



# Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

## Usted es libre de:

**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente.

La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia



## Bajo los siguientes términos:



**Atribución** — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.

**No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

**La Interrupción voluntaria del embarazo en Colombia a partir del tercer trimestre de gestación y el estado jurídico del nasciturus a la luz de las disposiciones de derecho internacional**

**Voluntary Interruption of Pregnancy in Colombia from the third trimester of gestation and the Legal Status of the Unborn in the light of the Provisions of International Law<sup>1</sup>**

**Angélica María Portilla Barco<sup>2</sup>**

Universidad Católica de Colombia

Amportilla31@Ucatolica.edu.co

**Resumen**

La práctica de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) se consagró como una facultad otorgada a las mujeres colombianas a partir del año 2006 por vía jurisprudencial. En los pronunciamientos dados por la Corte Constitucional se omitió la integración de ciertas disposiciones de derecho internacional, específicamente aquella establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos en donde se protege la vida del nasciturus desde el momento de su concepción. El debate argumentativo a favor o en contra de la IVE refiere premisas multidisciplinarias que desarrollan sus propias teorías sobre cuándo inicia la vida; es común en todas las materias considerar esta cuestión como indispensable para determinar desde qué momento se es persona titular de derechos fundamentales. Este artículo tiene por objeto realizar un análisis acerca de la concepción jurídica nacional e internacional alrededor del procedimiento de IVE para posteriormente, llevar a cabo la metodología de ponderación mediante la formulación de un caso hipotético en el que se enfrente el derecho fundamental a la vida del nasciturus ante el derecho

---

<sup>1</sup> Cómo citar este artículo: Portilla, A. (2021). *La Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia y el estado jurídico del nasciturus a la luz de las disposiciones de Derecho Internacional*. Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C.

El presente artículo es un producto investigativo del trabajo de grado para la maestría en Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., 2021.

<sup>2</sup> Candidato a Magister en Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario de la Universidad Católica, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Abogada de la Universidad Libre.

sexual y reproductivo de la mujer para interrumpir voluntariamente su embarazo, siempre que el feto se considere médicamente viable para llevar una vida independiente de su madre.

**Palabras clave:** Sujeto de derechos, IVE (Interrupción Voluntaria del Embarazo), aborto, nasciturus, bloque de constitucionalidad, feto viable, derechos humanos.

### **Abstract**

The practice of Voluntary Interruption of Pregnancy (VIP) was established as a faculty granted to Colombian women in 2006 by judicial procedure. The rulings issued by the Constitutional Court omitted to incorporate certain provisions of international law, specifically that established by the American Convention on Human Rights, which protects the life of the unborn child from the moment of conception. The argumentative debate for or against VIP refers to multidisciplinary premises that develop their own theories about when life begins; it is common in all subjects to consider this question as indispensable to determine from when a person is a holder of fundamental rights. The purpose of this article is to analyse the national and international legal conception of the VIP procedure and then to carry out the weighting methodology by formulating a hypothetical case in which the fundamental right to life of the unborn child is confronted with the sexual and reproductive right of the woman to voluntarily terminate her pregnancy, provided that the foetus is considered medically viable to carry out an independent life from her mother.

**Key words:** Subject of rights, VIP (Voluntary Interruption of Pregnancy), abortion, unborn child, constitutionality block, viable fetus, human rights.

## Introducción

Como Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante IVE) en Colombia se entienden los supuestos de despenalización del aborto desde el año 2006. Este es un derecho de origen constitucional ligado a la libertad sexual y reproductiva de la mujer, así lo consagró el máximo órgano constitucional en sentencia C-355 del año en mención. La IVE sólo procede cuando, (i) el embarazo es producto de una violación, (ii) el feto tiene condiciones médicas comprobadas que le impiden tener una vida en condiciones de salud y finalmente, cuando (iii) el embarazo genere afectación física o mental para la madre. En consecuencia, la IVE como derecho es producto de las excepciones al tipo penal descrito en el artículo 122 del Código Penal<sup>3</sup>; estos casos de despenalización se denominan aborto terapéutico, aborto ético y aborto embriopático respectivamente y con ello se garantiza el derecho referido que da origen a la IVE.

El Decreto 4444 de 2006<sup>4</sup> con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y establece lineamientos en cuanto a la práctica de la IVE en los centros de salud de todos los grados de complejidad, además condiciona a las entidades a prestar el servicio a todas las mujeres que lo requieran, sin ningún tipo de discriminación, ya sea por raza, creencia o religión. Esta normatividad reglamenta el acceso a la IVE siempre que se trate de la ocurrencia de una de las tres circunstancias contempladas por la jurisprudencia.

Si bien la Corte Constitucional protege los intereses de la mujer en gestación, resaltando el valor de sus derechos sexuales y reproductivos en la providencia mencionada, resta importancia al derecho de la vida del que está por nacer bajo el argumento de que la vida como derecho no tiene un valor absoluto y que el nasciturus no es sujeto de derecho por no tener la condición de persona, afirmando así que la discusión de cuándo inicia la vida humana no es de su competencia, pues existen diversas posturas disciplinares que tienen consideraciones distintas, lo cual le impide asumir una posición radical.

---

<sup>3</sup> El artículo 122 del Código Penal Colombiano dictamina: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) meses a cincuenta y cuatro (54) meses (...)”

<sup>4</sup> Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva.

La ausencia de una postura que determine desde cuándo se considera la existencia del ser humano como “persona” hace necesario acudir al Código Civil que, en su artículo 90, establece que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre(...)”. Por consiguiente la labor interpretativa de la Corte Constitucional concluye que, al no ser el nasciturus una persona, no es sujeto de derechos, por lo tanto, se considera un sujeto de protección y, como lo explica la Corporación Constitucional, esta posición no riñe con el bloque de constitucionalidad, toda vez que en el feto no hay una vida configurada, sino una vida en gestación, por lo tanto, el deber de protección al derecho de la vida no es absoluto. Dada esta posición respecto de la contraposición de los derechos sexuales y reproductivos a la interrupción voluntaria del embarazo como una facultad de la mujer que cumple con los requisitos preestablecidos y el derecho a la vida del no nacido, es necesario considerar un ejercicio de ponderación entre los mismos.

A la pertinencia de la ponderación se suma como argumento la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera que el derecho pleno a la vida del nasciturus debe ser protegido por encima de los derechos de madre gestante, lo cual se sustenta en el artículo 4.1<sup>5</sup> de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, estableciendo el deber de protección del derecho a la vida, aún desde el momento de la concepción. Algunos investigadores de la materia han afirmado que considerar al nasciturus como un ser independiente genera consecuencias como la propia defensa y protección de sus derechos fundamentales que como ser humano le corresponden (Laverde, López y Suárez, 2018, p.5). Así mismo y como ya se ha reiterado, algunas disciplinas no sólo biológicas, sino jurídicas y éticas se han unido al debate, de tal suerte que, en la actualidad se habla del “bioderecho”. Rendón (2006), define este concepto como:

(...) Investigación interdisciplinaria, es una respuesta jurídica a la sociedad, consistente en establecer los principios y normas básicas necesarias para el permanente y continuo desarrollo científico y la protección de la persona humana, así como los derechos fundamentales del hombre, entre los cuales se encuentran su dignidad y su libertad. Y en

---

<sup>5</sup> Este artículo predica que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

ese sentido, concebir un ordenamiento legal con una construcción ética, dialógica, participativa y solidaria entre la sociedad y el estado democrático (p.1).

Tener las dos posiciones ya referidas – que se reitera, la misma Corte Constitucional no las considera contradictorias – es del interés en este artículo. Se propone entonces, evaluar la viabilidad de sobrevivencia del feto para que le sea garantizada la vida cuando se trate del contexto puntual en el que la madre solicite el aborto embriopático en razón a la protección de su salud mental. El concepto de viabilidad no indica directamente, que éste pueda finalizar su etapa de gestación en el organismo de su madre sino, como resalta León (2000) “Sólo indica dónde puede vivir el feto y no lo que propiamente es” (párr. 11). La viabilidad varía según el contexto científico; hace unas décadas, la posibilidad de que el nasciturus sobreviviera apartado de su madre en el término del tercer trimestre de gestación era casi nula, sin embargo, en los tiempos actuales la ciencia y la tecnología han avanzado de tal forma que sí es posible que la vida en desarrollo en ese término pueda vivir separado de la gestante. Mazo (2014), refiere que los avances tecnológicos son inminentes pero las decisiones que se tomen a partir de estos desarrollos son responsabilidad de la humanidad, en los siguientes términos:

En este lugar debemos entender que todo aquello que hacemos en el campo de la tecnología no solo afecta a un hombre sino a toda la humanidad; los cambios que introducimos gracias a estas tecnologías comprometen no sólo la existencia de un individuo, sino de toda nuestra especie. Muchos de estos cambios ni siquiera discutimos si los vamos a realizar o no, ya se están haciendo; el hecho es que sí podemos determinar la sabiduría que nos acompaña en estas modificaciones (párr. 32).

Así mismo, León (2000) especifica que,

(...) La viabilidad encierra criterios cambiantes porque se halla íntimamente vinculada con los rápidos avances del conocimiento científico. En el futuro será posible lograr que el feto viva en un útero artificial o con una placenta artificial desde edades tempranas del desarrollo fetal (párr. 11).

Para el doctor Ricardo Cruz-Coke (1980) “La determinación del momento de la iniciación de la vida por la viabilidad del feto es un criterio arbitrario” (p.123) , y sus razones para hacer esta afirmación se fundamentan en que “no hay un límite preciso para el tiempo de viabilidad en que el

feto puede vivir fuera del útero” y “no tiene base científica tal límite legal del origen del ser humano” (p.123). Esto demuestra que, en realidad, el concepto del aborto es bastante debatible y a su vez, es posible contar con una argumentación válida desde una posición que favorezca la vida del feto, como también aquella que se oponga a su existencia.

Algunos escenarios de la órbita médica sugieren que a partir del tercer trimestre de gestación ya se encuentran desarrollados los sistemas del cuerpo humano, incluido el sistema nervioso, que le permiten al feto vivir separado de la madre<sup>6</sup>; por esta razón, considerando las diferentes teorías interdisciplinarias acerca del comienzo de la existencia humana se determinará un caso hipotético en el que finalmente pueda llevarse a cabo la metodología de ponderación.

La Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante IVE) en Colombia es un derecho de origen constitucional que acompaña al derecho a la libertad sexual y reproductiva de la mujer. Aunque la IVE ha sido considerada por algunos doctrinantes como un derecho, para otros es visto como una pena de muerte prenatal. El derecho de la mujer a decidir sobre su reproducción y cuerpo termina donde comienzan los derechos del nasciturus, que aparecen a partir de la fecundación y por este motivo el aborto no puede ser determinado como un derecho (Zárate, 2014). Empero, el máximo órgano constitucional sí consideró a la IVE como un derecho a partir del año 2006, contemplando tres situaciones en las cuales se faculta a la mujer para llevar a cabo la práctica, las cuales se resumen en aquellos casos en los que el embarazo es producto de una violación, cuando el feto tiene alguna condición médica comprobada que le impida tener una vida en condiciones de salud y finalmente, cuando el mismo embarazo genere afectación física o mental para la madre. Inicialmente, la misma sentencia C-355 del 2006 se abstuvo de pronunciarse sobre la determinación de plazos o términos en los que fuera viable proceder a la realización de la IVE, en la medida en que, para emitir algún pronunciamiento requería necesariamente señalar desde cuándo se es titular del derecho a la vida. Al margen de la decisión tomada en la sentencia mencionada, los magistrados que salvaron su voto expresaron algunos puntos de divergencia como

(...) Las diferencias sociales a las que son sometidas las mujeres, las complicaciones que puede acarrearle a una mujer un embarazo no deseado, el números de abortos clandestinos

---

<sup>6</sup> Para ampliar información al respecto, se recomienda remitirse a Cerezo, R. (2016). Límite de viabilidad fetal: un problema moral, ético, legal y de responsabilidad profesional. *Revista Guatemala Pediátrica*, 2(1), 2-6.

que ascendían a 300.000 anuales (...), los métodos inseguros y peligrosos al que recurren las mujeres que requieren la realización a un aborto y explican la razón por la cual la adopción como medida alternativa que puede tomar la mujer resulta irreal, poco efectiva para la protección del menor y de la madre e ilusoria si se tiene en consideración la situación del sistema de adopción nacional, además de tocar el tema del dolor que es capaz de sentir el que está por nacer hasta el segundo trimestre de gestación (...) (p.22).

Sin embargo, estas mismas razones que fundamentaron los salvamentos de voto, promovieron al mismo tiempo la pugna por limitar esta práctica abortiva a cierto número de semanas de gestación para que, dando cumplimiento a la regulación que eventualmente se emitiera, se viera reflejado como mecanismo de solución la mayor y mejor cobertura del servicio médico. Esta propuesta permaneció por mucho tiempo en las voces de diversos movimientos sociales que buscaban que se hiciera frente al contexto real de las mujeres colombianas que pretendían acceder a esta práctica y solo se veían sometidas a la dilatación de los procesos y en algunos casos a la inoperancia de los trabajadores médicos y las instituciones que se refugiaban en su derecho de objeción de conciencia para no ejecutar los procedimientos abortivos. A falta de pronunciamientos del órgano legislativo, el vacío jurídico en torno a la práctica del aborto se acrecentó<sup>7</sup>.

Empero, en el año 2006, el gobierno de la república en turno emitió un Decreto Reglamentario considerando los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Esta normativa pretendió establecer unos lineamientos en cuanto a la aplicación de la IVE en los centros de salud y además condicionó a las mismas a prestar el servicio a la mujer que lo requiera, en todos los

---

<sup>7</sup> Al respecto se sugiere ahondar en Fonseca, Y. (2020). *El dilema constitucional de la maternidad subrogada frente a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE): Un estudio comparado en Colombia, Latinoamérica y Europa*. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia, que menciona: “En definitiva, el aborto ha sido un tema que ha generado un debate entre grupos sociales, por una parte está La Iglesia y los movimientos provida que defienden la posición de ilegalidad del aborto, y por otro, grupos de mujeres que defienden su derecho a la libertad de reproducción sexual. Como se ha evidenciado, aún no existe una regulación legislativa y gubernamental acerca de este tema en Colombia, la aplicación de las tres causales sólo se realiza vía jurisprudencia de la Corte Constitucional, no obstante, este mismo Tribunal se ha encargado de que el tema no se quede simplemente regulado vía sentencia de constitucionalidad, sino que ha optado por exhortar al Congreso de la República para que regule el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, y ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social, que emita una regulación para la interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006” (p.21).

grados de complejidad en que se encuentre siempre que se trate de la ocurrencia de una de las tres circunstancias contempladas por la jurisprudencia.

A partir de la promulgación de este Decreto y, evidentemente, de la sentencia que abrió la posibilidad de interrumpir el embarazo, a nivel internacional se dispararon las opiniones y corrientes contradictorias según la posición y sector social o académico desde el que se emitían. Los años siguientes y hasta la fecha, los países latinoamericanos como Chile, México, Argentina y Colombia consideraron los debates sobre el tema. En Chile, Figueroa (2007), estableció el punto de partida que para él origina el debate sobre la IVE, el cual fue la unificación del concepto de persona para dotar de sentido el inicio de la personalidad jurídica, es decir, el momento desde el cual, quien se considera persona, tiene derecho a que se le reconozcan las garantías mínimas inherentes a su mera condición de ser humano. Si se realiza un recorrido utilizando técnicas de derecho comparado, podría concluirse que, frente a Colombia, Chile es tal vez el país con una regulación normativa más similar a la Nacional. Figueroa (2007) realiza una afirmación sobre la situación jurídica del nasciturus en Chile, que al tiempo encaja con la realidad jurídica colombiana:

(...) No queda duda que antes de nacer, el ser humano no es ni ha sido persona para efectos legales. Esto no impide que se pueda proteger la vida del nasciturus (...) la ley confiere al no nacido derechos sucesorios suspensivos, condicionados al nacimiento y sobrevivencia un momento siquiera (de otro modo, los derechos pasarán a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido) (p.96).

Así mismo, el derecho comparado en relación con otros países es similar, con algunas salvedades. Al igual que en Colombia, en España y Estados Unidos sólo son titulares del derecho a la vida las personas nacidas. En el caso de España, puede afirmarse la existencia de un vacío jurídico respecto a la protección del nasciturus. Al contrario, Alemania reconoce al que está por nacer como titular del derecho a la vida incluso sin salir del vientre, por lo que realizar una ponderación de los derechos del nasciturus y la madre gestante es posible, de hecho, en ciertos casos, el primero puede primar sobre los derechos de la mujer.

### **Estrategia Metodológica**

El presente trabajo de investigación se fundamenta en un enfoque interpretativo-propositivo como un proceso que utiliza un conjunto de procedimientos con la finalidad de diagnosticar y resolver un problema de Derechos Humanos Fundamentales, encontrando respuestas a preguntas preparadas que generan conocimiento científico.

Según Agudelo-Giraldo, et al. (2018), “Por regla general, la investigación científica o académica aplicada al conocimiento jurídico parte de una calificación, es decir, pone bajo examen al derecho, las normas jurídicas, las instituciones y los procedimientos legales” (p.17). Aunado a esto, los mismos autores refieren que la investigación jurídica utiliza entre otros métodos de investigación, la ponderación (p.189), que resulta de gran importancia para el presente estudio.

Con ocasión a lo anterior, se analizó el estado jurídico de las disposiciones sobre el derecho sexual y reproductivo que tiene la mujer embarazada de acceder a la práctica de la Interrupción Voluntaria de su embarazo bajo las causales permitidas por la jurisprudencia constitucional, determinando cuáles son las regulaciones nacionales que protegen la vida del feto en formación. Igualmente, se consultaron las diferentes teorías biológicas del comienzo de la vida humana, para esclarecer los distintos argumentos que fomentan el debate acerca de cuándo se es persona y por tanto, cuándo se es titular de derechos fundamentales. Se planteó la omisión en que incurre el Estado colombiano al desconocer la integración de distintas disposiciones de derecho internacional ratificadas por Colombia, entre ellas la que dispone que la vida del nasciturus debe protegerse desde el momento de su concepción. Como sustento casuístico, además de recoger algunas consideraciones jurisprudenciales sobre el desarrollo y manejo de la IVE, se propuso un caso hipotético con ciertas características generales. Finalmente se acudió a la metodología de ponderación de derecho en un caso hipotético planteado, identificando los derechos que tienen mujeres y niñas en Colombia de acceder a la práctica de la IVE y el derecho fundamental que tiene el no nacido a vivir y desarrollarse como persona a la luz de las consideraciones de derecho internacional.

Para llevar a cabo el desarrollo de este estudio, la pregunta que se planteó fue si ¿es procedente la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) durante el tercer trimestre de gestación, cuando hay viabilidad del feto para sobrevivir? A su vez, aunque en primera instancia pudiera pensarse que este problema de investigación se inclina a determinar unos plazos sobre los cuales

no puede permitirse la práctica de la IVE, en realidad lo que se pretende es anticipar la concepción hipotética que se plantea como casuística para poder abordar la Ley de Ponderación que más adelante se desarrollará como parte de la estrategia metodológica.

### **1. Antecedentes y Estado Vigente de la Interrupción Voluntaria del Embarazo**

La Sentencia C-355 de la Corte Constitucional de Colombia de 2006 concedió a la mujer el derecho fundamental a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), despenalizando el delito parcialmente. Téngase presente que no se previeron tiempos ni plazos para la realización de la IVE, lo que significa que en cualquier momento de la etapa gestacional las mujeres y niñas pueden ejercer este derecho. Así, por ejemplo, a los ocho meses de embarazo y en uso de su derecho fundamental, las mujeres gestantes pueden decidir llevar a cabo la práctica de la (IVE) sin tener consideración alguna con el feto en la medida en que en esta disposición no se contempló al mismo como sujeto titular de derechos fundamentales.

