

## Legalización del Aborto y Derechos Humanos en Colombia

Carlos Eduardo Sevilla Cadavid<sup>1</sup>

[sevillacadavid@hotmail.com](mailto:sevillacadavid@hotmail.com)

<https://orcid.org/0009-0005-1595-7440>

Universidad Baja California Tepic- México  
Bello - Antioquia- Colombia

### RESUMEN

Este artículo aborda la legalización -vigente en el ordenamiento jurídico colombiano- del aborto, bajo 3 circunstancias taxativas: 1. peligro para la salud o vida de la gestante; 2. Grave malformación del feto que haga inviable su vida; 3. El embarazo sea consecuencia de un acceso carnal violento, incesto o no procedimiento de fecundación no consentido por la gestante, como un desarrollo consecuencial con los Derechos Humanos de la mujer, contenidos en diversos instrumentos, pactos, tratados y convenciones internacionales que reconocen y protegen los derechos de la mujer. Así, desde un análisis que abarca el reconocimiento de la personalidad del nasciturus, de manera que le sea o no conferida la igualdad de derecho que la gestante, al igual que la ponderación de derechos entre el no nacido y su madre, el artículo aborda el desarrollo de estas dos consignas, consideradas fundamentales para responder a si la legalización del aborto se encuentra o no inscrito como un desarrollo de los Derechos Humanos.

**Palabras Clave:** *aborto; derechos humanos; persona, juicio de ponderación; IVE.*

---

<sup>1</sup> Autor Principal

Correspondencia: [sevillacadavid@hotmail.com](mailto:sevillacadavid@hotmail.com)

## Legalization Of Abortion and Human Rights in Colombia

### ABSTRACT

This article makes an analysis about the legalization – actually permitted in the Colombian legal system - of abortion, under 3 specific circumstances: 1. danger to the health or life of the pregnant woman; 2. Serious malformation of the fetus that renders its life invalid; 3. The pregnancy is the consequence of a violation, incest or non-consensual fertilization procedure to the pregnant woman, as a consequential development in the Human Rights of women, contained in various instruments, pacts, treaties and international conventions that recognize and protect women's rights. Thus, from an analysis that encompasses the recognition of the unborn's personality, in such a way that it is or is not conferred equal rights as the pregnant woman, as well as the weighting of rights between the unborn and its mother, the article points to answer if the legalization of abortion is registered as a development of Human Rights.

**Keywords:** *abortion; human rights; person; weighing trial; VIP.*

*Artículo recibido 29 julio 2023*

*Aceptado para publicación: 29 agosto 2023*

## INTRODUCCIÓN

La penalización del aborto ha sido un tema siempre controversial, con especial auge a partir de la puesta en la escena mundial de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, hacia la década de los 70 del siglo pasado, cuando los movimientos feministas reclamaron no solo los derechos que tenían las mujeres sobre su cuerpo, incluida la decisión sobre si llevar o no a término la gestación del feto, sino también como una denuncia ante las circunstancias en que el embarazo constituye una forma de violencia de género hacia la mujer, ello, en reconocimiento a que en los conflictos armados, tanto internos como externos, el violar y embarazar a la mujer del enemigo se constituye como una manifestación de victimización especial hacia la mujer, así como el hecho de que el Estado, y la sociedad en general, fueran copartícipes de la violentación femenina obligando a la gestante a ver madurar el fruto de una violación o incesto, sin considerar que puede ser un estigma permanente del suceso (Bellucci & Muñoz, 2019).

Así mismo, los reclamos se hicieron en torno a aquellos casos en que la preservación del embarazo pudiera comprometer la vida o salud de la madre o resultara posible, gracias a los avances en medicina y obstetricia, determinar que el feto se estuviese desarrollando con tales malformaciones que hicieran imposible su vida cuando se separase de la gestante, por lo que, bajo estas especiales circunstancias, era posible determinar una vulneración -de parte del Estado- a los derechos humanos de las mujeres los cuales, empezaban a ser tema de debate internacional y quedar consignados en instrumentos internacionales de toda índole.

Partiendo de estas consideraciones, este artículo realiza una exposición analítica sobre las razones por las cuales pudiera o no considerarse que el aborto, y el hoy derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), son consecuencia y desarrollo de los Derechos Humanos de las mujeres y qué ocurre, o en qué circunstancia quedan los derechos del nasciturus, lo que lleva al autor a considerar dos premisas fundamentales para la contestación a estas dudas: 1. La atribución de personalidad y derechos humanos completos al nasciturus; 2. La idea de que un derecho humano pueda o no ser prevalente cuando entra en conflicto con otro.

A través de la indagación sobre las respuestas que la doctrina y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana ofrecen a estas dos premisas, se exponen las circunstancias por

las cuales, al presente, la despenalización del aborto, bajo los hechos que pueden ser considerados como violación a los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, es considerada como una parte integrante y necesaria del respeto y garantía de los derechos humanos de la gestante.

