



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023  
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

## El lugar del derecho comparado en la despenalización del aborto en el sur global\*

### *The Place of Comparative Law in the Decriminalization of Abortion in the Global South*

Todo tiene su tiempo bajo el cielo:  
un tiempo para nacer y un tiempo para morir

*Del Eclesiastés*

Recepción: 22 de noviembre de 2021

Aceptación: 16 de mayo de 2023

Tania Giovanna VIVAS-BARRERA\*\*

RESUMEN: El debate constitucional sobre el reconocimiento del derecho innominado al aborto y la disminución ponderada del derecho a la vida del *nasciturus* parece no menguar con el paso del tiempo tras décadas de fallos históricos. Tras quince años de la icónica sentencia de la Corte Constitucional colombiana, la cuestión se ha reabierto con nuevas demandas que invocan la revisión de la posición del tribunal constitucional que hace algún tiempo aceptó la despenalización del delito de aborto en determinadas circunstancias. El derecho comparado ha sido parte fundamental de la

ABSTRACT: *The constitutional debate on recognizing the innominate right to abortion and the weighted diminution of the right to life of the nasciturus seems not to diminish with the passage of time after decades of historical rulings. After 15 years of the iconic sentence of the Colombian Constitutional Court, the constitutional debate has been opened with new demands invoking a review of the position of the constitutional court that once accepted the decriminalization of the crime of abortion in certain circumstances. Comparative law has been a fundamental part of the consti-*

\* El artículo recoge resultados de la investigación desarrollada por la autora en su calidad de investigadora asociada al Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

\*\* Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en derecho público de la Universidad de Lyon 3, Francia; magíster en derechos humanos de la Universidad de Grenoble II, Francia. Doctorado en derecho público en la Universidad de Pau, Aquitania, Francia (en curso) ORCID 0000-0002-9105-7330 Contacto: [tgivivas@ucatolica.edu.co](mailto:tgivivas@ucatolica.edu.co)

controversia constitucional en los países del sur global, así como la trascendencia de decisiones extranjeras en la decisión local, por ello la metodología comparatista y el diálogo judicial serán corazón y latido de este artículo.

**Palabras claves:** aborto, diálogo judicial, sur global, derecho comparado, derecho constitucional comparado.

*tional controversy in the countries of the global south, as well as the transcendence of foreign decisions in the local decision, so the comparative methodology and the judicial dialogue will be the heart and beat of this article.*

**Keywords:** *abortion, judicial dialogue, global south, comparative law, comparative constitutional law.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El uso del derecho comparado por los tribunales constitucionales.* III. *El rol del derecho comparado en la decisión de despenalización del aborto en Colombia.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las decisiones de los tribunales constitucionales en el mundo entero suscitan gran controversia, pero ninguna tanto como aquella que somete al escrutinio judicial el reconocimiento de derechos sexuales reproductivos y la posibilidad de disminuir el gozo y disfrute del derecho a la vida del que está por nacer. Ian Shapiro recuerda cómo Ronald Dworkin, refiriéndose al fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Roe vs. Wade* de 1973, indicaba que ningún fallo había “suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público, o tanta intemperante crítica profesional” (Shapiro, 2008, p. 437). Discusión inacabada para Colombia (Durán-Núñez, 2020) como para Estados Unidos (Kelley, 2020; *The New York Times*, 2020), pues tanto la corte norteamericana como la colombiana han revivido el debate constitucional sobre el aborto en el pandémico del 2020. Actualidad a la que se suma la decisión de la Corte Suprema de Justicia de México de septiembre de 2021, al despenalizar el aborto gracias a la declaratoria de inconstitucionalidad de las legislaciones de estados de Coahuila y Sinaloa.

La ola expansionista de la discusión del derecho a abortar y la retracción del derecho a la vida del *nasciturus* en instancias judiciales impulsó a los jueces constitucionales hacia la revisión de las decisiones de sus homólogos. El estudio de las consideraciones sometidas a los jueces así como

sus juicios de ponderación de derechos para responder a la demanda de protección de un derecho innominado a abortar de la mujer y de la extrema y desproporcionada consecuencia de penalización al delito de aborto. En consecuencia, los jueces proceden a examinar de manera inspiracional las decisiones previas de sus pares en otras jurisdicciones, y las fronteras de las tradiciones jurídicas distintas no parecen ser una barrera insuperable; en definitiva, el juez constitucional actúa siguiendo el impulso comparatista, según Ronald Drago, propio de los constitucionalistas (Sauvé, 2015, p. 293).

