

ABORTO Y VOLUNTAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO MÉDICO DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD VOLITIVA DE LA MUJER GESTANTE¹

Héctor Fabián Pérez Boada

Recibido: Noviembre 5 del 2019

Aprobado: Enero 26 del 2020

RESUMEN

A partir de la sentencia C-355 de 2006, expedida por la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, se configuró la excepcionalidad del delito del aborto, estipulado en el artículo 122 del Código Penal colombiano (ley 599, 2000) permitiendo la realización, en las mujeres en estado de gestación, del procedimiento denominado interrupción voluntaria del embarazo IVE, que se encuentra condicionado a partir de la autonomía de la voluntad de la mujer. Lo anterior conlleva obligatoriamente a establecer una relación directa entre el procedimiento médico y la acción volitiva de la gestante. A partir de la anterior interacción se analizará, desde la esfera legal y jurisprudencial, si el ejercicio de la voluntad femenina tiene alcance jurídico frente a la afectación mental por el proceso de la gestación, no sólo en los tres casos despenalizados por la corte sino en la generalidad. Esto, teniendo en cuenta los parámetros propios del derecho civil y las normas legales en relación con las discapacidades de índole mental. Se espera concluir si en Colombia nos encontramos frente a un vacío jurídico o no.

Palabras clave: Aborto, voluntad, penalidad, interrupción del embarazo.

1 Colombiano. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y Magíster en Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Inspector del Ministerio del Trabajo de Colombia. Correo electrónico: hectorfabianp@gmail.com. Artículo de investigación científica. <https://orcid.org/0000-0001-8943-9930>.

ABORTION AND VOLITION JURISPRUDENTIAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE MEDICAL PROCEDURE FOR THE TERMINATION OF PREGNANCY AND ITS RELATION WITH THE VOLITIONAL CAPACITY OF PREGNANT WOMEN

ABSTRACT

Based on sentence C-355 of 2006, issued by the Plenary Court of the Colombian Constitutional Court, the exception to the crime of abortion was established, stipulated in article 122 of the Colombian Penal Code (Law 599, 2000), allowing pregnant women to carry out the procedure called voluntary termination of pregnancy (VTP), which is conditioned upon the autonomy of women's volitions. The above imperatively leads to establishing a direct relationship between the medical procedure and volitional action of pregnant women. Due to the above interaction, whether or not exercising female volition has a legal scope regarding the mental effect from pregnancy will be analyzed from a legal and jurisprudential perspective, not only in the three cases decriminalized by the court, but in general. This is taking into account the parameters inherent to civil law and the legal regulations related to mental disabilities. It is expected to conclude whether or not Colombia has a legal gap.

Keywords: abortion, volition, penalty, termination of pregnancy.

INTRODUCCIÓN

El aborto es uno de los temas más álgidos y que han generado discrepancias entre la sociedad colombiana, hay voces a favor del procedimiento y otras contrarias a éste. Este litigio social se fundamenta, principalmente, en posturas ideológicas, políticas y religiosas. Sin embargo, la confrontación se hizo visible cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana se pronunció sobre el tema, en la sentencia C-355 de 2006, abrió la puerta para que las mujeres gestantes pudieran realizarse el procedimiento quirúrgico denominado Interrupción Voluntaria del Embarazo – IVE. Antes de esta sentencia la Corte Constitucional tenía una posición totalmente diferente en donde se protegía el derecho a la vida del nasciturus por encima de la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como puede visualizarse en la sentencia C-133 de 1994 de la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana. Pero luego, la misma corte cambió su postura y valoró como ciertos los argumentos legales dados por Mónica Roa en su demanda de inconstitucionalidad, donde arguyó que el nasciturus jurídicamente no se puede catalogar como persona y, por tanto, no es sujeto de derechos. Este argumento se sustenta en el

artículo 90 de la ley 57 de 1887 (Código Civil Colombiano) que establece la existencia legal de la persona a partir de su nacimiento. Esta situación jurídica dirimió el conflicto de valoración de derechos.

Dicha posición legal permitió que la Corte Constitucional Colombiana protegiera los derechos de la autonomía y de la voluntad reproductiva de la mujer gestante, admitiendo el acceso a servicios médicos para el procedimiento quirúrgico de interrupción de la gestación. Desde el año 2006 podemos decir que el aborto dejó de ser un delito en sentido estricto y se convirtió en un derecho. Esto, siempre y cuando se materialicen unos requisitos, lo que da a entender que el derecho al aborto no es pleno sino condicionado.

El propósito del presente artículo es realizar un análisis de aquellos elementos que se deben presentar para que la mujer gestante pueda realizarse el procedimiento médico de IVE. Los presupuestos se revisarán, especialmente, desde las apreciaciones jurídicas y legales dadas por la Corte Constitucional Colombiana, para luego profundizar en el concepto de autonomía de la voluntad y verificar, desde allí, si efectivamente la mujer gestante goza de plena autonomía de la voluntad o la misma se ve reducida en relación con las situaciones fácticas que se deben presentar para acceder a dicho procedimiento quirúrgico. Es del concepto de la voluntad de donde parten los derechos reclamados por la mujer y desde donde deben nacer las posibilidades de su acertada satisfacción. Dicho concepto se estudiará a partir de la configuración de aquello que llamamos vicios del consentimiento que, aunque es un concepto que hace parte de la esfera legal del derecho privado y comercial, servirá de base para el estudio del presente artículo académico para revisar así sobre permisibilidad jurídica del procedimiento IVE. Por último, se revisarán los postulados legales en relación con las discapacidades de índole mental y su posible relación con la voluntad de las embarazadas.

Antecedentes históricos y jurídicos del aborto en Colombia

Colombia, desde el nacimiento del Estado como nación libre y autónoma, ha expedido diferentes códigos penales. En dichas reglamentaciones el país siempre fijó una postura única en relación con la protección de la vida del nasciturus (el feto que está por nacer) y por ello, desde sus inicios, tipificó como delito el acto del aborto, tanto para la mujer gestante como para todas aquellas personas que colaboran, directa e indirectamente, en la ejecución del procedimiento quirúrgico.

La primera de estas es la ley 19 del 19 de octubre de 1890, allí en el libro III, título I, capítulo IV, en el numeral 638, se fijó el delito del aborto de la siguiente manera:

638.- El que, empleando voluntariamente y a sabiendas, alimentos, bebidas, golpes o cualquier otro medio, procura que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio – Si lo hiciere, con consentimiento de la mujer, será el presidio de uno a tres años.

639.- Si resultare efectivamente el aborto, sufrirá el reo de cinco a diez años de presidio en el primer caso, y de cuatro a ocho años de presidio en el segundo.

640.- Sí el que administra, facilita o proporciona, a sabiendas, los medios para el aborto, fuere el que ejerce la medicina o cirugía, o boticario, comadrón o partera, sufrirá respectivamente las penas señaladas en los artículos anteriores, con un aumento de seis meses a un año – No se incurrirá en pena alguna cuando se procure o efectúe el aborto como un medio absolutamente necesario para salvar la vida de una mujer, aun cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial – No por eso debe creerse que la ley aconseja el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se limita a eximir de pena al que con rectitud y pureza de intenciones se cree autorizado para ocurrir a dichos medios.

641.- La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas, o consienta en que otro emplee alguno de los medios expresado en el artículo 638, sufrirá la pena de uno a tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses a un año, si no resulta.

642.- Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior y resultare, a juicio de los jueces, que el único móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá solamente la pena de tres a seis meses de prisión, si el aborto no se verifica y de cinco a diez meses, si se verifica.
(Ley 19, 1890)

En 1890, la legislación colombiana, específicamente el Código Penal de la ley 19, estipuló el aborto como un delito, el cuál debe cumplir ciertos elementos para ser tipificado como tal. En primer lugar la existencia de una mujer gestante y, en un segundo momento, que exista el ejercicio de la voluntad o consentimiento para la realización de actos que ocasionen o busquen generar el aborto del nasciturus; impulso volitivo que debe estar reconocido, no sólo en la mujer gestante cuando se realiza con su pleno consentimiento sino también por quién genera el aborto, ya sea a través de procedimientos médicos o mediante actos violentos como golpes o suministro de elementos que propicien el aborto al feto.

