Sentencia C-647/01

ESTADO-Definición de conductas punibles y establecimiento de penas/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Finalidad

LEGISLADOR-Determinación de delitos y penas/DEBIDO PROCESO PENAL-Imposición de penas

PENA-Consecuencia jurídica

PENA-Límites a imposición

Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos.

PENA-Ultimo recurso/DERECHO PENAL-Ultima ratio

Si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir como último recurso, pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

La pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

PENA-Proporcionalidad/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA

Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.

PENA-Necesidad

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e

intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

PENA-Utilidad

La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma.

PENA-Exclusión/PENA-Extinción

Cuando existen causales personales de exclusión de la pena el Estado, teniendo la potestad punitiva para el caso concreto, no hace uso de ella, se abstiene de imponer la pena, en cambio, en la extinción de la pena, el Estado ya no tiene, para el caso concreto, la potestad para imponerla. Pero en las dos hipótesis, el fenómeno jurídico es el de la inaplicación de la pena.

ABORTO POR ACCESO CARNAL, INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO

PENA-Circunstancias de atenuación/PENA-Preescidencia

ABORTO-Circunstancias de atenuación punitiva/ABORTO-Preescidencia de pena/ABORTO-Extraordinarias condiciones anormales de motivación

ABORTO-Causal de exclusión de la pena

ABORTO-Excusa absolutoria de la pena o causal de extinción de la pena

PENA-Preescidencia como facultad reglada

Sala Plena

Referencia: expediente D-3292

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal"

Demandante: Carlos Humberto Gómez Arámbula

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos por el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Humberto Gómez Arámbula, demandó el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Por auto de 11 de diciembre del año 2000, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, en consecuencia ordenó fijar en lista la norma acusada. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la misma, y al Fiscal General de la Nación, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

II. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No.44.097 de 24 de julio de 2000. Se subraya la parte acusada.

Ley 599 de 2000

(julio 24)

“Por la cual se expide el Código Penal”

DECRETA:

“Artículo 124.-Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.- En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 desconoce el más importante de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida. Considera que la norma demandada al despenalizar el delito de aborto en condiciones anormales y extraordinarias de motivación, fomentará la comisión del mismo porque elimina una barrera existente en la mente humana, pues aunque sea prohibido por la “Ley Divina” el delito es permitido por la ley del hombre, porque no otorga ninguna consecuencia jurídica al hecho punible del aborto.

Manifiesta el demandante que uno de los objetivos buscados por la Asamblea Nacional Constituyente al promulgar la Carta de 1991, fue la de asegurar el derecho a la vida y a la dignidad humana. Por lo tanto, el legislador en el párrafo acusado transgredió los postulados constitucionales consagrados en el Preámbulo y en los artículos 1 y 11 de la Constitución, porque deja impunes “crímenes” cometidos contra un ser humano que se encuentra en incapacidad de ejercer la defensa de su vida.

Aduce que “Estos seres humanos” que se encuentran en estado de gestación, tienen derecho a nacer y crecer dentro de una familia, a ser iguales ante la ley y recibir protección del Estado sin ninguna discriminación (C.P. art. 13); al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14 ibídem); al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), y a los demás derechos constitucionales, especialmente la protección de los niños.

Como fundamento de su posición, el ciudadano demandante cita la Carta Encíclica “El Evangelio de la Vida”, en la que el Papa Juan Pablo II sostiene: “Ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la Ley de Dios, escrita en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón y proclamada por la Iglesia”.

Por las razones que expresa, solicita la declaratoria de inexecutable del párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

IV. INTERVENCIONES

Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La entidad interviniente solicita la desestimación de los cargos aducidos por el ciudadano demandante, bajo los siguientes argumentos.

Para el Fiscal General de la Nación, el tema del aborto puede ser analizado desde diferentes perspectivas. No obstante, considera que los puntos de vista de tipo moral o religioso no son compatibles con el análisis de constitucionalidad que compete realizar a la Corte Constitucional. Por lo tanto, manifiesta que su intervención se limitará a exponer razones de tipo jurídico que demuestran la compatibilidad entre la norma acusada y la Carta Política.

Manifiesta la entidad interviniente que los artículos 122 y 123 de la Ley 599 de 2000 sancionan el hecho punible del aborto, bien sea que la persona se la practique en forma voluntaria o sin su consentimiento. No obstante, el Código Penal reconoce que en ciertas circunstancias la culpabilidad de la conducta del autor del ilícito se reduce y, en consecuencia, también el reproche que se lanza contra la persona debe ser de menor entidad. Sin embargo, deja en claro que la tipicidad y antijuridicidad de la conducta permanecen incólumes, es decir, que el hecho punible sigue siendo un acto contrario a derecho y lesivo de un bien jurídico que se debe proteger, lo que sucede, es que el autor de la conducta lo comente en especiales circunstancias que determinan que su culpabilidad sea menor y, por ello, que la pena a imponérsele deba ser atenuada, lo que significa que el legislador reconoce que dadas las circunstancias en que se comete el acto, el juicio de reproche sea menos severo.

Así mismo, señala el Fiscal General, que lo que el legislador tiene en cuenta en relación con esta materia, no es la antijuridicidad sino el grado de culpabilidad del agente, que puede incluso llegar a la exclusión total de la pena cuando el aborto se ha realizado en las condiciones extraordinarias de motivación que contempla la norma y, por lo tanto, la pena resulta innecesaria. Esto en su concepto, atiende la naturaleza del derecho penal y de la pena, y recoge los fines consagrados en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000. Por ende, si el juez considera que con la pena no se cumple los fines señalados en la ley, resultaría contrario a la Constitución la imposición de una pena que a prima facie se sabe que es una retribución, lo cual se encuentra proscrito por nuestra Carta Política.

Para la Fiscalía General el legislador en el párrafo acusado recoge de manera estricta el concepto de culpabilidad que consagra el artículo 29 Superior, el cual dispone que no puede existir pena sin culpabilidad y, en el caso sub examine, al encontrarse ésta disminuida se pierde el fundamento para aplicar la pena. Así las cosas, a su juicio, la norma demandada no afecta el derecho a la vida porque el elemento antijuridicidad permanece incólume y, sólo se contempla la no imposición de la pena ante la ausencia de culpabilidad por las circunstancias extraordinarias de motivación que llevaron a la persona al aborto.

Finalmente, no comparte la posición del demandante en el sentido de pretender la imposición de una creencia religiosa a todos los ciudadanos de un Estado laico como el nuestro, que además es pluralista y, por lo tanto, tolerante frente a todas las confesiones.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

1. El Procurador General de la Nación solicita la declaración de constitucionalidad condicionada del párrafo del artículo 124 de la Ley 559 de 2000, en el sentido de señalar que cuando el juez penal encuentre probadas las “extraordinarias condiciones anormales de motivación” debe declarar la exclusión de culpabilidad y no prescindir de la pena como establece el párrafo demandado, pues ello implica un reproche a la conducta que la condición de “extraordinario” excluye.

2. Como aclaración previa el Ministerio Público, considera impertinente introducir en el debate sub examine aspectos de carácter teológico como los propone la demanda, pues eso riñe con el fundamento pluralista que caracteriza al Estado Colombiano. Manifiesta que el debate constitucional que le corresponde realizar a esta Corporación tiene por objeto definir si una determinada norma se ajusta o no a los principios, valores y derechos que consagra la Constitución. Por ello, mal podría la Corte utilizar en sus fallos concepciones religiosas para avalar o excluir del ordenamiento jurídico determinada norma legal por encontrarse o no de conformidad con esa concepción. Por ende, el análisis de constitucionalidad se debe realizar a la luz de los lineamientos consagrados en el Estatuto Fundamental y no “de los documentos emitidos por quien es la cabeza visible de una determinada religión”.

3. Analiza el Procurador el principio de necesidad de la sanción penal, a la luz del principio de orden superior de la dignidad humana.

La necesidad de la pena es uno de los principios, junto con el de la proporcionalidad y razonabilidad, al que debe responder la imposición de la misma. En efecto, señala que el juez penal al aplicar la ley, debe definir si la imposición de una determinada pena a que haya

lugar por una conducta antijurídica responde al principio de la necesidad de la misma, porque si no es así, se estarían resquebrajando principios orientadores del Estado, como quiera que el ius punendi que éste detenta debe hacerse efectivo sólo cuando el mismo sea necesario.

A la luz de la legislación penal, el principio de la necesidad de la pena tiene por finalidad la prevención del delito, por ello, el juez al valorar los hechos puede considerar que la aplicación de la pena es innecesaria, porque como en el caso de la norma que se estudia, si encuentra que la conducta delictiva estuvo precedida de unas determinadas condiciones, que de no darse no se hubiera cometido, la imposición de la pena no cumple con esa finalidad.