El artículo 122 del Código Penal colombiano señala que “la mujer que ocasione su aborto o permita que otro se lo realice, incurrirá en prisión de uno (1), a tres (3), años”. Sin embargo, este artículo se despenalizó parcialmente a través de jurisprudencia, que facultó a las mujeres y niñas para la realización y uso de su derecho únicamente bajo tres causales propiamente dichas. En esta Sentencia, la Corte Constitucional, como suprema intérprete de la Constitución Política Colombiana, a falta de regulación legislativa en la materia, abordó un estudio sobre los derechos de las mujeres niñas y adolescentes, producto de una demanda de inconstitucionalidad, que decidió acerca de los artículos 122, 123 parcial y 124 (modificados por la Ley 890 de 2004), y 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000<sup>8</sup>. Las demandas fueron admitidas, acumuladas y decididas en la sentencia C-355 de 2006 que fundamentándose en la jurisprudencia constitucional y haciendo referencia a los diferentes tratados y recomendaciones internacionales de los derechos humanos, para finalmente determinar la despenalización del aborto en tres casos, (i) cuando la continuidad del embarazo pone en riesgo la salud o la vida de la mujer, (ii) cuando el feto traiga consigo enfermedades congénitas que hagan inviable su vida y (iii) en caso de que el embarazo sea producto de un acto sexual abusivo, acceso carnal violento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido. De las dos primeras causales se requiere que estas sean certificadas

---

<sup>8</sup> Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

por un profesional de la salud y la tercera, requiere la denuncia ante las autoridades judiciales, con excepción de las menores de 14 años quienes pueden acceder al derecho sin denuncia y sin acompañamiento de sus padres y/o tutores.

Es pertinente aclarar que esta decisión de la Corte es producto de una distinción realizada sobre la diferencia entre la vida como bien jurídico y la vida como un derecho fundamental. A través de un recorrido histórico, la Sala invocó los antecedentes de la aparición del derecho a la vida y refirió de éste, su carácter novedoso, pues su aparición en las constituciones escritas tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial. A partir de este momento, la comunidad internacional se involucró en un progresivo reconocimiento del derecho a la vida en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En Colombia, el Preámbulo constitucional contempla la vida como uno de los valores que debe asegurar el ordenamiento jurídico, pero ésta no sólo se reconoce como un valor que implica competencias de intervención estatal del Estado y los particulares, sino que también, es un derecho fundamental. A pesar de serlo, el derecho a la vida no es absoluto pues puede ser ponderado con otros valores, principios y derechos constitucionales; Paúl (2012), indica que no todos los derechos fundamentales han sido consagrados mediante las fórmulas que se señalan en los principios y que, “por el contrario, es preciso reconocer que el texto de las Normas Fundamentales normalmente ha acogido un modelo mixto de principios y reglas” (p.6), con esto podría afirmarse que no sólo debe hablarse de principio como aquello ponderable, pues no todo derecho fundamental se recubre dentro de este concepto, sino que puede ser visto incluso como una regla, pero no por esto debe restarse su importancia. Así pues, el derecho a la vida supone la titularidad de su ejercicio a la persona humana y la vida como bien jurídico protegido se refiere a la protección de la vida que está por nacer.

El derecho internacional ha desarrollado en sus distintos instrumentos jurídicos vinculantes, el papel del derecho a la vida. De los pronunciamientos jurisprudenciales, en Colombia, puede afirmarse que para hacer efectivo o material la protección del derecho a la vida, primero hay que ser titular del mismo. Sin embargo, en Colombia solo se es titular de este derecho una vez se nace y se vive así sea por un instante, por fuera de la madre. No obstante, podría decirse que los instrumentos de derecho internacional son más garantistas frente a la protección del no nacido, toda vez que encaminan su argumento en búsqueda de la protección de la vida en todas sus formas. Al respecto, menciona Mercado (2020) que,

Si bien es cierto que los mentados instrumentos no hablan desde la literalidad acerca del aborto, y que, en cambio, hay un discurso amplio de defensa de la vida como concepto general, también es cierto que estos mismos están sujetos siempre a la interpretación jurídica o a las recomendaciones de los órganos de vigilancia del derecho internacional (p.8).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida por el órgano de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, establece que se protege la vida de todo individuo<sup>9</sup> (lo que no es lo mismo que persona) y, además, establece que toda persona sin distinción de raza, grupo religioso o cualquier otra condición, tendrá los derechos que allí se proclaman. Por lo tanto, si no llega a considerarse “persona” a la vida que se está gestando, al menos tendrá que considerarse como individuo y como consecuencia, su vida tendrá que protegerse; si, al contrario, y como otras corrientes pueden manifestarlo, se considera al feto como un ser humano proyectado a ser, podría decirse que se encuentra en una condición diferencial respecto a todos los nacidos, por lo que aun así, la Declaración Universal de Derechos Humanos le considera y protege como persona.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el derecho a la vida es una condición inherente a la condición del ser humano<sup>10</sup>. En la misma se protegen especialmente los derechos de los menores. Así mismo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), establece en su artículo 4 numeral 1, que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción (...)”. Es quizás esta la Carta Jurídica Internacional de más relevancia para este estudio en la medida en que refiere que la protección del derecho a la vida se sigue a partir de la concepción. Al contrario de esta, la Convención de los Derechos del Niño, no protege al nasciturus por no ostentar calidad de persona humana, sin embargo, como lo afirman Cardozo et al. (2020):

No quiere decir con ello que su interpretación sea literal, por el contrario crea la necesidad de ponderar la vida en estado de gestación con los otros derechos y principios contemplados

---

<sup>9</sup> Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

<sup>10</sup> Artículo 6, numeral 1: 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

en una Constitución que aprecia la importancia constitucional del titular de tales derechos, siempre bajo la potestad e imperio que limita el respeto de la dignidad humana (p.26).

El artículo 93 de la Constitución Política colombiana, es el fundamento legal de lo que se conoce como bloque de constitucionalidad<sup>11</sup>. El sentido de este bloque es poner al mismo nivel de la Constitución Nacional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano. La expresión “poner al mismo nivel” significa considerarlos tanto, como se consideran los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Empero, si se realiza una interpretación de los pronunciamientos constitucionales, será evidente que la jurisprudencia omitió específicamente las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos pues olvidó su deber de proteger la vida del no nacido.

Como antecedentes favorables a esta posición, habrá que remitirse a los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, los cuales pretendían defender la vida del nasciturus. En la Sentencia C-133 de 1994 y en otros pronunciamientos realizados por la Corte en sede de tutela, este tribunal había sentado precedentes respecto a la protección de la vida desde el momento de la fecundación, al reconocimiento de la personalidad jurídica y la protección de los derechos del no-nacido, al amparo jurídico, así como a la defensa de su vida como fundamento de la protección especial de la mujer en estado de embarazo, y a todas aquellas garantías fundamentales del que está por nacer. El presente estudio encuentra fundamentos, además, en el salvamento de voto que realizó el magistrado Araujo Rentería en la sentencia C-355 de 2006 quien concluyó respecto del derecho a la vida:

La vida es protegida ampliamente por la Constitución Colombiana; aunque no hubo una definición en la asamblea constituyente, al estudiar el derecho a la vida, sobre el asunto que ocupó a la Corte. De los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no se desprende que el aborto esté prohibido. En consecuencia, son los Estados los que determinan según su orden Constitucional los parámetros o grados de protección a la vida y las excepciones a dicha protección. (Sentencia C-355, 2006).

---

<sup>11</sup> Para ampliar la información al respecto, véase: Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), pp.79-102.

Ahora bien, existen múltiples teorías de carácter interdisciplinar en donde se refiere cuál es el comienzo de la vida. Estas teorías encuentran su sustento en afirmaciones científicas, biológicas e incluso morales. Sobre este último tipo no habrá lugar a presentar una consideración más amplia, puesto que ésta se resume en la apelación a las concepciones religiosas, ya sean monoteístas o politeístas para determinar por la buena conciencia cuándo inicia la vida; normalmente, estas ideologías se inclinan o propenden por la protección de la vida en todas sus formas, incluso la que apenas está formada por un par de cigotos y como fundamento, acompañan su argumento aduciendo que,

(...) El nacimiento significa un paso importante en la vida del nasciturus, pero no se trata de un salto cualitativo, pues el neonato no sufre ninguna transformación sustancial en el parto, sino que continúa siendo el mismo que era antes de nacer. Podríamos decir que lo único que ha cambiado es su entorno, pero nunca lo que ya es (...) (Zurriarán, 2015, p.125).

Así mismo, las corrientes religiosas que defienden la vida en todas sus formas consideran que la identidad genética del cigoto producto de la fecundación ya debe entenderse como vida. Alvargonzález (2010) menciona al respecto que “La identidad genética se puede considerar conseguida cuando finaliza la fecundación, unas treinta horas después de su comienzo, una vez que aparecen dos blastómeros con un nuevo genoma” (p.3).

En su artículo “¿Defensores de la vida? ¿De cuál vida?”, Morán y Peñas (2013) ahondan acerca de la posición de la iglesia católica como la principal religión promotora de la defensa de la vida y fiel oponente del aborto en todas sus formas, recalcan que,

La posición católica se ha nutrido de las categorías, proposiciones e imaginarios científicos que se han extendido en el escenario cultural de Occidente en las últimas décadas, logrando reformularse en base a los discursos dominantes de la ciencia contemporánea basados en la genética. En este marco, la defensa católica de la fecundación como el momento en el que emerge la vida de un nuevo individuo se funda hoy en una idea genetista, basada en una noción de continuidad e inmutabilidad de la identidad genética a lo largo de todo el proceso de desarrollo biológico, y cuyo punto de partida sería la fecundación del óvulo. Así, el hecho de que el óvulo fecundado o cigoto contiene ya el genoma completo del individuo que a partir

de éste se desarrollará, sería una prueba suficiente para esta iglesia de que el cigoto es ya un individuo, distinto de sus progenitores/as (p.19).