Igualmente se debe apreciar cómo en el numeral 642 de la ley 19 de 1890, se reduce la pena “cuando el móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad” (Ley 19, 1890). Tal postulado legal demuestra que, aunque la

acción de abortar y la acción volitiva son los requisitos necesarios para la tipificación del delito, en relación con la voluntad, esta puede resultar afectada y por tanto la decisión de la mujer gestante no es libre sino coaccionada por una situación personal. En este caso la situación es la búsqueda de una actora que probablemente provenga de buena familia con buena fama de encubrir un embarazo, posiblemente no deseado. Esta situación podría afectar dicho reconocimiento social y, por tanto, la voluntad de la mujer resultaría diezmada, es decir que perdería su plena libertad de decidir y lo haría influenciada por la situación a encubrir.

Así mismo, en relación con el tema de la voluntad, el Código Penal de 1890 no sólo exonera a la mujer gestante sino también al médico tratante:

Para saber hasta donde alcanza la facultad de un médico para producir el aborto, es necesario resolver muchas cuestiones médicas de grande importancia; pero que todas deben estar basadas sobre las probabilidades de vida para la mujer por el estado de su constitución y la naturaleza del accidente que quiere remediarse; y por la viabilidad del feto...no hay duda que es la mujer la única que tiene derecho a la vida y a quien debe tratar de salvarse, produciendo el aborto...pero cuando el feto es viable y sobre todo cuando ya está cerca el término de la preñez, si el médico se encuentra al frente de uno de esos casos en que no hay otro medio que sacrificar al feto para poderlo extraer o practicar la operación Cesárea que equivale casi tanto como sacrificará la mujer: sólo podrá decidirse la cuestión, decidiendo cuál de los dos es el que tiene más probabilidades de vivir (Barreto, 1890, pág. 56)².

Cuando el médico que ejecuta el procedimiento quirúrgico abortivo lo realiza con una voluntad recta y pura en sus intenciones, demuestra nuevamente que dicha autonomía se ve afectada, esta vez de manera positiva. Esto porque la intencionalidad del profesional médico no es la de ocasionar el aborto sino que su fin principal es la de salvaguardar la vida de la mujer gestante, quien se encuentra en peligro a partir del embarazo. Lo curioso de este caso es que el Código Penal colombiano hace referencia a eximentes de responsabilidad al médico pero no se dice nada en relación con la mujer gestante, ni siquiera en los casos de que el embarazo ponga en peligro la vida de la embarazada.

Posterior al Código Penal de 1890, se promulga un nuevo Código Penal en el año 1936, mediante la ley 95. En éste igualmente se tipificó el delito del aborto de la siguiente manera:

Artículo 387. La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurre en la prisión de uno a cuatro años.

² file:///C:/Users/hperez/Downloads/2207-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8115-1-10-20171030.pdf

En la misma sanción incurre el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada.

Artículo 388. El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en la prisión de uno a seis años.

Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasiona la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el artículo 368.

Artículo 389. Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los dos artículos anteriores sea un médico, cirujano, farmaceuta o partera, la pena se aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión de la respectiva profesión por dos meses a seis años.

Artículo 390. Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial (Código Penal, 1936).

El Código Penal de 1936 mantiene los mismos elementos tipificados en el Código Penal de 1890 en el cual, nuevamente, los elementos del procedimiento médico y el consentimiento son los presupuestos para fijar la pena de quienes sean declarados culpables en la ejecución delictiva. Así mismo se aprecia que se mantuvo la reducción de la pena para la mujer que, con su consentimiento, permita el desarrollo del procedimiento quirúrgico buscando salvaguardar su honor o el de algún familiar cercano. La única modificación está dirigida al profesional médico que adelanta el aborto para salvaguardar la vida de la mujer gestante pues ya no cuenta con ningún tipo de atenuación en la graduación de la pena. En conclusión, el llamado aborto terapéutico desaparece en la regulación penal, sin embargo, esto no quiere decir que se despenalice sino todo lo contrario, perdió la reducción en la pena que se identificaba en el código de 1890³.

Este Código Penal colombiano tuvo vigencia hasta el año de 1980 cuando el Congreso de la República promulgó la ley 100 del 23 de enero en la cual, gracias a los cambios propios de una sociedad en algunos tipos de delito perdieron vigencia —como es el caso del duelo—, era pertinente realizar las debidas modificaciones a la norma. En este nuevo Codex se estipuló el delito del aborto de la siguiente manera:

3 El Código Penal de 1936 que es el que más ha regido entre nosotros introduce, en rasgos generales, lo que es la moderna tipificación de este delito cuando criminaliza el delito de aborto consentido (Art. 386, Código Penal, 1936) cuando la mujer causa su aborto o permite que otro lo cause con pena de 1 a 4 años de prisión y el aborto no consentido (Art. 387, Código Penal, 1936) con pena de 1 a 6 años, estableciendo una disminución punitiva para el denominado aborto honoris causa (Art. 389, Código Penal, 1936). Desde este Código Penal y en adelante, desaparece una regulación específica sobre el denominado aborto terapéutico- el que se causa para salvar la vida de la mujer- en el entendido que se trata de un evento de estado de necesidad, mismo que excluye la ilicitud del comportamiento (...) (Bernate Ochoa, 2016).

ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.

ARTICULO 344. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.

ARTICULO 345. CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.

Podemos decir que desde el Código Penal de 1980 en adelante sólo se conocerán dos tipologías de conducta punible, el consentido y el que no lo es; saliendo de la órbita de éste el denominado terapéutico, como también aquel atenuante que hace referencia al honor y a la fama pública⁴.

El último Código Penal promulgado por el Congreso de la República de Colombia es la ley 599 de 2000, el cuál fijó el siguiente articulado en relación con la conducta punible del aborto:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

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 cuatro (4) a diez (10) años.

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

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario

4 “El Código Penal de 1980 mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 343, Código Penal, 1980) con pena de 1 a 3 años de prisión, y aborto no consentido (Art. 344, Código Penal, 1980) con pena de prisión de 3 a 10 años. Elimina el denominado aborto honoris causa e introduce una atenuante punitiva para el aborto causado cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Art. 345, Código Penal, 1980)” (Bernate Ochoa, 2016).

judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

La conducta punible tipificada como aborto se presenta en dos circunstancias: en primer lugar cuando se ejecute el acto médico bajo el consentimiento de la gestante y en segundo lugar cuando el procedimiento quirúrgico se desarrolle sin el consentimiento de la madre. Por último, fijó las situaciones que permiten atenuar la graduación de la pena por considerar que afectan el consentimiento propio de la mujer gestante⁵.

Es desde el tema de la voluntad que se fijan las excepciones de la pena que se estipularon a partir de la sentencia de la Corte Constitucional que despenaliza el aborto en Colombia y que será el tema para tratar en el siguiente capítulo.

La despenalización del aborto a partir de la sentencia c-355 de 2006

La Corte Constitucional en Colombia es una de las instituciones de la rama judicial del poder público que tiene la función de guardar y proteger la Constitución Política de Colombia, expedida en 1991, frente a los actos jurídicos y de hecho que atenten sobre ella. Es quien estudia en última instancia las acciones de tutela como también toda acción de inconstitucionalidad, es decir el estudio de las normas, leyes y actos administrativos que puedan atentar contra la esencia de derechos y preceptos contenidos en la carta magna.

En el año 2005 la abogada Mónica Roa presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 32, 122, 123 y 124 de la ley 599 de 200 (Código Penal Colombiano), en la cual la demandante afirma que se violan el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, C-355 de 2006). La demanda fue acompañada también por los ciudadanos Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

5 "Por último, el actualmente vigente Código Penal de 2000, mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 122, Código Penal, 2000) con pena de prisión de 16 a 54 meses de prisión y no consentido (Art. 123, Código Penal, 2000) con pena de prisión de 64 a 180 meses de prisión. Mantiene, al igual que su antecesor, una disminución de pena (art. 124, Código Penal, 2000) en el evento en que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Pero el gran avance en esta materia, lo encontramos en la posibilidad no imponer la pena señalada, en los casos en los que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas siempre y cuando la mujer obre en extraordinarias condiciones de motivación (Art. 124, Código Penal, 2000). En este último supuesto, se reitera que la mujer que causa su aborto en estas condiciones ha cometido un delito, pero el funcionario judicial podrá prescindir de la pena, es decir, nuestro código actual no entiende que en este evento haya una causal que excluye la responsabilidad" (Bernate Ochoa, 2016).