Considera que en la facultad que tiene el juez de valorar la conducta, que no puede confundirse con discrecionalidad, el proceso de individualización de la responsabilidad tiene especial connotación, en la medida en que sólo mediante el examen de cada caso, en el cual se valoren todos los elementos de juicio posibles, se puede deducir el grado de culpabilidad de la autora del hecho punible según la incidencia que en esa conducta hayan tenido las condiciones de motivación que el legislador consideró suficientes para que se prescindiera de la pena, de tal suerte, que si no se dan esas condiciones el juez no se encontraría facultado para prescindir de la sanción.

Ahora bien, señala el Procurador que para una adecuada política criminal el Estado Social de Derecho deber orientar la función preventiva de la pena de conformidad con el principio de la dignidad humana, y con la observancia de los principios de protección de los bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Se pregunta entonces, que pasa con la observancia de esos principios si la pena no es impuesta por considerarse innecesaria. La respuesta que da, es que la figura objeto de examen pone en tensión unos valores jurídicos fundamentales que deben ser resueltos por el juez constitucional para adoptar una decisión que se ajuste a los postulados de la Carta.

En su concepto, la primera tensión que se plantea está entre la autonomía procreativa de la mujer, que además lleva implícitos unos valores jurídicos como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra; y, el derecho a la vida del feto, tensión que considera debe ser resuelta a la luz del principio fundamental de la dignidad humana.

Señala que siguiendo los lineamientos del Constituyente de 1991 y de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la vida sin la observancia del principio de la dignidad humana perdería su potencialidad como valor jurídico, dentro de un orden normativo que considera al hombre como un fin en si mismo y no como un medio "para que otros realicen mediante él objetivos que le son ajenos". Por lo tanto, si la vida del ser humano no se encuentra regida por ese principio, el hombre y la mujer quedan expuestos a la instrumentalización de su existencia y, en consecuencia, a ser reducidos a la condición de cosa. De ahí, que cuando la función preventiva de la pena, en cuyo marco debe ser atendido el principio de necesidad de la misma, sea cumplida por el Estado para proteger el bien jurídico de la vida, no se puede postergar el principio fundamental de la dignidad humana.

Luego de exponer unas consideraciones sobre la dignidad de los seres humanos, ligada inescindiblemente al derecho a la libertad, manifiesta que en el marco de la función

preventiva desplegada por el aparato represivo del Estado en defensa de la vida en el caso del aborto, conducen a entenderla, no como una función estatal en defensa de cualquier forma de existir, y no como la función del aparato judicial en defensa de la existencia de seres humanos cosificados, sino como la acción del poder punitivo del Estado cuyo fin primordial es proteger la vida de hombres y mujeres bajo los parámetros de dignidad y libertad.

Ahora bien, aduce el Ministerio Público que con el fin de determinar si la facultad que otorga la norma legal demandada al juez penal para prescindir de la pena en las circunstancias que describe el legislador para el aborto atenuado, se encuentra en contravía de la función preventiva del delito, se debe observar una doble perspectiva. En primer lugar, el punto de vista de la vida futura del embrión, y, en segundo lugar, la vida de la mujer que lo ha concebido como resultado de un hecho criminal.

En el primero de los casos, considera contradictoria la tesis que defiende la continuidad del embarazo producto de hechos violentos o abusivos hasta la consumación del parto, pues a su juicio, mientras esa continuidad es defendida aduciendo presuntos derechos del embrión, se hace caso omiso de los derechos del menor que muy probablemente le serán negados "habida cuenta de su condición futura de criatura no deseada". Y, en el segundo, esto es, en relación con la vida de la mujer, el legislador desconocería el principio de la dignidad humana, si penalizara a la mujer que embarazada en contra de su voluntad, aborta llevada a eso por unas motivaciones cuya magnitud le harían imposible el disfrute de bienes jurídicos que conforman valores constitutivos de la dignidad humana.

Añade que el acto coactivo de la violación seguida de embarazo, así como del engaño en caso de la inseminación no consentida, vulneran el derecho a la libertad de la mujer, pues contra su voluntad se la ata a una situación que no ha buscado ni deseado y que compromete los aspectos más delicados y sensibles de su existencia "alterando de manera abrupta su propio proyecto de vida y el discurrir autónomo de su personalidad. Es el autor de la violación quien decide por ella sobre un asunto que pertenece a lo más íntimo de su personalidad: la libre disposición de su cuerpo y su derecho a la autonomía procreativa".

En ese orden de ideas, dice el Procurador, que atendiendo el conjunto de garantías que rodean el proceso penal, al legislador le compete el establecimiento de diversas condiciones para que el juez pueda imponer y tasar la pena, entre las cuales se deben considerar la culpabilidad y la determinación de su grado, así como la responsabilidad y ausencia de eximentes. Considera que de no ser esto así, el ordenamiento jurídico-penal derivaría en un estatuto injusto, pues se desconocería el derecho a la igualdad pilar de la democracia, porque se daría igual tratamiento a situaciones diferentes, como quiera que se aplicaría la misma pena para conductas delictivas realizadas en circunstancias diversas.

Teniendo en cuenta que la culpabilidad es un presupuesto de la sanción penal (C.P. art. 29), de tal suerte que para la imposición de la sanción el juez debe determinar la existencia de dicho presupuesto, así como el grado de la misma para fijar el "quantum punitivo", la función del Congreso consiste en determinar los parámetros en que se ha de mover la actividad judicial como parte de la política criminal, que es lo que ha hecho en la norma acusada, en donde además de prever circunstancias de atenuación, ha establecido que de sobrevenir

anormales condiciones de motivación el juez puede prescindir de la pena.

Ahora bien, señala el Procurador que la sola ocurrencia de los hechos constitutivos previstos en el primer inciso del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, tienen el carácter de una "referencia objetiva", lo que significa que el juez con la sola comprobación de esos hechos está en la obligación de disminuir la pena prevista en el tipo penal básico. Pero las condiciones anormales de motivación tienen la característica de "referencias subjetivas" que de darse en los eventos que contempla la norma pueden conducir al juez a concluir que la pena no es necesaria "en la medida en que disminuyen a grados mínimos la culpabilidad en la realización de la conducta reprochada".

Al ejercer esa facultad el juez debe medir la magnitud e intensidad como factores de motivación determinando el papel decisivo que esos factores juegan en la conducta y que se convierten en el motivo que llevan a la autora a cometer el aborto pues sus condiciones personales y de aflicción le hacen insoportable esa carga. Todo ello significa, que debido a circunstancias de orden personal, social, ético y religioso, pueden convertirse en la mujer en perturbaciones de tipo mental que el ordenamiento jurídico no puede desconocer, de ahí que el legislador en una actitud humanitaria le haya otorgado al juez la facultad de prescindir de la pena cuando concluya que el aborto fue cometido bajo el efecto psicológico de esas condiciones.

Luego de retomar las consideraciones hechas en la sentencia C-013 de 1997, en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 345 del Código Penal vigente, concluye que la Corte Constitucional abrió el camino al contenido normativo de la norma acusada, en la medida en que reconoce que el daño ocasionado a la mujer mediante el embarazo sin su consentimiento no se detiene en los hechos que le dieron lugar, y que por ello "la punición debe cesar".

5. Ahora, si bien considera el Ministerio Público, que el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, debe ser declarada exequible, hace la salvedad en relación con el término "extraordinarias" que emplea ese párrafo, porque en su concepto, ese término comporta una causal de exclusión de culpabilidad, toda vez, que el juez si encuentra probadas las circunstancias extraordinarias de motivación se encuentra obligado a declarar la ausencia de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad.

En efecto, considera que dicho término resulta contrario al ordenamiento jurídico y constitucional, porque conculca principios de orden superior como son la culpabilidad y la dignidad humana, los cuales deben orientar el proceso penal dentro de un Estado Social de Derecho.

Después de citar varios autores, así como jurisprudencia de esta Corporación, menciona que la culpabilidad es el reproche que se funda en la exigibilidad de otra conducta luego de constatada la capacidad de culpabilidad y el proceder a pesar del conocimiento de un actuar contra derecho. Se remonta nuevamente a los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta que han de ser evaluados por el juez penal y, expresa que cuando se está frente a circunstancias extraordinarias anormales de motivación, lo que se presenta es la falta de culpabilidad porque la persona no podía actuar de manera distinta pues los efectos psíquicos de su embarazo aniquilaron su capacidad de "conducirse conforme a sentido",

presentándose entonces la “inexigibilidad de otra conducta”, lo que conduce a la inculpabilidad y, en consecuencia a ausencia de responsabilidad.

Añade que podría argumentarse que esas circunstancias no se encuentran consagradas como eximentes de responsabilidad por el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pero considera que puede operar en este caso la analogía “in bonan parte”, pues en donde existen las mismas razones de hecho deben existir las mismas razones de derecho, porque en este caso como cuando se excluye la responsabilidad por insuperable coacción ajena y cuando exista un miedo insuperable, se encuentra gravemente afectada la capacidad de entendimiento y voluntad conforme a sentido del sujeto.