Es de esta manera que la discusión judicial a nivel constitucional y el derecho comparado usado como argumento de la decisión judicial se encuentran. Y aunque no parece ser una correlación espuria, sino una convergencia históricamente recurrente, tras quince años de la decisión de la Corte Constitucional colombiana y la renovación de la discusión gracias a una nueva demanda que generó en 2020, una sentencia que mantiene la decisión de 2006, parece válido preguntarse qué tan fiel a la metodología comparatista es el uso de decisiones de otras jurisdicciones constitucionales ¿Qué tan ajustada al deber de justificación de lo comparado es el análisis incluido en la decisión de la Corte Constitucional de 2006? De esto tratará el artículo que se desarrolla en lo que sigue, no sin antes hacer una revisión del uso del derecho comparado por los tribunales constitucionales en general.

## II. EL USO DEL DERECHO COMPARADO POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El derecho comparado creció en el campo del derecho público como una construcción fundamentalmente metodológica que permitiría realizar análisis inicialmente de legislación comparada; sin embargo, ha ido evolucionando hacia una mayor gama de usos e importancia. El derecho comparado inició con la titánica idea de clasificar los derechos existentes en familias jurídicas, metodología impulsada por René David (David, 1964; David y Jauffret-Spinosi, 2010) seguido por otros tantos autores desde entonces (Cuniberti, 2011; González-Martín, 2010). Tal ejercicio supuso pararse en los hombros de otros comparatistas que se habían afianzado en el estudio de derechos extranjeros, permeando el conocimiento de modelos jurídicos existentes en el mundo gracias a la comprensión de un

sistema jurídico nacional desde adentro. Los estudios de derecho extranjero nos han permitido conocer los rasgos más relevantes de las tradiciones jurídicas talmúdicas, hindúes, islámicas claramente ajenas al sistema de pensamiento de occidente; otros estudios se han concentrado en las tradiciones más expandidas en el mundo occidental, tales como la tradición del derecho civil y del derecho anglosajón (Glenn, 2010).

Acercarse a un derecho distinto al propio puede ser una empresa bastante difícil de llevar a feliz término, y por ello requiere de una exigente metodología de estudio. El estudio de una institución o un modelo específico extranjero debe en todo caso tender puentes entre el derecho estudiado y el derecho de donde parte la comparación o el público objetivo. La tarea del experto en derecho extranjero será un trabajo de construcción o, más exactamente, de reconstrucción y no una simple acumulación de datos (Ponthoreau, 2015, p. 300). Curiosamente, al experto en el derecho extranjero no se le conoció como comparatista siendo el primer promotor del derecho comparado, de allí los fuertes lazos que unen las dos disciplinas. Aunque para algunos expertos comparatistas el estudio de derecho extranjero se distancia del derecho comparado propiamente dicho, pues tiene objetos, fines y métodos distintos. Si bien el objeto de estudio del experto en derecho extranjero y el comparatista es compartido, el comparatista siempre deberá justificar la comparación misma, evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados, evidenciar la circulación del modelo comparado y, si se quiere, la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303).

En efecto, un comparatista deberá dar cuenta de las condiciones de la comparación y es, por contrario, aquello que un estudio de derecho extranjero no debe cuidar. Dependiendo de las respuestas a las siguientes preguntas metodológicas previas a la comparación tendremos la dimensión y el alcance de la comparación a realizar: ¿cuáles son o cuáles deben ser los objetos de comparación?, igualmente ¿cuáles son o cuáles deben ser el rol y los métodos de esta comparación?, ¿cuáles son o cuáles deben ser los fines o los resultados esperados de la comparación? (Picard, 2015). Un experto en derecho extranjero no deberá justificar tales decisiones metodológicas, pues su tarea será la de reconstrucción más fiel posible del derecho estudiado.