Los fundamentos de la demanda radican, preferencialmente, sobre la capacidad volitiva de la mujer y los derechos que tiene la fémina sobre su cuerpo:

La primera de las tensiones que plantea el precepto acusado, se da entre la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo; expresión de valores jurídicos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra, en algunos de los cuales se hallan implícitos otros derechos de orden jerárquico inferior como el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, de una parte, y de otra, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad; potencialidad que no se realiza cuando ocurre la interrupción, voluntaria o no, del embarazo.

La conducta punible del aborto se fundamenta, por un lado, en el acto propio del procedimiento médico de la interrupción del embarazo y por el otro en el tema de la voluntad. Es a partir de la acción consentida de donde nace el litigio entre la permisibilidad del proceso quirúrgico y el derecho a la vida del nasciturus.

Ahora, ¿cómo resolvió dicho conflicto jurídico? la Corte Constitucional Colombiana procedió a reconocer, en primer lugar, los derechos de dignidad humana y la autonomía sobre su cuerpo a la mujer, como también la existencia de vida en el nasciturus:

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto **el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.** En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

El caso del peligro para la vida de la mujer presenta el problema de ponderar el valor de la vida del que está por nacer y el derecho a la vida de la mujer madre como se ha señalado en esta providencia. Los grados de protección de la vida en uno y otro caso son diferentes, otorgándole el ordenamiento jurídico mayor sanción a la vulneración de la vida de la

persona humana mujer que a la vida del que está por nacer. Correspon-
diendo entonces hay que afirmar que, en aras de su no vulneración, existe
mayor protección a la vida de la mujer que a la vida del que está por
nacer. Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales la vida del que está
por nacer constituya peligro para la vida de la mujer, la protección del
primero cede a favor de la protección de los derechos de la segunda. Por
consiguiente, la interrupción de la vida del que está por nacer no puede
constituir un delito o hecho reprochable por el ordenamiento jurídico
legal por cuanto se busca proteger una necesidad constitucional de orden
mayor como es el derecho a la vida de la mujer.

La tensión fue resuelta gracias al Código Civil Colombiano del año
1887, donde se definió a la persona como aquella que nació y se separó
completamente de la mujer⁶. Tal precepto legal permitió identificar que
el nasciturus, aunque tiene vida, no es sujeto de derechos, es decir, no
pueden prescribírselle las prerrogativas fijadas en la Constitución Política
de Colombia, por lo que, al valorar o resolver el litigio, ponderó los
derechos de la autonomía y la voluntad de la mujer gestante, en relación
con su cuerpo, sobre el nasciturus que no es sujeto de derechos.

Por lo tanto, al no prescribírselle derechos al nasciturus dejó de existir
conflicto de prerrogativas, definiendo la tensión en favor de los derechos
ya reconocidos por la legislación colombiana y el derecho internacional:

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de confi-
guración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger
bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medi-
da, el legislador al adoptar normas de carácter penal no puede descono-
cer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe
tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple
instrumento de reproducción de la especie humana, o de **imponerle en
ciertos casos, contra su voluntad**, servir de herramienta efectivamente
útil para procrear.

(...)

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero
receptáculo, y por tanto el **consentimiento para asumir cualquier
compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante
un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo
ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los
sentidos**. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado
del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una

6 “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre... La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. (Ley 57, 1887).

conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

(...)

en cuanto al libre desarrollo es claro que parte de este se constituye en la libre decisión de la madre de dar o no a luz a un hijo, dada la injerencia que en su vida dicha decisión puede tener.

Por consiguiente, a partir de la sentencia C-355 de 2006 hablamos de que la excepcionalidad de la penalización del aborto depende exclusivamente del factor volitivo de la mujer gestante y condicionado en tres situaciones fácticas:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-355 de 2006, en el entendido 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: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Ley 599, 2000).

Luego de la sentencia C-355 de 2006, vinieron otras decisiones de la Corte Constitucional que reforzaron aun más los argumentos a favor de la despenalización del aborto, fundados desde el derecho de la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo, es decir condicionada a la voluntad femenina:

- Sentencia T-388/2009: “En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de

interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia... Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima —en tanto proporcional y razonable—, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales”.

- Sentencia C-341/2017: “El exhorto que hace la Corte Constitucional T-532 de 2014 al Congreso de la República para definir el problema jurídico que se ha puesto de presente en esta demanda no es suficiente, por eso resulta procedente y necesario que se declare inconstitucional por omisión legislativa relativa del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 adicionado por la sentencia C-355 de 2006, para que sea una obligación legal del Congreso de la República tener que legislar en un tiempo prudencial y perentorio para establecer mediante Ley de la República un período de tiempo en el cual **la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas**”.
- Sentencia SU-096/2018: “Una vez se ha emitido la certificación médica de interrupción voluntaria del embarazo y **la mujer haya expresado su voluntad de continuar con el procedimiento**, la entidad prestadora de salud deberá realizar de oficio y directamente con su red de instituciones prestadoras de salud los trámites administrativos indispensables para la práctica del procedimiento. Para el efecto, las entidades prestadoras de salud solo podrán remitir a la paciente a las entidades que tengan capacidad técnica para efectuar el procedimiento de acuerdo con la edad gestacional, y que hayan consentido previamente sobre la realización del mismo. Estas diligencias deberán respetar el término de cinco días dispuesto para la materialización del mismo, el cual empezará a correr desde la emisión del certificado médico respectivo... Recapitulando (i) es un profesional de la medicina quien debe expedir el certificado; (ii) la

certificación debe establecer la causal y que esta responde a, por lo menos, una causal de las establecidas en la sentencia C-355 de 2006; (iii) **la práctica de la IVE debe estar sujeta a la voluntad de la mujer gestante**; (iv) al juez constitucional no le corresponde evaluar la idoneidad del certificado; y (v) si se considera que la certificación no fue expedida acorde con los parámetros científicos adecuados, será al interior de otro proceso donde se deberá debatir la actuación del profesional”.

Por lo tanto, podemos afirmar que la despenalización del aborto se presenta cuando se configuran dos situaciones, por un lado, que se trate de las tres situaciones fácticas previstas por la sentencia C-355 de 2006 y, por otro lado, que se ejecute a partir de la voluntad expresa de la mujer gestante. El propósito del presente artículo académico es realizar un análisis, desde la jurisprudencia y lo jurídico, exclusivamente sobre el tema de la voluntad y como ésta se puede ver afectada, no sólo desde las tres condiciones que expuso la sentencia de la Corte Constitucional sino también desde hecho mismo de que el embarazo puede ser causal de discapacidad mental temporal.

El concepto de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico colombiano

La Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, con la sentencia C-355 de 2006, estableció en el artículo 122 de la ley 599 de 2000 que la conducta punible del aborto puede ser despenalizado siempre y cuando se cumplan unos requisitos: por un lado que exista la acción voluntaria de la mujer gestante para decidir interrumpir el embarazo (es decir hacer efectiva la autonomía reproductiva), y que la decisión se presente únicamente en tres situaciones fácticas: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

A partir de lo anterior, debemos hacer un estudio del concepto de voluntad, analizándolo desde la legislación colombiana y jurisprudencial, para luego acercarnos a revisar sus efectos dentro de los parámetros jurídicos fijados por la Corte Constitucional en relación con el derecho de abortar.

El principio de la autonomía de la voluntad privada se encuentra consagrado en los artículos 13 y 16 de la Constitución Política de Colombia:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los

mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Const., 1991, art 13 y 16).

Pero ¿qué se entiende por autonomía de la voluntad? La Corte Constitucional la definió, en la sentencia C-1194 de 2008 como: “el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”. Lo anterior quiere decir que la voluntad es una facultad jurídica que otorga el ordenamiento jurídico reconocido para crear, modificar y extinguir efectos jurídicos entre partes; es una potestad que permite darle validez jurídica a toda actuación u omisión con connotaciones legales⁷.