Concluye el Ministerio Público su intervención, señalando que de mantenerse la expresión “extraordinarias” en la norma acusada, se obligaría al juez a realizar un juicio de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad, que no es procedente, porque en caso de ser demostrado que la motivación tuvo esa naturaleza, el funcionario judicial “debe” declarar la exclusión de culpabilidad “y no prescindir de la pena como lo estipula el parágrafo, pues ello implica el reproche que precisamente la condición de ‘extraordinario’ excluye.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

2. El problema planteado

Según el demandante el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 viola el Preámbulo y los artículos 1, 11 y 16 de la Constitución Política. El argumento central que expone el actor deriva de la despenalización del aborto cometido en “extraordinarias condiciones anormales de motivación”, lo que a su juicio constituye un “repudiable” ataque contra la vida humana que es el más importante de los derechos fundamentales. Considera que ninguna situación, por anormal que sea, justifica que un ser humano pierda la oportunidad de vivir por decisión unilateral de su progenitora, pues nunca el agravio sufrido justifica el crimen contra un ser humano en estado de gestación y, agrega que, en tal virtud, no puede el legislador exonerar de pena a la mujer cuyo embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, ni aún cuando el aborto se realice “en extraordinarias condiciones anormales de motivación” y cuando la pena “no resulte necesaria en el caso concreto”.

3. Cuestión Preliminar

Acusado como se encuentra de inconstitucionalidad el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, desde el punto de vista de su contenido material, a ello se contrae el análisis de constitucionalidad y el pronunciamiento de la Corte en esta sentencia.

4. La libertad configurativa del Estado en materia punitiva. Funciones y requisitos de la pena.

Como es suficientemente conocido, al Estado corresponde en virtud de su soberanía la potestad de definir las conductas que considere como hechos punibles y, así mismo, la de establecer las penas correspondientes. Es esa la razón por la cual se ha dicho desde antiguo que, el principio de legalidad ha de cumplirse de manera estricta en el derecho penal, de tal suerte que no hay delito sin ley que lo defina “*nullum crimen sine lege*”, ni pena sin ley que la determine “*nullum poena sine lege*”.

De esta suerte, aparece entonces claro que, cumplida por el legislador la función de determinar los delitos y las penas de manera general, impersonal, abstracta y objetiva, lo que al juez corresponde, en el caso concreto, es analizar si el acto cometido por una persona determinada reúne los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para concluir luego en la responsabilidad del sindicado y, en consecuencia, imponerle la pena correspondiente conforme a las previsiones y con los requisitos señalados por la ley, lo que significa que sólo con el cumplimiento a plenitud de las garantías constitucionales al debido proceso puede llegarse a la imposición de una pena, pues, conforme al artículo 29 de la Constitución a nadie puede juzgarse sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia plena de las formalidades legales “*nemo iudex sine lege*”, “*nulla poena sine iudicio legali*”.

En el orden lógico-jurídico a la pena la antecede el delito, o, expresado de otra manera, la pena es una consecuencia jurídica de la conducta punible conforme a la ley.

Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos.

Si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir como último recurso, pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

De lo expuesto deviene entonces, como obligado corolario que la pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 de la Carta que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado

con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal.

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas.

5. Exclusión y extinción de la punibilidad

Verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena o la medida de seguridad autorizada por la ley, pues, como se sabe, en tal evento es indispensable la declaración de responsabilidad de la misma con respecto a una persona determinada. Esa responsabilidad es una situación jurídica concreta que por decisión judicial se predica de alguien.

En el proceso penal, una vez producida tal declaración de responsabilidad, sigue entonces como consecuencia jurídica que, conforme a la ley el juez imponga a los imputables una pena y, a los inimputables la medida de seguridad que corresponda.

Sin embargo, en casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.

En las excusas absolutorias el Estado, dadas las circunstancias personales del agente de la conducta delictual, se abstiene de la imposición de la pena, asume una posición de indulgencia penal, que explica la denominación de "perdón judicial" que a ella se daba en el Código Penal de 1936. Las causales personales de exclusión de la pena, fueron autorizadas por el legislador en el Código Penal de 1980 para algunos delitos, lo que significa que esa

institución ni es ni ha sido extraña al Derecho Colombiano.

Distinto es el fenómeno de la extinción de la pena, pues en este caso al Estado, en virtud de la ley, carece de un momento dado en delante de facultad para ejercer su potestad punitiva, de tal manera que, producidos ciertos fenómenos no puede el juez imponer la pena porque la ley se lo prohíbe. Así ocurre, por ejemplo en el caso de muerte del procesado o condenado, o cuando se concede el indulto.

Como puede advertirse, cuando existen causales personales de exclusión de la pena el Estado, teniendo la potestad punitiva para el caso concreto, no hace uso de ella, se abstiene de imponer la pena, como ya se señaló; en cambio, en la extinción de la pena, el Estado ya no tiene, para el caso concreto, la potestad para imponerla. Pero en las dos hipótesis, el fenómeno jurídico es el de la inaplicación de la pena.

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 si 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 éste 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.).

Obsérvese como el legislador en el párrafo acusado instituye lo que en la doctrina se ha denominado como una excusa absolutoria, una verdadera causal de impunidad legal, abandona el rigor ciego que a la comisión del delito y la declaración de responsabilidad impone como consecuencia necesaria la pena a su autor, para que el juez, analizadas las circunstancias del caso concreto, pueda concluir en la prescindencia de la imposición de la pena, si se reúnen unos requisitos determinados¹.

No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio judicis, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte. El juez, como se ve, ha de establecer primero que el embarazo sea producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se haya producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento; a continuación, debe emprender el análisis de las pruebas que obren en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar asumida por la mujer para establecer si ellas son ordinarias o extraordinarias, es decir, si se salen de lo común, si se encuentran fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario es la excepción y no la regla; y, por último, el juez, ha de emprender luego el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de las finalidades de la misma, lo que implica que ha de tener en cuenta las funciones que está llamada a cumplir respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si es de alguna utilidad o de ninguna dadas las circunstancias particulares y concretas.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-647/01

A las comisiones accidentales corresponde superar las divergencias de redacción de las normas aprobadas en ambas cámaras, e incluso de aquellas introducidas por la última de las Cámaras en donde se surtió el debate (a ello se refiere la expresión “disposiciones nuevas”), pero no se extiende a la incorporación al proyecto de nuevos textos que no han sido objeto de aprobación por ninguna de las cámaras ni de las comisiones durante el trámite del proyecto. La reciente jurisprudencia sentada por la Corte respecto de las facultades de las referidas comisiones, es clara al señalar que ellas no pueden adicionar los proyectos de ley con textos inexistentes en los proyectos aprobados por las Cámaras legislativas.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Integral (Salvamento de voto)

LEY-Vicios de forma/LEY-Estudio previo de vicios de forma (Salvamento de voto)

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS-Protección (Salvamento de voto)

TIPO PENAL-Concepto jurídico indeterminado/ABORTO-Concepto jurídico indeterminado/ABORTO-Despenalización (Salvamento de voto)

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS-Desprotección penal/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA-Concepto jurídico indeterminado (Salvamento de voto)

TEST DE RAZONABILIDAD-Normas que limitan derechos fundamentales (Salvamento de voto)

TEST DE RAZONABILIDAD EN TIPO PENAL DEL ABORTO-Causal indeterminada de exclusión de punibilidad (Salvamento de voto)

ABORTO-Imprecisas condiciones extraordinarias de motivación (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA-Arbitrio del juez sobre necesidad de aplicación (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D- 3292

Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el código Penal"

Actor: Carlos Humberto Gómez Arámbula

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el habitual respeto por las decisiones de la Sala, salvo mi voto en el asunto de la referencia por las razones jurídicas que paso a expresar:

Inconstitucionalidad por vicios de forma:

1. Como lo manifesté en la sesión de la Sala Plena en la que se adoptó la decisión de la cual me aparto, la norma acusada, esto es el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, es inexecutable por vicios de forma. En efecto, dicho parágrafo fue incorporado dentro del texto del proyecto de ley correspondiente por la Comisión Accidental de Conciliación designada conforme al artículo 161 de la Constitución Política. De conformidad con lo preceptuado en dicha norma superior, a las comisiones de conciliación corresponde acordar el texto definitivo que tendrá la nueva ley, en aquellos casos en los cuales se presentan discrepancias entre el texto aprobado en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes², pero no adicionarlos con disposiciones que no han sido objeto del trámite señalado por el artículo 157 superior. Su labor es precisada por el artículo 186 de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso, que señala que se consideran discrepancias, "las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas." Es decir, a dichas comisiones accidentales corresponde superar las divergencias de redacción de las normas aprobadas en ambas cámaras, e incluso de aquellas introducidas por la última de las Cámaras en donde se surtió el debate (a ello se refiere la expresión "disposiciones nuevas"), pero no se extiende a la incorporación al proyecto de nuevos textos que no han sido objeto de aprobación por ninguna de las cámaras ni de las comisiones durante el trámite

del proyecto. La reciente jurisprudencia sentada por la Corte respecto de las facultades de las referidas comisiones, es clara al señalar que ellas no pueden adicionar los proyectos de ley con textos inexistentes en los proyectos aprobados por las Cámaras legislativas. Para la muestra los siguientes extractos jurisprudenciales:

