

Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia*

Criminal Scopes of the Doctor Conscientious Objection in the Cases of Lawful Abortion in Colombia

Âmbitos penales da objeção de consciência em o médico, a respeito do aborto legal na Colômbia

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2012

Fecha de evaluación: 3 de junio de 2012

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2012

JUAN FRANCISCO MENDOZA PERDOMO**

RESUMEN

El artículo realiza un análisis de la sentencia de constitucionalidad que despenalizó parcialmente el delito de aborto en Colombia y precisa conceptualmente las clases de aborto lícito y las razones que produjeron su autorización constitucional. Bajo este marco se identifica la intervención de la actividad médica en cada forma de aborto y sus consecuencias jurídicas. Posteriormente se revisa el concepto de objeción de conciencia en la teoría del derecho y en el derecho penal, para con ello precisar los alcances jurídico-penales de la objeción del médico en la práctica del aborto, proponiéndose la fundamentación y estructura que esta disculpan debe seguir en la resolución de casos.

Palabras clave: aborto lícito, norma de permiso, rol del médico, objeción de conciencia.

* Artículo de reflexión. El presente artículo fue desarrollado en el marco de los cursos regulares del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Alumno regular del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: juanframendoza@gmail.com

ABSTRACT

The article analyzes the judgment of constitutionality which partially decriminalized the abortion in Colombia and conceptually precise kinds of legal abortion and the reasons that caused its constitutional approval. Under this structure it identifies the intervention of medical activity in every form of abortion and its legal consequences. Then we review the concept of conscientious objection in the theory of law and criminal law, to thereby determine the criminal legal scope of objection in medical abortion practice, proposing the foundation and configuration that this exemption must follow in resolving cases.

Keywords: Lawful abortion, license, doctor's role, conscientious objection.

RESUMO:

O artigo analisa o julgamento de constitucionalidade que parcialmente descriminalizou o aborto na Colômbia e tipos conceitualmente precisas de aborto legal e os motivos que provocaram a sua aprovação constitucional. Sob essa estrutura identifica a intervenção da atividade médica em toda forma de aborto e suas consequências legais. Então nós rever o conceito de objeção de consciência na teoria da lei e do direito penal, para, assim, determinar o alcance da objeção legal criminosa na prática o aborto médico, propondo a fundação e configuração deve seguir esta isenção na resolução de casos.

Palavras-chave: Lícito o aborto, licenciar, papel médica, a objeção de consciência.

INTRODUCCIÓN

Por cuenta de la función del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C-355 de 2006, a través de la cual declaró inexecutable parcial, total y condicionalmente algunos artículos del Código Penal que configuraban el injusto de aborto.

La que pareciera una sentencia más de constitucionalidad, en realidad representó para Colombia un avance, aunque tardío, en materia de derechos fundamentales de género y en la configuración de permisiones jurídico-penales en casos límite de ponderación de bienes jurídicos, como los ofrecidos en el delito de aborto.

El tratamiento otorgado por la Corte a los derechos de la mujer que accede a la condición de gestante fue más allá de una simple pretensión de inconstitucionalidad de normas prohibitivas en materia penal. De esta manera se advirtió y de-

claró el derecho de interrumpir artificialmente un embarazo a la mujer en particulares y normales¹ condiciones de motivación, creándose con ello situaciones permisivas de lesividad para el tutelado interés estatal de la vida del individuo por nacer.

Aunque el aborto se reporte como cotidiano, en el sistema jurídico colombiano, por conducto del derecho judicial, el tribunal constitucional nacional configuró con este fallo, con efectos generales y obligatorios, tres escenarios fácticos en los que resulta justificado el aborto.

¹ Deben entenderse normales y ordinarias condiciones de motivación en sentido contrario a lo señalado en el párrafo del artículo 124 del Código Penal, que fue declarado inexecutable, con sobradas razones, pese a referirse a una especie de *poena naturalis* cuando tal norma facultaba al juez penal a no punir, por falta de necesidad de la pena, en caso de que el aborto se practicara a consecuencia de atentados en la libertad sexual de la madre, esto es, en caso de aborto ético. Esto decía la norma: "Párrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto".

Tales eventos, además de ser justificantes del injusto de origen *ex lege*, se han construido como estructuras complejas de descargo de imputación, toda vez que para su realización se han exigido una serie de requisitos que limitan la impunidad en manos de la madre, pero, al tiempo, garantizan el ejercicio al derecho de interrumpir la gestación. En esta complejidad se ha asignado al profesional de la medicina una necesaria intervención, tendiente a asegurar que el aborto autorizado no desborde en el abuso de la práctica abortiva en manos de la madre o de terceros que procuren su derecho.

De este modo, la jurisprudencia situó en cabeza del médico el deber constitucional de realizar materialmente el aborto impune, en sus diferentes modalidades, generando con ello una especial posición de garante de un deber positivo, consistente en la realización material de una norma permisiva: practicar el aborto por la necesidad de proteger el derecho a la vida en los casos de indicación terapéutica, eugenésica y ética.

Pese a esta asignación de deberes a un individuo calificado, la Corte reconoció la posibilidad de que el médico se aparte del cumplimiento de esos deberes mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, facultando entonces al profesional para que genere un conflicto entre los deberes estatales y su convicción interna que le permita desobedecer el imperativo supralegal.

Habría sido óptimo que en la sentencia la Corte hubiera delimitado el ejercicio de esa objeción de conciencia, expresando su contenido y alcance en el incumplimiento de permisos, para determinar la estructura de esta eximente de imputación.

Más allá de lo deseable en las apreciaciones dogmáticas que pueden extenderse en una providencia de control de constitucionalidad, se ofrece la necesidad de contribuir a la delimitación conceptual de esta estructura de descargo. De este modo, en el presente trabajo intentaré brindar

argumentos para concebir un concepto de descargo de imputación jurídico-penal del médico en los casos de aborto impune, indagando por el rol específico de este sujeto en la indicación y práctica de la interrupción del embarazo, en virtud del contenido de las razones de convicción que puede arrogarse en su negativa a realizar el aborto y en las consecuencias punitivas de dicha negativa.

LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU CONTEXTO

Un consolidado movimiento de género en pro de los derechos de la mujer, representado en varios ciudadanos², demandó ante la Corte Constitucional la inexequibilidad de los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal, contentivos de la regulación punitiva del delito de aborto³.

Argumentaron los demandantes, en comunidad de razones, que a través de la punición del aborto se lesionan a la mujer y, en clara conexidad, sus derechos fundamentales a la dignidad, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad a la vida, la salud y la integridad, como también el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

2 El reclamo de inconstitucionalidad fue accionado por los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, quienes, por separado, convergieron en el mismo objeto procesal, que fue el ataque a todo el capítulo cuarto ("Del aborto") del título primero ("Delitos contra la vida") del libro segundo del Código Penal.

3 Los artículos demandados tipifican el delito de aborto así: "Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses. Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida. Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto".

En efecto, los accionantes expusieron que la prohibición establecida a la mujer para interrumpir el embarazo desconocía su dignidad, al convertirla en un medio para los fines del Estado, lo que se traduce en el no reconocimiento de su derecho a la autonomía y al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Los accionantes debatían que a la mujer, en su condición de ser ético, debía permitírsele elegir sobre su propia vida y sobre el rumbo en el que la misma podía orientarse.

Es así que la restricción a la mujer para organizar su esfera de libertad o plan de vida incluye decidir sobre su integridad como mujer y su derecho a la sexualidad y a la procreación, los cuales son generadores de la llamada “autodeterminación reproductiva” que le permite procrear o abstenerse de hacerlo, con arreglo al artículo 42 de la Constitución Política⁴.

La punición de estos derechos incide en la vida, la salud y la igualdad de la mujer, pues se le sujeta forzosamente a poner en riesgo su existencia y su integridad ante distintas formas de embarazo que comprometen estas libertades y, de contera, le dispensan un trato cruel, humano y degradante, como quiera que deberá soportar un embarazo con peligro para su vida y su salud, la del feto o su dignidad, en el caso del embarazo no consentido.

Finalmente, los reclamantes armonizan los anteriores enunciados, con la necesidad de ponderar, mediante un test de proporcionalidad, la protección que el Estado debe otorgar a la vida, cuando quiera que no puede prefigurarse un absoluto concepto de vida como interés estatal por tutelar –tal como lo concibe el artículo 122 del Código Penal, según el cual el aborto, unívocamente, es sancionado como delito–, sino que deben diferenciarse diferentes clases de aborto, que proporcionalmente demandarán un tratamiento diferente.

4 Señala tal disposición, en lo pertinente: “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

El contexto que enmarcó esta solicitud de inconstitucionalidad estuvo vivamente influenciado por posiciones tanto en contra como a favor de su supresión como norma prohibitiva; rasgo que ha caracterizado el transe de despenalización por vía legal o judicial en diferentes países. No obstante, más allá de la polémica tanto de grupos de género como conservadores, Colombia contaba con interesantes antecedentes jurisprudenciales en materia constitucional, que parecían haber trazado un estigma en cuenta negativa para las pretensiones de inconstitucionalidad.

Se trataba de dos sentencias proferidas por la Corte Constitucional en los años 1994 y 1997, mediante las cuales se rechazaron las demandas de constitucionalidad contra dos normas del Código Penal de 1980 que penalizaban el aborto. La primera fue la Sentencia C-133, en la cual se declaró ajustada a la constitución la norma del tipo básico de aborto consagrado en el artículo 343⁵. La segunda fue la Sentencia C-013, en la que se denegó el reclamo dirigido al artículo 345 de la misma codificación, que reglaba una diminuyente punitiva cuando el aborto se realizara por haber sido la mujer víctima de un embarazo sin su consentimiento.