Así mismo el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera—, en la sentencia del 24 de noviembre de 2014, estipuló lo siguiente:

Ahora bien, la fuerza normativa de la manifestación de voluntad se sustenta en el hecho de que es inherente a la naturaleza humana la búsqueda constante del bienestar y la preservación, el interés por obtener beneficios y por mejorar las condiciones de vida. Son excepcionales los casos en que las personas, ya sea por altruismo o por un caso extremo de instinto de autodestrucción, tomen decisiones que vayan en contravía de sus intereses. Por esto es apenas lógico que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las personas manifiesten su consentimiento en aras de obtener su propio bienestar y alcanzar los fines que tienen propuestos... En conclusión, la naturaleza misma de la conciliación exige el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y si se logra llegar a un acuerdo, éste tendrá la misma fuerza que una decisión judicial, lo cual vislumbra, una vez más, **la fuerza jurídica que tiene la voluntad exenta de vicios para producir efectos jurídicos**, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres, en los términos señalados por la Constitución Política. (CONSEJO DE ESTADO, 2014).

La autonomía de la voluntad, dentro del ordenamiento jurídico, siempre busca la satisfacción de un interés que tenga como finalidad su propio bienestar o la preservación de algo. En el mundo de los contratos,

⁷ Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos Inter partes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica la manifestación de voluntad, siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo (Consejo de Estado, 07001-23-31-000-2008-00090-01, 2014).

la autonomía de la voluntad busca específicamente eso: que a partir de la relación jurídica nacida de la voluntad de las partes se alcance la satisfacción de un interés, algún beneficio o la preservación de algo, como por ejemplo la adquisición de un bien necesario para su bienestar, como es un contrato de trabajo, un bien inmueble, entre otros⁸.

Al final, la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico colombiano es la capacidad de disponer de sus derechos y posesiones:

El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres (Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008).

Por otra parte, la Corte Constitucional fue clara en describir que una cosa es la autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico, como facultad de disponer, y otra muy diferente como la voluntad meramente humana, aquella que es independiente del ordenamiento legal pero que puede generar efectos jurídicos:

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que este principio encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Estos derechos permiten inferir que se reconoce a los individuos la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas (Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008).

La voluntad en esencia es un ejercicio introspectivo de la libertad, un actuar o una determinación que efectivamente contiene consecuencias jurídicas⁹. Ahora bien, la autonomía de la voluntad no solo hace referencia al ejercicio libertario sino también a un autogobernarse, no sólo propende

8 “Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel”. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2013)

9 “Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel” (Corte Constitucional, 2013).

por la posibilidad de actuar sino también de ponerse sus propios límites¹⁰.

Con base en lo anterior, la voluntad es la facultad humana, interna, libre y discernida que al exteriorizarse puede conllevar a efectos jurídicos, afectando no sólo los límites de la autonomía particular sino de otros sujetos de derechos. Tal voluntad no siempre es perfecta y esto lo sabe el ordenamiento jurídico, por ello prevé consecuencias legales cuando la autonomía de la voluntad afecta negativamente las esferas del otro e, igualmente, cuando la misma nació a partir de postulados reactivos y contaminados por situaciones ajenas a la misma voluntad.

Autonomía de la voluntad y el vicio del consentimiento

La autonomía de la voluntad, como potestad de la libertad para crear derechos y contraer obligaciones, nace jurídicamente a partir de los parámetros legales ya fijados y reforzados con postulados constitucionales, especialmente en temas como la contratación privada y los procesos de conciliación.

Sin embargo, desde la misma legislación colombiana encontramos cómo la autonomía puede resultar afectada o incluso anulada en algo que se conoce como los vicios del consentimiento:

El consentimiento puede, y quizá debe, ser visto como el producto de una deliberación previa entre las partes, en las que se aclara, no la unilateralidad de la acción, sino el hecho de que, al ser la acción un proceso transitivo, se resuelve que una parte puede ser pasiva y la otra activa porque solo una está en situación de obligarse, o que ambas sean activas, en cuyo caso hay una reciprocidad obligacional...

Pues bien, estas personas deben estar no solo en plena capacidad de hacer uso de su voluntad –esa capacidad fundamental que tiene cada persona de resolver de sus propios asuntos, intereses y deseos, teniendo siempre en cuenta el contexto de lo social, lo jurídico y lo económico– sino de demostrar su habilidad deliberativa, la cual debe ser consiente, consistente y capaz de superar el más simple análisis discursivo (García Vásquez, 2014).

En la correlación consentimiento-voluntad que describe el pasaje anterior podemos encontrar que esta se hace necesaria para verificar la validez jurídica de todo acto humano. El consentimiento es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, y hace referencia exclusivamente de aquella exteriorización de la voluntad libre de una persona para acoger

¹⁰ “autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo... autonomía implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo”. Por su parte dice la misma doctrinante que “este concepto genérico adquiere gran importancia cuando se refiere a las personas y entonces se llama autonomía privada, y se define como el poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica” (Bambach Salvatore, 1993).

derechos u obligaciones. El artículo 1502 del Código Civil colombiano afirma lo siguiente:

ARTICULO 1502. REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 10.) que sea legalmente capaz.
- 20.) que consienta en dicho acto o declaración y **su consentimiento no adolezca de vicio.**
- 30.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 40.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra¹¹ (Código Civil, 1887)

Para que todo acto jurídico exista, (como por ejemplo el de acceder al procedimiento quirúrgico IVE) debe contar con plena validez, es decir que debe trascender del mero acto humano a lo jurídico, proceso que permite la consecución de efectos meramente legales.

Sin embargo, todo acto humano puede no llegar a ser acto jurídico en dos situaciones: la primera, cuando falla el elemento volitivo, es cuando hablamos del vicio jurídico, y la segunda, cuando la persona no pueda obligarse por sí mismo. Pero ¿qué son los vicios? Y ¿qué es no obligarse por sí mismo?

En relación con los vicios podemos establecer que existen tres tipos según el artículo 1508 del Código Civil colombiano: “Artículo 1508. Vicios Del Consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo” (Código Civil, 1887).

Ahora, al entrar a definir al primero de los vicios se afirma: el error, podemos decir que es “la falsa apreciación que se tiene sobre la ley, una persona o cosa, o como una contraposición entre concepto y realidad” (García Vásquez, 2014, p.162). En resumen, es una equivocada percepción de la realidad o equivocada conceptualización de una ley de una persona o una cosa.

En relación con la fuerza como vicio del consentimiento, el artículo 1513 del Código Civil Colombiano expone:

Artículo 1513. Fuerza. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de

11 Subrayado y negrilla propios.

verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave... El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento (Código Civil, 1887).

La fuerza, por sí sola, no representa o no genera efectos para viciar una relación de índole jurídico, sin embargo, si dicha fuerza puede afectar el sano juicio, es decir la capacidad de discernir entre lo que le conviene y no, pierde la capacidad de decisión voluntaria¹².

Por último, tenemos al dolo, fijado en el artículo 1515 del Código Civil colombiano, que estipula:

Artículo 1515. dolo. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado... En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo. (Código Civil, 1887)

El dolo es la acción intencionada de una de las partes con el propósito de engañar a la otra parte. Es la búsqueda de buscar un beneficio afectando el interés de la contraparte¹³.

Como podemos apreciar, en relación con los tres tipos de vicios del consentimiento, estos pueden afectar cualquier acto jurídico. En nuestro caso la decisión de la fémina para que se desarrolle el procedimiento de IVE, teniendo en cuenta que nos encontramos, no frente a la consecución de un contrato, sino frente al perfeccionamiento de una relación jurídica, nacida de la voluntad de la mujer gestante y su consentimiento exteriorizado ante la institución prestadora de salud para que le adelante dicho tratamiento médico. Sin embargo, tal consentimiento puede sobrellevar algún vicio, sea este por error, fuerza o dolo. A manera de ejemplo tomaremos la Sentencia SU 096 de 2018 donde encontramos dos hechos que sirvieron de móvil para la interposición de la acción de tutela: por un lado el estudio psicológico que le hicieran a la gestante para identificar que el embarazo ponía en peligro su salud mental y por el otro el hecho de que el nasciturus venía con malformación. En relación con el

12 “Dicha norma continúa vigente, y reconoce que la fuerza que vicia el consentimiento no sólo ésta en las personas beneficiadas con tal coacción o en un tercero, (código civil, Art. 1514) sino también en las circunstancias que fuerzan a los sujetos a actuar como no lo desean” (García Vásquez, 2014, p.190).