Ahora bien, ha de decirse que muchas de las razones ideológicas que se fundamentan en la ética y la religión, son usadas en la actualidad por miembros de las entidades prestadoras del servicio de salud para replicar y oponerse a la práctica de la interrupción del embarazo, usando la figura de la objeción de conciencia. Hincapié y Mejía (2015) han precisado que, aunque la Corte Constitucional solo previó una excepción para sustentar la abstención de practicar un aborto consistente en el ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte del profesional de la Medicina que cumple con alguno de los quince requisitos dentro de los cuales se encuentra el estar motivado únicamente por su religión, es posible que,

El ejercicio real y efectivo de la objeción de conciencia por quien desee manifestar su desacuerdo con esa obligación legal, en un caso concreto, puede estar motivado por su personalísima convicción de cualquier orden y no solo religioso (p.31).

Sin embargo, resulta importante controvertir estas posiciones a través de la determinación de las probabilidades que tiene un embrión de sobrevivir y realizarse como ser humano en el parto. Kottow (2001) presenta en su postura que,

Al aceptar que todo cigoto es potencialmente un ser humano, habrá de devaluarse esas potencialidades a que sólo aproximadamente un 22% de los cigotos llegarán a constituirse en embriones. Nuestro deber moral no puede ser el mismo frente a posibilidades altamente probables que frente a las más exiguas (p.4).

Es por esta última razón que se considera improductivo abordar más hondamente las filosofías y argumentos religiosos como una fuente potencial de razones lógicas a incluir en un debate que tiene una concepción meramente jurídica, como del que se trata en este estudio.

Empero, algunas ciencias de estudio sí han realizado aportes sustanciales para sustentar el debate. Las investigaciones en áreas biológicas como la obstetricia plantean un criterio de viabilidad, el cual señala que la vida comienza cuando el nasciturus es potencialmente viable para nacer y sobrevivir (Posada, 2015, p.67-77). Aunque pueden considerarse como ciencias exactas, estas también realizan juicios para determinar en qué casos debería aplicarse o no un diagnóstico;

la diferencia con las teorías moralistas es que los juicios biológicos se definen analizando la mejor evidencia. Sobre esto, Ahued (2001) establece que “ante un juicio clínico hay que realizar un diagnóstico basado en evidencias para así decidir un manejo dirigido que permita un asesoramiento real para reforzar los apoyos que deban brindarse al paciente” (p.2).

En cuanto a los aspectos éticos dentro de la medicina han sido abordados por los especialistas en el área. Al respecto, Casagrandi, et al. (2005) mencionan que,

Muchas veces el concepto del feto como paciente se encuentra ligado al estado moral del feto en virtud de si es o no una persona. En el caso que se considere una persona se le deberán aplicar los principios de beneficencia y no maleficencia y balancear estas obligaciones con respecto a los deseos de la embarazada (párr. 25).

Por esta razón no puede desligarse la bioética<sup>12</sup> de las teorías científicas, pues, se está discutiendo cuál sea la mejor opción para una vida, por lo tanto, deben considerarse estos aspectos éticos en pro de garantizar su protección.

De otro lado, la antropología como ciencia de estudio,

Se ha demostrado que en muchas sociedades no industrializadas el inicio biológico de la vida no coincide necesariamente con el inicio de la valoración de esa vida. En ciertas culturas, el inicio de la vida suele ser asociado al momento del parto biológico, por ser este el primer instante en que es posible visibilizar al niño o niña, mientras que su aceptación social, esto es, la entrada de esa nueva vida a la comunidad puede ocurrir en un momento posterior, como cuando se cumplen ciertos ritos, cuando ocurren determinados eventos simbólicos de importancia para la comunidad o cuando se alcanza un cierto estado de maduración (Morán, 2014, párr. 6).

Igualmente, Morgan (1989) menciona que en algunas culturas el “parto biológico” no está ligado con el “parto social” y así mismo, Morán complementa esta afirmación, mencionando que en ciertos lugares se considera el nacimiento a partir de la asignación de un nombre al bebé que viene en camino, en otros, cuando se perforan sus orejas o cuando se le circuncida; estas costumbres

---

<sup>12</sup> Según Mazo (2014) “La bioética es una disciplina específicamente ética, y a ella debe precisamente su estatuto epistemológico; los contenidos materiales le son proporcionados por la realidad del cuidado de la salud y por los datos de las ciencias de la vida, como la biología, la genética, la medicina y otras áreas como la informática” (párr. 8).

sucedan incluso después del alumbramiento, por lo que no puede predicarse una sola aplicación jurídica sobre cuándo inicia la vida, sin tener en cuenta el contexto social y cultural de la zona geográfica en donde se quiera determinar tal cuestión (p.152).

Para el estudio hipotético que se plantea no se contemplan circunstancias particulares, pero ha de decirse también que es importante que en los casos concretos se valoren las mismas como evidencia que soporte las acciones que determinarán el futuro del feto. Hübner (2002) menciona que “las tasas de sobrevivencia suelen ser estimadas sobre todos los partos, todos los recién nacidos vivos o todos los recién nacidos admitidos en una UTI neonatal; también difieren por sexo, raza y niveles socioeconómico” (párr. 6). Estas circunstancias de desarrollo del feto varían también, según sean las de su madre, pues el desconocimiento acerca de los servicios de salud implica que la mujer y el nasciturus corran riesgos que no estén previstos por la primera. Sobre esto, el Ministerio de Salud en el Protocolo de Prevención del Aborto Inseguro en Colombia (2014), mencionó que “las desigualdades socioeconómicas entre mujeres hacen que no todas tengan las mismas posibilidades para decidir sobre su sexualidad y reproducción, ni para tener acceso a información, a servicios de salud o a métodos anticonceptivos” (p.20). Esto se refiere para concluir que, el feto gestante tiene posibilidades particulares de sobrevivencia que se ven afectadas por factores externos e internos a su propia condición, es por esto por lo que, debe valorarse con puntualidad y soportado en evidencias, si este mismo podrá o no sobrevivir si eventualmente se pretendiera ponderar sus derechos con los de su madre. En busca de garantizar el análisis de las condiciones particulares de cada madre gestante, la ONU incluyó dentro de la Norma Técnica para la atención de la IVE (2006), el derecho que tiene la mujer a ser informada, así:

Si la mujer opta por una IVE, el trabajador de la salud deberá explicarle cualquier requerimiento legal necesario para poder realizarlo. Debe darse a la mujer todo el tiempo que necesite para tomar su decisión, aún si significa que deberá volver a la institución más tarde. Sin embargo, se deben explicar la mayor seguridad y efectividad de una IVE temprana (p.14).

Así pues, no se pretende discutir el derecho fundamental de las mujeres y niñas en Colombia a practicar la IVE en las causales ya nombradas, sino más bien, determinar si la práctica a favor de la madre gestante amparada en alguna de las causales previstas, constituye un desconocimiento de los derechos fundamentales a la vida del nasciturus, o como menciona Llanos (1985) establecer si

“los derechos y deberes del individuo derivan directamente del Derecho Internacional o sólo directamente a través de la incorporación de las normas o leyes internacionales al derecho y la costumbre nacional” (p.108), pues como se ha venido reiterando, en Colombia, los derechos fundamentales derivan también del derecho internacional en virtud del bloque de constitucionalidad, lo que confirma que será posible llevar a cabo la ponderación de derechos colisionados de la mujer gestante y el no nacido.

## **2. Método de Ponderación**

Se ha venido mencionando el término “ponderación”, sin determinar su importancia y aplicación exacta en este estudio, motivo por el cual, se hace necesario no sólo definirlo, sino referir su origen y los elementos que lo componen. Por tanto, en primer lugar, la ponderación podría definirse como una metodología de análisis que pretende realizar una medición de rangos o pesos para finalmente determinar cuál de estos debe tener más valor, siempre que esta conclusión pueda ser justificada. No se trata entonces de someter a ponderación algo que puede ser calculado por las ciencias exactas, sino que es un método aplicable a las ciencias inexactas, pues la veracidad de sus afirmaciones finales está determinada por los argumentos que le acompaña; este es el caso de las ciencias jurídicas (Orozco, 2013, p.27). La ponderación tiene sus antecedentes en escenarios policivos en Prusia, Alemania, según lo establece Vivas (2012), fue empleada inicialmente para establecer limitaciones a los actos de la administración sobre sus facultades administrativas, tendiente a evitar los excesos y a impartir control judicial. En ese entonces, era responsabilidad de los jueces administrativos alemanes del siglo XIX ejercer control ante el exceso de las medidas policivas, para que estas se promulgaran por el sostenimiento de la seguridad y el orden (Montealegre, et al., 2014). Posteriormente, para el siglo XX fue introducido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán bajo la figura del principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa de los ciudadanos (Montealegre, et al., 2014).

En Colombia también se usó inicialmente en contextos policivos; luego, como principio regulatorio de la dosificación de la pena en el Derecho Penal y sólo hasta después del nacimiento de la Corte Constitucional en 1991 se introdujo en el Derecho Constitucional como “método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales” (Vivas, 2012, p.35). Es así como, la ponderación se introduce al campo constitucional por la necesidad de dar

solución a distintas controversias que involucran el derecho a la igualdad, aplicando la subregla<sup>13</sup> de la primacía del derecho *prima facie*<sup>14</sup> por su jerarquía. Adicionalmente, en Colombia no se puede hablar de ponderación sin mencionar a uno de sus máximos referentes, Robert Alexy. Su influencia provino altamente de la operación de ponderación realizada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, cuya experiencia judicial estuvo definida por la creación del test de razonabilidad, el test de igualdad y la teoría de las diversas intensidades en los que estos se pueden emplear. Denominado en forma genérica como “ponderación abierta” aplicable a los denominados casos difíciles, en los que colisionan<sup>15</sup> derechos o principios contrapuestos, es decir que se limitan el uno al otro. En este sentido, también es importante mencionar que este fenómeno de ponderación también concibe su origen en lo que se conoció como “conflictivismo” en la interpretación constitucional (López, 2006, p.55).

Ahora bien, una vez se ha hecho mención del origen de la ponderación, es menester remitirse a lo expuesto por Carlos Bernal Pulido (2006), que en su artículo “La ponderación como procedimiento para interpretar derechos fundamentales” define a ésta como:

El mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura que está compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe de terminar la solución del caso concreto (p. 414).