La diferencia nace de los objetivos, pues los expertos en derecho extranjero buscan “mirar desde el interior y por ellos mismos” (Zoller, 2000, p. 34, citado por Ponthoreau, 2015, p. 300), es decir, se trata de un ejerci-

cio experiencial, interactuando desde adentro con la cultura jurídica bajo estudio. Mientras el comparatista pone al derecho extranjero bajo la lupa “ocupándose de él desde afuera, al estudiar de manera diferente eso que es ajeno en lo que nos es familiar” (Ponthoreau, 2015, p. 300). En efecto, el experto en el derecho extranjero busca reconstruir el derecho que le es extranjero aclarando las fuentes de derecho y la ejecución de las reglas de derecho, ya sea en las decisiones de derecho o que involucren las demás autoridades existentes en el sistema jurídico que estudie. Por el contrario, el comparatista tiene como principio esencial realizar una contrastación de derechos, lo que le permite lanzar una mirada crítica sobre las reglas e interpretaciones de los derechos comparados. Muchos estudios comparados pueden ser contestatarios y no condescendientes con el derecho o la institución que se compara, algo extraño de encontrar en estudios delimitados a sólo la presentación de un derecho extranjero. No obstante, cualquiera que sea la vía escogida, la reconstrucción del derecho extranjero y el análisis comparado exigen el rigor metodológico necesario para evitar deformar la realidad jurídica, que en todo caso es ajena al investigador.

Hoy, los usos modernos del derecho comparado se abren a un universo más amplio, superando la misión de clasificación en familias jurídicas y de los estudios de derechos extranjeros en materia constitucional; el derecho comparado se extiende hacia el diálogo judicial transnacional, el estudio de la migración de ideas constitucionales y la técnica de trasplantes constitucionales, entre otros.

En materia constitucional, según Michel Rosenfeld y Andreas Sajó (2012), existen dos focos de interés en el derecho comparado; el primer foco ubica a productores del derecho, principalmente concentrados en dos poderes estatales: legisladores y jueces constitucionales. Un segundo foco posiciona a los observadores de la actividad constitucional, es decir, aquellos ubicados en el mundo académico, cuyo interés no está supeditado por el término judicial, y que cuentan con la posibilidad de realizar una amplia o vasta actividad comparatista, cuyas posibilidades de comparación son ilimitadas. Es desde el segundo foco de donde se plantea la investigación contenida en este artículo.

Con respecto a los productores del derecho, primeros interesados en realizar estudios comparados, los legisladores concentran su interés en la valoración de modelos constitucionales exitosos y en la contemplación del uso de cláusulas constitucionales y de instituciones célebres en el mundo. La reflexión desde el derecho comparado en este caso les permite conocer

el registro de las consecuencias del empleo de tal o cual modelo, particularmente en miras a una reforma parcial o total de la Constitución. Ahora, naturalmente la revisión comparada alimenta la decisión y provee argumentos que se discutirán en el debate democrático cuando existe un proyecto de reforma constitucional; el derecho comparado alimenta una posición informada previa y plantea los posibles escenarios en caso de implementar la reforma. El éxito o fracaso de una reforma bajo análisis comparado resulta ser, a manera de extrapolación científica en tiempos pandémicos, el laboratorio que prueba el beneficio o perjuicio de la institución, cláusula o modelo constitucional. Una clara ventaja ante escenarios de reforma constitucional.

El juez constitucional ha recurrido al derecho comparado como herramienta de apoyo argumentativo en su rol de intérprete constitucional; es, en efecto, una particular manera de permitirse relacionar puntos de referencia posibles dentro del mar de posibilidades interpretativas. El intérprete constitucional más informado sobre los modelos comparados podrá anclar su posición aún más firmemente, o podrá también avanzar de manera afianzada en la consideración del rechazo de tal interpretación por encontrarla abiertamente lejana a su sistema constitucional. En este caso, el derecho comparado es utilizado para entablar diálogos judiciales permitiendo propiciar eso: un diálogo entre jueces de su misma jerarquía, pero en otras latitudes. Es en gran medida una aproximación sobre la diversidad de formas de enfrentar problemas interpretativos sobre cuestiones constitucionales cercanas aunque, claro, bajo parámetros de otros sistemas jurídicos; el uso en este sentido del derecho comparado puede llegar a ser enriquecedor. Recorrer los senderos que otros han caminado puede hacer el trayecto más seguro; el resultado también puede proponer al juez constitucional alejarse de los caminos transitados, adentrarse en el bosque y abrirse a su propio destino.