### **Paradigma desde los Derechos Humanos**

Cuando se habla de aborto, se hace necesaria referencia a una mujer que ha tomado la decisión de no ser madre en ese momento específico de su vida y, por ende, interrumpir su embarazo, lo que implica, en su consciencia, que esta es la mejor decisión por difícil dolorosa y arriesgada que sea. Para esta mujer, se trata de una decisión motivada por el hecho de que quizá nunca quiso ser madre, tal vez en ese momento de su vida no lo quiere o no desea volver a serlo ya sea porque no se siente capaz, porque no tiene los medios materiales y/o emocionales para afrontar la maternidad, porque no desea que ese hijo sea un recordatorio de la violación o el incesto que ha cambiado su vida, o no desea verse expuesta al riesgo de quedar discapacitada o morir como consecuencia del alto riesgo de su embarazo, y así, cualesquiera que sean las razones que la han llevado a esta decisión, el camino que afronte esta mujer para la interrupción voluntaria de su embarazo, ya sea en una clínica certificada, ajustada a todos los procedimientos legales para llevar a cabo el proceso de interrupción o, por el contrario, tener que verse enfrentada a una clínica clandestina o a un proceso de interrupción realizado por su propia mano, dependerán del sistema legal en el que se encuentre, ya sea uno que le permita llevar a cabo el aborto en un contexto de libertad y dignidad que merece o en la obligación de esconderse, poner en riesgo su vida o enfrentar incluso la posibilidad de morir (Lerner, Guillaume, & Melgar, 2016).

Bajo este crisol, esto es, cuando la continuación del embarazo supone la puesta en riesgo de la vida y/o integridad física o emocional de la mujer, o cuando este fuera el resultado de una violación, la penalización del aborto supone, de acuerdo con el criterio de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, *Human Rights Watch*, el Comité de la ONU contra la Tortura, entre otras, una violación flagrante de los derechos humanos de las mujeres por ser considerado como un acto de tortura (Zúñiga, 2011). Por tanto, una penalización absoluta del aborto implica, conforme al sistema internacional de

Derechos Humanos, una violación de los derechos fundamentales de las mujeres. ¿Por qué, cabría preguntarse, la penalización absoluta del aborto implica la vulneración de los derechos humanos de las mujeres y qué razones han fundamentado la decisión, unánime, de estas organizaciones internacionales que las ha llevado a esta afirmación? Para dar respuesta a esta pregunta, primero será conveniente realizar un sucinto repaso de la definición histórica de los derechos humanos y su relación ontológica con el aborto.

**Los derechos humanos han sido, normalmente, asociados con las siguientes características (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013):**

1. Son intrínsecos: Esto implica que su posesión no depende otra característica salvo el hecho de ser una persona humana.
2. Tienen carácter universal: Supone esto que se trata de derechos inherentes a todas las personas humanas sin excepción a su origen.
3. Sin igualitarios: Esto es, que todos los seres humanos poseen un título igual de estos derechos, sin prevalencias o distinciones especiales.
4. Son prioritarios y absolutos: Quiere esto decir que los derechos humanos tienen exigibilidad fuerte frente a otros requerimientos morales, por lo que, al entrar en conflicto con otros derechos, los derechos humanos deben primar.
5. Están individualizados: Quiere decir que ningún ente que no sea un ser humano, individualmente considerado, es titular de estos derechos, por lo que ninguna mayoría, Estado, bien común o cualquier otra denominación similar tiene derechos suficientes para violar o exceptuar su ejercicio.
6. Son contramayoritarios: Significa que son un límite a las medidas fundamentadas en la consecución de objetivos sociales colectivos.

Esta caracterización de los derechos humanos supone, necesariamente, poner en la balanza el hecho de que los derechos humanos de las mujeres solo pueden ser limitados cuando se tratase de proteger los derechos humanos, individualmente considerados, de otra persona, situación que lleva al planteamiento inicial que enfrenta a las corrientes pro abortistas, de un lado, contra los argumentos de quienes se oponen, por lo que, al menos en lo que respecta a la relación

despenalización del aborto – Derechos Humanos de las mujeres gestantes, el primer paradigma de la discusión se circunscribe al reconocimiento del feto (en cualquiera de sus estados de gestación) como persona humana (Zúñiga, 2011 y De Cunto, 2021).

Así, para quienes defienden la despenalización del aborto, es usual el argumento de que solo puede hablarse de ser humano cuando este posee un cierto desarrollo cerebral que le permita la existencia bajo determinadas facultades que son inherentes a la inteligencia humana, incluidas la consciencia y la autoconsciencia (De Cunto, 2021), criterios que conforman lo que se conoce como el argumento de la persona moral y que, de acuerdo con Figueroa (2019), parte de la conclusión de que ni el preembrión ni el embrión son personas desde la concepción, sino después, en un momento posterior (adquisición de la personalidad moral) por lo general, después del nacimiento. Así, de acuerdo con Dides (2006), en la bioética hay que distinguir tres criterios para distinguir y relacionar el embrión con el de persona: 1. El criterio biológico, conforme al cual la persona existe desde el momento de su fecundación; el criterio de la autonomía de la voluntad, que identifica la personalidad humana bastante tiempo después de nacido el ser humano y un tercer criterio filosófico, que considera que el embrión es persona, pero no goza de los mismos derechos que los ya nacidos.