Es importante poner de presente que antes de aplicar el test de ponderación, en Colombia, la jurisprudencia constitucional ha determinado ciertas estipulaciones previas a la práctica de la

---

<sup>13</sup> Como lo menciona Cerra (2020), “Las subreglas no son más que contenidos prescriptivos y normativos contenidos en providencias judiciales, que no se encuentran previamente desarrollados por el legislador a través del procedimiento legislativo. La subregla jurisprudencial se contiene en la *ratio decidendi* o, incluso, en la parte resolutive de la providencia judicial, y es esta subregla, precisamente, la que permite distinguir a un precedente judicial de la mera jurisprudencia.

<sup>14</sup> Según la Real Academia Española, ‘Prima Facie’ significa “a primera vista”.

<sup>15</sup> Según Forero (2006) “Cuando se hace referencia a la protección de derechos fundamentales ante las jurisdicciones constitucionales, sin ser pacífica ni la problemática que se plantea ni ninguna de las soluciones posibles a ella, pues la misma expresión conflicto, Choque o colisión de la idea de un derecho ganador y otro perdedor de un derecho que cede para la realización del otro.”

ponderación. Estas son el principio de proporcionalidad concebido ampliamente y que se materializa a su vez en el test de proporcionalidad<sup>16</sup>. Este test se identifica en dos momentos, a saber: la determinación de la idoneidad y la necesidad, y el test de proporcionalidad en sentido estricto. Es este último el que interesa a este artículo, en la medida en que mediante este se pretende llevar a cabo los postulados aplicados a un caso concreto hipotético que se ha presentado como referencia en esta investigación, de tal suerte que sirva como apoyo para llevar a cabo ciertas reflexiones acerca del debate vigente y trascendente sobre la permisión de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Ahora bien, será presentada en las líneas siguientes la estructura que compone a la ponderación que pretende aplicar el mencionado test o juicio de ponderación en sentido estricto.

## **2.1. Estructura de la Ponderación**

Según Robert Alexy, se entiende como estructura de la ponderación la conjunción de tres elementos, así:

### ***2.1.1 Ley de la ponderación***

Esta Ley, establece que el ejercicio de ponderación implica, por un lado, que el presupuesto fáctico que da origen al mismo consienta en la confrontación de dos derechos o principios que se encuentren en el mismo rango o jerarquía, que para efectos de la legislación colombiana es igual a que sean derechos fundamentales o de primera generación (Hernández y Jiménez, 2017, p.81). Por lo tanto, se excluyen del ejercicio de ponderación, la colisión de un derecho fundamental y uno no fundamental o de segunda o tercera generación. Como consecuencia, para cumplir los fines del método, es necesario sacrificar uno de los derechos fundamentales en conflicto, de tal suerte que dicho sacrificio corresponda o sea equiparable al beneficio que se obtiene con la prerrogativa a la que se le da prevalencia; a esto se conoce como la regla de la ponderación.

La regla de la ponderación posee dos subreglas que vale la pena mencionar nuevamente. Como se dijo en anteriores líneas, se trata de la regla de la necesidad<sup>17</sup> y la regla de la adecuación

---

<sup>16</sup> Según la Corte Constitucional, mediante sentencia C-835 de 2013 “El principio de proporcionalidad y más en específico el test de proporcionalidad constituyen un instrumento hermenéutico que se materializa a través del desarrollo de un juicio de valor”.

<sup>17</sup> Consiste en escoger el medio menos lesivo o que genere el menor grado afectación sobre el derecho no priorizado, cuando se tiene más de una forma o medio para materializar el derecho privilegiado en ponderación.

o idoneidad<sup>18</sup>. Ahora bien, ha de indicarse que la regla de la ponderación, es decir, llegado este tercer momento, su aplicación es posible mediante tres pasos. Expuestas por Hernández y Jiménez (2017), estos pasos son:

**2.1.1.1 Establecer el Grado de Afectación o de No Satisfacción de Cada Principio Bajo Examen.**

Se realiza a través del modelo triádico de grados que son leve (l), moderado (m) y grave (g). El establecimiento del grado refiere que, si la intensidad de la intervención en el derecho no ponderado es leve, el grado de importancia de la razón que justifica la intervención es grave; entonces, es fácil identificar el resultado, puesto que, si la razón que justifica la intervención tiene un peso intenso, la intervención es leve. Se utiliza la expresión “Pi” para hacer referencia al principio bajo examen, e “I” para identificar la intensidad con que se afecta. También se hace uso de la expresión “C” para establecer unas circunstancias propias de cada caso que son fundamentalmente relevantes para el caso en estudio. Su fórmula se expresa así: “IPiC”.

**2.1.1.2 Determinar la Importancia de la Satisfacción del Principio Contrario.** Sea lo primero mencionar la diferencia entre peso abstracto y el concreto; el primero, tiene una importancia relativa al principio particular. Robert Alexy (1993) establece a modo de ejemplo, que el peso abstracto del derecho a la vida es superior a la libertad puesto que la vida da origen al resto de principios. Sin embargo, también menciona que generalmente, el peso abstracto de los principios es el mismo siempre que estos compartan la misma categoría (es decir, si fueren fundamentales), si fueren excepcionalmente diferentes, habrá de hablarse de pesos “en concreto”. La expresión que se debe utilizar es “W” para el peso, “Pj” para el principio beneficiado y “C” para las circunstancias del caso en particular. La fórmula final será “WPjC”, e indicará la importancia o el peso de la satisfacción de “Pj”.

Una vez se haya identificado las magnitudes de los derechos en presunta colisión, ha de definirse si la importancia del uno justifica la afectación del otro. Para ejecutar esta regla se debe realizar un examen preliminar de los siguientes elementos mencionados más adelante.

Frente a estos pasos, vale la pena aclarar que, según el profesor Carlos Bernal Pulido (2005, p.23), los dos primeros, están orientados a establecer la importancia de los derechos en colisión y que, en todo caso, para Robert Alexy (2002), el derecho fundamental de mayor importancia es el derecho a la vida y al respecto afirma que:

---

<sup>18</sup> Pretende que los medios usados a la hora de realizar la ponderación sean adecuados para garantizar la prevalencia de un derecho frente a otro, a través del descarte de los que se encuentran como medios no aptos.

Si se puede acreditar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no es difícil efectuar una ordenación de la importancia (...) y fundamentarse en hechos cuantificables (p.34).

De acuerdo a los pasos presentados, es indispensable establecer qué tan importantes son los derechos enfrentados en un juicio de ponderación, y determinar si su importancia está relacionada con el derecho a la vida, toda vez que Robert Alexy (1993) refiere que no hay lugar a discusión si uno de los derechos afectados es el derecho a la vida o si con su afectación se afecta la misma directamente, pues sin ella no hay posibilidad a ejercer los demás. Pero ¿qué pasa si ambos derechos colisionados pueden afectar de cierto modo a la vida? Habrá que determinar por medio de la ponderación cuál de estos tiene mayor y menor riesgo de afectarla.

Hasta este momento, los dos pasos previos al desarrollo de la fórmula de pesos en ponderación son un análisis preliminar que es necesario realizar para determinar la excepcional necesidad de la puesta en marcha del juicio. Si los derechos o principios que colisionan no soportaran este análisis previo, es decir, si la elección de uno de estos sobre el otro fuere evidente y su argumentación también, no habría la necesidad de realizar un juicio de ponderación. Si, por el contrario, la colisión de los derechos fuere inminente, y su grado de afectación estuviere ubicado en el mismo nivel, se requerirá de la ponderación.

### ***2.1.2. Fórmula del Peso Abstracto.***

Esta fórmula indica que el peso concreto de un derecho se encuentra determinado por el otro. El valor del derecho ponderado determina el valor del derecho desfavorecido o afectado, y el peso del derecho privilegiado es determinado por el valor del derecho sacrificado en ponderación. Robert Alexy (1993), ha determinado el valor numérico de los grados de afectación arriba mencionado, así: L=1, M=2 y G=4.

También se añade la expresión “S”, que representa la seguridad de las premisas empíricas, de lo cual se infiere que a mayor grado de certeza sobre la premisa que sustenta un derecho o principio, mayor será el peso de este en el ejercicio de la ponderación, por lo que la fórmula para hallar el peso de cada derecho a ponderar se concibe como

El producto de la afectación de  $P_i$  (principio o derecho examinado), su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas de en el caso concreto, sobre el producto de la importancia de  $P_j$  (principio beneficiado), su peso abstracto y la seguridad de las

apreciaciones concernientes a la importancia de su realización en el caso concreto (Alexy, 1993). (Paréntesis fuera del texto)

Según lo mencionado, la expresión matemática de tal afirmación es:

$$GP_{i,j} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GpJa \cdot SPjC}$$

Así pues, es importante recordar a qué se refiere cada expresión o variable a determinar. En primer lugar, “W” se refiere a la importancia de satisfacción del derecho beneficiado; “Pj” representa el derecho beneficiado; “Pi” es el principio afectado; “C” representa las circunstancias particulares del caso; “G” es el peso concreto de cada derecho que se considere afectado; “S” tiene que ver con la seguridad de las premisas empíricas; “I” intensidad con que se afecta el derecho o principio.

**2.1.2.1 Escala de Valores que Pueden ser Otorgados a Cada Expresión.** Para las expresiones relativas a “I”, “G” y “W”, la escala de valores es 1, 2 y 4, que representan el sistema tríadico leve (l), moderado (m) y grave (g), respectivamente. Para la expresión relativa a “S”, sobre la seguridad de las premisas, se otorgan valores de 1, ½ y ¼ que traducen certeza alta, plausible y certeza evidentemente falsa, respectivamente.

Entonces el resultado que se obtenga determinará qué derecho tiene mayor peso concreto sobre el otro y, aquel que tenga mayor peso en concreto prevalecerá en el caso particular. Al contrario, será constitucional la norma que tenga mayor peso en abstracto y deberá ser aplicada en la generalidad.

### **2.1.3. Las Cargas de Argumentación**

Este elemento sólo es aplicado siempre y cuando, el resultado de la operación de pesos abstractos o ley de ponderación haya reflejado un resultado en donde ambos derechos en conflicto tuvieran el mismo peso. Así, no sería necesaria la aplicación de las cargas argumentativas si uno de los derechos en colisión fuese la igualdad o la libertad, puesto que la conclusión sería en favor de la aplicabilidad de una de estas dos prerrogativas fundamentales sobre cualquier otra.