Este par de fallos utilizaron argumentos similares para amparar la constitucionalidad de las reglas de derecho, como también la defensa estatal del derecho a la vida y la indisponibilidad de la misma, aun en caso de un embarazo no consentido. Así, estos fallos parecían constituir un derrotero para la tribunal constitucional de 2006, que casi diez años después del último fallo se enfrentaba a su propio precedente, al tener el reto de resolver los reclamos de inexequibilidad contra todo el capítulo contentivo del aborto en el Código Penal del año 2000.

5 El lenguaje normativo de dicha regulación es idéntico al del artículo 122 del actual Código Penal colombiano, por lo que este último es un sucedáneo de la codificación de 1980.

Pese al precedente constituido por las sentencias anteriores al año 2006, es de especial interés, en el contexto, el plus argumental extendido por los magistrados que salvaron su voto en dichas providencias, pues además de ser los mismos juristas –Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero–, sus consideraciones de disidencia guardaban coherencia con las razones de las nuevas demandas de constitucionalidad. En síntesis, aquellas consideraciones señalaban que el Estado no podía imponer una absoluta concepción de vida, que el nasciturus no podía equipararse a la persona humana en términos de protección de la vida, que no podía desconocerse la libertad de pensamiento y conciencia, que la Constitución reconoce el derecho a la autonomía procreativa y que la penalización del aborto no es el instrumento más idóneo para la tutela de la vida humana (Charry, 2011).

Con todo, el 10 de mayo de 2006, la Corte profiere sentencia mediante la cual resuelve declarar la exequibilidad del artículo 122, esto es, conservar la punición del aborto, pero bajo la precisión de que

no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (Corte Constitucional, 2006).

A su turno, declara no ajustada a la constitución la expresión “o en mujer menor de catorce años”, inserta en el artículo 123, y suprime en su totalidad el artículo 124 demandado (Corte Constitucional, 2006).

Fueron fundamentos del fallo, en esencia, el reconocimiento a la mujer de los derechos y garantías fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud personal y a la libertad, en su especie de libre desarrollo de la personalidad, concretada en la libertad sexual y libertad de procreación.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Atendido el avance que con este fallo se obtuvo en materia de derechos fundamentales en Colombia, no debe dejarse de advertir que la sentencia –extensa, por demás, en sus consideraciones– generó una serie de vacíos, que si bien es cierto son delegables a la función legislativa, han propiciado un escenario de discrecionalidad administrativa que impide hacer efectivo el derecho al aborto⁶.

Uno de tales vacíos, en tanto la Corte fue escueta en su tratamiento, es el relativo a la obligación de la intervención médica en los casos permitidos de aborto. Allí este tribunal indicó reiteradamente que será necesaria la actividad médica tanto en el diagnóstico previo a las situaciones lesivas a la vida y salud que motiven el aborto como en la intervención posterior a este, a fin de garantizar la realización efectiva de la interrupción del embarazo.

Dichas situaciones de intervención del médico revisten la mayor importancia, por constituir, desde el discurso estatal emitido por un tribunal constitucional, una asignación de deberes fundamentales a la vida y a la salud de especiales pacientes, que como ciudadanas requieren de la necesaria recepción del servicio profesional de la medicina.

Aunque pudieran resultar demarcados los deberes positivos de diagnóstico y actividad del médico en

⁶ Es el caso de la ausencia de normas reglamentarias de los abortos permitidos, que motivaron a la expedición del Decreto 4444 de 2006 por parte del Ministerio de la Protección Social y que fue suspendido, en su aplicación, por el Consejo de Estado, al considerar dicho organismo jurisdiccional que es al Congreso de la República, como legislador ordinario, mas no a un Ministerio, a quien le corresponde la función reglamentaria sobre la materia.

los eventos autorizados, estos son difusos, al igual que los derechos, cuando se trata de apartarse del cumplimiento de los deberes. Si bien la Corte reconoce como plausible el derecho a la libertad de conciencia del médico para omitir la práctica de los eventos de aborto, limita su estimación a caracterizar la libertad de conciencia como objeción al obedecimiento de normas estatales, atribuible a las personas físicas, cuando no a las jurídicas. Además, la Corte solo señala que esta objeción deberá fundarse en convicciones religiosas que le permitan relevarse de su obligación profesional, para que otro profesional en su lugar interrumpa el embarazo.

A dichos “caracteres” configurados por la Corte se advierten algunos cuestionamientos, que serán abordados en este estudio: ¿los eventos de aborto impune enunciados por la Corte se traducen en deberes legales para el médico?, ¿el médico que diagnostica el peligro para la salud de la madre o la inviabilidad del embarazo está obligado a realizar el procedimiento de aborto?, ¿la libertad de conciencia del médico opera respecto de disposiciones jurisdiccionales, cuando no legales, que le asignan deberes?, ¿la objeción de conciencia del médico solo se funda en convicciones morales derivadas de la religión o admite otra clase de convicciones morales?, ¿qué requisitos y alcances ostenta la objeción de conciencia del médico en el aborto?

LAS MODALIDADES DEL ABORTO LÍCITO

Tres son las modalidades del aborto lícito, reconocidas por la Corte como situaciones en las que se habilita a la mujer a ejercer su derecho de interrumpir artificialmente el curso de su embarazo. A tales eventos la doctrina los denomina “abortos por indicación terapéutica”, “abortos por indicación eugenésica” y “abortos por indicación

ética”⁷. Para su realización, estos se contraen a las siguientes razones:

a) *La indicación terapéutica*, también conocida como “indicación médica” o “aborto necesario”, ha de consistir en la interrupción artificial del embarazo, con el propósito de proteger la vida de la madre o evitar graves riesgos para su salud.

En estos términos se requerirá la actuación del facultativo previa a la interrupción, a través de la cual se indique la necesidad del aborto, en aras de no incrementar los riesgos a la vida o salud de la madre. Una vez diagnosticado el aborto como necesario, otros son los requisitos expresados para su práctica: 1) que se trate de preservar la vida o la salud de la mujer; 2) que obre el consentimiento de la gestante; 3) que la intervención abortiva sea efectuada directamente por un médico (Cuello, 1955, p. 68).

No hay duda de que la primera exigencia es inmanente al carácter garantista del derecho a la vida y a la salud personal de la mujer en su autodeterminación procreativa, por lo que además de ser un elemento identificable de la necesidad de salvaguardar aquellos derechos, constituye la razón (moral) para la acción, ínsita en el permiso estatal de abortar.

Ahora bien, pese a que obre una razón para actuar que exija el consentimiento de la madre, a fin de obtener correspondencia entre el peligro de lesión de derechos y la necesidad de protección de estos, es admisible que la mujer se niegue a la intervención abortiva y decida asumir los costos del curso lesivo a su salud y su vida (Landrove, 1976, p. 58).

Ello se traduciría en la libre y directa disposición de los bienes jurídicos a la vida e integridad corporal de la madre. Es así que la voluntad de la

⁷ Paradigmático en la dogmática en habla castellana: Cuello Calón, E. (1955). El aborto criminal. En *Tres temas penales*. Barcelona: Bosch.

mujer será decisiva, a lo que no podrá oponerse el deber estatal de procurar la vida y la salud de los ciudadanos, ni el deber ético o moral del médico, pese a su indicación profesional. Un respeto de la elección de la mujer, no obstante estos imperativos, garantizará el derecho constitucional a la libertad procreativa.

De contera, deber afirmarse que el médico no será responsable de los costos de lesividad de la decisión de la gestante, de manera que la acción adoptada por esta se ajusta a un comportamiento de rechazo de protección estatal a sus bienes, lo que se traduce en el consentimiento justificante (Jakobs, 1997, pp. 524 y ss.) como estructura de descargo de imputación para el médico.

Frente al tercer requisito resulta evidente la asignación de un deber de intervención del médico, situándosele, desde la doctrina (Irueta, 1932, p. 88) y la jurisprudencia⁸ –insumo de este estudio–, una posición de garantía, consistente en el rol especial de practicar la interrupción del embarazo. Su rol estaría cualificado por sus especiales conocimientos en la ciencia médica, que procurarían la relación de adecuación entre el fin de protección a la vida y salud de la madre y el medio necesario para el alcance de este fin. De hecho, la precedente indicación médica, consistente en el diagnóstico de riesgo a la vida y a la salud, merced a la continuidad del embarazo, solo será emitida por el facultativo mediante certificación. Con ello se verifica tal situación de necesidad de protección y se derivaría una consecuente obligación de protección de la

vida y la salud, que como bienes, él mismo ha advertido, estarían en riesgo.

b) *La indicación eugénica* (Cuello, 1955, p. 85), también llamada “indicación eugenésica” (Landrove, 1976, p. 73) o “indicación embrionaria”, se conceptúa como la interrupción voluntaria del embarazo “cuando existen riesgos fundados de que el embrión –o el feto– es portador de graves anomalías genéticas de cualquier naturaleza o de otros defectos físicos o psíquicos originados en la concepción o durante el embarazo” (Romeo, 2003, p. 197). En Colombia, la Sentencia C-355 de 2006 utiliza un concepto algo más restringido: “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”; concepto que es acogido por los comentaristas nacionales (Castro y Rodríguez, 2011, p. 66).

La dificultad suscitada por esta forma de aborto no punible obedece a la confusión con las prácticas eugenésicas, lo que otorga la apariencia de ser una actividad contra el género humano. Es por esto que el uso de las expresiones “eugénico” o “embrionario” responden a la necesidad de evitar equívocos, como lo expresara López-Rey (1954), pues se podría pensar que su práctica es una forma de eugenesia que pretende conseguir la mejora de la raza o concebir “superhombres”, cuando en realidad se persigue, restrictivamente, impedir el nacimiento de personas con malformaciones. Actualmente se fundamenta que esta intervención abortiva representa una solución para la mujer que no esté dispuesta a hacerse cargo de un hijo que le genere cargas por sus defectos físicos o síquicos (Romeo, 2003, p. 197).