**Sobre esta idea, la de zanjar el concepto de ser humano para proseguir la discusión sobre la despenalización del aborto desde los Derechos Humanos, Zúñiga (2011) considera lo siguiente:**

(...) la única manera legítima –acorde con el concepto y características de los derechos humanos que se ha apuntado– de limitar los derechos de las mujeres requiere partir de los siguientes supuestos: primero, se precisa analizar si el feto posee las características que usualmente atribuimos a las personas, únicas titulares de derechos. Segundo, de no ser posible lo anterior, debemos analizar si es factible que, a partir de cierto momento de su desarrollo, el feto desarrolle particularidades que ameriten que le atribuyamos derechos (pág. 168).

De aquí que, el primer punto a tratar cuando se indaga sobre la relación entre los Derechos Humanos y el aborto, también como un derecho de la gestante, sea el de precisar o al menos

conciliar a partir de qué momento se habla de persona humana -o, desde una acepción moral, como titular de todos los mismos derechos que cualquier otro ser humano- para así poder determinar cuándo hay colisión -y cuándo no- entre los derechos humanos de la madre y los derechos del nasciturus.

Sin embargo, la discusión no se limita solo en este punto, como así lo expone también Zúñiga (2011), sino que también puede incluso llevarse más allá (sin que sea necesario haber “resuelto” el paradigma de cuándo hay o no ser humano titular de derechos) y ello a raíz del argumento, pro-abortista- expuesto por J.J. Thomson y citado por Zúñiga (pág. 168):

Permítanme pedirles que se imaginen que una mañana despiertan en la cama de un hospital, conectados de alguna manera a un hombre inconsciente que se encuentra en la cama contigua. Le dicen que ese hombre es un violinista famoso que tiene una enfermedad renal y su única forma de sobrevivir es manteniendo su sistema circulatorio conectado al de otro individuo con el mismo grupo sanguíneo y usted es la única persona con la sangre adecuada. Así, una asociación de amantes de la música le ha secuestrado y llevado a cabo la operación de conexión. Como se encuentra en un hospital de buena reputación podría, si quisiera, solicitar a un médico que le desconectara del violinista, en cuyo caso él moriría irremediablemente. Por otra parte, si permanece conectado durante ‘sólo’ nueve meses, el violinista se recuperaría y podría luego usted ser desconectado sin poner en peligro su vida.

La analogía del violinista descartaría la idea de que solo se pueden reconocer los derechos humanos de la gestante una vez superado el debate en torno al inicio de la vida humana y el reconocimiento de sus derechos, puesto que supone la idea de que, sin importar la condición “humana” o no de la persona que ha sido ligada a otra, que sí lo es, el centro del debate recae en el hecho de que nadie puede ser forzado a ser el medio de vida de otro, sea o no humano, le hayan o no sido reconocidos todos sus derechos.

Sin embargo, en la analogía de J.J. Thomson se parte de la idea de que la persona que transmite su sangre al violinista ha sido puesta en esa condición sin que medie su voluntad, sino secuestrada por un grupo de amantes de la música. ¿Qué decir entonces, frente a este mismo ejemplo, si se

cambia la variante de acto forzado por uno mediado por la voluntad, libre de cualquier vicio o limitante? Con este sutil cambio, el que parecía ser un debate superado (y así lo concluye Zúñiga) retoma su esencia y prácticamente vuelve sobre sus pasos (otra vez, hacia la definición de persona titular de todos los derechos, puesto que el debate volvería a centrarse en la colisión de derechos) de ahí la dificultad que reviste el hecho de responder a la despenalización o no del aborto desde la óptica de los Derechos Humanos.

Tomando como referente esta dificultad, este artículo indaga, de la manera más objetiva posible, sobre las posiciones a favor y en contra de la despenalización del aborto (tanto de manera rotunda como intermedia) retrotrayendo y consignando aquellos argumentos que, desde la óptica jurídica y política de los Derechos Humanos, han tomado partido o llegado a conclusiones conciliatorias y ello, con el objetivo de exponer y caracterizar el desarrollo de la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico colombiano a la fecha.

### **Posiciones encontradas**

Antes de referir las posiciones que han promovido, de una parte, la despenalización (total o parcial) del aborto y las que consideran su prohibición, es importante definir lo que debe entenderse por aborto, al menos para el caso presente. Así, la interrupción del embarazo es una consecuencia de la conducta abortiva, por lo que requiere de la destrucción de la criatura que se encuentra en proceso de gestación. El aborto puede darse por causas naturales, y así se suele llamar aborto espontáneo, o como consecuencia de una conducta humana, caso en el que se refiere a aborto provocado o inducido. Este último tipo de aborto puede producirse con o sin el consentimiento de la madre (Corral, 2016). Lo que para efectos de este artículo interesa, es el aborto inducido con consentimiento de la madre como conducta penalizada por el régimen jurídico.