“En efecto, no puede ser de recibo, ni lógica ni racionalmente, que lo dispuesto por una Comisión Accidental, cuyas funciones de conciliación tienen, por fuerza, que ser limitadas a su objeto, según lo dispone la Constitución Política y la Ley 5ª. de 1992 (Reglamento del Congreso), llegue hasta el punto de sustituir y reemplazar unos requisitos constitucionales formal y sustancialmente tan esenciales como los debates que se cumplen en la Comisión Constitucional Permanente, primero, y luego en la propia Plenaria de cada Cámara.”³

Y en otra ocasión la Corte dijo:

“En relación con lo anterior, la Corte, después de verificar el trámite surtido en el Congreso para la aprobación de este artículo, encuentra que efectivamente el mismo fue aprobado con un texto igual en las plenarias de ambas corporaciones legislativas, por lo cual no ha debido ser sometido a la labor de la comisión de conciliación. Y, adicionalmente, detecta, como lo indica el gobierno, que dicha comisión añadió el referido párrafo 2º que por tanto no surtió el trámite en las comisiones ni en las plenarias de ninguna de las dos cámaras del Congreso. Por consiguiente, dicho párrafo resulta inexecutable por violación de los artículo 157 y siguientes de la Constitución, como lo admite igualmente el Congreso.”⁴

Como puede apreciarse en los apartes de las Sentencias anteriormente transcritas, esta Corporación ha sido clara en rechazar la inclusión, hecha por la comisión de conciliación, de textos inexistentes en los proyectos de ley aprobados por las cámaras legislativas. Así mismo, el Gobierno ha estimado que esta forma de aprobación de textos legales es inconstitucional, y por ello ha formulado la objeción correspondiente, que igualmente ha sido aceptada por el Congreso de la República. Ahora bien, esto exactamente fue lo que sucedió con el párrafo del artículo 124 del Nuevo Código Penal, sometido a revisión de constitucionalidad ante la Corte en esta oportunidad, como lo demuestra el examen de los antecedentes del trámite del proyecto correspondiente, que se resume a continuación:

Por lo que se refiere a las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto, el texto aprobado en el Senado solo contemplaba la rebaja de pena para el caso en el que el embarazo se origina en un delito cometido contra la libertad sexual de la mujer, conservando así lo dispuesto por el antiguo Código Penal para el delito de aborto en caso de violación. El texto aprobado por la Cámara, agregaba una segunda causal de atenuación punitiva, que había sido propuesta en el proyecto de la Fiscalía y rechazada por el Senado, para el caso de existencia de graves patologías en el feto. La Comisión de conciliación solo acogió el texto que señalaba la rebaja para el caso de embarazo originado en delito contra la libertad sexual y rechazó el referente a atenuación punitiva por patologías del feto. Sin embargo, agregó en el párrafo, un texto que no fue sometido a debate ni en las comisiones constitucionales permanentes ni en las plenarias de las Cámara, correspondiente al actual párrafo del artículo 124, conforme al cual el juez tiene la facultad de exonerar de la pena a la mujer que aborta.

2. La Corte tenía la obligación de declarar el vicio de inexecutable a que se ha hecho referencia, a pesar de no ser ese el cargo de la demanda, pues su obligación era examinar la disposición frente a todas las normas de la Constitución. Así lo disponen perentoriamente el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y el 22 del Decreto 2067 de 1991. este último indica que la Corte “deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21”. Este inciso se refiere a la posibilidad de proferir fallos de executable relativa, es decir aquellos en los que los efectos de la cosa juzgada “se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia”. Pero, se repite, este tipo de fallos sólo caben cuando a través de ellos sea necesario “garantizar la supremacía de la Constitución”, como la misma norma en comento lo dice, cosa que no ocurría en el presente caso pues es obvio que la omisión de la Corte en adelantar la revisión integral que ha debido llevarse a cabo, tiene como efecto el tolerar la violación de las disposiciones superiores relativas al trámite de las leyes, máxime cuando la acción respectiva caduca en un año, próximo a cumplirse. Desde este punto de vista, la decisión de la cual me aparto incumple la obligación que incumbe a la Corporación de ser la guardiana de la supremacía de la Carta.

3. Pero además, en otras ocasiones la Corte ha entrado a estudiar el trámite de las leyes sometidas a su consideración, para ver si el mismo se ajusta a la Constitución, aun cuando el cargo de inconstitucionalidad formulado por el actor no fuera expresamente el de inexecutable por vicios de forma. Así lo hizo, por ejemplo, en la reciente Sentencia C- 199 de 2005, en donde afirmó lo siguiente:

“Como es sabido, en nuestro sistema político el control de constitucionalidad de las normas jurídicas se ejerce en forma integral. A esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que el juez constitucional, en ejercicio de sus competencias, está obligado a confrontar los preceptos demandados con el conjunto de disposiciones que conforman la Carta Política y no sólo con aquellas que han sido citadas como infringidas en el respectivo escrito acusatorio. Sobre este particular, el artículo 46 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala claramente que: “En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución. ”

De este modo, si por razón de su naturaleza jurídica, algunos de los actos normativos sometidos al juicio de constitucionalidad, ven condicionada su legitimidad al cumplimiento de ciertos requisitos cuya inobservancia puede generar vicios de procedimiento o de competencia, la Corte está en la obligación de abordar el estudio de tales aspectos, aun cuando no hayan sido propuestos en la demanda ni tampoco hubieren sido alegados por aquellos sujetos que se encuentran habilitados para intervenir en el proceso.”

En otras oportunidades, cumpliendo con este deber de revisar integralmente la norma acusada, esto es de confrontarla con todas las normas de la Constitución, la Corte ha declarado la inexecutable de normas que no habían sido acusadas por el motivo de

inconstitucionalidad hallado por la Corte en ejercicio del control integral. Así lo hizo, por ejemplo, respecto del artículo 120 de la Ley 489 de 1996. Por ello, no se explica ni justifica que la Corte haya abandonado el precedente jurisprudencial a pesar de haberse puesto en su conocimiento los vicios graves de procedimiento en el proceso de formación de la norma.

Inconstitucionalidad por razones de fondo:

4. Pero no sólo por razones formales ha debido declararse inexecutable la disposición acusada. A juicio del suscrito, la misma presentaba también vicios de inexecutable sustancial. En efecto, ella consagra una causal de exclusión subjetiva de punibilidad, que por los términos indeterminados en que está redactada, origina el desconocimiento de las disposiciones superiores relativas a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida.

Dice la Constitución en su Preámbulo que ella se decretó, sancionó y promulgó, “con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida...”. Agrega el artículo 2° superior, relativo a los fines esenciales del Estado, que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida...” y el artículo 11 agrega que el derecho a la vida es inviolable y que no habrá pena de muerte.

La jurisprudencia sentada por la Corporación al definir la constitucionalidad de los delitos de aborto y aborto en caso de embarazo producto de delitos contra la libertad sexual, consideró que dichas normas se ajustaban a la Carta, la cual protegía la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Esta fue justamente, la ratio decidendi de dichos pronunciamientos. Así, en la Sentencia C- 134 de 1997 se indicó que en la Carta Política “la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2° y 5°, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas. En tal virtud, se dijo que el Estado tenía “la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte...”

Al definir la constitucionalidad del artículo 345 de la Ley 100 de 1980, que establecía la penalización atenuada del aborto de la mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, la Corporación indicó que el derecho a la vida aparecía como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tenía, según el texto de las normas superiores, el carácter de inviolable, sin que fueran posibles excepciones respecto de su amparo, puesto que se trataba de un derecho inalienable de todo ser humano, de jerarquía superior. Por tal razón consideró que en tal supuesto (aborto en caso de violación), la intención de la madre en el momento de actuar, que estaba “dirigida de manera cierta e indudable a interrumpir el proceso de gestación,

causando la destrucción del embrión humano o del nasciturus”, era ilícita y manifiestamente inconstitucional, y si ella se castigaba con pena menor, ello obedecía al “factor atenuante aceptado por la ley -la fecundación no es buscada ni aceptada por la madre-, mas no porque se entienda que la acción de la mujer contra el fruto de la concepción pueda quedar impune...”(Negrillas fuera del original)

De otro lado, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, que por disposición del artículo 93 superior conforman el llamado “bloque de constitucionalidad”, también reconocen explícitamente el derecho a la vida del no nacido. Así lo hace la Convención americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, la cual en su artículo 4° expresa: “Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (Negrillas fuera del original)

Siendo entonces claro que el Estado tiene la obligación de proteger la vida del hombre desde la concepción, y estando definida con fuerza de cosa juzgada la constitucionalidad de las normas que consagran el delito de aborto, incluso en el caso de embarazo producto de delitos contra la libertad sexual, estima el suscrito que la disposición que estaba acusada en la presente oportunidad no se ajustaba a la Carta, pues por lo indeterminado de su redacción, conduce a una despenalización de dicha conducta, como pasa a demostrarse.