Con ello, los elementos requeridos para la operancia de este aborto se contraen en: 1) la existencia de graves taras físicas o psíquicas que habrá de padecer el feto o con las que habrá de nacer; 2) un dictamen o certificación médica, y 3) la intervención del médico en la práctica abortiva.

⁸ En la Sentencia C-355 de 2006, y en otros fallos de tutela como los T-946 de 2008 y T-388 de 2009, la Corte Constitucional ha exhortado a las instituciones de salud en Colombia para autorizar y facilitar la prestación del servicio de salud en los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, lo que infiere, desde el deber administrativo del sistema de salud, el deber profesional del médico. No obstante, el dato identificador del deber de intervención del facultativo está dado por el establecimiento mismo de su exculpación, a través de la objeción de conciencia, que la Corte en la Sentencia de 2006 determinó como la único criterio de no imputación que le relevará del deber de realizar el aborto.

El primer requisito aplica en la indicación embriopática de gravedad de daño en la vida y salud del por nacer, que en la actualidad no representa problemas relativos a la incertidumbre del pronóstico, toda vez que los avances de las técnicas de diagnóstico prenatal han permitido, con bajos márgenes de error, determinar los futuros eventos riesgosos. Esto ha hecho que la doctrina actual se vuelque a la aceptación, sin escepticismos, de esta forma de interrupción del embarazo (Muñoz, 1996, p. 86), incluso por quienes se oponían a esta clase de aborto no punible, pero que dieron viraje a su inicial concepto (Jiménez, 1952, pp. 650 y ss.).

El dictamen o certificación médica de riesgo para la salud y vida del feto debe ser emitido con anterioridad a la interrupción del embarazo, de modo que se extienda a la madre un concepto médico que le permita libremente elegir entre limitar o no su preñez. Con ello se quiere que una vez la madre obtenga conocimiento de los riesgos a la salud o vida del nasciturus, solo ella pueda adoptar una elección propia dentro de la órbita de su derecho a la libertad de procreación, sin que el dictamen del profesional médico se constituya en un hecho obligatorio que le determine abortar.

De nuevo, el último requisito dispone una situación vinculante para el médico, quien será el sujeto cualificado para la realización de la actividad abortiva. Una vez el médico decide realizar la intervención, su actuación estará motivada por la indicación previa por él emitida o por la de otro profesional que la haya expedido (Romeo, 2003, p. 199).

c) *La indicación ética* se define como la interrupción del proceso de gestación a causa de un embarazo forzado o sin el consentimiento de la madre. Tal contrariedad al derecho de procrear será, en este caso, por razón de acceso carnal o acto sexual, sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o incesto.

Es claro que este aborto también denominado “sentimental” (Romeo, 2003, p. 199), “honoris causa” (Irueta, 1932, p. 91), “humanitario” o “jurídico” debe su razón al evento más claro de lesión a la autodeterminación sexual, como derecho a establecer contactos sociales en la esfera de la libertad de la mujer. Este derecho se armoniza con la autonomía para procrear o convertirse en madre, lo cual, de suyo, en este caso es ignorado cuando el Estado ha conminado con pena la interrupción del embarazo.

Así, los motivos para la impunidad fincan su argumentación en la deshonra sufrida por la madre, en virtud del embarazo no consentido o mediante violencia, lo que le haría inexigible el soportar una maternidad odiosa, que genere un ser que le recuerde el terrible episodio de violencia y, de contera, le destruya sus planes de vida (Cuello, 1955, p. 82).

Serán requisitos para esta forma de aborto: 1) la existencia de las citadas actividades delictivas constitutivas de embarazo no consentido; 2) la formulación de denuncia ante las autoridades sobre la existencia de tales eventos, y 3) la privativa intervención del médico para el procedimiento abortivo.

Las actividades delictivas comprenden los injustos que integran los capítulos de la violación y de los actos sexuales abusivos, lesivos del bien jurídico, de la libertad, la formación y la integridad sexual. También se incluye el delito de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado, cuyas prácticas no fueron consentidas por la mujer, al igual que el caso de incesto, en tanto afectan la libertad individual y a la familia.

Resulta necesaria la extensión de la noticia criminal ante las autoridades, a través de la cual se ponga en conocimiento la existencia de los delitos que procuraron el embarazo no consentido. La denuncia deberá ser previa a la realización del aborto;

requisito que de consuno es aceptado por la jurisprudencia y la doctrina en general, contrario a la marginal exigencia de un procedimiento en curso, que abiertamente haría del derecho de la madre a abortar un mero ideal.

La privativa intervención del médico en el procedimiento abortivo está dada como garantía del derecho a la salud de la madre y se soportará como actividad, en la denuncia formal, el delito que dio origen al embarazo.

LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL DESCARGO DE IMPUTACIÓN DEL ABORTO IMPUNE

La doctrina

Desde antiguo se reconoce en el aborto no punible un fundamento explicado en el estado de necesidad, en el que entran en conflicto los intereses de la madre y la vida del feto (Cuello, 1955, pp. 63, 82). No obstante, en la actualidad no se predica como unívoco el estado de necesidad para justificar las tres formas de aborto no punible, excepción hecha por Muñoz Conde (1996), quien señala que la situación de conflicto que contrae el aborto no punible encuentra solución en una interpretación amplia de la exigente de estado de necesidad para justificar los casos conflictivos.

Es así que convergentemente se acepta este derecho de necesidad para fundar la licitud de la indicación terapéutica, en tanto que para los abortos eugénico y ético se ajusta el criterio de no exigibilidad de otra conducta o del principio de ponderación de intereses (Valle, 1996, pp. 71-72). Veamos entonces qué exime de responsabilidad en cada indicación abortiva:

- a. En el primer aborto existe pacífica determinación de que es el estado de necesidad, en un caso de conflicto de bienes jurídicos desiguales –integridad corporal o vida extrauterina de la madre y vida intrauterina del

feto–, el que hace decaer la imputación del injusto. Se trata, entonces, de una situación lesiva, esto es, de una interrupción artificial del embarazo que deviene en la supresión del curso vital del feto, que a la postre resulta ajustada a derecho por cuenta del privilegio otorgado a la vida y salud de la gestante.

Tal privilegio a los intereses de la madre descargaría la imputación del injusto con base en el estado de necesidad, vertido como cláusula permisiva general en la parte general de los códigos penales. Sin embargo, cabe indagar si es posible justificar este aborto al margen de aquella norma permisiva y utilizar, en su lugar, un criterio general de justificación. Esta cuestión fue respondida favorablemente por la dogmática alemana, que con diversos aportes ha expresado que la razón de justificación puede originarse en la *lex artis*, como derecho no escrito surgido de la profesión médica en los fines curativos perseguidos por los facultativos o en una causal justificante que escapa a la generalidad del estado de necesidad.

- b. En los casos de indicaciones eugénica y ética, no ha resultado sencilla la implementación del estado de necesidad, por no aparecer clara la colisión de los bienes jurídicos de la embarazada y del feto. Esto quiere decir que en la indicación eugénica tan solo se edifica una necesidad de interrumpir la gestación por razón del riesgo para la salud del feto, mientras que en la indicación ética se evidencia la necesidad de abortar a causa de la actualización del ejercicio del derecho a procrear. Esto ha dado lugar a apostarle a la justificación de estas indicaciones con fundamento en el “principio de ponderación de intereses”, que como una pauta abierta y abstracta de interpretación y solución a un

conflicto explicado por la concurrencia de intereses contrapuestos, opta por la prevalencia de los intereses de mayor relevancia.

El uso de este principio apunta a un mismo lugar: precisar la uniformidad de las causales de justificación bajo un mismo fundamento, esto es, unificar bajo un mismo cimiento situaciones de descargo de imputación del injusto. Esta es la línea de comprensión seguida por las llamadas "teorías monistas de las causas de justificación", las cuales, bajo la premisa de renunciar a la protección estatal de los bienes jurídicos, entienden que dicha renuncia está dada por un proceso de "ponderación de intereses" en el que se reconoce primacía a unos privilegiados sobre otros lesionados.

La uniformidad invocada por las teorías monistas pronto demostró su insuficiencia para dotar de fundamentación (Baldó, 1994, pp. 39-40), con el mismo criterio de la ponderación de intereses, otras estructuras de descargo⁹. Tal es el caso del consentimiento o la legítima defensa, en donde se requiere de otros principios delimitadores de mejor desempeño, lo que fue procurado por las llamadas "teorías pluralistas", que agrupan las causales de justificación bajo diferentes principios.

Ante tales dificultades, la doctrina ha renunciado a invocar criterios de validez general, optando por utilizar en forma diferenciada estructuras de descarga para cada caso de indicación abortiva. Así, en el caso de la indicación terapéutica, la situación de necesidad encuentra coherencia fundamentadora en el estado de necesidad, por

la ajustada concurrencia de la situación de conflicto de bienes jurídicos. Por su parte, en las restantes indicaciones, el problema se resuelve a favor de la madre, siendo el criterio de la "no exigibilidad de otra conducta" el basamento de su permiso para actuar (Romeo, 2003, p. 183). Se trata, por tanto, de dos situaciones conflictivas personales y excepcionales en las que no puede exigírsele a la embarazada el cumplimiento del derecho, lo que provocará la impunidad del comportamiento por razón del recorte de la imputación de culpabilidad.