Ya se ha dicho que el problema evidenciado en la penalización o despenalización del aborto, desde una perspectiva de los derechos humanos, recae sobre dos cuestiones fundamentales:

1. La atribución de personalidad y derechos humanos completos al nasciturus.
2. La idea de que un derecho humano pueda o no ser prevalente cuando entra en conflicto con otro.

### **La atribución de personalidad al nasciturus**

Respecto a la primera de estas dificultades, el debate se orienta a la atribución de reconocimiento de personalidad humana y moral al embrión o feto, junto con la concesión de todos los derechos que corresponde a cualquier otra persona. Volviendo a Zúñiga (2011), el debate se transaría entre los conceptos de persona legal y de persona moral, dos conceptos que, aunque parecieran referirse a un mismo sujeto, son distintos y tienen consecuencias jurídicas diversas. Así, conforme a Zúñiga (2011), no hay gran debate en torno al concepto de persona legal, al menos en el contexto chileno, que es en e que escribe, puesto que se considera, conforme al régimen civil, que la persona legal solo lo es desde el momento en que nace, esto es, cuando se ha separado de su madre y vivido un instante siquiera.

Sin embargo, aunque Zúñiga (2011) considera que el concepto de persona legal está zanjado y no presenta ninguna dificultad, García-Huidobro (2007), quien también escribe desde el contexto jurídico chileno, señala lo contrario: que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se es persona “desde el momento de la concepción o fecundación” (pág. 97) de manera que se estiman como sinónimos la palabra persona y ser humano, es decir, no habría una distinción entre persona legal y moral, por lo que la doctrina mayoritaria (en palabras de García-Huidobro (2007)) no reconoce el concepto legal, contenido en el Código Civil y al que refiere Zúñiga (2011). También alude que existe una posición doctrinaria que, aunque reconoce que el nasciturus no es una persona en el sentido establecido por la normativa civil, ello no significa que no tenga derechos, entre estos, el de la vida. Bajo esta distinción, sí habría lugar a la clasificación aludida por Zúñiga (2011): la de persona y la de sujeto de derechos, siendo la primera la que cumple con el requisito de la normativa civil (nacer) y la segunda, aquella que le atribuye derechos, aun cuando no sea persona. Respecto a este segundo “tipo de persona”, persona moral o sujeto de derechos, Zúñiga (2011) se apoya en el desarrollo que sobre este concepto hubiese hecho John Rawls, quien, a su vez, lo toma del planteamiento kantiano sobre persona moral. Así, este concepto sería mucho más exigente que el civilista, puesto que requiere, para el reconocimiento de la personalidad, que el sujeto sea capaz de detentar dos virtudes morales: el sentido de justicia y la concepción de bien. De esta

forma, es perfectamente entendible que, bajo esta concepción de persona moral kantiana, el nasciturus no es una persona. Ahora bien, acotar la acepción de persona moral a una interpretación filosófica única, sin la presentación de un debate que siquiera permita inferir las razones por las que la Zúñiga (2011) se decanta por esta posición, resulta limitante.

Por ello, y con el ánimo de presentar una indagación más completa sobre las dificultades que implica el concepto de persona moral o desligada de su simple acepción legal, Morales (2018) refiere lo complejo de esta tarea y las intenciones, así como las repercusiones, que tiene este debate. Sobre el particular, señala:

Pienso que el actual desencuentro dogmático, puede explicarse -fragmentariamente- como una presión por incluir todo aquello que sea digno de protección moral bajo la palabra persona. En vez de ceder a esta presión, el cambio analíticamente más riguroso es separar los planos en tanto corresponden a distintos usos. Consideremos el fundamento para que un ser cuente como 'persona normativa-jurídica'. Es plausible sostener que aquel descansa en la capacidad para actuar racionalmente, es decir, para ser 'persona descriptiva-metafísica'. Luego, la protección del feto podría considerarse como la protección de la potencialidad para ser 'persona descriptiva-metafísica', en tanto *fundamento* de la 'persona normativa-jurídica' (pág. 391).

Morales (2018) alude, en su artículo sobre el concepto de persona, luego de un amplio repaso y análisis de las posturas que, desde la Antigüedad, se han ceñido a este precepto, que este debería ser entendido y comprender tanto desde sus fundamentos, como desde los criterios y consecuencias normativas, por lo cual, concluye, que la lucha por el término se retrotrae al propósito de ofrecer una protección a lo que, dadas las circunstancias del tiempo y lugar, se considere que requiere de una protección moral y ello lleva, siguiendo la línea argumentativa trazada Morales (2018) a considerar el siguiente planteamiento: Cabida la posibilidad de que se considerase, y así se concluyera la controversia sobre la personalidad del nasciturus, de que no es persona, desde ninguna acepción (legal, filosófica, moral, metafísica, descriptiva, etc.) sería viable, entonces, ¿que la gestante donase o vendiese el embrión con finalidades médicas, u otras?