5. Dice el parágrafo que la mayoría encontró conforme a la Constitución, que en los eventos en que el aborto se lleve a cabo respecto de una mujer que está embarazada como resultado de una conducta delictiva que atenta contra su libertad sexual, si el aborto se realiza “en extraordinarias condiciones anormales de motivación”, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena. Las referidas condiciones extraordinarias y anormales de motivación, se presentan como un concepto jurídico indeterminado, dentro del cual el juez puede incluir, a su libre arbitrio, cualesquiera que estime que corresponden a tal noción, y con fundamento en ello excluir la imposición de la pena. Es más, dadas las circunstancias en que se ha producido el embarazo, puede estimarse que prácticamente en todos los casos estarán de por medio motivaciones extraordinarias y anormales que induzcan a la mujer a abortar. Así, lo que en realidad consagra la norma es una regla general y no una excepción, con lo cual su efecto práctico es la despenalización del aborto cometido en estas condiciones, y la subsiguiente desprotección penal de la vida del nasciturus.

Así las cosas, a mi juicio la disposición no asegura la protección penal del derecho a la vida del nasciturus y con ello desconoce la Carta que ordena perentoriamente al Estado velar por su conservación. Lo hace por cuanto tratándose de tipos penales cuyo objeto jurídico protegido son los derechos fundamentales, y en especial cuando dicho derecho es la vida de un ser humano que por su condición de nonato se halla en situación evidente de indefensión, la ausencia de sanción tiene como consecuencia inmediata la mencionada desprotección. Además, la aludida disposición desconoce el principio de legalidad de la pena, pues la imposición de la misma, dado lo ambiguo de la expresión utilizada por el legislador, es dejada a la libre decisión del juez. Cabe entonces preguntarse si el Congreso tenía libertad de configuración para desproteger la vida del no nacido, y para prescindir de señalar con precisión cuándo procede la punición de una conducta, consagrando una causal de exclusión

de punibilidad que por su redacción resulta aplicable en todos los eventos del delito de aborto en caso de embarazo causado por delito contra la libertad sexual. La respuesta es negativa si la norma se somete a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad:

6. En efecto, dicho juicio, según lo ha señalado la Corte en varias oportunidades, debe recaer sobre las normas que introducen limitaciones a los derechos fundamentales (en este caso se trata del derecho de protección que merece la vida del nasciturus), para determinar no sólo si persiguen una finalidad legítima, sino también si la restricción era necesaria, útil y ponderada o estrictamente proporcionada. Esto último quiere decir que debe mirarse si el beneficio constitucional obtenido es superior al sacrificio que impone la restricción. 8 El párrafo que examinó la Corte en esta ocasión no superaba el test referido por varias razones:

- En primer lugar porque la finalidad perseguida por la norma que la Corte declaró exequible, no es legítima. Tal finalidad no es otra que despenalizar en prácticamente todos los casos el aborto en caso de embarazo por delito contra la libertad sexual, en aras de asegurar la tranquilidad de la madre. Con lo cual, como se dijo, se incumple una obligación impuesta por la Carta al Estado y por lo tanto al legislador, de proteger prevalentemente la vida del nasciturus, por lo cual no puede considerarse una solución constitucionalmente aceptable.

- En segundo lugar, porque la tensión que se presenta entre el derecho a la vida del feto y los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la madre que está “en extraordinarias condiciones anormales de motivación”, es resuelta por la disposición en comento con una solución que elimina el derecho a la vida del primero. No se trata pues de una restricción de derechos para la obtención de un fin constitucional, sino de una medida que tolera la desaparición absoluta del primero y principal derecho fundamental cual es el de la vida, en aras de la garantía de la libertad de la mujer. Desde este punto de vista, la restricción a la protección a la vida del nasciturus es absolutamente desproporcionada.

- En tercer lugar, porque tal restricción no era en estricto sentido necesaria. En efecto, el propio ordenamiento penal contempla como excluyentes de antijuridicidad ciertos trastornos mentales transitorios que hacen que la persona no sea capaz de conducirse de acuerdo con la comprensión sobre la ilicitud de su actuar. Es decir, se excluye la imputabilidad cuando las facultades volitivas del sujeto activo están seriamente afectadas. (Inimputabilidad por razón de enfermedad mental transitoria). Y de otra parte, dentro de las causales de exclusión de responsabilidad que también enumera el Código Penal, figura la de la insuperable coacción ajena. Así, si por motivaciones interiores o externas que hacen imposible un proceso volitivo sano, la mujer llega a practicar su propio aborto, debe entenderse que o bien no existe el presupuesto de la imputabilidad, o bien está ausente el de la culpabilidad.

Pero en cambio, a juicio del suscrito, permitir como lo hace la norma en comento, que una conducta dolosa directamente encaminada a causar la muerte de un ser humano, típica, antijurídica y culpable, llevada a cabo con pleno conocimiento y voluntad, quede impune debido a imprecisas condiciones extraordinarias de motivación que pudieran haber influido en su realización, distintas de las que configuran las causales generales de inimputabilidad o

de exclusión de responsabilidad, resulta abiertamente violatorio de la Constitución por desprotección penal de la vida del nasciturus.

7. De otro lado, el párrafo que se demandaba, deja librado al arbitrio o discrecionalidad del juez analizar si la pena es “necesaria”, por lo cual se viola por indeterminación el principio de legalidad de la pena, haciendo, también por este aspecto, que la disposición resulte inconstitucional. El examen de esta necesidad de aplicación de la pena, pareciera además que debiera hacerse exclusivamente desde la perspectiva de la madre, y de sus antecedentes comportamentales, lo cual, aparte de significar que la pena se impone por lo que la persona es y no por lo que ha hecho, criterio rechazado por el constituyente que en el artículo 29 optó por un derecho penal del acto (“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”), olvida que la pena siempre es necesaria desde la perspectiva de la protección penal a la vida del nasciturus, protección que el Estado no puede soslayar.

8. Finalmente, la disposición declarada exequible prescinde de exigir al juez la existencia de un proceso, o siquiera la denuncia de los hechos punibles respecto de los supuestos de hecho de la norma. No requiere la prueba médica sobre el hecho de la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado no consentidas por la mujer. Así mismo, no exige la prueba técnica que sería la médico siquiátrica, para determinar el estado psicológico de la mujer que aborta. Estas falencias hacen que la norma no garantice en manera alguna que el aborto que en la práctica se despenaliza, sea realmente el de los supuestos de hecho que prevé la disposición.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra,

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Adhiero al presente salvamento de voto

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-647/01

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-Sanción o prescindencia de la pena/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL-Límites (Aclaración de voto)

La rama legislativa del poder público, en ejercicio de su potestad de configuración, puede castigar el aborto así como puede prescindir de la imposición de pena en algunas hipótesis en las cuales éste es realizado en nuestra sociedad. Sin embargo, la política criminal respecto de esta materia toca de manera directa con varios derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, el legislador debe respetarlos a todos, no sólo a uno de ellos.

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS FRENTE AL ABORTO-Alcance de la protección y límites al legislador/DERECHO A LA VIDA-Protección constitucional/DERECHO A LA VIDA-Protección de ser en gestación y la persona/DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DE LA MUJER FRENTE AL ABORTO-Alcance de la protección y límites al legislador/ABORTO-Circunstancias excepcionales/POLITICA CRIMINAL-Margen de configuración por legislador y límites (Aclaración de voto)

El Congreso de la República no podría llegar al extremo de desproteger totalmente la vida permitiendo que en cualquier caso, aún después de que éste sea viable en la medida en que puede sobrevivir por fuera del vientre de la madre, el aborto pueda ser practicado libremente. La Constitución no sólo protege la vida de las personas sino también del feto, que no es un órgano de la mujer sino un ser en potencia que gradualmente se va conformando y a partir de cierto momento de la gestación alcanza la capacidad de sentir y, luego, otras capacidades y condiciones sin las cuales posteriormente no podría llegar a ser persona. El Estado tiene el deber de proteger la vida y puede escoger entre diversos instrumentos de política pública para hacerlo. Tampoco podría el legislador llegar al otro extremo de desconocer de manera absoluta el derecho a la dignidad humana, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de conciencia, así como otros derechos de la mujer embarazada, como sus derechos a la vida, a la integridad, a la salud y a la igualdad. Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales no es constitucionalmente exigible dicho deber. Nadie, ni aún el órgano legislativo, tiene que requerirle a una mujer el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales garantizados. Entre los extremos arriba señalados, el legislador tiene un margen de configuración que le permite optar entre diversas alternativas de política criminal, siempre que no vulnere los derechos constitucionales.