La jurisprudencia constitucional

Una fundamentación abierta desde una óptica estrictamente constitucional ha querido dársele al aborto en la Sentencia C-355 de 2006. La Corte Constitucional (2006) expresó:

Advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque, como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio, se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de este sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

⁹ Una de las varias objeciones formuladas a las teorías monistas es el alto nivel de abstracción, por cuenta del uso del principio de la ponderación de intereses, lo que hace que dicha abstracción coincida con la idea abstracta de derecho.

Lo anteriormente referido se produce por la acusación de inconstitucionalidad del artículo 32.7 del Código Penal, contenido del estado de necesidad, fundada en la violación de los derechos a la vida y la salud de la embarazada, por razón de la insuficiencia del estado de necesidad, pues este solo entra a operar como causal eximente una vez se ha puesto término al embarazo en forma clandestina y se ha sometido a la madre a “condiciones humillantes y potencialmente peligrosas para la salud”.

Con esto, estima el Tribunal Constitucional, en el específico tópico constitucional, que el criterio de no imputación del estado de necesidad no resulta eficiente para resolver el problema de violación de derechos fundamentales por el que se acusó al delito de aborto en Colombia. Pero más allá de la respuesta de insuficiencia de esta norma permisiva, late un problema metodológico en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

En el campo constitucional, los derechos fundamentales, erigidos como normas de textura abierta y concretamente como principios, se incorporan al conflicto de inconstitucionalidad de la reglas de derecho, generando una fricción que se resolverá mediante el método de la *ponderación*, en que se privilegian unos principios sobre otros, en virtud de su mayor peso para el caso concreto; así, en el caso concreto, un principio derrota a otro y prevalece su aplicación. Por el contrario, en el ordinario escenario de interpretación y aplicación de reglas de derecho, como normas de textura cerrada, estas ingresan a un conflicto resuelto bajo el método de la *subsunción*, que deriva en la aplicación de solo una de ellas por cuanto resulta más adecuada al caso.

Evidencia de esta metodología de la ponderación se da en los casos concretos de los abortos eugénico y ético, pues en ellos, al resultar difícil visualizar situaciones conflictivas de bienes jurídicos, se acude a una más simple y, por ello, menos

reglada comprensión del problema, que es la de ponderar no bienes, sino derechos fundamentales, los cuales resisten una confrontación más abierta a la argumentación que la que contrae el estado de necesidad. Por ello la Corte, en su segundo argumento de insuficiencia, señala que esta justificante no es comprensiva de la situación de peligro para la vida o salud de la gestante; además, por constituir una regla de derecho de textura cerrada, solo subsume en su hipótesis los casos que reúnan los presupuestos objetivos de su aplicación.

Interesa precisar, con la particular posición de la Corte, que la ponderación que esta utiliza como instrumento constitucional para resolver el problema es ajena al entendimiento del principio de ponderación de intereses, pues esta corporación, al marginar absolutamente al estado de necesidad como justificante del aborto, rechaza toda forma de estructura de descargo de imputación en el delito, incluyéndose el referido principio. La Corte expresa lo argumentado:

Respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquella de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura solo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones “humillantes y potencialmente peligrosas para la salud”, no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política. Finalmente se debe señalar que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas

y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado (Corte Constitucional, 2006).

Las expresiones destacadas concretan el parecer del juzgador constitucional y permiten indicar que la interrupción voluntaria del embarazo es una conducta autorizada por cuenta de su supresión del ordenamiento jurídico, en razón de la inconstitucionalidad de su configuración normativa como delito. Esto aparece como consecuencia que la interrupción voluntaria del embarazo en las indicaciones constitucionales se corresponde con un derecho, que como ejercicio de la libertad de acción puede descansar normativamente en la causal de ausencia de responsabilidad enlistada en el número 5 del artículo 32 del Código Penal.

Esto sería una forma del desarrollo de la libertad jurídica, por cuanto se obra en ejercicio de un derecho que como facultad legítima reconoce el derecho con carácter inoponible, esto es, *erga omnes* (Fernández, 1998, p. 365).

De esta forma, conviene afirmar que el ejercicio del derecho no es una causa de justificación, toda vez que la ejecución de libertades y derechos no está tipificada como delito, pues este último es el que se justifica, mas no el derecho, que cuando se ejerce a nadie daña (Bettioli, 1965, p. 272), salvo en los casos de abuso del derecho.

Es claro que los abortos permitidos por la Corte a través de la sentencia constituyen facultades subjetivas y extraordinarias otorgadas por el derecho judicial a la madre, a fin de detener el embarazo. Esto se concreta en un derecho subjetivo, que sitúa un espacio de libertad organizativo para el ejercicio de la autodeterminación procreativa.

Planteo de solución

Pese al evidente contraste de las soluciones ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia colombiana

para fundar la no punibilidad de las indicaciones de aborto, se estima necesario asumir un planteo sistematizador de la permisión.

Para ello, se parte del argumento plausible consistente en que los abortos no punibles, en el caso colombiano, se originan en derechos subjetivos asignados a la mujer embarazada, en supuestos excepcionales en que puede limitar el curso de la gestación. Tales derechos son asignados por vía judicial como facultades y no provienen del ordenamiento jurídico; no obstante, su efecto es de general ejecución.

Con esto, resulta preciso afirmar que los casos de reconocimiento de derechos o libertades de actuar constituyen una simplificación de una situación de necesidad (García, 2008, pp. 495-496) o, si se quiere, de una permisión jurídica en la que se advierten contextos en los que existen buenas razones para no prohibir la lesión plenamente imputable de un bien jurídico (Baldó, 1994, p. 34).

Las indicaciones de aborto son, por ello, buenas razones o motivos para descargar imputación, que en confrontación con la prohibición penal del aborto reflejan un *actio dúplex* (Baldó, 1994, pp. 35-36), esto es, un doble contexto normativo de prohibición/permisión que permite verificar la estructura de un comportamiento –interrupción voluntaria del embarazo–. Tal comportamiento si bien resulta desvalorado por la lesión al bien jurídico de la vida del feto, resulta valorado por la salvaguarda de los derechos de la madre.

Esta doble situación de lesión y amparo debe necesariamente explicarse en una razón material de mejor argumentación que la asignación de derechos a la madre en situaciones particulares. Por esto se estima que el motivo jurídico bien fundado (Jakobs, 1997, pp. 419 y ss.) para la permisión en los casos de aborto impune lo proporciona el criterio de la no exigibilidad de otra conducta.

Este criterio, como elemento transversal de los elementos del delito (Torres, 2011, p. 568), en términos objetivos excluye la imputación en la madre que detiene su embarazo, al no poder exigírsele una actuación alternativa conforme a derecho. En las excepcionales situaciones de aborto no puede cargarse desproporcionadamente a la mujer con el deber de soportar la carga de un embarazo que resulta lesivo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la libertad y la dignidad. Para la madre no existe alternativa distinta, para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, que acudir a la interrupción de la gestación, pues lo contrario, vale decir, el imperativo punitivo que le obligue a procrear, constituirá un deber heroico que ningún ciudadano está obligado a soportar.

NATURALEZA NORMATIVA DE LA PERMISIÓN DEL ABORTO Y EL ROL DEL MÉDICO EN ELLA

Siendo premisa la impunidad del aborto, por razón de los permisos extendidos por la Corte en la jurisprudencia, conviene responder un cuestionamiento: ¿los eventos permisivos de aborto se traducen en deberes legales para el médico?

Antes de dar respuesta a este interrogante conviene precisar la naturaleza normativa de los eventos de aborto no punible existentes en Colombia, a partir de la sentencia de 2006.

a) Dígase desde este momento que las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética, como datos fácticos que habilitan a una mujer para interrumpir su embarazo, fueron originados en un proceso distinto al democrático, a través del cual la instancia legislativa, en virtud de su competencia constitucional, elabora reglas jurídicas prescriptivas y permisivas, modeladoras del orden social. En nuestro caso, los eventos permisivos derivaron de la instancia judicial que un procedimiento de control constitucional de las reglas de derecho debía condicionar la aplicación de una norma –

artículo 122 del Código Penal– y suprimir parcial y totalmente del ordenamiento otras –artículos 123 y 124 del Código Penal, respectivamente–.

De este último procedimiento, y particularmente de la condicionada exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, preceptivo del injusto de aborto básico, derivó la configuración para el derecho nacional de tres situaciones de permiso para interrumpir el embarazo, en la cuales la Corte Constitucional incorporó al sistema jurídico-penal reglas permisivas especiales, que a diferencia de las ordinarias causales eximentes de responsabilidad regladas en la ley –artículo 32 del Código Penal–, excluyen de imputación hipótesis de lesividad a bienes jurídicos.

Son observables aquí dos situaciones diferenciales que desde luego se apartarían de los principios de legalidad formal y de división de poderes: 1) la extralimitación del ámbito funcional de la instancia judicial, pues además de examinar la constitucionalidad de la norma de derecho, condiciona la vigencia aplicativa de esta, merced a eventos de juridicidad excluyentes de imputación; 2) la permeabilización de la competencia funcional asignada al legislativo, cuando elabora estructuralmente enunciados jurídicos permisivos que estarían asignados al rol del parlamento.

Podría afirmarse que las citadas situaciones diferenciales en el ordinario proceso de creación del derecho generan un resultado de invalidez de los enunciados jurídicos confeccionados por el agente judicial; también podría decirse que se serían ilegítimas las reglas originadas al margen del proceso democrático de creación de leyes vivido en el parlamento.

Pero a despecho de ello es dable reconocer que estas reglas permisivas especiales son el producto de un proceso de lectura y traducción del contenido constitucional que soportan las reglas de derecho; es decir, las reglas de permiso responden

al alcance de la interpretación constitucional de que son susceptibles las normas.