¿Soportaría la sociedad, desde sus preceptos morales contemporáneos, el libre tráfico de embriones humanos, dado que no son personas, bajo ningún criterio?

**A ello, propone Morales (2018) lo siguiente:**

Ahora consideremos el fundamento para que un ser cuente como una ‘persona normativa-moral’. Paradigmáticamente los seres que cuentan como ‘persona descriptiva-metafísica’ son dignos de protección moral. Sin embargo, tal fundamento no es excluyente. La sensibilidad –basada, por ejemplo, en el criterio de ser consciente del dolor que se padece– también lo es. Así, estatus moral del feto –al menos, desde cierta etapa del desarrollo gestacional– no tiene por qué apoyarse en la idea de persona: aun cuando no lo sea, en tanto ser sintiente, es digno de protección. Desde luego, esto no dejará satisfecho a quien aboga por un intenso resguardo del nasciturus. Sin embargo, no parece correcto comenzar el examen del problema con una posición respecto al nivel de protección requerido, sin antes formular la pregunta por los fundamentos del mismo (pág. 391).

Este argumento, o lectura de la situación, implica que la atribución de personalidad al nasciturus en realidad no solventa la discusión, y quizá, desde esta variable, jamás lo hará, puesto que el concepto de persona es del todo variable y se circunscribe, desde su estudio filosófico-antropológico, entre otros, a un valor moral *per se*. Al respecto, Cofré (2008):

Al tratar de aplicar esta conceptualización filosófica al problema que nos preocupa creemos haber puesto de relieve que la expresión “persona” adquiere diversos sentidos según el contexto en el que se la utilice. Puede tener un sentido jurídico, por ejemplo, civil, si se trata de sujeto de derecho y obligaciones contractuales; puede tener un sentido constitucional o internacional público cuando se habla de los derechos universales de la persona humana; pero también tiene un sentido incluso preliminar cuando se habla simplemente de la persona entendida como un sujeto moral, político o social que, en una determinada circunstancia, juega un rol dentro de la sociedad de la cual forma parte. Sin embargo, no cabe duda que tanto el sentido filosófico general como el jurídico encuentran un fundamento posibilitante en el

concepto de “hombre” (“homo”), que es de dominio lingüístico general y por intermedio del cual los individuos hacen referencia a cierto tipo de entidades animales capaces de pensar, querer y decidir libremente conforme a sus convicciones y creencias (págs. 29-30).

Así, cuando el concepto de persona se circunscribe al dominio lingüístico, en realidad se identifica con un elemento de poder y de esta forma, puede empezar a argumentarse que su definición solo responde a un discurso, como así lo emplean Zúñiga (2011) y García-Huidobro (2007), cada cual arguyendo, desde su posición, la supuesta falta de discusión o predominancia de una corriente doctrinaria que zanja la situación respecto al concepto de persona, cuando la realidad es que el concepto reviste un punto neurálgico de discusión que quizá nunca concluya.

Sin embargo, la bioética ha respondido a la discusión incluyendo una propuesta que parte de la negación de absolutos puesto que, como aquí se ha concluido, cuando la discusión se adopta desde una posición de extremos, el debate empieza a recurrir a falacias. Por tanto, la propuesta desde la bioética ha sido la una propuesta gradualista, según la cual:

(...) en la primera fase del embarazo una proporción “no mayor del 20% de los cigotos producto de la concepción se desarrolla para dar lugar a un feto que pudiera llegar a ser un nacido vivo. Los cigotos tienen muy diferentes destinos; entre ellos, generar tejidos amorfos, embarazos anembrionicos, cigotos caóticos, tumores benignos y malignos, tejido embrionario con deficiencias orgánicas” tan severas que producen fetos anencefálicos y ausencia de otros órganos. De ahí que ni al óvulo fecundado, al cigoto, al blastocisto, al pre-embrión, al embrión o al feto se les pueda conferir estatus ni derechos de la persona con anterioridad al nacimiento (Piekarewicz, 2015, págs. 7-8).

La bioética ingresa en la discusión sobre la atribución de personalidad y de derechos al nasciturus, pero no ya soportada en argumentos filosóficos, metafísicos o siquiera jurídicos, sino científicos, de manera que realiza una propuesta sobre el momento en que debiera el ordenamiento jurídico conferir el status de persona -ser humano- conforme a un precepto gradual en el desarrollo del feto, concluyendo, como así lo expone Piekarewicz (2015), que antes del tercer trimestre de

gestación, el feto no ha conseguido el desarrollo neuronal suficiente para poder ser considerado como persona y ello, porque, conforme a la neurobiología:

(...) el ser humano, la persona, es resultado del desarrollo ontogénico cuando éste alcanza la etapa de autonomía fisiológica –viabilidad fuera del útero materno, ya que mientras tanto depende totalmente del aporte nutricional y hormonal de la mujer– y cuando su sistema nervioso ha adquirido la estructura y la funcionalidad necesarias para percibir estímulos sensoriales, experimentar dolor y adquirir conciencia y autonomía (Tapia, 2011, pág. 2).