ABORTO-Circunstancias excepcionales de no imposición de pena/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-Circunstancias excepcionales de no imposición de pena (Aclaración de voto)

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ABORTO-Ponderación de derechos en conflicto/ABORTO-Ponderación de derechos en conflicto (Aclaración de voto)

DIGNIDAD HUMANA DE LA MUJER-Afectación por violación, inseminación o transferencias de óvulo (Aclaración de voto)

El principio de la dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear.

El legislador tampoco puede desproteger el derecho a la intimidad de la mujer. Este ampara diversas esferas privadas de una persona o familia a los cuales nadie, ni aún el Estado, puede

ingresar sin el consentimiento del titular del derecho. No existe esfera más íntima que la delimitada por el propio cuerpo. Además, es difícil concebir una intromisión más severa en la intimidad que la penetración en el cuerpo de un ser humano sin su consentimiento. Eso es precisamente lo que sucede cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o intervenida para implantarle un óvulo fecundado. Además, el acto de invasión y las consecuencias del mismo también afectan en grado sumo el derecho a la autonomía de la persona. En el acto violento, la mujer es subordinada, contra su voluntad y por la fuerza.

DERECHO A LA AUTONOMIA DE LA MUJER EN EL ABORTO-Afectación por violación, inseminación o transferencia de óvulo (Aclaración de voto)

El legislador debe respetar el derecho a la autonomía de la mujer consagrado expresamente en el artículo 16 de la C.P. Su estado de embarazo no tiene el efecto de suspender la autonomía de la mujer garantizada por la Constitución, ni autoriza al legislador para imponerle un modelo de vida. Tampoco el estado de gravidez autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida. Claro está que la mujer embarazada, no puede desconocer al feto, cuya vida digna también es constitucionalmente protegida, lo cual no significa que siempre el legislador pueda obligarla a procrear. Pero una mujer embarazada como fuente de una violación, por ejemplo, no puede ser obligada a abortar, ni aún por sus padres cuando es menor, o por su esposo cuando es casada, si su conciencia le indica que es su deber dar a luz. Su autonomía personal también protege su decisión de procrear.

VIDA HUMANA-Sentido religioso, laico o agnóstico (Aclaración de voto)

ABORTO-Práctica en condiciones clandestinas (Aclaración de voto)

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DE LA MUJER FRENTE AL ABORTO-No desconocimiento absoluto (Aclaración de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Ponderación ante conflicto (Aclaración de voto)

ABORTO-Criterio temporal (Aclaración de voto)

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS FRENTE AL ABORTO-Criterio temporal (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LA MUJER FRENTE AL ABORTO-Criterio temporal (Aclaración de voto)

DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS Y DE LA MUJER FRENTE AL ABORTO-Ponderación (Aclaración de voto)

JUEZ EN TIPO PENAL DEL ABORTO-Ponderación de derechos en conflicto (Aclaración de voto)

ABORTO-Extraordinarias condiciones anormales de motivación (Aclaración de voto)

ABORTO-Situación del partícipe ante extraordinarias condiciones anormales de motivación (Aclaración de voto)

JUEZ CONSTITUCIONAL-Razones de conciencia/JUEZ CONSTITUCIONAL-Fallos en derecho
(Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-3292

Demandas de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000
“Por la cual se expide el Código Penal”

Demandante: Carlos Humberto Gómez Arámbula

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Al margen de nuestras preferencias personales y de nuestras convicciones derivadas de la propia conciencia, los magistrados que suscribimos la presente aclaración de voto, lo hacemos para exponer razones adicionales a las consignadas en la ponencia, las cuales, a nuestro juicio, exigen una interpretación de la norma demandada que refleje el respeto a los derechos constitucionales fundamentales insoslayables en materia de aborto y una aplicación que garantice los bienes jurídicos tutelados por la Carta.

Estimamos que la rama legislativa del poder público, en ejercicio de su potestad de configuración, puede castigar el aborto así como puede prescindir de la imposición de pena en algunas hipótesis en las cuales éste es realizado en nuestra sociedad. Sin embargo, la política criminal respecto de esta materia toca de manera directa con varios derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, el legislador debe respetarlos a todos, no sólo a uno de ellos.

En efecto, el Congreso de la República no podría llegar al extremo de desproteger totalmente la vida permitiendo que en cualquier caso, aún después de que éste sea viable en la medida en que puede sobrevivir por fuera del vientre de la madre, el aborto pueda ser practicado libremente. La Constitución no sólo protege la vida de las personas sino también del feto, que no es un órgano de la mujer sino un ser en potencia que gradualmente se va conformando y a partir de cierto momento de la gestación alcanza la capacidad de sentir y, luego, otras capacidades y condiciones sin las cuales posteriormente no podría llegar a ser persona. El Estado tiene el deber de proteger la vida y puede escoger entre diversos instrumentos de política pública para hacerlo.⁹

Tampoco podría el legislador llegar al otro extremo de desconocer de manera absoluta el derecho a la dignidad humana, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de conciencia, así como otros derechos de la mujer embarazada, como sus derechos a la vida, a la integridad, a la salud y a la igualdad. Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales - unas de las cuales son las señaladas en la norma demandada - no es constitucionalmente exigible dicho deber. Nadie, ni aún el órgano legislativo, tiene que requerirle a una mujer el cumplimiento de cargas que le imponen en un grado tan alto el sacrificio de valores vitales garantizados.

Entre los extremos arriba señalados, el legislador tiene un margen de configuración que le

permite optar entre diversas alternativas de política criminal, siempre que no vulnere los derechos constitucionales. En este caso, a la Corte sólo le corresponde pronunciarse sobre un elemento de esta política, v.gr, el establecido en el parágrafo del artículo 124 del Código Penal demandado.

En la norma acusada, el legislador decidió en materia de aborto dar un paso hacia la no imposición de la pena en ciertas circunstancias y condiciones. La Constitución le permite ir más lejos en esta dirección, pero no le señala una determinada forma de hacerlo. No le compete a la Corte Constitucional imponer una manera ni unos objetivos para actuar en este sentido. Es al Congreso de la República, elegido popularmente y donde están representadas corrientes de opinión y grupos de distinta orientación filosófica, política y religiosa al que le corresponde escoger el momento, las condiciones y la forma de hacerlo dentro del respeto al pluralismo garantizado en la Constitución en un Estado no confesional (artículos 1 y 19 de la C.P.).

No obstante, el legislador penal debe escoger políticas y adoptar normas que ponderen razonablemente los derechos constitucionales en conflicto. Así, el legislador no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno. Por lo tanto, debe tratarla como tal en lugar de convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana. El principio de la dignidad humana (artículo 1 de la C.P.) es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear.

El legislador tampoco puede desproteger el derecho a la intimidad de la mujer (artículo 15 C.P.). Este ampara diversas esferas privadas de una persona o familia a los cuales nadie, ni aún el Estado, puede ingresar sin el consentimiento del titular del derecho. No existe esfera más íntima que la delimitada por el propio cuerpo. Además, es difícil concebir una intromisión más severa en la intimidad que la penetración en el cuerpo de un ser humano sin su consentimiento. Eso es precisamente lo que sucede cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o intervenida para implantarle un óvulo fecundado. Además, el acto de invasión y las consecuencias del mismo también afectan en grado sumo el derecho a la autonomía de la persona (artículo 16 de la C.P.). En el acto violento, la mujer es subordinada, contra su voluntad y por la fuerza.

Después del acto, si como consecuencia de éste, sobreviene el embarazo, toda la vida de la mujer, desde ese instante hasta el final de su existencia, cambia. Sus decisiones respecto de quién quiere ser, en particular como madre, como compañera, como hija, como trabajadora, en fin, como persona dependen del embarazo y de su continuación. El legislador debe respetar el derecho a la autonomía de la mujer consagrado expresamente en el artículo 16 de la C.P. Su estado de embarazo no tiene el efecto de suspender la autonomía de la mujer

garantizada por la Constitución, ni autoriza al legislador para imponerle un modelo de vida. Tampoco el estado de gravidez autoriza al Estado para ser indiferente a que la mujer haya sido violentada para forzarla a reproducirse y a modificar totalmente su concepción acerca de su propia vida. Claro está que la mujer embarazada, no puede desconocer al feto, cuya vida digna también es constitucionalmente protegida, lo cual no significa que siempre el legislador pueda obligarla a procrear.