Lo antedicho objeta la lesión al principio de división de poderes, por lo que es necesario añadir que dentro de la función de revisión de constitucionalidad de las normas se cumple básicamente con la tarea de corrección de ellas, lo que en ningún caso podría adelantar el Congreso en el limitado poder formal de configuración del derecho.

En cuanto al principio de legalidad formal es dable precisar que la limitación establecida a instancias diferentes al parlamento, en términos de la construcción de normas, se explica para las *prohibitivas* en materia penal, por cuanto la reserva de ley –nombre dado a la legalidad formal– establece que solo la ley penal establecerá qué conductas son constitutivas de delito (Ferrajoli, 1995, p. 35). Dicho de otro modo, solo la ley designará los presupuestos para asignar una pena. Es así que la legalidad formal o reserva de ley como principio aplican a un convencionalismo dirigido al juez, para que este solo comprenda como delito el fenómeno que como tal este calificado en la ley (Ferrajoli, 1995, p. 95).

Ahora bien, tal garantía de legalidad de delitos y penas no es ajena a las normas permisivas, pues estas, en materia penal, están configuradas por el legislador a partir de las estructuras de descargo denominadas “eximentes de responsabilidad” – artículo 32 del Código Penal–, las cuales resultan racionalmente aplicables a través de las normas rectoras que encabezan el marco del derecho penal positivo.

Lo expresado afirma claramente la validez de la norma permisiva originada en el discurso constitucional, que como derecho judicial cobra validez y autonomía por ser un discurso que describe una de las propiedades constitucionales de una regla de derecho.

Precisamente, los eventos permisivos del aborto como delito explican una de las propiedades constitucionales de la norma típica: su inaplicación en los específicos casos –indicaciones abortivas– en los que la vida intrauterina o dependiente cede ante los derechos de la madre.

Con esto, es preciso señalar que los eventos de aborto no punible enunciados por la jurisprudencia pueden catalogarse, desde la teoría jurídica, como normas permisivas constitucionales (Atienza, 1996, p. 113), lo que objetaría una posición que le otorga validez tan solo a los permisos originados en reglas de derecho. De este modo, la fundamentación y alcance de los enunciados permisos es plausible en esta clase de permisos, lo que pasaremos a explicar en el aborto no punible.

Los permisos como reglas, también llamados “libertades constitucionales” (Atienza, 1996, p. 113), surgen de cierta relación con una norma prohibitiva, pues cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido (Nino, 1999, p. 67). En el caso del aborto, la permisión constitucional se originó de su precedente prohibición penal.

Los permisos son expresivos de la ausencia de razones para controlar una conducta (Atienza, 1996, p. 116). En los casos del aborto impune se extienden motivos expresivos de razones para no incriminar.

De los permisos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices (Atienza, 1996, p. 117), para perseguir determinados fines o estado de cosas, dejando a discreción de su destinatario la decisión de su realización. No obstante, para la consecución de estos fines se utilizan las directrices como presupuestos para su ejercicio, ya se trate de que el legislador los establezca o de que los haga el mismo emisor de los permisos. En el caso del aborto impune se derivan permisos para la madre, quien podrá disponer de su derecho a la libertad de procreación, suspendiendo o no su

embarazo. Si ella opta por lo primero, su conducta estará reglada por las directrices establecidas por la Corte para realización del aborto.

b) Es en el marco de las directrices para la realización del permiso en donde surge el rol del médico como facilitador de su ejecución. Esto, por cuanto dentro de las propiedades y requisitos del permiso que asignó la jurisprudencia constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo se incluyó la intervención obligatoria del médico en dos fases importantes: 1) en la *fase diagnóstica*, cuando emite certificación del riesgo para la salud o la vida de la madre –indicación terapéutica–, o certificación de riesgo de grave malformación del feto que haga inviable su vida –indicación eugenésica–; 2) en la *fase de intervención abortiva*, en la que el facultativo, como profesional cualificado, detiene el proceso de gestación.

Es claro que en el caso colombiano las indicaciones permisivas de aborto existen por cuenta del derecho judicial, a diferencia del paradigma ofrecido por el derecho comparado. En este, los permisos tienen como fuente la ley, lo que determina que el rol del médico y los deberes que en él se sitúan provengan de una fuente de derecho, aunque no formal como la ley, sí válida para el sistema jurídico, como se sostuvo anteriormente. De esta forma, la licitud del aborto ha sido catalogada en dos sistemas: 1) el de plazo, y 2) el de indicaciones. En el primero se utiliza la directriz del término para detener el proceso de embarazo; en el segundo se opera bajo requisitos que justifican eventos de permiso de la madre para abortar, entre los que se cuentan las modalidades analizadas y la socioeconómica. Como nota característica, en este sistema de configuración no existen plazos determinados para la interrupción del embarazo. A partir de 2006, Colombia integraría el catálogo del sistema de indicaciones.

Esta advertencia es de la mayor importancia cuando se pretende enmarcar, en el ámbito de

la imputación objetiva, el rol del profesional de la medicina, en tanto sus deberes son situados en el campo estructural de la competencia institucional (Jakobs, 1997, pp. 993 y ss.). Lo anterior, por razón de la relación de confianza especial que en el médico se deposita para la conservación de instituciones que procuran vínculos positivos entre personas (Perdomo, 2001, p. 29).

El rol del médico estructura una relación médico-paciente que se define como una institución estable (García, 2006, p. 5). A partir del derecho, el Estado entiende tal relación como un ámbito vital que debe preservarse para el desarrollo del sistema social. En esta lógica, el médico ostenta un rol especial, a partir de la ejecución de deberes positivos que solo a este le competen, mas no a otros individuos en la sociedad.

Estos deberes, que resultan positivos por perseguir la conservación y mejoramiento del ámbito vital, le generan deberes especiales al médico, quien asume, de suyo, un *estatus* especial respecto a su paciente. En este caso, los deberes especiales son de carácter extrapenal y generalmente se anteponen a la norma de valoración, en tanto proceden de otras fuentes normativas distintas al derecho penal. Por ello, las expectativas normativas de comportamiento son de índole especial y pretenden el cumplimiento de prestaciones ligadas a un determinado rol especial de un autor.

Es así que el rol del médico se explica bajo una competencia de relación de confianza especial que genera garantía, pues allí este profesional está obligado a proteger el bien jurídico –vida o salud– y a combatir su peligro (Jakobs, 1997, pp. 999 y ss.).

En esta competencia se indica que quien posee la posición de garante, por razón de la división de trabajo y la especialización en diversos ámbitos, asume la administración adecuada de peligros y,

por ende, está obligado a proteger el bien jurídico conjurando el peligro.

En esta estructura de deberes, previa a la imputación, el médico, como individuo con conocimientos profesionales, articula eficientemente el reparto de tareas en sociedad y asume el rol de protección de la vida y la salud de las personas (Perdomo, 2001, pp. 200-201). En esta medida, mediante la categoría de *asunción* de riesgos, como fuente de posición de garantía del médico (Bernate, 2010, p. 283), este introduce en su propio ámbito situaciones de peligro para los bienes jurídicos sobre las cuales tiene el deber positivo de actuar. Ello marca la diferencia con los deberes de actuar surgidos por la injerencia, en donde el garante ha creado previamente las situaciones de riesgo. En este alcance de competencia se trata del médico que sin estar vinculado a una institución que preste servicios de salud, realice la actividad médica como profesional independiente.

Bajo este dato fáctico, como presupuesto es posible determinar los deberes asumidos por el médico en las ya referidas fases diagnóstica y de intervención.

- a. La *fase diagnóstica* se verifica en la indicación terapéutica y eugénica y engloba la actividad consultiva del médico, que como profesional atiende a madres grávidas en situaciones de riesgos para su salud y vida, como también en eventos de riesgo de malformación del feto que harían inviable la vida de este. Tales situaciones y eventos de riesgos a la salud y vida se incorporan en el rol del médico, que al advertir dichos sucesos *debe* diagnosticarlos en la madre, estando obligado a informarle de las consecuencias lesivas de la continuidad del embarazo. Así también deberá comunicar a la gestante si existe la posibilidad de efectuar un tratamiento que anule tales riesgos o si

resulta necesaria la intervención limitativa del embarazo mediante su interrupción.

En este último caso, y una vez emitido un diagnóstico con estas propiedades, servido el facultativo de los exámenes y análisis científicos que soporten su dictamen, deberá indagar a la paciente sobre el sentido de su elección. Si la decisión de la mujer es la de consentir la interrupción de su embarazo, el deber de información del médico se contraerá a explicar el contenido del procedimiento y los alcances para la salud de la madre en la etapa posterior a la intervención.

Llegado a tal punto de asentimiento de la madre para la interrupción del embarazo, se impone al médico el deber de certificar en forma completa los eventos de riesgo para la madre y el nasciturus, cumpliéndose de este modo con la exigencia de evidenciar la situación de necesidad de interrumpir el embarazo.

- b. La *fase de intervención* estará precedida de la expresión del consentimiento informado de la mujer, de quien se entiende ha conocido en forma completa el contenido y las consecuencias de la intervención a la que será sometida.

En este punto podría afirmarse, sin más, que el médico está obligado a efectuar el procedimiento de intervención para la limitación del embarazo, pero surge un cuestionamiento: ¿es el médico que certificó la indicación necesaria de aborto quien debe realizar la intervención?

En el derecho penal español esta pregunta es respondida al exigirse que el facultativo que practique el aborto, en las indicaciones terapéutica y eugénica, sea un profesional

distinto al que emitió el dictamen previo e indicativo de la necesidad de interrumpir el embarazo. Ello, por cuanto la separación de tareas asegura la independencia de cada profesional en su rol y permite al segundo facultativo –quien practicará el aborto– valorar objetivamente el diagnóstico expedido (Romeo, 2003, pp. 195-199).