13 “El dolo en el derecho civil es considerado como la maniobra empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico, es un error provocado, donde queda evidenciado que, sin ellos, los contratantes, no hubiesen contratado la otra parte y, en este caso, es causa de nulidad por haberse utilizado este medio. Es preciso que este haya sido cometido por uno de los contratantes en contra del otro, para que sea probado por aquel que lo alega” (García Vásquez, 2014, p.205).

primero encontramos que se identifican o hacen referencia a dos estudios psicológicos que le hacen a la gestante con resultados diferentes:

El 29 de diciembre de 2017, un médico psiquiatra adscrito a la EPS Compensar, evaluó el caso de la accionante dada su solicitud de “interrupción del embarazo de común acuerdo con su esposo”. Encontró a una paciente “consciente, alerta, orientada, sin alteraciones en la sensopercepción o el pensamiento. Afecto reactivo ansioso depresivo. Memoria conservada. Juicio de realidad adecuado”. Conceptuó: “madre gestante de 33 años que ante informe solicita interrupción del embarazo. Es consciente de su situación y está en pleno uso de sus facultades para tomar esa decisión. Se recomienda continuar en apoyo psicoterapéutico”.

En la misma fecha, la paciente fue remitida a Profamilia. El formato contiene la siguiente información, relevante para el caso, (i) “paciente con cuadro de ansiedad y depresión desencadenado por la noticia de que el feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica”; y (ii) diagnóstico: “F412 Trastorno mixto de ansiedad y depresión, Z303 Extracción menstrual. Z359 Supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación. Z300 Consejo y asesoramiento general sobre la anticoncepción”.

Una vez evaluada por Profamilia, un profesional médico de esta entidad relacionó en su historia clínica la siguiente información: “Área Afectiva: Angustiada, Deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia. Área Somática: Alteraciones en el sueño, Inapetencia. Área Relacional: Aislamiento. Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos Negativos frecuentes, Dificultad para resolver problema, Dificultad para la concentración y producción intelectual.

Podemos observar que los dos estudios psicológicos fueron desarrollados en la misma fecha y que el generado por la EPS de la gestante manifiesta que ella se encuentra en estado consciente y normal, mientras en el otro, que fue desarrollado no por su prestadora de salud sino por una entidad independiente, se concluye que la paciente cuenta con problemas de ansiedad y depresión. Ahora, cuando el embarazo pone en peligro la salud de la madre se cumple una de las causales o condiciones despenalizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, en este caso la afectación a la salud mental de la madre. Sin embargo, dicha decisión jurisprudencial no midió o no revisó que los actos jurídicos de procedimiento IVE pueden caer en un posible vicio del consentimiento, en el entendido que la voluntad de la mujer gestante puede ser afectada por error cuando se condiciona a partir de dos estudios psicológicos con resultados contrarios.

En el salvamento de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, dentro de la sentencia SU-096 de 2018, explica cómo existieron fallas en la valoración de los hechos médicos y científicos que sirvieron de base

para fijar la decisión judicial que permitió el procedimiento IVE. Sin embargo, la situación contenida en dicha sentencia constitucional permite demostrar que la voluntad de la gestante, para dar el consentimiento para realizársele el procedimiento IVE, pudo haber partido desde un error, no sólo en relación con la existencia de dos estudios psicológicos contrarios, sino también sobre la malformación detectada al nasciturus, donde no existe un certificado médico que permita identificar que dicha malformación era incompatible con la vida del feto que está por nacer ni que existiera una relación con la salud mental de la mujer gestante para, así, justificar la aplicación de la excepcionalidad del artículo 122 del Código Penal colombiano:

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte desconoció sus precedentes pacíficos y reiterados en la materia, y concluyó que, pese a la evidencia científica, la inexistencia de un certificado médico sobre la incompatibilidad de la malformación con la viabilidad del feto que sirviera de sustento a la decisión judicial[562] y, pese a que obraba en el expediente una certificación que expresamente manifestaba que la malformación detectada no era incompatible con la vida de la niña por nacer, se cumplieron los requisitos para ordenar, en el caso concreto, la realización de una IVE como medida provisional.

Al respecto afirma la sentencia que “Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando exista grave malformación que haga inviable su vida, certificada por un médico”.

Sin embargo, ello no corresponde a las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, según los documentos y pruebas que se anexaron a la acción de tutela y constan en el expediente, es evidente que la solicitud de IVE se fundamentó únicamente en prejuicios discriminatorios y que no existió certificado sobre la inviabilidad del feto, con anterioridad a la decisión del juez de tutela de ordenar la IVE por medida provisional.

En efecto, tanto de las afirmaciones de la accionante como del conjunto de sus condiciones personales -33 años, casada y profesional,[563]- se evidencia que el embarazo, finalmente interrumpido, fue el resultado de una decisión consciente y responsable.

Consta en los documentos anexos a la tutela que durante el embarazo asistió a los controles, e incluso que estuvo atenta a los signos de riesgo y se sometió a los tratamientos médicos que se hicieron necesarios frente a las amenazas de aborto en las semanas 9 y 10,[564] lo que le exigió llevar reposo absoluto, fruto de cuyos cuidados pudo continuar el embarazo hasta la semana 21 en que el examen ecográfico detectó la posible diversidad funcional.

Luego de transcurridas 21 semanas de gestación, se realizó el examen ecográfico de control y el informe del Comité Técnico Científico del laboratorio de Diagnóstico Ecográfico OBGYN, para segunda opinión de

casos difíciles, de fecha 4 de diciembre de 2017, con la firma de 5 médicos, concluye:

“HALLAZGOS: Ventriculomegalia límite bilateral, ausencia del cavum del septum pellucidum, fusión completa de las astas anteriores de los ventrículos laterales, el cuerpo calloso se observa íntegro, fosa posterior normal cortes parasagitales sin alteraciones, espina normal, desarrollo de circunvoluciones normal.

POSIBLES DIAGNÓSTICOS: Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar.

PLAN DE MANEJO: Estudio citogenético, Se explica el mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro.” [565]

En este documento, anexo a la acción de tutela y por lo tanto disponible para la Juez que conoció de la misma, claramente se concluye “mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro”, sin que haya ninguna anotación sobre la inviabilidad del feto, y por el contrario, al prever un desarrollo futuro asume el diagnóstico que la malformación detectada no resulta incompatible con la vida del feto. De hecho, en el mismo resultado del examen ecográfico emitido por OBGYN, respecto de las demás condiciones del feto se concluye: “Valoraciones anatómicas y biofísica satisfactoria”.

El 20 de diciembre de 2018, Compensar EPS autorizó la realización de IVE para la accionante. En el expediente consta una solicitud médica del 15 de diciembre, pero en dicha solicitud no existe ninguna certificación o al menos una mención sobre la inviabilidad del feto, por el contrario, en todos los documentos se hace mención de la causal como “malformación”. Se reitera que hasta ese momento y a partir de la evaluación que dio lugar a la decisión de la accionante, ningún médico advirtió, y menos aún certificó la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto.