De enfrentarse al presupuesto mencionado que da origen a la aplicación de las cargas de argumentación, se indica que el paso a seguir corresponde a dar prioridad prima facie, es decir, que se dé aplicación prevalente al principio ius fundamental material, el cual define Alexy como “principio del derecho que exige certeza para afectación de una libertad, basándose en la teoría de los derechos fundamentales” y sobre los cuales el mismo Robert Alexy (1993) reconoce que “es

casi imposible imaginar que exista una medida de derecho (...) que no intervenga en la libertad de profesión u oficio o en el derecho de propiedad de alguien” (p.53), pero ello se resuelve con la libertad del intérprete para decidir sobre la prevalencia de los principios fundamentales.

## **2.2 Sobre los Derechos Objeto de Ejercicio de la Ley de Ponderación en el Caso Hipotético Planteado**

Como quiera que se ha identificado la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación que propone replantear la prevalencia de la interrupción voluntaria del embarazo sin limitación en el periodo de gestación cuando es posible que el que está por nacer viva, frente a la concurrencia de la causal de riesgo en la salud mental de la madre, permitida por vía jurisprudencial. Se hace indispensable entonces determinar cuáles son los derechos que se encuentran en colisión y cuál es el alcance de estos.

En el escenario que se ha planteado, convergen dos individuos, por un lado, la mujer gestante como persona, sujeto de derechos y en pleno ejercicio de estos, y por el otro, el no nacido que, si bien no es reconocido por la legislación nacional como persona, sí se reconoce es sujeto de ciertas prerrogativas ius-fundamentales; pero además de esto, el nasciturus está reconocido en algunas disposiciones del bloque de constitucionalidad como un sujeto titular del derecho a la vida. Por esto, el derecho de la mujer gestante a realizarse el procedimiento de IVE, se examina como un derecho sexual y reproductivo reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y reglamentado por el Decreto 4444 de 2006, que colisiona con el derecho humano, universal y fundamental a la vida del nasciturus que principalmente está consagrado en el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, es importante preguntarse cuáles son las razones normativas que amparan la elección del uno o del otro. En respuesta a ello se presentan algunos de los planteamientos del órgano de cierre constitucional respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en estado de embarazo y posteriormente, algunos pronunciamientos sobre el derecho a la vida del nasciturus, pero siempre en aras de interpretar los mismos a la luz del derecho internacional que se encuentra al mismo nivel que la normativa constitucional, en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional. Esta labor que se realiza a continuación tiene la mera finalidad de atribuir un aproximado y debidamente interpretado peso abstracto a cada uno de los derechos en colisión y, el valor que se otorgue como resultado a cada uno, derivará de los mismos argumentos constitucionales que se abstraen.

### ***2.2.1 Los Derechos Sexuales y Reproductivos de la Mujer en Estado de Gravidéz.***

En sentencia C-133 de 1994 la Corte Constitucional no consideró los derechos sexuales y reproductivos de la mujer como tal, sino que, de manera incipiente, los denominó como “derechos a la autonomía procreativa”. Estos últimos, se relacionaron con aquel sobre la libertad para desarrollar la personalidad y la facultad de los padres para elegir el número de hijos que en su voluntad quieren tener. Adicionalmente, este derecho se encaminó a recalcar la facultad del Estado para proteger a la mujer embarazada y garantizar la efectividad de este a través de la toma de decisiones de aquella que desea procrear. Más adelante, en sentencia T- 732 de 2009 la Corte Constitucional conceptúa los derechos sexuales y reproductivos de las personas en general y en especial de las mujeres a “Estar libre de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas (...), pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no” (Corte Constitucional, 2009). En este sentido, los derechos sexuales y reproductivos de una mujer llevan inmerso el derecho a la autodeterminación, el derecho a libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y el acceso a los servicios de salud reproductiva, a la educación e información, acceso y posibilidad de elección de los métodos anticonceptivos en condiciones de calidad y a la interrupción voluntaria del embarazo en las circunstancias permitidas.

En igual providencia mencionada, considera el órgano colegiado constitucional que los derechos sexuales y reproductivos “Están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna, la información, la salud y la educación” (Corte Constitucional, 2009), también al libre desarrollo de la personalidad. Por otra parte, estos derechos poseen una concepción diferente en mujeres que se encuentran privadas de la libertad, pues sus derechos sexuales se amplían al derecho a tener visita íntima en los centros de reclusión, mientras que otros como el derecho a la intimidad son limitados<sup>19</sup> (Corte Constitucional, 2019).

Aquí mismo es indispensable mencionar que dentro de este conjunto de derechos sexuales y reproductivos se encuentra el derecho a la autonomía sexual y reproductiva que, a su vez, vela por la protección del derecho a la vida de la madre gestante y su derecho a la salud, como lo dispone Medina (2020), para quien estos derechos trabajan juntos en pro del reconocimiento de los derechos fundamentales de las madres gestantes que no tienen el deseo de continuar con su embarazo (p.12).

---

<sup>19</sup> Para ampliar esta información, véase la Sentencia T-156 del año 2019 proferida por la Corte Constitucional de Colombia.

### ***2.2.2 El Derecho a la Vida del Nasciturus Según las Disposiciones del Derecho Internacional***

Como se ha mencionado a lo largo de este artículo, el derecho a la vida en el ámbito constitucional nacional está consagrado en el preámbulo de la Carta Política y en sus artículos dos y cinco especialmente. La órbita de salvaguarda del derecho a la vida de todas las personas, como lo refirió el órgano de cierre constitucional en sentencia C-133 de 1994, “Comprende la protección durante su proceso de formación y desarrollo por ser condición a la viabilidad del nacimiento que da origen a la existencia legal de las personas” (Corte Constitucional, 1994). Así mismo, las Cartas Internacionales suscritas por el Estado colombiano que pertenecen al bloque de constitucionalidad, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratifican la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Para interés de este estudio, se tomará como referencia especialmente el artículo 4.1 del último instrumento mencionado, que refiere que la vida debe protegerse a partir del momento de la concepción.

Sobre esto, a través de la doctrina del derecho constitucional, se han establecido los alcances de la interpretación del mencionado artículo. Paúl Díaz (2012) estableció que,

(...) El Estado no puede proteger la vida de cualquier modo, pues está obligado a protegerla por ley. Del mismo modo, el legislador no puede elegir un momento específico de desarrollo humano para empezar a otorgar esta protección, pues está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción (p. 68).

Así pues, respecto a la concepción primigenia que sostenía la Corte Constitucional colombiana en la sentencia citada previamente, se presentaron algunas objeciones a modo de salvamentos de voto precedidos por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Podría decirse que, a partir de este momento, el debate sobre la implementación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo demostró la ausencia de la unificación jurisprudencial en el tema, pues aún en la actualidad no existe consenso entre las diferentes opiniones. Empero, las consideraciones respecto de la titularidad del derecho y protección a la vida no deben ser determinadas por los argumentos que puedan exponerse por los diferentes representantes jurídicos, sean doctrinantes o incluso magistrados. Esta responsabilidad recae en el mero acto de obediencia a las estipulaciones normativas de más alto grado, las que en virtud del artículo 93 constitucional establecen que están al mismo rango de la Constitución Nacional las normas de derecho internacional que han sido ratificadas por Colombia. Sobre el tema,

la sentencia T-223 de 1998 afirmó que “Se ha establecido por parte de la jurisprudencia que la protección especial ofrecida a los niños no sólo proviene de la legislación interna sino de los tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia (...)” (Corte Constitucional, 1998).

Mientras la misma jurisprudencia reconoció la importancia de dar aplicación material a las ordenanzas internacionales a través del derecho interno, también se pronunció en especial sobre el nasciturus, así:

El grupo, los llamados nasciturus, se encuentran protegidos por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicán exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento (Corte Constitucional, 1998). (Subrayado fuera del texto original)

Por lo tanto, según estas premisas y sin lugar a expresar posiciones debatibles acerca del momento en que el feto en gestación debe considerarse como persona humana y por lo tanto, ser sujeto titular del derecho a la vida, la misma jurisprudencia constitucional reconoce que las disposiciones legales nacionales deben respetar y reflejar en sí mismas las determinaciones de los órganos internacionales de derechos humanos. Bajo esta perspectiva, podría concluirse que la jurisprudencia ha dado un giro radical a su posición, desconociendo los preceptos consagrados por el bloque de constitucionalidad, donde claramente se establece que el no nacido tiene derecho a la vida y es un deber del Estado velar por su protección material.

Hasta el día de hoy, las disposiciones que se erigen sobre la IVE están determinadas por la sentencia C-355 del 2006 así como sus normas reglamentarias pero, aunque existen posiciones respecto a la fijación de plazos en los que podría accederse a esta práctica, se han ignorado las ordenanzas internacionales sobre la protección a la vida del nasciturus, donde se indica que esta inicia desde el momento de la concepción.

De cualquier modo, una vez esbozados estos argumentos, es apropiado llevar a cabo la aplicación de la ponderación de derechos del que está por nacer frente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en gestación para poder acceder a la práctica de la interrupción voluntaria de su embarazo siempre que ésta solicitud encuentre su fundamento en la causal de afectación a su salud mental de la gestante. Esta ponderación se ha considerado en virtud de la comprensión de las disposiciones internacionales sobre la visión de la vida como un derecho cuando se trata del nasciturus, además, teniendo en cuenta los argumentos jurisprudenciales que se emitieron en virtud de los instrumentos internacionales. De esta forma, antes de continuar, se reiteran los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sus primeras jurisprudencias sobre la temática de interés y puntualmente, la sentencia C-133 de 1994, que acompaña los argumentos sostenidos en la hipótesis aquí presentada, los cuales se mencionan a continuación:

En el primer trimestre, el aborto se aproxima a la anticoncepción. Médicamente, ciertos actos abortivos son indistinguibles de los anticonceptivos. Es por este motivo que, en los primeros noventa días, el derecho a la autonomía procreativa de la mujer ha sido admitido en diversos países en los que igualmente se protege el valor de la vida desde la concepción. Por otra parte, la ausencia de límites claros entre el primero y el segundo trimestre no debe ser un factor que permita el ejercicio del derecho a la autonomía más allá del momento en que el feto es capaz de sentir y sufrir. A partir del segundo trimestre, al existir ya un interés consistente en evitar el sufrimiento del feto, sin que ello signifique el reconocimiento de la calidad de persona o de la titularidad de derechos y obligaciones, el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al nasciturus, salvo la presencia de derechos o intereses superiores - vida o salud física o mental de la madre. A partir de la viabilidad - posibilidad efectiva de subsistencia independiente del nasciturus -, el interés en el valor intrínseco de su vida aumenta y, en principio, debe primar sobre cualquier otro derecho o interés, salvo circunstancias extremas que tampoco hacen exigible de la mujer su auto-inmolación para salvar otra vida (Corte Constitucional, 1994). (Subrayado fuera del texto)

### 3. Aplicación de la Ponderación de Derechos

Con los argumentos que anteceden, debe recordarse nuevamente al lector las características propias del caso hipotético planteado.