Tal base de pensamiento en la separación de roles y deberes no resulta aceptable, pues parece negar validez al diagnóstico de necesidad del aborto, al abrir una segunda valoración. Esta, aun cuando sea objetiva, permite la discrecionalidad a favor del médico, que antes de objetar su deber por razones de conciencia podría hacerlo por razones de conveniencia.

Ahora bien, la nueva valoración que realice el médico resulta de mayor evidencia para el decaimiento de la relación de confianza, pues la relación médico-paciente no generará confianza para la madre que ha manifestado su consentimiento informado sobre la base de la certificación de indicación del aborto del primer médico. Esta anomalía además explicaría el quebrantamiento de la confianza de las tareas médicas como actividades de riesgo permitido (Reyes, 2005, pp. 148-160), pues los facultativos que realicen la interrupción de embarazo se marginarán del consenso de cumplimiento de expectativas sobre el que descansa la confianza y, en consecuencia, la actividad médica se marginará de organizar su rol y los deberes de protección de bienes jurídicos sobre directrices fiables de comportamiento social.

Lo dicho, sin embargo, no niega la posibilidad de que el segundo médico pueda resistirse al cumplimiento del deber de realizar el aborto, lo que será objeto de análisis en lo

atinente a la libertad de conciencia, cuando se aduzcan razones de convicción que riñen con su obligación jurídica. Pero distinto será, y esto en el campo esencialmente profesional, que el médico se abstenga de realizar la interrupción por no compartir el contenido científico del dictamen; evento que generará un nuevo conflicto que la gestante no debe soportar como paciente y acreedora en la relación de confianza especial.

Finalmente puede responderse el cuestionamiento expresándose que nada impide que el profesional médico que certificó la indicación de aborto sea el mismo que lo practique, lo que no reducirá la generación de confianza a favor de la madre y resultará coherente con la asunción de riesgos que fundamenta la posición de garante del médico, en tanto individuo generador de confianza en una relación especial.

No obstante señalarse que el rol del médico descansa en una relación de confianza especial que genera garantía, es factible afirmar que en el caso colombiano, la intervención del médico en el procedimiento de interrupción del embarazo podría encontrar fundamento en la llamada “confianza especial que proporciona garantía” (Jakobs, 1997, pp. 1003 y ss.). Esto, en tanto al obligado se le sitúa una posición de garante por integrarse a una organización que previamente ha asumido el deber de auxilio, cuando quiera que la Sentencia C-355 de 2006 dirige deberes de auxilio, en los abortos permitidos, a las organizaciones prestadoras de salud que integran el sistema de seguridad social en Colombia.

De este modo, y a diferencia de lo ocurrido en la asunción, el médico no se integra, sino que se deja integrar en la organización –institución o empresa prestadora de salud– y,

en consecuencia, su deber se rige por el plan de servicio de la organización.

En efecto, el Estado colombiano a partir de la sentencia fue exhortado al establecimiento de políticas públicas de prevención, persuasión y educación, con el propósito de que las personas, mujeres y hombres, entiendan las consecuencias de su libertad sexual y reproductiva. A tales políticas se sumó la protección y garantía del derecho a la salud, por lo que la Corte expresamente convocó al gobierno a regular la materia:

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud (Corte Constitucional, 2006).

Las políticas referidas al derecho a la salud apuntan prioritariamente al deber del Estado de facilitar la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁰, a través de las organizaciones públicas y privadas que comprenden el sistema de salud. De modo que tanto las instituciones privadas como las de naturaleza pública que presten servicios de salud están obligadas a realizar el aborto no punible. Ahora bien, a fin de evitar la barrera económica que limita la práctica del aborto a mujeres de escasos recursos, se impuso como deber estatal la inclusión en el plan

obligatorio de salud de la prestación médica del aborto en sus diferentes indicaciones.

Con todo, se observa que el deber jurídico a que se compelió al Estado, en materia de prestación de servicios de salud en el aborto, es explicativo de una relación vinculante de deberes entre médico-organización, en la que el primero se integró a la institución prestadora de salud, de índole público o privado, y, en consecuencia, será garante del deber de prestar auxilio a la madre que ha decidido realizar el permiso para abortar. Tal deber estará estandarizado indistintamente, esto es, el médico obligado intervendrá en la realización de la interrupción del embarazo, sin importar su intervención previa o no en la emisión de certificación indicativa terapéutica y eugenésica.

En consecuencia, el rol del médico vinculado a una organización prestadora de salud, que precedentemente ha asumido el *deber de auxilio* en las situaciones de aborto permitido, cuenta con un deber jurídico fundado en una relación de confianza especial que proporciona garantía, en la que pese a su vinculación a la organización, podrá apartarse del cumplimiento y eximirse de sanciones estatales, bajo los parámetros que a continuación se exponen en la categoría de la objeción de conciencia.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DISCULPANTE Y EL CASO DEL MÉDICO

En la ejecución de las reglas jurídicas, los ciudadanos, como sus destinatarios, son sujetos del deber de cumplimiento. Pese a ello, pueden surgir situaciones de conflicto de imperativos, que como un dato situacional de colisión de deberes de orden legal y moral (Malamud, 1983, p. 280) dejan libre al individuo para situarse en el *estatus* de desobediente de un deber del primer orden.

10 Así fue precisado en la aclaración de voto de Jaime Araújo Rentería, uno de los dos magistrados ponentes de la sentencia.

Esta posición de desobediencia que faculta al individuo para marginarse de acatar el imperativo obedece a que él cree que el deber jurídico estatal le impone conductas que están prohibidas por sus convicciones morales o religiosas (Nino, 1989, pp. 406-407). Tal nivel de desobediencia jurídica por razones morales se denomina "objeción de conciencia" y atañe al reconocimiento por el Estado de derechos o libertades, que como principios jurídicos otorgan a los ciudadanos la facultad de impugnar los deberes jurídicos que contradigan tales principios.

Ello haría entender a la objeción de conciencia como un derecho suprallegal, que, a la manera de una libertad, cuestiona la competencia del Estado para forzar el cumplimiento de deberes, generando la neutralización de estos en sus manos (Malamud, 1983, p. 276) y absteniéndose de sancionar dicho incumplimiento.

Así, la objeción de conciencia encuentra respaldo en el *plus* de derechos fundamentales, que como principios garantizan la esfera de libertad de los ciudadanos. Uno de tales principios es la garantía a la libertad de conciencia, que autoriza al individuo para reclamarle al Estado no exigir el cumplimiento de ciertos deberes.

En Colombia, esta cláusula constitucional de libertad de conciencia, vertida en el artículo 18 de la Constitución Política, responde no solo a la consagración expresa de la objeción de conciencia, sino a la licencia ciudadana para oponer dictados morales a deberes legales.

La objeción de conciencia corresponde a un acto de naturaleza privada, en donde el individuo transgrede un deber originado en la ley, al que se hace oponible un deber moral derivado de una convicción subjetiva que no persigue intereses propios, como es el caso de la llamada "objeción de conveniencia" (Muñoz, 1997, p. 279), que di-

fiere de la objeción de conciencia como forma de desobedecer el derecho.

En esta medida, debe partirse del supuesto de que el enunciado jurídico de que emana el deber es válido y aceptado por mayorías, al provenir de un proceso legítimo de creación. Estos supuestos permiten ponderar el estatus del deber moral, y no la naturaleza de justicia de la norma de deber. Es decir, el contenido de justicia ínsito en la norma de deber es ponderado con el contenido moral del deber del agente, lo que hace derivar una situación conflictiva en la que el agente opta por privilegiar su convicción.

No obstante, debe repararse en algunas propiedades de los deberes legales, como lo son: 1) si los deberes en su estructura persiguen un resultado de protección de instituciones o evitación de daños a bienes; 2) si se prevén alternativas que permitan sustituir el cumplimiento del deber, y 3) la asunción de compromisos implícitos o explícitos del obligado (Malamud, 1983, p. 287).

En el primer elemento se entiende que existen deberes por deberes mismos, esto es, obligaciones estatales que buscan la mera obediencia del imperativo, sin perseguirse una diferente a la excelencia o simple perfeccionismo. El segundo elemento explica los casos de deberes que extienden opciones al obligado, distintas al deber, que le permiten optar por el cumplimiento de otra acción, preservándose la libertad de conciencia del ciudadano. Sin embargo, en caso de que el objetor se sustraiga de cumplir el deber opcional, se tratará del caso de la insumisión civil (Muñoz, 1997, p. 285). Para la tercera propiedad se indican los eventos en los cuales el obligado ha asumido, previamente o por algún rol, un compromiso para realizar una acción.

Todo ello resulta de vital importancia para determinar la razón del conflicto y el contenido del estatus moral del disidente. Lo que es claro en el

caso concreto en que deba examinarse la *ratio* de la objeción es que el deber provoca el rechazo del objetor a la orden legal y debe provenir de una convicción moral o religiosa, basada en principios que le den fundamento.

Con esto, el objetor puede oponer su propia concepción moral de justicia a la concepción de justicia del deber legal o, dicho de modo distinto, los principios de justicia que soportan la moral del objetor pueden contrariar los principios de justicia que fincan las razones de la regla de deber legal. Además de los principios de justicia moral, resultan admisibles los principios políticos (Rawls, 1997, pp. 336-337) que también contrasten el modelo de justicia que integra la regla de deber. En términos de metaética puede afirmarse que los principios morales del objetor que se oponen a la moral normativa de la regla imperativa explican una especie de escepticismo moral, como propuesta metaética, que formula un modelo de justicia a través de principios.