La consigna bioética concluye que hay un periodo en el que, bajo argumentos científicos, puede considerarse que el embrión y el feto no han alcanzado un grado de evolución tal que permita siquiera un desarrollo neuronal suficiente para que el cuerpo en gestación sea capaz de sentir dolor y, por ende, concluye que no sería considerado como persona, en ninguna de sus acepciones. Esta postura, como se apreciará también más adelante, es la que acogen quienes desvirtúan una posición radical o sujeta a alguno de los dos extremos de la discusión sobre la penalización o no del aborto, puesto que encuentran mediada -además de argumentada científicamente- la posibilidad de que el aborto fuese legal bajo el cumplimiento de un periodo específico de tiempo del embarazo; de superarse este tiempo y, por ende, el desarrollo fetal fuera suficiente para considerar -también bajo argumentos científicos- que sí hay un ser que ya siente y goza de alguna autonomía, aunque fuese mínima, por tanto, una persona, el aborto podría considerarse ilegal y ser penalizado.

Una vez perfilada y, hasta cierto punto, conciliada la cuestión concerniente a la personalidad del nasciturus, se hace preciso exponer y analizar el segundo de los puntos centrales que abordan el debate sobre la penalización del aborto desde la perspectiva de los Derechos Humanos, esto es, la idea de que un derecho humano pueda o no ser prevalente cuando entra en conflicto con otro, situación que, para el caso específico aquí examinado, no es otro que la ponderación de derechos de la gestante con los del nasciturus. La exposición y análisis de este segundo punto se realiza en paralelo con el desarrollo de la legalización del aborto en el ordenamiento jurídico colombiano,

tema que fuera sometido a debate y, hasta cierta forma, normatizado a través del pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-355 de 2006.

### **Ponderación de derechos y desarrollo normativo-jurisprudencial en Colombia**

La discusión sobre el aborto en Colombia partió, precisamente, de la incorporación de instrumentos internacionales que desarrollan la aplicación y garantía de los Derechos Humanos en la elaboración de políticas públicas, entre estas, la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de 2003, orientada a la prevención de embarazos no deseados y abortos seguros (Briceño & Mendivelso, 2020). Un año después del planteamiento de esta política, en el año 2004, la directora de los programas de la organización *Women's Link Worldwide*, Mónica del Pilar Roa, demandó la ilegalidad del aborto en Colombia ante la Corte Constitucional. En aquel momento, según refieren Barraza y Gómez (2009):

(...) se hizo un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; un análisis o mapeo de los magistrados; el envío de documentos sobre derechos sexuales y reproductivos a los despachos de los magistrados con el fin de proveerles fuentes en el momento de la toma de decisión; la redacción de la demanda y su posterior revisión por expertos constitucionalistas y la consecución de intervenciones ciudadanas nacionales e internacionales. La fuerza de la demanda estaba dada en primer lugar, por el argumento respecto a la necesidad de responder de manera coherente a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano. Adicionalmente, la abogada demandante consideraba que sería mucho más efectivo solicitar la constitucionalidad condicionada y no la despenalización total del aborto (pág. 54).

Sin embargo, mediante Sentencia C-1299 de 2005, la Corte Constitucional declaró improcedente la demanda presentada por razones sustanciales y ello, en los argumentos de la Corte, debido a que las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad contra las normas que penalizan el aborto estaban formuladas de manera que solicitaban al alto tribunal la declaración de inconstitucionalidad de unas leyes, sin referirse a otras que también penaban la conducta (Corte Constitucional, 2005). Por ello, una vez más, en 2006, nuevamente la directora de los

programas de la organización *Women's Link Worldwide*, Mónica del Pilar Roa, junto con otros ciudadanos, presentaron la demanda contra los artículos. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal). En esta segunda ocasión, la Corte admitió la demanda al considerar el siguiente argumento:

Los fallos anteriores constituyen un precedente que amerita respeto pero no constituye cosa juzgada. Los pronunciamientos anteriores de la Corte sobre el tema del aborto en ningún momento resultaron en fallos de inexequibilidad y por el contrario siempre consistieron en fallos de exequibilidad configurándose precedente judicial y no cosa juzgada.

No es posible predicar cosa juzgada formal respecto del art. 122 del Código Penal ya que dicho artículo nunca ha sido demandado frente a la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2006).