Una decisión tan profunda como la de abortar o tener un hijo, compromete la concepción que cada uno tiene sobre la vida y su significado. En un sentido religioso, al igual que en uno laico o agnóstico, la vida humana es preciosa, sagrada o fundamentalmente valiosa. Lo es por diferentes razones que cada persona debe analizar guiada por su conciencia o por los postulados de la comunidad social, o confesión religiosa o iglesia, a la cual pertenezca. De tal manera que las decisiones sobre engendrar vida humana también involucran el ejercicio de la libertad de conciencia, otro derecho constitucional que la mujer no pierde por su estado de gravidez, mucho menos si el embarazo es resultado de un acto violento contrario a su voluntad conciente. Pero una mujer embarazada como fuente de una violación, por ejemplo, no puede ser obligada a abortar, ni aún por sus padres cuando es menor, o por su esposo cuando es casada, si su conciencia le indica que es su deber dar a luz. Su autonomía personal también protege su decisión de procrear.

Adicionalmente, en algunas situaciones, el embarazo puede evolucionar de tal manera que pueda poner en peligro la vida física, la integridad personal o la salud de la mujer embarazada. Pero como en los casos de violación y en los demás a los cuales se refiere la norma acusada, estos derechos no están específicamente y directamente regulados, no es necesario detenerse en este punto. Basta con subrayar, para este caso, que la vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene. Esa realidad social siempre es constitucionalmente relevante.

Las premisas brevemente sentadas precisan criterios de orden constitucional para analizar la norma acusada. Para mayor claridad, es aconsejable transcribirla:

“En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”

En primer lugar, como la Corte decidió no pronunciarse sobre el inciso primero del artículo demandado que enuncia los tipos de aborto a los cuales se les aplica el parágrafo acusado, carece de pertinencia adelantar consideraciones al respecto.

En segundo lugar, como en la sentencia se analizaron las razones que justifican que el legislador invista al juez penal de la facultad de prescindir de la pena, tampoco es pertinente volver sobre esta cuestión. Estimamos que es razonable que el legislador disponga que en estos casos no es necesario imponerle a la mujer que abortó una pena con el propósito de lograr el fin, no sólo legítimo sino imperioso, de salvaguardar sus derechos constitucionales fundamentales. En cambio, sería desproporcionado lo contrario, es decir, desconocer absolutamente sus derechos constitucionales para proteger una vida en potencia fruto de

violencia ejercida contra la mujer.

Lo fundamental es analizar las condiciones en las cuales el juez penal puede ejercer esta facultad, que obviamente no es omnímoda sino sometida a la ley y a la Constitución. En particular, la cuestión es cómo deben ser interpretadas las extraordinarias condiciones anormales de motivación para que la ponderación de derechos efectuada por el legislador sea compatible con la Constitución.

Dentro de los múltiples criterios para efectuar la ponderación entre la protección de la vida del feto y los derechos constitucionales de la mujer, el legislador colombiano escogió unos de orden motivacional y no incluyó otros frecuentemente empleados en el derecho comparado, como el criterio temporal.

Por razones de claridad es necesario empezar por analizar este criterio no empleado, pero que por la naturaleza evolutiva del embarazo es ineludible. El problema constitucional específico es si la ausencia de un criterio temporal puede interpretarse en el sentido de que el aborto puede ser practicado en cualquier etapa del embarazo y ser objeto de la exención de punición. Semejante lectura desprotegería el derecho a la vida.

Desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales, la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, es viable. Esto ocurre aproximadamente entre la semana veintidós y veinticuatro.¹⁰ Después, ningún derecho constitucional de la madre, diferente al de salvar su propia vida proteger su integridad o preservar su salud, ni ninguna circunstancia de motivación justifica constitucionalmente el aborto ya que la mujer en lugar de abortar podría tener el hijo en ese momento y este podría sobrevivir, así seguramente requiera de soportes especiales técnicos y humanos externos transitorios. Cuando el feto ha alcanzado ese estadio de desarrollo, es decir, es viable, la protección de su vida digna prevalece sobre los derechos de la mujer¹¹ y sería difícil definir cuáles serían las circunstancias de motivación por extraordinarias y anormales que éstas sean, sobrevinientes en este momento, que justifiquen constitucionalmente la exención de punición.

Otra bien diferente es la situación desde la perspectiva constitucional cuando se acaba de producir la concepción. En ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. En la ponderación, la dignidad, la intimidad, la autonomía y la libertad de conciencia de la mujer justifican constitucionalmente que se prescinda de la imposición de pena, en especial y con mayor razón en las circunstancias y condiciones señaladas en la norma acusada. Una solución contraria representaría una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de la mujer.

Entre estos dos extremos temporales, es decir, después de la concepción y antes de ser el feto viable, hay otro momento que reviste especial relevancia constitucional para efectuar la ponderación de derechos fundamentales en este caso. Se trata del momento en el cual el sistema nervioso del feto se ha desarrollado a tal punto que puede sentir. Aunque no hay certeza, esto ocurre durante el segundo trimestre de embarazo así desde la novena semana el embrión tenga una configuración externa humana¹². A partir del momento en que el feto

puede experimentar sensaciones - desde la decimotercera semana así sea de manera rudimentaria - se debe valorar constitucionalmente no sólo la vida del feto, que aún depende total e insustituiblemente de la mujer, para existir y desarrollarse, sino además su integridad física, ya que sufre, y su dignidad, ya que es un ser humano íntegro, así no sea conciente y autónomo. Del lado de la mujer después de la decimotercera semana de embarazo disminuye entonces el peso de sus derechos fundamentales, como la autonomía personal porque éste no comprende la realización de actos que causan sufrimiento a otro ser humano, así la existencia de éste dependa absolutamente de la mujer que lo porta dentro de su vientre, ni la adopción de decisiones que lo tratan como un simple objeto y órgano de la mujer embarazada. Si una mujer decide terminar su embarazo en las circunstancias señaladas en la norma acusada, debe hacerlo en principio poco después de la duodécima semana de embarazo¹³ para que su derecho a la autonomía, unido al derecho a la intimidad violado en estos casos, justifiquen que el juez pueda prescindir de la imposición de la pena.

No obstante, meses después de la duodécima semana de embarazo, otros derechos de la mujer pueden justificar que ello suceda en las circunstancias y condiciones previstas en el párrafo acusado. Ello puede ocurrir, si la motivación extraordinaria y anormal de la mujer obedece a información médica verídica y confiable acerca de los graves peligros que se ciernen sobre su vida, su integridad física y su salud básica si continúa el embarazo. Un impacto de magnitud semejante, o inclusive mayor, sobre la motivación de la mujer embarazada puede producirle información científica corroborada acerca de malformaciones extremas, insuperables e irremediables en el feto. Si a las condiciones anormales del embarazo fruto de la fuerza, se suma que la mujer descubre tardíamente que es objeto de un experimento genético, o que el feto tiene un tipo de malformación extraordinaria, su motivación puede colocar a la mujer en condiciones anormales y extraordinarias de motivación, no solo debido a su situación sino a sus consideraciones sobre el futuro del feto convertido en objeto de experimentación científica. En estas situaciones el juez que prescinda de imponerle pena a la mujer que aborte estará respetando la Constitución.

Sin embargo, no le corresponde a la Corte - como no lo hizo en la sentencia - ahondar y analizar el conflicto de derechos constitucionales en cada etapa del embarazo entre el momento de la concepción y el momento de la viabilidad. Los jueces penales, como integrantes de la jurisdicción constitucional y delegados expresos del legislador para estos efectos, deben realizar la ponderación de derechos caso por caso atendiendo a las características que revistan las extraordinarias condiciones anormales de motivación.

El legislador en el inciso demandado acudió expresamente al criterio motivacional mencionado para delimitar la facultad del juez penal para prescindir de imponer penas innecesarias. Respecto de este criterio, el problema jurídico desde la perspectiva constitucional es qué debe entenderse por "extraordinarias condiciones anormales de motivación" de la mujer para que los derechos en conflicto sean razonablemente ponderados.

Como ya se anotó, los tipos de aborto en los cuales el juez puede no imponer pena según el inciso acusado distan mucho de ser las ordinarias en las cuales una mujer libre y concientemente decide entablar relaciones sexuales o permitir la intervención médica de

inseminación o implantación con el fin, o con el riesgo estimado y asumido, de quedar embarazada.

En realidad, no son tipos comunes de embarazo. No es común “el acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”.

De tal manera que en estas situaciones, prima facie y sin que la mujer ni nadie tenga que demostrarlo, el embarazo es el resultado de circunstancias anormales - ya que no son comunes - y extraordinarias - ya que se salen de lo ordinario. Y en estas circunstancias es natural, sin que la mujer ni nadie tenga que probarlo, que el mero embarazo genere una alteración profunda en el estado de ánimo de la mujer, ya gravemente perturbada por la violación, por la inseminación artificial no consentida o por las otras causas extrañas y abusivas del embarazo, lo cual configura por sí solo una motivación que reviste las características exigidas por la norma para que el juez pueda prescindir de imponer pena. En estos casos, lo que es prima facie anormal y extraordinario en la vida real, también lo es para el derecho constitucional. Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el párrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.