El posible diagnóstico fue luego confirmado por el Informe de Ecografía Obstétrica del Hospital San José, que en un detallado examen concluye con el resultado de normalidad en la anatomía y funcionamiento de cara, cuello, tórax, pulmones, corazón, diafragma interno (estómago, hígado, vasos interhepáticos, intestino, riñones, vejiga, pared abdominal), columna vertebral, extremidades y falanges.[566] Del examen realizado, la junta médica del Hospital San José concluye en su análisis que:

“(…) EN REUNION REALIZADA CON LA DRA PINTO Y EL DR ROJAS SOBRE EL CASO SE CONSIDERA QUE LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA. LAS POSIBLES SECUELAS QUE PUEDE PRESENTAR EL NEONATO PUEDEN SER VARIABLES DESDE LEVES HASTA SEVERAS NO PREDECIBLES MEDIANTE ECOGRAFÍA. LA PACIENTE Y SU ESPOSO SOLICITAN INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN, ACTUALMENTE

NO CUMPLE CON LOS CRITERIOS CONTEMPLADOS POR LA SENTENCIA C-355 DE 2006 PARA ESTE PROCEDIMIENTO. (...)”[567]

Todos estos documentos obran en el expediente como anexos de la acción de tutela. En cambio, no constaba en el expediente ningún documento en donde se afirme, diagnostique y menos en donde se certifique, que el diagnóstico del feto resultaba incompatible con su vida. Esa información estuvo disponible para que la Juez la valorara a fin de tomar su decisión, en particular sobre las medidas provisionales a tomar.

Lo anterior no sólo nos permite comprobar, a manera de ejemplo, cómo puede existir vicio del consentimiento y tener una correlación directa con la autonomía de la voluntad privada, ya que los vicios del consentimiento no son exclusivos de la consecución contractual, sino que también se dan en toda situación donde la persona, de manera libre y voluntaria, se dispone a crear derechos o contraer obligaciones¹⁴. En la sentencia SU-096 de 2018, pudo configurarse el vicio en el consentimiento de la gestante a causa de un error: por un lado, la no certeza de existir afectación en la salud mental de la mujer gestante al encontrar dos análisis psicológicos contrarios, y por otro lado el error al no existir certificado médico que declare que la malformación del feto sea incompatible con la vida del nasciturus. Ante tal configuración del vicio del consentimiento podemos afirmar que se falló en la autonomía de la voluntad de la mujer gestante e igualmente la excepcionalidad del artículo 122 del Código Penal.

Para que un acto jurídico tenga plena validez, se requiere no sólo la manifestación de la voluntad de ambos declarantes, sino también que dicha voluntad no se haya orientado por motivos que afecten la autonomía de la voluntad, como lo es el error, la fuerza o el dolo. Se espera que los declarantes hayan sido guiados por la mera libertad interpretativa, discernida y de intereses propios de quien la expresa. Es decir que hablamos de una voluntad sana, de no ser así es porque alguna situación interna o externa destruye tal libertad y, por lo tanto, afecta la capacidad que la ley nos atribuye para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Por lo

14 “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, conjuntamente entendido con otras disposiciones constitucionales, confiere fundamento directo a la protección de la autonomía privada entendida, tal y como lo ha hecho la jurisprudencia constitucional, como “la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. En efecto, además del artículo 16, la Constitución reconoce no solo (i) que todas las personas son igualmente libres ante la ley (art. 13), sino también que son titulares (ii) del derecho a la personalidad jurídica, esto es, a ejercer los atributos referidos a la capacidad de goce y ejercicio, (iii) de la libertad de asociarse o abstenerse de hacerlo (art. 38) y (iv) de los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de competencia (art. 333 C.P.). Dichas disposiciones otorgan entonces sustento constitucional a la capacidad de las personas de autorregular sus propios intereses, expresándose no solo en relación con las decisiones más personales, sino también en las que se toman en contextos en los que se desenvuelven las personas y que dan lugar a relaciones familiares, sociales, gremiales o mercantiles”. (Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017, 2017)

tanto, podemos apreciar cómo es posible que se afecte la autonomía de la voluntad en relación con las acciones jurídicas, que dentro de estas cabe aquella que hace gestión en relación con la parte volitiva de la mujer gestante para acceder al procedimiento IVE y por lo tanto no incurrir en el delito del artículo 122 del Código Penal colombiano.

Podemos concluir que la capacidad volitiva de toda persona puede terminar viciada en la consecución de cualquier acto jurídico cuando resulta afectada por el error, la fuerza y el dolor; afectando cualquier decisión libre en la consecución de cualquier acto jurídico.

Hemos visto cómo la autonomía de la voluntad puede resultar afectada por los vicios del error, la fuerza o el dolo; ahora es pertinente revisar cómo dicho discernimiento puede también resultar diezmado cuando la gestante sufre de problemas de salud mental, es decir, padece de incapacidad mental, sea esta absoluta o relativa. Esto, con el ánimo de analizar cómo puede resultar afectada, negativamente, la autonomía de la voluntad reproductiva de la mujer gestante.

Autonomía de la voluntad y la afectación mental

En líneas anteriores se pudo demostrar cómo la voluntad puede perder su autonomía y resultar siendo condicionada en su decisión a partir de las tres causales que el código civil colombiano estipuló como vicios del consentimiento. Ahora es pertinente analizar el tratamiento legal y jurisprudencial en relación con la salud mental en esencia, que en Colombia reconocemos como discapacidad mental.

En relación con la capacidad legal de la persona para obligarse por sí misma, es pertinente acogernos a lo expresado en el artículo 1503 del mismo código: ARTICULO 1503. PRESUNCION DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

La discapacidad es entendida como “un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones para la participación, relacionadas con condiciones físicas, mentales o sensoriales de un individuo, que pueden presentarse de manera permanente o temporal” (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

En Colombia, la discapacidad mental no se toma como una limitante para tomar decisiones si tenemos en cuenta la ley 1306 de 2009, que reza en sus principios lo siguiente:

ARTÍCULO 3°. Principios: En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios:

- a. El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia;
- b. La no discriminación por razón de discapacidad;
- c. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana;
- e. La igualdad de oportunidades;
- f. La accesibilidad;
- g. La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental;
- h. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con a reservar su identidad.

Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta ley.

Sin embargo, aunque la Corte Constitucional reconoce la autonomía de la voluntad del incapacitado mental, también fija unas condiciones, no como fórmula de limitar su despliegue personal, sino todo lo contrario, para contar con elementos que permitan la valoración y posibilidad de toma de decisiones:

En la investigación referenciada se expuso que la ley Británica “Mental Capacity Act”, en acopio con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que “se debe presumir que la persona tiene capacidad, a menos que se haya determinado el contrario; la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión hasta que se hayan llevado a cabo todas las medidas posibles para ayudar a tomarlas; y la persona no debe ser tratada como incapaz de tomar una decisión simplemente porque previamente tomó una mala decisión.”

Bajo este contexto, para determinar si una persona con discapacidad debe recibir apoyo, se debe analizar si la persona: (i) tiene algún impedimento o trastorno mental o cerebral y; (ii) es capaz de comprender la información necesaria para tomar la decisión, memorizarla y utilizarla como parte del proceso de decisión y luego comunicarla (habla, señas o cualquier otro medio) (Corte Constitucional, Sentencia T-509 de 2016).

Tales condicionamientos que señala la Corte Constitucional aplican sobre la incapacidad mental absoluta e igualmente sobre la incapacidad mental relativa, señalando lo siguiente:

De esta manera, el artículo 15 de la cita ley dispuso que los sujetos que padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos y los que sufran una discapacidad mental relativa, “se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”.

En síntesis, se presume la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, conforme al artículo 1503 del Código Civil y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Según estas disposiciones, toda persona con enfermedad mental es legalmente capaz hasta que no se demuestre lo contrario.

Lo anterior nos demuestra cómo tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia definen la discapacidad mental como aquellas limitaciones psíquicas o de comportamiento que le impiden a una persona comprender el alcance de sus actos o que pueden generar riesgos excesivos o innecesarios. Es por ello por lo que la discapacidad mental produce una incapacidad jurídica correlativa a su afectación.

Ahora, la ley 1306 de 2009 estipula que todas estas deficiencias deben ser dictaminadas por un equipo interdisciplinario que certificará el estado actual del paciente, la etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, así ésta sea una perturbación temporal¹⁵. Sin embargo, ¿es necesario adelantar dictamen psicológico para evaluar la discapacidad mental en relación con la toma de una decisión autónoma reproductiva?

La anterior inquietud podemos resolverla a partir de los postulados dados por la Corte Constitucional:

Por otra parte, los derechos reproductivos les otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo. De ahí, que esta garantía posea dos dimensiones: la primera, relacionada con la existencia de una autodeterminación reproductiva; y, la otra, correspondiente al acceso a los servicios de la salud reproductiva.