De esta forma, se abrió el debate sobre la legalización del aborto en Colombia, no mediante un proyecto de ley que pudiera modificar el Código Penal, sino a través del pronunciamiento del máximo tribunal de defensa de la Constitución Nacional para que se pronunciase sobre la exequibilidad o no del artículo que penalizaba el aborto en el ordenamiento jurídico colombiano y ello, a la luz de los tratados e instrumentos internacionales que han desarrollado los Derechos Humanos y se han referido, de manera directa o indirecta, a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, con caso especial en aquellas circunstancias en las que obligar a la mujer, mediante la penalización de la conducta, a proseguir con el embarazo pudieran ser consideradas como formas de tortura y violencia de género.

Es así como, orientada por estos instrumentos y tratados internacionales, la Sentencia C-355 de 2006 cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto al derecho a la vida; la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a los derechos del nasciturus; la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su aspecto de derecho a la salud reproductiva y planificación familiar; la Convención de Belém do Pará, en cuanto a su importancia sobre los derechos de la mujer; el Estatuto de Roma, respecto a su contenido sobre delitos reproductivos y sexuales están

a la par con los crímenes internacionales más atroces; así como el reconocimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente para la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, es decir, todo un bagaje normativo que no solo busca brindar luces y respaldar la decisión del alto tribunal constitucional, sino, más importante aún, como crisol en lo que será una ponderación de derechos entre los de la gestante y el nasciturus, razón por la que la Corte determina realizar un juicio de proporcionalidad y, por tanto, no en vano cita la Sentencia algunas de las recomendaciones formuladas por organismos internacionales, al Estado colombiano, sobre el aborto, entre las cuales se encuentran las siguientes:

De parte del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el Pacto de derechos civiles y políticos

El comité observa que la violencia contra las mujeres sigue siendo una amenaza grave contra su derecho a la vida y que es preciso ocuparse seriamente de esta cuestión. Así mismo expresa su preocupación por la alta tasa de moralidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos (5 de mayo de 1997).

El comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido a tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal (26 de mayo de 2004) (Corte Constitucional, 2006).

**De parte del Comité de vigilancia del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC):**

El Comité ha pedido a los Estados que incluyan la educación en salud sexual y reproductiva en los programas de estudios de las escuelas para que los adolescentes puedan contribuir a protegerse del VIH/SIDA y otras infecciones transmisibles

sexualmente (ITS), reducir las tasas de embarazo adolescente y de aborto, y tener libre acceso a servicios de atención a la salud reproductiva (Corte Constitucional, 2006).

**Y del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW:**

El Comité nota con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado como un acto ilegal. No existen excepciones a esta prohibición, ni siquiera cuando la vida de la madre está en peligro, es necesario para salvaguardar la salud física o mental de la madre, o en casos en que la madre ha sido violada. Al Comité también le preocupa que las mujeres que buscan tratamientos de aborto inducido, las mujeres que buscan un aborto ilegal y los doctores que las practican sean procesadas penalmente. El comité cree que la normatividad sobre aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres y al artículo 12 de la Convención. El Comité hace un llamado al gobierno para que tome las acciones inmediatas que deroguen esta legislación. Además, le pide al gobierno proveer estadísticas de manera regular sobre los índices de mortalidad materna por regiones (Corte Constitucional, 2006).

En conclusión, todas las recomendaciones y observaciones citadas por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-355 de 2006, incluida las del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño/a, señalan la necesidad de despenalizar el aborto en casos especiales, puesto que, de acuerdo con lo señalado en la legislación vigente, cualquier aborto inducido, sin atención a sus circunstancias y/o causas, es penado lo que, de acuerdo a estos señalamientos, contraría los tratados, pactos y convenciones ratificadas por el Estado colombiano en cuanto a que vulneran los derechos de las mujeres a un trato digno, a su salud, vida, honra, derechos sexuales y reproductivos y de planificación familiar, entre otros.

Así, la Corte realiza un juicio de ponderación en el que no se detiene a precisar si el nasciturus es o no persona, sino que pasa de largo esta discusión para realizar un examen de derecho comparado que le permita atender a las recomendaciones y observaciones hechas por los organismos

internacionales y que, a su vez, le permita centrar la discusión jurídica en la ponderación de derechos entre la gestante y el nasciturus, lo que le permite concluir que la norma demanda es constitucional, salvo en las circunstancias señaladas por los comités de vigilancia y observancia de los tratados, pactos y convenciones sobre Derechos Humanos y que se precisan en la decisión del tribunal constitucional:

- 1) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- 2) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico;
- 3) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Corte Constitucional, 2006).

En Sentencia T-585 de 2010, la Corte Constitucional brindó el status de derecho fundamental, en cabeza de la gestante, la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), al señalar que:

Esta Sala concluyó, en la sentencia, que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la reproducción. En este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros (Corte Constitucional, 2010).