- Que el nasciturus sea médicamente viable para vivir separado del vientre de su madre.
- Que la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo sea de una mujer con periodo de gestación dentro del tercer trimestre.
- Que la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo sea justificada exclusivamente por la afectación a la salud mental de la madre gestante.

Sumado a lo anterior, se indica que a lo largo de este escrito se han realizado esfuerzos por explicar las razones que hacen pertinente plantear la posibilidad de realizar el test de ponderación analizando al nasciturus como sujeto titular del derecho a la vida a la luz de los términos contemplados en el bloque de constitucionalidad. Por consiguiente, se indican los aspectos relativos a la aplicación de la metodología de ponderación, no sin antes mencionar que la misma es viable, como quiera que las consideraciones previas a la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto han sido superadas, toda vez que el presente caso presupone un conflicto entre dos derechos que tienen el mismo rango jerárquico, esto es, que son derechos fundamentales.

A continuación, se presenta la aplicación de la fórmula de ponderación y posteriormente se indican los argumentos que soportan los valores otorgados.

#### 3.1 Aplicación de la Fórmula del Peso

Se debe determinar que, como ya se mencionó antes, para la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto primero deben surtirse dos análisis previos relativos al establecimiento del grado de afectación de los derechos examinados y la importancia de la satisfacción del contrario.

El fundamento argumentativo que sostiene el valor de afectación grave, en primera medida se inclina a anticipar los resultados de la colisión cuando se elige por encima del derecho a la vida del nasciturus, los derechos sexuales y reproductivos de la madre gestante, de lo que es obvio concluir que su resultado deriva en la práctica de la IVE y, por lo tanto, la muerte del feto. Por tal razón, este primer derecho tiene un grado de afectación grave. Ahora bien, frente a la elección de la vida del nasciturus sobre el derecho de acceder al procedimiento de interrupción del embarazo, el resultado anticipado derivado de otorgarle mayor importancia a este, también es grave, pues se estaría obligando a la madre gestante a llevar a término el embarazo en contra de su voluntad, lo

que implicaría un riesgo directo para su vida, ya sea porque la misma podría atentar contra su propia integridad física o porque su calidad y dignidad humana representadas en el “vivir bien” se verían disminuidas (Corte Constitucional, 2002), como lo contempla la sentencia T-881 de 2002, proferida por el órgano de cierre constitucional. Así, las condiciones materiales concretas de la existencia de la madre gestante no representan calidad de vida, tan así, que obligar a la madre gestante a dar a luz al nasciturus podría ser visto como un trato cruel e inhumano. Sobre esto último hay que contrariar los prejuicios argumentativos que pueden surgir alrededor de la realización de esta práctica y soportar aquella consideración relativa a la hipotética coerción que podría llegar a ejercerse sobre la madre gestante para que dé a luz al gestado, frente a la comprensión de que esta misma ya ha expuesto para sí ciertas razones que le permiten concluir que su mejor opción para garantizar su derecho a tener una vida digna es interrumpir su embarazo. Para soportar lo mencionado es preciso citar a Navas (2016) cuando expresa que

Sería por demás incorrecto el asumir que la mujer que aborta lo hace con intereses maliciosos o que tal decisión ha sido tomada de forma desinteresada y facilista, por el contrario la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo es conducida por la mujer luego de considerar integralmente cada aspecto de su vida (académico, laboral, económico, físico, familiar) y concluye que el ser que gesta no tendría la mejor vida de continuar con el embarazo y que para ella misma resultaría contraproducente. Se trata entonces de una decisión que en la práctica, de seguir con el embarazo podría acarrear menores posibilidades laborales, detenimiento en su crecimiento profesional, imposibilidad de continuar con su vida académica, deterioro significativo en su estado físico, en consecuencia su calidad de vida desmejoraría y por ende la vida del ser que está por nacer no sería la más apropiada de acuerdo con la realidad que percibe la mujer, es así como la decisión del aborto no solo se toma teniendo en cuenta la vida de la mujer si no también la vida del ser que se gesta, es entonces una acción que realiza ella por deber con ella y con la vida dependiente y no conforme a lo que impone la ley (p.26).

Así pues, las razones que fundamentan el por qué un derecho, principio o regla que colisionó contra otro tiene más peso que aquel, podrían ser resumidas en que a mayor sea la amenaza y peores sus consecuencias eventualmente obtenidas producto de su limitación, más grande debe ser su protección. Esto quiere decir que, si se enfrenta el principio X contra el principio Y, pero es éste último el que de ser restringido o limitado resultare gravemente afectado y con

irremediables consecuencias, entonces no podría justificarse de ninguna manera su escogencia como el principio que debe subordinarse en caso de colisión con el principio X, porque como resultado de un juicio, se ha determinado que su limitación traerá un inevitable e inminente desenlace.

Al mismo tiempo, ha de darse paso a la aplicación de la ecuación o fórmula del peso concreto, para lo cual, se determinará “Pi” como la expresión que representa el derecho a la vida del nasciturus y “Pj” como la expresión que representa el derecho de acceder a la práctica de la IVE. En primera medida, se exponen las dos fórmulas que contemplan cada derecho colisionado en concreto, sin otorgarle a cada expresión los valores que corresponden y debajo de éstas estarán las mismas fórmulas, pero con el traslado de los valores. Es preciso establecer que, para efectos de la aplicación de las fórmulas de ponderación no se tomará en cuenta la expresión “C”, toda vez que se trata de la exposición de un caso hipotético por lo que no se otorgan circunstancias particulares al mismo.

$$GP_{i,j} = \frac{IP_i * GP_{iA} * SP_i}{WP_j * GP_{jA} * SP_j} \qquad GP_{j,i} = \frac{IP_j * GP_{jA} * SP_j}{WP_i * GP_{iA} * SP_i}$$

$$GP_{i,j} = \frac{4 * 4 * 1}{4 * 4 * 0.5} = 2 \qquad GP_{j,i} = \frac{4 * 4 * 0.5}{4 * 4 * 1} = \frac{1}{2}$$

El resultado obtenido de la aplicación de la fórmula del peso refleja un valor mayor para el peso concreto de Pi, que en el caso hipotético aplicado representa el derecho a la vida del nasciturus. Sin embargo, de las ecuaciones también puede extraerse que los valores referentes a la intensidad de la afectación de los derechos, el peso abstracto y la importancia del derecho fundamental que se afectaría, corresponde al mismo nivel: grave. Empero, el derecho sexual y reproductivo de titularidad de las mujeres para acceder a la IVE no deja de tener relevancia, pero como se evaluó aquí, en una hipótesis fundamentada en los preceptos establecidos por las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, el valor de “S” (seguridad de las premisas empíricas), elevó al mayor rango a aquellas relativas al derecho del nasciturus a vivir.

Esto último obedece a la proyección realizada en párrafos anteriores, en donde se dijo que, si bien ambos derechos colisionados están intrínsecamente conectados con el derecho a la vida, el derecho de acceder a la IVE cuando actúa como beneficiado sobre el derecho a la vida del nasciturus, produce una consecuencia inminente e inevitable: la muerte del feto. Es por esta lógica que la aplicación del test de ponderación evidenció para el caso hipotético que la medida más

favorable será entonces, proteger el derecho a la vida del nasciturus que, en su peso concreto, resultaría más afectado.

#### **4. Conclusiones**

Se ha visto a lo largo de este estudio que, a pesar de que en Colombia, se despenalizó el aborto mediante vía jurisprudencial y se establecieron ciertos casos en los que, el Estado debe garantizar el acceso integral al derecho de Interrupción Voluntaria del Embarazo de la madre gestante que invoca su ocurrencia, las consideraciones del máximo órgano constitucional han recorrido un camino volátil y variable. Dentro del conjunto de pronunciamientos que realizó la Corte Constitucional en sus primeros años se manifestó una postura totalmente opuesta a la que colige la posibilidad de interrumpir el embarazo desde el año 2006. Como se ha dicho, este órgano de cierre consideró mayormente la vida del nasciturus por un lapso bastante prolongado y, recalcó el deber de proteger al feto desde su concepción, poniéndolo por encima de la voluntad misma de la madre. No obstante, años más tarde la Corte cambió la orientación de sus premisas y finalmente, en el año 2006 emitió nuevas directrices respecto a la posibilidad de interrumpir el embarazo, limitando la absoluta protección del nasciturus y quitándole la titularidad del derecho a la vida. A pesar de que se abrió la puerta a la interrupción de la gestación en Colombia, no se consideró la posibilidad de ponderar los derechos de la madre gestante frente a los del feto, pues este último no es considerado como sujeto de derechos, sino que, sobre él recae la garantía de protección de su vida únicamente como bien jurídico.