En cuanto a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que de él se deriva “el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”. Aunado a ello, este

15 Artículo 42 ley 1306 de 2009: “ARTÍCULO 42. Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta: Derogado por el literal c), art. 626, Ley 1564 de 2012. El artículo 659 del Código de Procedimiento Civil quedará así: Artículo. 659. Interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta. Para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta se observarán las siguientes reglas: 3. En el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente; la objeción al dictamen se decidirá por auto apelable. 4. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar: a). Las manifestaciones características del estado actual del paciente. b). La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y c). El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente. 5. Recibido el dictamen, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes correrá traslado de este, por el término de tres (3) días”.

Tribunal ha afirmado que se transgrede esta garantía cuando se recurre a embarazos, esterilizaciones o abortos forzados o, incluso, cuando se exige el consentimiento de un tercero para admitir la decisión de tener, o no, hijos (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018).¹⁶

La Corte Constitucional reconoce, jurisprudencialmente hablando, que la autonomía de la mujer en sus decisiones reproductivas puede verse afectada, es decir perder el estímulo de la libertad, teniendo en cuenta que la misma puede ser condicionada, coaccionada o definida por algo externo que afecta su fuero interior. La afectación de la autodeterminación no sólo nacer a partir de situaciones de violencia o coacción, sino también debido a un engaño. Que sea libre, significa que:

(...) la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-1021 de 2003, T-1019 de 2006, T-560A de 2007 y T-497 de 2012. (Corte Constitucional, Sentencia T-043 de 2015)

Es posible afirmar que la autodeterminación reproductiva no es total y puede resultar afectada, o más bien limitada, por situaciones internas o externas de la persona:

El consentimiento informado debe ser libre. Que el consentimiento sea libre, significa que «la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por esta razón no será válido el consentimiento otorgado por el paciente como fruto de una exageración por parte del médico acerca de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento». (Corte Constitucional, T-560/2007) (Gaviria Uribe, 2013, p.64).

Jurídicamente hablando la mujer tiene autonomía de la voluntad reproductiva y es a partir de ésta que se configura el derecho fundamental para la despenalización del acto del aborto en tres casos. Esto con la finalidad de poder realizar el procedimiento quirúrgico de interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo, hemos encontrado como la autodeterminación reproductiva tiene sus límites y puede resultar afectada por los presupuestos dados por la jurisprudencia constitucional y bajo los argumentos señalados en el presente artículo. Por último, apreciamos que las causales que despenalizan la conducta tipificada del aborto como delito, pueden terminar sirviendo de causales que afectan la autodeterminación reproductiva, viciando el consentimiento propio de la fémica embarazada.

¹⁷ Subrayado y en negrilla fuera del texto.

El problema de fijar o saber a ciencia cierta si el embarazo —sea consentido o no— puede afectar la autonomía reproductiva de la mujer tiene su origen en que la Corte Constitucional no definió un procedimiento claro para determinar el nivel de afectación mental de la mujer y si éste conlleva a la disminución de la capacidad autónoma de decisión. Es decir, fue muy laxa en este sentido ya que no existe, dentro de sus decisiones jurisprudenciales, claridad de qué condiciones llevarán a las gestantes a un estudio médico mental que efectivamente determine su afectación mental y su condición para tomar decisiones de manera autónoma, dirección que difiere con la postura de la Corte Constitucional en relación con los discapacitados mentales supeditados a la ley 1306 de 2009¹⁸. La jurisprudencia Constitucional Colombiana, deja en claro que toda afectación mental lleva de por sí dificultades para ejercer su capacidad jurídica como el despliegue personal para adquirir y ejercer derechos:

DISCAPACIDAD MENTAL-Absoluta o relativa

La discapacidad mental, como una de las manifestaciones específicas de la discapacidad, se encuentra regulada, de forma especial, en la Ley 1306 de 2009, [p]or la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces emancipados. En el artículo 2º de dicho ordenamiento, se establece que una persona tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite[n] comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio. Conforme con lo dispuesto en los artículos 17 y 32 siguientes, los discapacitados mentales pueden ser absolutos o relativos. El primer caso corresponde a quienes sufren una afectación o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental; entre tanto, son discapacitados mentales relativos las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio. **En uno u otro caso, la calificación de la discapacidad debe realizarse “siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.**

CAPACIDAD JURIDICA-Significado en sentido general

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, esto es, la aptitud que la ley les reconoce para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos sin la intervención de

18 Artículo 13 ley 1306 de 2009: “ACTOS DE OTRAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá rigiendo por las reglas ordinarias”

terceros, el artículo 15 de la ley en mención prevé que, quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos; mientras que los sujetos con discapacidad mental relativa se consideran incapaces relativos. **Para el discapacitado mental absoluto el ordenamiento jurídico ha previsto, como medida de protección de sus derechos, la interdicción; mientras que para el discapacitado mental relativo dicha medida equivale a la inhabilitación.**¹⁹ (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

La ley 1306 de 2009 es clara y explícita en que toda discapacidad mental debe estar certificada y medicada por especialista, ya que a partir de allí puede fijarse el nivel de inhabilitación o la necesidad de interdicción para la consecución de los derechos y adquisición de obligaciones en toda relación jurídica. Este presupuesto es necesario para el ejercicio de toda autonomía, con el fin de que su autodeterminación o libertad no se vea limitada o diezmada por una situación psicológica que afecte el discernimiento:

El contenido del citado artículo 15, en principio, guarda correspondencia con los artículos 1503 y 1504 del Código Civil. La primera de dichas normas señala que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”; por su parte, la segunda norma dispone que “son absolutamente incapaces [las personas con discapacidad mental], los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender”.

Sin embargo, la Ley 1306 de 2009, orientada hacia el respeto a la dignidad, la autonomía individual y la independencia de las personas en situación de discapacidad mental[13], al disponer que “la incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”[14], supuso una actualización normativa frente a la protección debida a este grupo de sujetos y su régimen de representación legal, a efectos de acompañar el tema con la realidad constitucional vigente y la perspectiva de los diversos instrumentos internacionales sobre la materia. [15]

En efecto, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 1306 de 2009, el legislador encontró necesario enfocar dicha normativa hacia una visión moderna de la ciencia respecto de las personas en situación de discapacidad mental, de manera que se ajustara a sus necesidades personales y sociales, **“brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual**, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad²⁰ (Corte Constitucional, Sentencia T-195 de 2016).

19 Subrayado y negrilla fuera del texto.

20 Subrayado y negrilla fuera del texto.

Se prueba aquí cómo la Corte Constitucional Colombiana presenta una postura diferente en relación con una mujer afectada mentalmente con el embarazo frente a los que sufren una incapacidad relativo mental, ya que con la ley 1306 de 2009 se reconoce la correlación entre la discapacidad mental y la potestad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones. Esta postura es diferente a lo expuesto con la sentencia C-355 de 2006 donde no existe tal correlación sobre el peligro de la salud mental de la fémina. Es pertinente aclarar que dicha correspondencia es definida a partir de los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada²¹, así como mediante procesos ante los jueces de familia²². Procedimientos que no se tienen en cuenta para determinar la afectación mental a partir del embarazo de una mujer, especialmente cuando éste no fue deseado o consentido:

Por su importancia para la resolución del caso concreto recalca la Sala que este derecho al acceso a los servicios de IVE incluye una innegable faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Tal diagnóstico médico tendrá el objetivo de determinar, precisamente, si se configura la hipótesis referida para que, si la madre lo desea, se expida el correspondiente certificado médico y se pueda proceder a la práctica de la intervención. En este sentido, al igual que sucede con la fase de diagnóstico del derecho a la salud según la jurisprudencia constitucional, la paciente tiene derecho exigir de su EPS e IPS una valoración oportuna al respecto...

Como se dijo con anterioridad, del derecho fundamental a la IVE surge la obligación de garantizarlo en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre, incluye una importante faceta de diagnóstico y el correlativo deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de **diagnóstico rápido** en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, y desea someterse a la IVE, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 **consistente en una certificación médica**. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración

21 ARTÍCULO 17 LEY 1306 DE 2009: “EL SUJETO CON DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA. <Artículo derogado por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019> Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental... La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.