No le correspondía a la Corte adentrarse en la complejidad probatoria relativa a si la mujer que abortó quedó realmente embarazada como resultado de una violación o de las otras circunstancias a las que se refiere el párrafo acusado. El juez penal en cada caso apreciará los hechos. Como en esa difícil responsabilidad judicial el experticio médico puede ser determinante, consideramos necesario terminar esta aclaración de voto planteando someramente nuestra opinión sobre la persona que le ayudó a la mujer a abortar, generalmente un médico o un individuo que sabe practicar abortos. Penalmente es un partícipe y la modalidad de su participación variará caso por caso. El problema jurídico desde la perspectiva constitucional es si el partícipe en el aborto cometido en las circunstancias y condiciones de la norma acusada debe ser necesariamente punido o si el juez que prescinda de imponerle pena a la mujer también puede no sancionar al partícipe.

Consideramos que el partícipe puede, según el caso, dejar de ser sancionado por el juez cuando su conducta es protegida por la Constitución en razón al principio de igualdad. No se ve como se puede justificar constitucionalmente que, por ejemplo, el médico que ayuda a la mujer a abortar al apreciar que se encuentra, como resultado de una violación o de otra subyugación para hacerla procrear, en extraordinarias condiciones anormales de motivación, sea sancionado y la mujer no lo sea. La razón es obvia. La mujer que decide abortar en extraordinarias condiciones anormales de motivación no podría hacerlo, sin poner en riesgo su vida, su integridad y su salud, si se amenaza al médico tratante con la imposición de la pena por practicar el aborto. Esta conclusión se deduce del sentido mismo de la norma demandada, ya que carecería de sentido constitucional eximir de la pena a la mujer que aborta en las circunstancias extremas de la norma y proscribir el único medio seguro - el apoyo médico - indispensable para llevar a cabo la conducta sin arriesgar sus derechos a la vida digna y los demás que tuvo en cuenta el legislador al permitir la exención judicial de una pena innecesaria.

Claro está que los partícipes deben obrar de buena fe para ayudar, proveyendo su consejo y su experticio, a la mujer que de otro modo abortaría clandestinamente en condiciones precarias de higiene y de técnica con un riesgo mucho mayor para su vida, su integridad y su salud, derechos constitucionales que merecen el respeto de todos. Además, cuando la vida o la salud de la mujer ya están en peligro, el cumplimiento en conciencia de los deberes profesionales de los médicos no puede ser razonablemente sancionado.

Finalmente, quienes concurrimos en esta aclaración de voto lo hacemos por razones estrictamente jurídicas derivadas de una Constitución generosa en el reconocimiento de derechos y fundada en el respeto de la dignidad humana. La opinión personal de cada uno en nuestra vida cotidiana como ciudadanos, no como magistrados, probablemente diferirá en algunos aspectos por razones de conciencia. Sin embargo, nuestra investidura no nos autoriza para imponerle al legislador ni mucho menos a los ciudadanos nuestras preferencias personales. Sólo nos autoriza y obliga a fallar en derecho y a hacer respetar todos los bienes jurídicos tutelados por la Constitución con el nombre de derechos fundamentales, cuyo goce efectivo todas las autoridades debemos asegurar por ser éste uno de los primeros fines esenciales del Estado (artículo 2 de la C.P.).

Fecha ut supra,

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 En Colombia en el artículo 640 del Código Penal de 1890 se autorizó el aborto terapéutico cuando apareciera como necesario para salvar la vida de la mujer, lo mismo que se hizo en el artículo 389 del Código Penal de 1936, en cual se autorizó al juez para conceder el perdón judicial en el caso de haberse cometido el aborto “honoris causa”, “para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer descendiente, hija adoptiva o hermana”.

2 El texto del artículo 161 de la Constitución Política es el siguiente: ARTICULO 161. Cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considerará negado el proyecto.

3 Sentencia C- 702 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz

4 Sentencia C-087 de 2001. M.P. (e) Cristina Pardo Schlesinger. En esta sentencia se resolvieron las objeciones presidenciales formuladas respecto del proyecto de ley N° 234 Senado, acumulados 038/98, 065/98, 081/98 Cámara, “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.”

5 M.P. Rodrigo Escobar Gil

6 Cf. Sentencia C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz. En este caso la Corte declaró inexecutable el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, por considerar que el trámite del proyecto en la parte correspondiente a esta disposición, había desconocido lo prescrito por el artículo 157 de la Constitución Política. No obstante, el cargo formulado por el actor no había sido ese, sino otros según los cuales: ii) El Congreso había desconocido el artículo 150-10 de la Carta, a cuyo tenor las facultades extraordinarias debían haber sido solicitadas expresamente por el Gobierno Nacional. Y ii) El Congreso al proferir dicha disposición, “rebasó todo límite jurídico y racional” al facultar al Gobierno para modificar la estructura de la Contraloría General de la República, de la Fiscalía y de la Procuraduría General de la Nación, desconociendo la autonomía e independencia que a estos órganos de control atribuye la Carta de 1991.

7 M.P. Antonio Barrera Carbonell

8 Sobre este tema pueden consultarse entre otras, las sentencias, C- 448 de 1997, C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

9 No viene al caso detenerse en la gama de alternativas posibles ni sobre las condiciones de constitucionalidad de cada una de las políticas públicas de protección de la vida que se reducen al ámbito penal. Varias democracias han ensayado distintas opciones con resultados diferentes según el contexto de cada país. No siempre la penalización absoluta produce los resultados esperados respecto de la protección de la vida ni la despenalización los efectos temidos en cuanto a desprotección de ese bien jurídico y derecho fundamental. Por ejemplo, en Chile donde la política de protección de la vida del feto se basa en una penalización absoluta las tasas de aborto clandestino son muy elevadas con la consecuente desprotección

de la vida del feto y, por la clandestinidad, de la mujer que aborta en condiciones antitécnicas y antihigiénicas. En contraste, en Holanda donde la política pública de protección de la vida es la de la consejería explícita y oportuna sin la amenaza de la sanción penal pero con apoyo estatal en caso de que la mujer decida continuar su embarazo, la tasa de aborto es de las más bajas del mundo: 0,53 por cada 100 mujeres (Center for Reproductive Law and Policy, Página Web, Situación Legal del Aborto en el Mundo). En Colombia esta tasa es de 3.37 por cada 100 mujeres de 15 a 44 años (Alan Guttmacher Institute. Aborto clandestino: una realidad latinoamericana. N.Y., 1994. p.24); se practicaban más de 350.000 abortos por año en 1985 (Paxman, J., Rizo A., Brown, L. y Benson, J. The Clandestine Epidemic: The Practice of Unsafe Abortion in Latin America en Studies in family planning. Volumen 24, No 4 de julio y agosto de 1993. p.206).

10 La viabilidad del feto depende de numerosos factores entre los cuales se destacan su peso y madurez, los cuales varían en cada caso y no están matemáticamente condicionados por el número de semanas de embarazo, así como el nivel técnico de cuidado artificial o natural de un neonato, los cuales cambian de localidad en localidad.

11 Lo anterior no significa que circunstancias extraordinarias del propio feto sean irrelevantes para justificar constitucionalmente un aborto, como cuando, y éste es el ejemplo más frecuente, es evidente medicamente que sufre de una malformación tan grave e incurable que sólo podría sobrevivir por muy corto tiempo con profundo sufrimiento y convertido en un objeto de curiosidad científica.

12 La novena semana marca el paso de embrión a feto, momento en el cual ya es reconocible como ser humano por estar en esencia completamente formado. Entre la novena y la doceava semana desde la concepción los reflejos se están desarrollando rápidamente y al final de este tercer mes de embarazo el feto ha descubierto el movimiento. Dr. Miriam Stoppard. Conception, Pregnancy and Birth. Dorling Kindersley, New York, 1993, p 68-69.

13 Esta es una de las razones, unida a que un aborto practicado durante el primer trimestre es menos peligroso para la mujer, por las cuales en los países donde se ha despenalizado el aborto, la etapa del embarazo donde la decisión de la mujer goza de la mayor protección es cercana a la novena semana: por ejemplo, décima semana en Francia y doceava semana en Alemania (siempre y cuando la mujer haya solicitado expresamente la interrupción del embarazo, la consulta y consejería se hayan practicado con mínimo tres días de antelación al aborto y éste sea practicado por un médico (artículo 218a del Código Penal). En Italia el plazo para el aborto por decisión de la madre, después de consejería y periodo de espera de 7 días, es de 90 días, lo que se acerca a 13 semanas. En Bélgica y Finlandia es de 12 semanas. Hay otras democracias con legislaciones más permisivas como las de Gran Bretaña y Holanda (24 semanas) y la de Estados Unidos (los dos primeros trimestres).