Así, siguiendo la línea que argumentó la decisión de la Corte Constitucional en Sentencia C-355 de 2006, y cuyas consideraciones están aún vigentes, como así lo precisa la Sentencia SU-096 de 2018, incluido la IVE como un derecho fundamental, ceñido a las exclusiones hechas por el alto tribunal constitucional, se ha podido también establecer que, respecto a la ponderación de derechos de la gestante y del nasciturus, sí existen circunstancias específicas en las que los

derechos de la madre están por encima de aquellos que protegen al que está por nacer y ello, aunque así no lo precise el fallo constitucional, pero sí lo contenga de forma implícita, debido al hecho supremo de que los derechos del nasciturus no son del todo Derechos Humanos, razón por la que puede predicarse su intención, su motivación de llegar a serlo, pero en realidad, y bajo las estrictas circunstancias fácticas en que se ven enfrentados a los de la madre, solo llegarán a ser tales cuando el feto haya en verdad nacido, esto es, que haya sido desprendido de su madre y haya vivido un instante siquiera. Solo entonces, adquiere el recién nacido el status de ser humano en todas sus condiciones y alcances jurídicos.

### **CONCLUSIONES**

Se ha podido establecer que la despenalización del aborto, bajo los hechos que pueden ser considerados como violación a los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, es parte integral y necesaria del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos de la gestante y ello con fundamento a que, al considerar los supuestos que lo legitiman, esto es, cuando el embarazo pone en riesgo la vida o salud de la gestante, hay una malformación grave del feto que compromete su vida o el embarazo es el resultado de una violación, acto de incesto o procedimiento médico de fecundación no consentido, se puede considerar que la continuidad de la gestación violenta, de manera directa e irreversible, a la mujer.

Sin embargo, también ha sido posible apreciar que pese a la legitimación aparente de estas circunstancias, estas en realidad no son contrastadas o ponderadas en circunstancias de igualdad, esto es, son aceptadas por los regímenes jurídicos que las avalan, así como por los tratados, convenios y pactos internacionales partiendo del hecho de que al nasciturus no se le reconoce igualdad de derechos que a la gestante y ello, porque se parte de la premisa de que no es un ser humano completo y, por tanto, tampoco lo son sus derechos, por lo que se considera que, en el hipotético caso en que al nasciturus le fuese reconocida la igualdad de derechos y se hablase de Derechos Humanos del no nacido, con el mismo alcance y connotación que el de cualquier otro ser humano, quizá la solución no sería tan sencilla y de ahí que, aquellos que se oponen a la despenalización del aborto, incluso bajo las tres condiciones especiales referidas, se atengan al argumento de que el reconocimiento de la personalidad se brinde desde la misma concepción.

También queda abierta la discusión respecto a si, como consecuencia del reconocimiento limitado de derechos del nasciturus, hecho que es avalado por la bioética con fundamento a los descubrimientos en el campo de la neurociencia, sería posible, para cualquier sociedad actual, actuar en consecuencia y permitir a la gestante el libre tráfico del embrión o feto poco desarrollado para finalidades medicinales, científicas o de cualquier otro tipo altruista, acto que, en realidad, el autor reconoce como poco probable y de ahí que, en el mismo campo de los ejemplos hipotéticos, como el construido por J.J. Thomson, entienda que sí existe vocación para el reconocimiento pleno de los derechos del no nacido.

## REFERENCIAS

- Barraza, C., & Gómez, C. (2009). *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bellucci, M., & Muñoz, C. (2019). *Historia de una desobediencia: aborto y feminismo*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Briceño, C., & Mendivelso, D. (2020). *La construcción del problema público del aborto en Colombia 1936-2006*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cofré, J. (2008). La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 21(2), 9-31.
- Corral, H. (2016). El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido. En J. (. Couso, *Anuario de Derecho Público* (págs. 23-62). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1299 de 2005.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-355 de 2006.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-585-2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Obtenido de <https://n9.cl/djsen>

- De Cunto, A. (2021). Aborto y Derechos Humanos. En A. Martínez, & P. (. Lincheo, *Dossier Doctrinario Autores de Chubut* (págs. 49-79). Chubut: Dirección de Bibliotecas Superior Tribunal de Justicia del Chubut.
- Dides, C. (2006). Aportes al debate sobre el aborto en Chile: Derechos, género y bioética. *Acta Bioethica*, 12(2), 219-229.
- Figueroa, R. (2019). La moralidad del aborto: ampliando la discusión. *Acta Bioethica*, 19(1), 105-112.
- García-Huidobro, F. (2007). Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto . *Revista de Derecho (Valdivia)*, 20(2), 95-130.
- Lerner, S., Guillaume, A., & Melgar, L. (2016). *Realidades y falacias en torno al aborto: salud y derechos humanos*. México D.F.: El Colegio de México AC.
- Morales, H. (2018). El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas. *Ius et Praxis*, 24(1), 361-396.
- Piekarewicz, M. (2015). Bioética, aborto y políticas públicas en América Latina. *Revista de Bioética y Derecho*, (33), 3-13.
- Tapia, R. (2011). *La formación de la persona durante el desarrollo intrauterino, desde el punto de vista de la neurobiología* . Obtenido de <https://n9.cl/2qimi>
- Zúñiga, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(2), 163-177.