22 ARTÍCULO 32 LEY 1306 DE 2009: “LA MEDIDA DE INHABILITACIÓN. Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio, podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado(...) Los procesos de inhabilitación se adelantarán ante el Juez de Familia.

del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.²³ (Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2010).

Mientras para todo tipo de discapacidad mental, sea esta temporal o absoluta, se requiere de unos procedimientos definidos en la ley 1306 de 2009, buscando con esto determinar con claridad cómo puede afectarse la capacidad de discernimiento y la autonomía de decisión en la persona dentro del proceso para ejercer derechos o contraer obligaciones en todo tipo de relación jurídica (especialmente las contractuales), el tema de la afectación mental de la fémina embarazada es diferente pues para determinar si se pone en peligro su vida sólo es necesario un certificado médico, pero no establece si dicha anomalía mental puede afectar la autonomía reproductiva de la mujer que, en últimas, es el pilar principal sobre el cual descansa la despenalización del aborto en tres casos y la protección del derecho fundamental de la autonomía de la mujer sobre su cuerpo.

Los dictámenes psicológicos son válidos para la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006. Los psicólogos son profesionales de la salud, y por ende, están en capacidad de evaluar el impacto que un embarazo tiene en la salud mental de la paciente, y cómo la puede afectar en tal grado que la integridad y dignidad de la mujer corra peligro por el hecho del embarazo. (Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018).

El vacío jurídico está dirigido a que el certificado médico solamente determina el peligro en la salud de la mujer a partir del estado mental pero no establece si con dicha anomalía se afecta considerablemente o no la capacidad de discernir y decidir autónomamente, como requisito necesario para la consecución del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

Tal ambivalencia deja sin peso jurídico la correlación propia entre el procedimiento médico IVA y la autonomía reproductiva, teniendo en cuenta que en la sentencia C-355 de 2006 solo se relacionan las anomalías mentales como causa o móvil que ponga en peligro la vida de la mujer, desconociendo que el embarazo, como acto deseado o no, pueda incidir en el sano juicio de las mujeres gestantes, generando anomalías en la voluntad y, por ende, un vicio del consentimiento para la consecución del procedimiento IVE:

Según una revisión de estudios, conducidos mayoritariamente en países desarrollados, entre 2 y 21% de gestantes padece depresión (diagnosticada por medio de entrevista clínica) y entre 8 y 31% presenta sintomato-

23 Subrayado y negrilla fuera del texto.

logía depresiva (a partir de escalas psicométricas).³ En México se observa que entre 12 y 14% de las embarazadas presenta depresión^{4,5} y entre 21.7 y 30.7%, sintomatología depresiva.^{6,7} Las embarazadas con depresión tienden a adoptar comportamientos poco saludables, por ejemplo, no buscan atención prenatal temprana y tienden a asumir conductas de riesgo, como; abuso de sustancias e inadecuada alimentación materna,³ esto incide en mayor riesgo de que el infante tenga bajo peso al nacer y de sufrir retraso en el desarrollo.⁸ Aunado a lo anterior, la depresión en el embarazo incrementa la probabilidad de padecer depresión posparto.³ Entre los factores más frecuentemente relacionados con la depresión en el embarazo, se encuentra tener historia de depresión y/o de pensamientos suicidas alguna vez en la vida, así como tener antecedentes de abortos, ser múltipara, soltera, con escaso apoyo social y no haber planeado o deseado el embarazo.^{3,9} Factores de riesgo muy similares –como historia de depresión e ideación suicida, ser múltipara, no haber deseado el embarazo y no contar con apoyo– también se han identificado en madres mexicanas, así como vivir en unión libre versus estar casada.^{4,10} La violencia de la pareja también incrementa el riesgo de sintomatología depresiva 6.2 veces,¹¹ y el abuso en la infancia y adolescencia, particularmente la concurrencia de abuso sexual, físico y verbal se asocia con mayor riesgo de sintomatología depresiva (3.1 veces) y ansiosa (3.7 veces) en embarazadas e ideación suicida a lo largo de su vida (13.7 veces) (Medina Mora, Sarti Gutierrez, & Real Quintanar, 2015).

Por lo tanto, es pertinente indicar, que las decisiones de la Corte Constitucional, aunque demuestran un interés por la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también han presentado deficiencias para la consecución de los mismos pues a veces contrarían los procedimientos propios de una situación fáctica, más cuando tienen directa relación con temas del resorte científico y médico que no van de la mano con lo jurídico, es decir que un postulado jurisprudencial no puede desconocer los presupuestos médicos y científicos, ni los desarrollos legales que se han construido en relación con una temática, para obviarlos en una situación jurídica determinada.

Conclusiones

Colombia como Estado de derecho ha configurado al aborto como una conducta punible en los diferentes códigos penales que han existido desde el siglo XIX hasta nuestros días y encontramos que su tipificación quedó reducida a la relación directa entre procedimiento médico y el consentimiento, tanto de la gestante como del personal médico. Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres situaciones fácticas, sustentando la decisión a partir del derecho fundamental de la autonomía reproductiva. El concepto de la autonomía de la voluntad es el pilar, jurídicamente hablando, sobre el cual se condiciona la consecución de derechos y la

adquisición de obligaciones (temática propia del código civil colombiano) encontrando que esta figura jurídica puede resultar afectada o diezmada a partir de situaciones externas o internas del sujeto de derechos. Esta temática es tratada legalmente a partir de la ley 1306 de 2009 donde se determinó la necesidad de aplicar procedimientos médicos y jurídicos que permitan definir con claridad, no sólo la capacidad mental de la persona, sino también las posibilidades para poder ejercer su autonomía de la voluntad en la consecución de derechos. Este es un procedimiento que la Corte Constitucional no ha tenido en cuenta al momento de fijar los requisitos frente a la afectación mental ocasionada por causa del embarazo, más cuando la misma corte estableció que tal discapacidad ponía en peligro la vida de la gestante, eventualidad que pueden viciar el consentimiento y de por sí anular la voluntad contenida en la decisión de acogerse al procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Este vacío jurídico hasta el día de hoy está desprovisto de una postura clara en las decisiones jurisprudenciales constitucionales, que solo fijaron decisión frente a la posibilidad de abortar cuando el embarazo ponga en peligro la salud mental de la mujer pero nunca determinaron qué acciones tomar frente a la afectación de la autonomía para tomar la decisión de interrumpir el embarazo.

Bibliografía:

Archivo histórico Santander – Universidad Industrial de Santander, página web: https://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890, 22 de enero de 2009, Bucaramanga.

Barreto L. (1890). *Prontuario de Medicina Legal y Jurisprudencia Médica*. Bogotá: La Comercial.

Bambach Salvatore, M. V. (1993). *III Cláusulas abusivas*. Chile: Jornadas de derecho privado.

García Vásquez, P. A. (2014). *El consentimiento, su formación y sus vicios*. Envidado, Colombia: Institución Universitaria de Envigado.

Medina Mora, M. E., Sarti Gutiérrez, E. J. y Real Quintanar, T. (2015). *La Depresión y otros trastornos psiquiátricos*. México: Academia Nacional de Medicina.

Código Penal Colombiano [CPC]. Ley 19 de 1890.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 95 de 1936.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 100 de 1980.

Código Penal Colombiano. [CPC]. Ley 599 de 2000.

Código Civil Colombiano. [CPC]. Ley 57 de 1887.

Ley 1306 de 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

Bernate Ochoa, F. (2016). A propósito de una nueva reforma al delito de aborto. *Revista Nova et Vetara*.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de noviembre de 2014). Sentencia 07001-23-31-000-2008-00090-01 (37747). [MP Enrique Gil Botero].

Sentencia C-355 de 2006, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-388 de 2009, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-341 de 2017, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia SU-096 de 2018, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-1194 de 2008, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-509 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-1021 de 2003, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-1019 de 2006, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-560 de 2007, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-492 de 2012, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-043 de 2015, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-195 de 2016, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia T-585 de 2010, Corte Constitucional de Colombia.