A pesar de las nuevas disposiciones producto de las decisiones constitucionales respecto a la regulación de la IVE y la emisión de normativas como el Decreto reglamentario 4444 de 2006, se encontró dentro de los resultados de este artículo que la Corte omitió tener en cuenta dentro de sus consideraciones los mandatos internacionales que pertenecen al bloque de constitucionalidad y, en especial, el que se ubica en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto obedece a que, como ya se refirió en los primeros párrafos, las posiciones sobre cuándo y cómo debe protegerse al nasciturus son diversas; esto mismo se sostuvo a lo largo de este estudio al hacer mención de algunas posturas científicas, filosóficas y religiosas que sostienen diversas opiniones o teorías respecto al comienzo de la vida. Además se dijo que estas teorías están directamente vinculadas con la determinación del feto como persona y por lo tanto, como sujeto titular de derechos. Aunque la hipótesis que se planteó en este artículo estuvo encaminada a determinar si es procedente establecer un plazo a partir del cual no es posible llevar a cabo la

práctica de la IVE, dentro de los resultados se encontró que, por el mero acto de dar cumplimiento a los tratados internacionales vinculados en el ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad, el Estado debe promover la protección de la vida como un derecho desde el momento de la concepción. Esta razón, permite que no sea necesario proponer meramente un término preestablecido de semanas para ubicar al feto como persona por su capacidad de sobrevivir sin ayuda de la madre, como inicialmente se dispuso.

Con todo, al encontrar que los pronunciamientos internacionales consagran la vida del nasciturus como un derecho fundamental que debe protegerse desde la concepción, se utilizó la ley de ponderación propuesta por Robert Alexy para determinar cuáles fueren los pesos concretos de los derechos en colisión; es posible establecer un valor particular para cada derecho, entendiendo que “Toda interferencia física sobre una persona, aunque sea mínima, si está hecha en contra de su voluntad, puede provocar problemas (...)” (Sanz, 2004, p.24) y, la voluntad no sólo se predica del feto que no puede manifestar una decisión, sino de la madre gestante a la que eventualmente se le obligaría a dar a luz, o sostener en su vientre una criatura que no desea.

Sobre este punto, se concluyó que el derecho fundamental a la vida del nasciturus debía sobreponerse sobre el derecho sexual y reproductivo de la madre gestante a practicarse la interrupción voluntaria del embarazo cuando sus razones tienen que ver con la protección de su estabilidad y salud mental. Esta conclusión encontró su mérito en la proposición de un escenario hipotético susceptible de acontecer por sus características comunes. De lo encontrado se señaló que el mayor riesgo lo sufría el feto en la medida en que, si no se vela por su derecho a la vida, éste eventualmente la perderá con el procedimiento abortivo, empero, la madre podría sufrir ciertas desventajas o consecuencias al sobreponer los derechos del no nacido sobre los suyos, sin embargo, su nivel de tolerancia a la medida es mayor, pues la afectación a su estabilidad mental y emocional no conducen directamente a perder su integridad física, sino que, al contrario, la madre gestante podría acceder a distintas opciones como dar en adopción a la criatura o participar de tratamientos psicológicos pertinentes que le reconduzcan y eviten la ocurrencia de circunstancias que atenten contra su vida.

Ahora bien, alcanzados estos puntos es factible realizar algunas recomendaciones. Sea lo primero resaltar la importancia de materializar en el plano de la práctica, las disposiciones de derecho internacional vinculadas a la legislación Nacional de orden interno y así mismo, incentivar el debate en cada uno de los escenarios del poder público en relación con el estado jurídico incierto

en que se encuentra el nasciturus y no solo desde los estrados judiciales constitucionales; así se contribuirá a la organización armónica de las normas en torno a la despenalización del aborto y, estudiará mejores disposiciones que garanticen la protección de los derechos no sólo de la mujer en estado de embarazo sino del nasciturus la luz del derecho constitucional colombiano e internacional.

Finalmente, se propone que la materia principal de este estudio -la Interrupción Voluntaria del Embarazo- no sea regulada por vía jurisprudencial sino que se tramite un proyecto de Ley que la determine expresamente y, que dentro de ella, se dictamine el procedimiento a seguir según las características propias de cada una de la casuales, así como los protocolos que deben seguir tanto las Entidades Promotoras de Salud como los profesionales adscritos y quienes solicitan la protección de sus derechos, con la finalidad de avanzar constructivamente a un Estado no solo más proteccionista de los derechos humanos de las mujeres y niñas, sino de los que están por nacer.

## Referencias

- Agudelo-Giraldo, Ó. A., León-Molina, J. E., Prieto-Salas, M. A., Alarcón-Peña, A., & Jiménez-Triana, J. C. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Ahued, J. (2001). Aspectos bioéticos en Medicina Materno Fetal. *Perinatol Reprod Hum*, 15, pp. 214-128.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), pp. 13-64.
- Alvargonzález, D. (2010). El comienzo del individuo humano y el aborto provocado. *El Catoblepas Revista Crítica del Presente*, 97, pp. 10-21.
- Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente Revista Jurídica*, (-), pp. 79-102.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Colombia.
- Bernal, C. (2005). *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. México: Biblioteca Jurídica Virtual.
- Bernal, C. (2006). La racionalidad de la Ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, pp. 51-75.
- Cardozo, C.C, Daza, S.M, Alventosa, J., Andrade, J.V., Camacho, G.C., Guillén, R., Guío, R.E., Marrades, A.I., Ramírez, E.R., Salamanca, J.D. (2020). *Sujetos de protección en el derecho privado*. Bogotá. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Casagrandi, D., Zaldívar, T., Nodarse, A., y Carballo, S. (2005). Algunos aspectos éticos del diagnóstico prenatal, la medicina y terapia fetales. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 31(3).
- Cerezo, R. (2016). Límite de viabilidad fetal: un problema moral, ético, legal y de responsabilidad profesional. *Revista Guatemala Pediátrica*, 2(1), pp. 2-6.
- Cerra, E. (2020). Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus*, (35), pp. 121-133.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 84. Bogotá: Congreso de los Estados Unidos de Colombia.
- Corte Constitucional, (10 de mayo de 2006). Sentencia C – 355 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, (15 de octubre de 2009). Sentencia T – 732 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, (17 de marzo de 1994) Sentencia C – 133 [M.P. Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional, (17 de octubre de 2018). Sentencia SU-096 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, (18 de mayo de 1998). Sentencia T – 223 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional, (20 de noviembre de 2013). Sentencia C – 835 [M.P. Nelson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional, (5 de abril de 2019). Sentencia T – 156 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cruz-Coke, R. (1980). Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana. *Revista chilena de pediatría*, 51(2), pp. 121-124.
- de la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica contra el aborto. *Revista Latinoamericana*, 15, pp. 10-36.
- Figueroa, R. (2007). Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho*, 20(2), pp. 95-130.
- Fonseca, Y. (2020). *El dilema constitucional de la maternidad subrogada frente a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE): Un estudio comparado en Colombia, Latinoamérica y Europa*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Forero, C. (2006). La jurisprudencia constitucional colombiana en los conflictos vida-libertad. *Dikaion*, 20(15), pp. 233-245.
- Hernández, C. y Jiménez, C. (2017). *Robert Alexy y la Ponderación en la Corte Constitucional*. Recuperado de <https://hdl.handle.net/10901/11473>.
- Hincapié, D. y Mejía, O. (2015). Justicia y Objeción de Conciencia. *Revista Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(2), pp. 11-48.
- Hübner, M. y Ramírez, R. (2002). Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro. *Revista médica de Chile*, 130(8), pp. 931-938.

- Kottow, M. (2001). Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Revista Bioética*, 9(2), pp. 25-42.
- Laverde, S., López, D. y Suárez, C. (2018). La protección de los derechos del nasciturus en Colombia en la perspectiva de la teoría ecológica del derecho de Carlos Cossio. (Trabajo de grado). Universidad Libre de Colombia, Bogotá.
- León, C. (2000). Aspectos Bioéticos relacionados con el comienzo y el valor de la Vida Humana. *Revista de la Facultad de Medicina*, 23(2), pp. 78-84.
- Llanos, H. (1985). La persona humana como sujeto de Derecho Internacional. *Revista IIDH*, 46, pp. 273-328.
- López, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia.
- Mazo, H. (2014). El bioderecho: La respuesta jurídica a los problemas que plantea la bioética. *Producción + Limpia*, 9(2), pp. 74-88.
- Medina, Y. (2020). *Despenalización del aborto en Colombia desde una perspectiva comparada y constitucional*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Mercado, L. (2020). *Análisis de la problemática del aborto desde una perspectiva sociojurídica*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Ministerio de la Protección Social. (2006). Decreto 4444. Bogotá: Ministerio de la Protección Social.
- Ministerio de la Protección Social. (2006). Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva. Bogotá: Ministerio de la Protección Social.
- Montealegre, E., Bautista, N. y Vergara, L. (2014). *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Morán, J. (2014). La valoración de la vida, la subjetivación del embrión y el debate sobre el aborto: aportes desde una perspectiva crítica. *Acta bioethica*, 20(2), pp. 151-157.
- Morgan, L. (1989). When does life begin? A cross-cultural perspective on the personhood of fetuses and young children. *Abortion and Fetal "Personhood"*, pp. 97-114.
- Navas, A. (2016). *La Interrupción Voluntaria del Embarazo hasta las 19 semanas de Gestación*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.

- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea general de la ONU, Ginebra: Suiza.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de la ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Protocolo para la prevención del aborto inseguro en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- Organización Mundial de la Salud. (2006). *Norma técnica para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) Adaptado de "Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Orozco, V. (2013). La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: Una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en Materia de Libertad Religiosa. *Revista Judicial*, 109, pp. 25-41.
- Paúl, A. (2012). Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de Interpretación. *Revista Ius et Praxis*, 18(1), pp. 61-122.
- Posada, R. y Molina, R. (Ed.). (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá: Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Rendón, A. (2006). El bioderecho como investigación interdisciplinaria: una respuesta jurídica. *Revista Amicus Curiae*, 6(4), pp. 1-22.
- Sanz, S. (2004). El comienzo y fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 31, pp. 157-181.
- Vivas, T. (2012) Control al Juicio de Proporcionalidad de la Corte Constitucional colombiana. *Novum Jus*, 6(2), pp. 29-68.
- Zárate, A. (2014). ¿Es el aborto un derecho sexual y reproductivo de la mujer? Análisis desde el bioderecho, la bioética, la biopolítica y la biojurídica en Estados Unidos, España y Colombia. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 14(2), pp. 12-27.
- Zurriarán, R. (2015). La cuestión de fondo sobre el tema del aborto. *Persona y Bioética*, 19(1), pp. 117-128.