Tras el modelo de justicia planteado por el deber pueden subyacer principios de igualdad o libertad que funden el mandato legal, pero el disidente deberá fincar su rechazo en los principios de su moral, los cuales en forma suficiente puedan contrariar el deber estatal.

La contrariedad de deberes en ocasiones motiva la coacción del poder estatal, y en otros momentos tal coacción se verifica con la asignación de penas, lo que da lugar a la intervención más severa del Estado mediante el poder punitivo. En tales casos se estima que el carácter subsidiario del derecho penal justificará su reducida intervención, en orden a proteger bienes estatales de vital importancia (Rawls, 1997, pp. 336-337).

Cuando esto ocurre es menester indicar que la objeción de conciencia es generadora de una relación de tensión entre los intereses estatales y los individuales, lo que arroja dos resultados límite: en

primer lugar, el rechazo de la objeción, por resultar de mayor magnitud los derechos o instituciones que se protegen, lo que deviene en la derrota de la autonomía individual; en segundo lugar, la admisión de la objeción, por rechazar con un fundado discurso moral el planteo de justicia de la ley, en cuyo caso la protección estatal de intereses cede a la autonomía individual del objetante.

En este último caso surge una pregunta para el derecho penal: ¿de qué naturaleza es la estructura de la objeción de conciencia para que resulte idónea en la descarga de la imputación penal?

Desde luego, un cuestionamiento de esta naturaleza resulta, para la dogmática penal, una tarea de particular discusión. Así, diferentes esquemas, en términos generales, y distintos autores, en forma particular, le han dado múltiples tratamientos a este instituto.

Sin ingresar a esta discusión, basta decir desde este momento que la libertad o derecho a objetar conciencia en materia penal constituye una estructura de descargo de imputación, que hace decaer la competencia estatal para punir comportamientos derivados de una autenticidad moral (Rawls, 1997, pp. 336-337) y que resultan justificativos de la autonomía individual.

La dogmática dominante en materia penal apunta a señalar que la objeción de conciencia se sitúa como una causal que hace decaer la imputación de culpabilidad a partir del criterio de la inexigibilidad¹¹. No obstante, otros autores, en el mismo pla-

11 Al respecto véase: Pérez del Valle, C. (1994, pp. 282 y ss.); Muñoz conde, F. (2008, pp. 397 y ss.); García Cavero, P. (2008, pp. 548-549). En la dogmática alemana: Frister, H. (2011, pp. 399 y ss.); Jakobs, G. (1997, pp. 697 y ss.). Enlistándolo como un caso particular de inexigibilidad, pero dándole el tratamiento de un caso de "estado de necesidad por conciencia" generador de exculpación, véase: Stratenwerth, G. (2005, pp. 320 y ss.); Jescheck, H. H. (2002, pp. 543-544). Ubicándolo en el estado de necesidad exculpante suprallegal, aun cuando en la parcela de la inexigibilidad, véase: Welzel, H. (1970, p. 256).

no de la culpabilidad o en el de la responsabilidad personal, precisan otros criterios de no imputación.

Despejado el panorama de la conciencia y sus efectos eximentes en derecho penal, expondré, para el caso colombiano, las propiedades que harán no punible el rechazo del médico a la intervención abortiva en las indicaciones reconocidas por la jurisprudencia:

a) Debe establecerse para cuál de las distintas indicaciones se plantea el derecho del facultativo de contrariar el deber jurídico de practicar la interrupción del embarazo. Cuando se presentan las indicaciones terapéutica y eugénica, existirán ciertas cualidades que identifican la libertad de conciencia, a diferencia de lo que ocurre en la indicación ética. Revisemos las primeras situaciones:

1. En la indicación terapéutica, o de riesgo para la salud y vida de la madre, es posible que el médico aplique un tratamiento alternativo al aborto –tratamiento de doble efecto– que persiga la reducción de la situación de riesgo de la madre durante el embarazo o en el parto. Allí pueden plantarse dos supuestos: uno activo, en el cual el médico practica un tratamiento alternativo insuficiente, distinto al aborto, generándose consecuencias lesivas a la vida y salud de la madre, quien debe proseguir el embarazo; y otro omisivo, en que el médico expresa su negativa a la intervención abortiva como tratamiento indicado para reducir el riesgo.
2. Los casos de indicación eugénica y ética representan, en el plano fáctico, situaciones omisivas del facultativo que se sustrae al deber de intervención. Dichos eventos, como datos fácticos, son constitutivos de la oposición del médico al deber legal de interrumpir el embarazo y, en consecuencia, resultan aptos para ser tratados como

conflictos de deberes en la objeción de conciencia.

b) Resultará necesario determinar si para cada indicación abortiva se prevén opciones al cumplimiento legal del médico, esto es, si le es posible considerar alguna alternativa que le permita relevarse de su deber. La jurisprudencia (Corte Constitucional, 2006, 2009) y la doctrina colombianas (Castro Pinzón y Rodríguez Orrego, 2011, p. 96.), como también algunos pronunciamientos internacionales (OMS, 2003), precisan como requisito para la admisión de la objeción del médico el deber de remitir a la embarazada a otro profesional que sí pueda llevar a cabo la intervención.

En esta medida, se incorpora al rol del médico un deber para la materialización de su derecho de conciencia: procurar la protección de los derechos de la madre mediante el reenvío de esta a otro médico que realizará el procedimiento. Tal deber será exigible tanto en el ámbito *de confianza especial que genera garantía* como en el de *confianza que la proporciona*.

Esto, sin embargo, demanda algunas precisiones en los ámbitos de competencia, por razón de la confianza especial, pues si se trata de que el médico, por vía de la asunción, incorpora en su propia organización las situaciones de riesgo de lesión a los derechos de la madre, el facultativo deberá remitir a la madre a instancia de otro profesional, tanto de su propia agrupación –en caso de liderar una– como a otros centros médicos que le resulten conocidos –en caso que de ejerza la profesión de manera individual–. Si se trata de la segunda forma de confianza, el deber de remisión asume una naturaleza corporativa, toda vez que además de ser un deber del propio médico que objeta conciencia dentro de la organización, será un deber de la institución prestadora de salud perfeccionar el reenvío mediante la asignación de nuevo profesional para realizar la intervención abortiva. Ello, desde luego, limitará, como se abordará más

adelante, el derecho de conciencia, pues no podrá ser ejercido por la persona jurídica prestadora de servicios de salud.

Finalmente, en caso de que el médico no atienda el deber de relevarse del caso y con ello haga nugatorio del derecho de la madre a abortar, se tratará de un caso de insumisión (Muñoz, 1997, p. 285), que derivará en la correspondiente imputación por los riesgos asumidos y cursos lesivos que encuentren subsunción en los injustos contra la vida o salud de la madre.

Ahora bien, la existencia de la alternativa para el médico de relevarse del caso mediante la remisión de la paciente parece en realidad disminuir las posibilidades de justificar el predominio de la objeción de conciencia (Malamud, 1983, p. 291), pues el Estado pretende compatibilizar situaciones de cargas que generarían desigualdad para el objetante que inicialmente debe intervenir; en consecuencia varía dichas cargas hacia otro.

Así las cosas, parece que con la opción de remisión, la objeción de conciencia del médico en el sistema colombiano sería nugatoria. Empero, ello no resulta cierto, pues la alternativa, en los casos del deber jurídico dirigido al médico, devienen en un deber de remisión del profesional, lo que opera como requisito de la objeción. De este modo, el médico que pretende objetar conciencia, además de expresar las razones de su conflicto con el deber legal, está en la obligación de separarse del caso remitiéndolo a otro facultativo.

Por ello, el deber de remitir a la embarazada hacia otro médico es una obligación que pese a ser un requisito para el ejercicio de la objeción de conciencia, resulta independiente de la objeción misma, pues esta se evaluará respecto de su procedencia, una vez se haya remitido a la paciente (Corte Constitucional, 2009).

Desde luego, la exigencia del deber de remisión se fundamenta en el deber estatal de proteger los derechos de la madre y no puede ser explicado como una obligación sustitutiva del deber de practicar el aborto, pues será consecuente el deber del médico de expresar las convicciones que integran su libertad de conciencia.

c) Finalmente, el deber moral que le da base a la objeción de conciencia del médico debe corresponderse con convicciones subjetivas que resulten expresivas de una moral individual o de una moral derivada de creencias religiosas.

Con ello, en principio se contradicen las posiciones reduccionistas de la objeción de conciencia del médico en el aborto, que la restringen a convicciones de carácter religioso, como sucede en Colombia (Corte Constitucional, 2006; Castro y Rodríguez 2011, p. 99). Las razones que integran la conciencia, como se ha indicado, deben oponer al deber estatal sus propios motivos de justicia frente al considerado discurso de injusticia que contrae la regla jurídica del deber estatal.

El modelo de justicia recogido en la norma de deber estatal, que obliga al médico a intervenir en el aborto, deberá estimarse injusto para el médico objetor por comportar una contradicción a los principios morales o políticos de su modelo justicia.

Resulta una tarea difícil formular ejemplos sobre este especial conflicto, pero podría afirmarse, en forma estandarizada, que los principios morales o políticos del objetor descansan en los valores –también principios de justicia– de igualdad o libertad. De estos valores se derivan otros valores como la dignidad humana y la vida, los cuales el médico desea preservar o proteger como bienes individuales necesarios para el sostenimiento de la comunidad, la reproducción de la sociedad o la convivencia en solidaridad.

El objetor, en su individual doctrina de justicia, deberá fundar esta en consideraciones sobre lo “correcto” o “justo” (Kaufmann, 2006, p. 39), para lo cual podrá acudir al uso de principios como la igualdad (Rodríguez, 1971, p. XII) o la libertad, constitutivos del núcleo de la justicia (Rawls, 1997, pp. 62, 187).