En no pocas ocasiones el diálogo judicial es el resultado buscado en la estrategia de litigio sobre un tema específico en la agenda de una comunidad o colectivo internacional, con el propósito de dar la discusión a nivel constitucional de lo que se considera una abierta situación inconstitucional, e incluso violatoria de los derechos humanos. En materias de amplio debate social, los tribunales constitucionales del mundo entero, sin importar la tradición jurídica, la lengua ni la ubicación geográfica, han debido discutir la necesidad de ampliar la protección constitucional a eventos no considerados por los padres fundadores de la Constitución, la interpreta-

ción actualizada de principios constitucionales antes pensados de distinta manera y la consecuente existencia de derechos no inscritos textualmente en el texto constitucional, produciendo al final una geometría variable del texto constitucional (Vivas-Barrera, 2018). Un ejemplo de este ejercicio comparado es la búsqueda de tribunales nacionales como internacionales de soluciones judiciales y legisladas sobre el reclamo a un derecho a la reproducción humana (Escobar-Fornos, 2007).

En el caso del aborto, la agenda del litigio estratégico ha puesto a muchos de los tribunales constitucionales modernos a discutir sobre la arbitraria penalización de una mujer que no ha querido guardar la vida concebida por constituirse una exigencia insuperable para la madre, por la vía violenta de la concepción o por la puesta en peligro de su sanidad mental o física, conllevando la necesaria ponderación de derechos de la mujer con los derechos de aquel cúmulo de células que no podrán reclamar su derecho a la vida, ponderación que discutiremos más adelante; por ahora concentrémonos en el uso del derecho comparado por tribunales constitucionales.

Este diálogo judicial transnacional ha alcanzado una amplitud de los tribunales constitucionales antes desconocida por los tribunales del derecho administrativo, los consejos de Estado. En efecto, el derecho administrativo conoció su grandiosidad doctrinal entre el primer tercio del siglo XX y la década de 1970 (Picard, 2015, p. 317). Según la jurista francesa Étienne Picard, el derecho administrativo durante esta época concentró la cúspide de la producción jurídica que enfrentaba las grandes discusiones del derecho del Estado (2015, p. 318). Situados en el centro de los más importantes debates jurídicos, los consejos de Estado de otras latitudes sin duda mantuvieron un diálogo judicial transnacional continuo con las decisiones del Consejo de Estado francés (Rivero, 1980), esta es una realidad registrada por la doctrina nacional e internacional (Neyrat, 2016; Rodríguez-Rodríguez, 2005). En efecto, en muchas decisiones de los consejos de Estado del mundo podría rastrearse la adopción de nociones tales como servicio público y la readaptación del contenido de *l'arrêt Blanco* en su derecho nacional (Penagos, 1993). No obstante, con el paso del tiempo, y luego de las transformaciones constitucionales tras la caída de los regímenes totalitarios en Europa y en América Latina, las grandes problemáticas sobre los derechos fundamentales fueron trasladadas del derecho administrativo al derecho constitucional, traslado que influyó igualmente la mirada del derecho comparado.

En términos prácticos, los jueces, al apreciar soluciones extranjeras, tienden un puente a través del diálogo judicial con sus homólogos en otras jurisdicciones, considerando y evaluando comparadamente decisiones emitidas en otras latitudes (Rosenfeld y Sajó, 2012, p. 6). Hoy no es ajena la idea del diálogo judicial transnacional entre cortes regionales de derechos humanos y las estancias cortas de jueces en las sedes de sus homólogos incentiva la profundización de dicho diálogo (Vivas-Barrera y Cubides-Cárdenas, 2012). A nivel constitucional, la idea de contemplar el uso de nociones judiciales extranjeras en decisiones caseras ya no es objeto de rechazo, incluso es algo querido e impulsado. De hecho, Roland Drago, uno de los grandes comparatistas franceses del siglo XX (Fauvarque-Cosson, 2015, p. 343), sostenía que “es una verdad evidente que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas” (Sauvé, 2015, p. 283).

