criminal señalada por el Congreso, de modo

que las pretensiones principal y subsidiaria carecen de sustento jurídico y deberán ser denegadas.

Finalmente, debe reconocerse de manera categórica que muy por el contrario de lo afirmado por los accionantes, sí existen tratados internacionales obligatorios para Colombia, que exigen garantizar la vida “tanto antes como después del nacimiento”, y en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos se establece el respeto por la vida, que “deberá protegerse por la ley y, en general, desde el momento de la concepción”.

La afirmación categórica de los tratados vigentes de Colombia sobre derechos humanos, integrados al bloque de constitucionalidad, y que por tanto no exige interpretación por fuera de los términos señalados por las altas partes contratantes, y aplicando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 31 y siguientes, que exige la interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Bajo tales preceptos no es posible aceptar la inexecutable de la norma impugnada en la demanda, pues la misma se soporta claramente en la Carta Política vigente, en las leyes de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados por Colombia.

Finalmente, sobre la petición de la demanda para un fallo modulado de esa H. Corporación, nos remitimos a la jurisprudencia señalada en las sentencias C- 806 de 2001 y C-113 de 1993, que califican de indebida la

demanda cuando se basa en una interpretación de una norma que sería inconstitucional, pues la facultad de modulación de las sentencias es exclusiva competencia de la Corte, y los ciudadanos solamente pueden demandar el estudio de la inexecutable de las normas tal cual están reguladas en la ley, sin proponer otras consideraciones o interpretaciones no consideradas por el legislador. Se debe entonces desestimar la demanda, por improcedente.

#### CONCLUSIONES SOBRE LO QUE SE ESPERA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

En consideración de lo expuesto, solicitamos respetuosamente a la H. Corte Constitucional desestimar las peticiones de la demanda y declarar ratificando la executable plena de la norma legal establecida en el artículo 122 del Código Penal, Ley 599 de 2000, expedida por el Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa y que actualmente dicho precepto constituye cosa juzgada constitucional.

Deberá abstenerse igualmente de modular el juicio de constitucionalidad sin declarar la constitucionalidad condicionada del mismo artículo, por cuanto la penalización del aborto, la tipificación y la determinación de las causales de exclusión, corresponden por competencia al poder legislativo nacional y no a la H. Corte Constitucional, y las circunstancias propuestas de exclusión por el peligro de la vida o salud de la mujer, el embarazo resultado de acceso carnal sin consentimiento, o inseminación artificial o transferencia

de óvulos fecundados no consentidas, y la grave enfermedad o la malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, no constituyen causales legales contempladas en la política criminal establecida democráticamente mediante la ley, pues ante todo, en las

relaciones jurídicas señaladas deberá primar el derecho de la convivencia entre las criaturas humanas, y el derecho a la vida, que son los bienes que conforme a la Constitución deben proteger los órganos del Estado Social de Derecho en Colombia.