De este modo, la objeción al acatamiento del deber legal por razones de conciencia enmarcadas en motivos religiosos deberá rechazarse por resultar restrictiva de la libertad misma, como derecho fundante de la objeción de conciencia. Limitar las convicciones a una sola moral, como la religiosa, constituye una creación de barreras a la libertad que se pretende garantizar. En lenguaje pragmático se explicará que la libertad de conciencia del médico para desobedecer el deber legal de practicar el aborto solo será libertad si se basa en la moral religiosa. Surge entonces la pregunta: ¿podrá el médico que no profesa ninguna religión ejercer su libertad de conciencia y abstenerse de intervenir en la interrupción del embarazo?

La contestación, desde luego afirmativa, encuentra razón en el principio de igualdad que, edificante de un modelo de justicia, permitirá pragmáticamente expresar que el médico no practicante de credo alguno podrá objetar el deber de realizar el aborto motivado en principios morales individuales o políticos, inspirados en la libertad equitativa (Rawls, 1997, p. 196).

El Estado no puede arriesgar el ejercicio de la libertad de conciencia construyendo barreras que anulen su materialidad o permitiendo que la doctrina religiosa o moral dominante persiga o suprima la misma libertad (Rawls, 1997, p. 197). Así lo reconoce la interpretación del artículo 18 de la Constitución Política, al utilizar las palabras “convicciones o creencias” como alternativas del reparo por conciencia.

Por lo demás, es necesario redundar en un aspecto de la objeción de conciencia que parece intuitivo: la *titularidad* de la objeción.

Para esto debe afirmarse en forma determinante que el único objetor de conciencia admisible en un Estado constitucional y democrático de derecho es el ciudadano, como destinatario de las libertades públicas. Un discurso fundamental de la conciencia como expresión del querer propio de los individuos (Radbruch, 1944, p. 60), como principio de autonomía individual (Nino, 1989, pp. 408 y ss.) o como autonomía de libertad permite explicar que “los individuos tienen esta libertad básica cuando están en libertad de promover sus intereses morales, filosóficos o religiosos” (Rawls, 1997, p. 193).

Por tanto, se entiende extraño al principio de autonomía individual, reconocido en la base de la libertad de conciencia (artículo 18 de la Constitución Política), que las personas jurídicas puedan ejercer este derecho reservado al ciudadano.

Alguien podría pensar que a partir de los deberes deferidos a las instituciones de salud por parte de la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, las personas jurídicas prestadoras de este servicio público estarán habilitadas para efectuar una especie de “objeción de conciencia institucional”, habida cuenta que representan el extremo destinatario de la relación obligacional y que desarrollan sus funciones en virtud de políticas de auto-organización y autocontrol, al igual que predicen una misión vinculada a la protección de la salud y la vida de la persona humana.

Pese a ello, la conciencia y las convicciones en que ella descansa son de índole individual, y el conflicto suscitado entre la moral de la norma imperativa y la moral del objetor expresa una colisión

de deberes en los que triunfa la moral personal o autorreferente del individuo.

Quien solo puede ejercer la moral autorreferente como aspecto inicial del principio de autonomía individual será la persona humana, pues a ella está destinada la libre elección de acciones o planes de vida, así como la adopción de ideales de excelencia. Este será, de suyo, el argumento más sólido para criticar la posibilidad de que las organizaciones del sistema de salud objeten conciencia (Bejarano Guzmán, 2011, p. 13).

Finalmente, la Corte Constitucional (2006) enfáticamente señaló:

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia.

Esto representa una clara muestra del reconocido, desde antiguo, derecho a la libertad de conciencia en Colombia (Corte Constitucional, 2002) como forma realizable del principio de la autonomía de la persona.

CONCLUSIONES

La Sentencia C-355 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, constituye el paradigma de la promoción para la garantía constitucional de los derechos de libertad sexual y libertad de procreación para la mujer en Colombia.

Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa los casos de indicaciones abortivas (terapéutica, eugenésica y ética) que resultan constitutivas del ejercicio de la libertad de la mujer y, en concreto, de derechos subjetivos que excluyen responsabilidad penal en el injusto de aborto. Tales

indicaciones son comportamientos lícitos y, de suyo, permitidos en el sistema jurídico.

Para la exclusión de responsabilidad penal por indicaciones abortivas, la mujer requiere la intervención del profesional de la medicina en las fases de diagnóstico e intervención del embarazo. La intervención del médico en el aborto permitido extiende la licitud a favor del médico, siempre que se cumplan ciertos requisitos configurados para cada indicación abortiva.

El rol del médico en el sistema social le genera deberes especiales de protección de los bienes jurídicos de la vida y la salud, como también el combate de su peligro. La actividad médica en el aborto constituye una competencia constructiva de dos relaciones de confianza especial: la que genera garantía y la que proporciona garantía. La primera se deriva de la asunción de riesgos que como profesional independiente incorpora a su competencia; la segunda deviene de su vinculación a la institución prestadora de servicios de salud.

El médico solo podrá arrogarse negativamente la protección de la vida y la salud de la mujer en el aborto lícito, fundado en la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia es un derecho constitucional que como especie de libertad permite a los ciudadanos oponer a los deberes jurídicos estatales los deberes de conciencia de índole moral. Los deberes de conciencia que soportan la objeción deben explicarse en las razones que enmarcan el concepto de justicia que cada ciudadano posee.

La objeción de conciencia no se contrae tan solo a convicciones de moral religiosa, sino en el plus de motivos que estructuran significado de justicia al que le apuesta la autonomía individual del ciudadano.

La libertad de conciencia tiene una estructura de descargo de imputación que hace decaer la com-

petencia estatal para punir comportamientos derivados de una autenticidad moral; en materia penal es una causal que hace decaer la imputación de culpabilidad a partir del criterio de la inexigibilidad.

La no exigibilidad de otra conducta, a través de la objeción de conciencia, se dirige al médico, atendiendo a su autonomía moral y no a una persona jurídica carente de este derecho.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Baldó Lavilla, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch.
- Bejarano Guzmán, R. (2011, 17 de octubre). De conciencias y derechos. *Ámbito Jurídico*, 332, 13. Bogotá: Legis.
- Bernate Ochoa, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Bettioli, G. (1965). *Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Castro Pinzón, C. y Rodríguez Orrego, C. (2011). *Guía del aborto punible*. Bogotá: Legis.
- Charry Urueña, J. M. (2011). Aborto: derecho de la mujer y no asunto religioso o moral (prólogo). En C. Castro Pinzón y C. Rodríguez Orrego. *Guía del aborto punible*. Bogotá: Legis.
- Corte Constitucional (1994), Sentencia C-133, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-133-94.htm>
- Corte Constitucional (1997), Sentencia C-013, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-013-97.htm>
- Corte Constitucional (2002), Sentencia T-409, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-tutela-t409-de-2002-t-409-02>
- Corte Constitucional (2006), Sentencia C-355, magistrados ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de http://207.58.191.15:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/55/Legal_61.pdf?sequence=1
- Corte Constitucional (2009a), Sentencia T-209, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-209-09.htm>
- Corte Constitucional (2009b), Sentencia T-388, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>
- Cuello Calón, E. (1955). *Tres temas penales*. Barcelona: Bosch.
- Fernández Carrasquilla, J. (1998). *Derecho penal fundamental* (tomo II). Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Barcelona: Trotta.
- Frister, H. (2011). *Derecho penal* (parte general). Buenos Aires: Hammurabi.
- García Cavero, P. (2006). Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/362_es.pdf
- García Cavero, P. (2008). *Lecciones de derecho penal* (parte general). Lima: Grigley.
- Irueta Goyena, J. (1932). Delitos de aborto, bigamia, abandono de niños y de otras personas incapaces. En *Obras completas* (tomo V). Montevideo: Casa A. Barreto y Ramos.

- Jakobs, G. (1997). Fundamentos y teoría de la imputación. En *Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de derecho penal* (parte general). Granada: Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1929). Libertad de amar y derecho a morir. En *Ensayos de un criminalista sobre eugenesia, eutanasia y criminología*. Santander: Historia Nueva.
- Jiménez de Asúa, L. (1952). *Tratado de derecho penal* (tomo IV). Buenos Aires: Losada.
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Landrove Díaz, G. (1976). *Política criminal del aborto*. Barcelona: Bosch.
- López-Rey (1954). Aborto. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, 2. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Malamud Goti, J. (1983). Cuestiones relativas a la objeción de conciencia. En Bulygin, Farrel, Nino y Rabossi (comps.). *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho penal* (parte general). Barcelona: PPU.
- Muñoz Conde, F. (1996). *Derecho penal* (parte especial). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1997). La objeción de conciencia en derecho penal. En Silva Sánchez (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Muñoz Conde, F. (2008). *Derecho penal* (parte general). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nino, C. S. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Organización Mundial de la Salud (2003). *Aborto sin riesgos. Guía técnica y políticas para sistemas de salud*. Recuperado de http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf
- Perdomo Torres, J. F. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo Torres, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez del Valle, C. (1994). *Conciencia y derecho penal*. Granada: Comares.
- Radbruch, G. (1944). *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Reyes Alvarado, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1971). Introducción a Radbruch, Schmidt, Eberhard y Welzel. En *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar.
- Romeo Casabona, C. M. (2003). *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comares.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal* (parte general I). Buenos Aires: Hammurabi.
- Torres Vásquez, F. (2011). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Valle Muñiz, J. M. (1996). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Welzel, H. (1970). *Derecho penal alemán* (parte general). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.