Consciente de la riqueza del derecho constitucional comparado, el Consejo Constitucional francés impulsó estudios de los modelos, decisiones e instituciones constitucionales alrededor del mundo a través de la edición de la revista dirigida por el secretario general del Consejo Constitucional *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. En sus páginas, existe una vasta dedicación a estudios de derechos constitucionales extranjeros cercanos como lejanos, las discusiones de decisiones controversiales de sus homólogos, y la reflexión del análisis comparado con la visión francesa, dentro de los estudios comparados se encuentran el derecho ruso, el polaco, el croata, el norteamericano, el italiano, el búlgaro, el canadiense, el brasileño, el israelí, el camboyano, entre muchos otros. Notablemente, Francia no es el único país en impulsar ejercicios comparados en derecho constitucional. El empleo de materiales o la inspiración constitucional en instituciones, cláusulas constitucionales como modelos de interpretación, que tienen origen en una jurisdicción distinta de aquella en la que es empleada, resulta ser un ejercicio más que común. Uno de los ejemplos de la trascendencia en la inspiración de un texto constitucional extranjero sobre otro ha sido la influencia de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades —*Constitution Act of 1982, Pt I*— sobre la Constitución de Sudáfrica, Nueva Zelanda, Hong Kong y la Ley Básica en Israel (Rosenfeld y Sajó, 2012, p. 6).

El diálogo judicial del que hemos venido hablando encuentra una mayor explosión cuando de la interpretación de derechos humanos se trata. En efecto, los tribunales constitucionales están expuestos al debate de la



protección nacional de los compromisos internos e internacionales sobre derechos humanos. Resulta claro que cada Constitución se da su propia carta de derechos; sin embargo, esta Carta en los países europeos y aquellos de Centro y Sudamérica está recompuesta o integrada por las convenciones regionales de derechos humanos; por tanto, la recepción interna de las decisiones del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expandido el estudio comparado de la adopción de las decisiones de los tribunales de derechos humanos a través de sus jueces constitucionales. Al respecto, podemos citar la investigación comparada sobre la temática dirigida por Esin Örüçü, una de las más reconocidas comparatistas al día de hoy. En su obra colectiva se plantea el análisis del tipo de recepción de condenas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varios países tanto de Europa central como el estado de la cuestión en Turquía y Rusia (Örüçü, 2003), y el análisis comparado de la situación. En América Latina, el desarrollo de la teoría del control de convencionalidad (Carpizo y MacGregor, 2006) ha puesto un margen de presión sobre los tribunales constitucionales de la región al suponer que éstos deben incorporar en sus decisiones de constitucionalidad los parámetros desarrollados por la Corte Interamericana (Cubides-Cárdenas y Vivas-Barrera, 2016). Por ello, no es de extrañar que para algunos estudiosos de América Latina pudiésemos llegar a hablar de un *ius constitutionale commune* (Von Bogdandy *et al.*, 2014; Von Bogdandy, 2015), claramente esto sería imposible sin el diálogo que efectivamente realizan los jueces constitucionales en sus decisiones en la región. En fin, bien decía Laurence Burgorgue-Larsen, que en todo caso es más deseable en términos de realización de justicia el diálogo y no la guerra entre jueces (Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres, 2009, p. 95).

Ahora, si convenimos en aceptar, como Roland Drago, que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas, y que el diálogo judicial transnacional es una actividad muy aceptada y practicada en épocas modernas tratándose de asuntos de protección y garantías de derechos, los jueces constitucionales a la hora de implementar un ejercicio de derecho comparado deberán en todo caso “justificar la comparación misma, evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados, la circulación del modelo comparado y si se quiere, la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación” (Ponthoreau, 2015, p. 303). Con esto en mente, adentrémonos ahora en el análisis del derecho comparado en las sentencias de despenalización del aborto en Colombia.

### III. EL ROL DEL DERECHO COMPARADO EN LA DECISIÓN DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA

En Colombia han transcurrido 14 años tras la decisión de la Corte Constitucional que despenalizara en determinadas circunstancias el delito de aborto contenido en el artículo 122 del Código Penal colombiano —Ley 599 de 2000, Sentencia C-355 de 2006, dictada el 10 de mayo de 2006—. En el pandémico año 2020, el debate fue reabierto luego de la revisión de la Corte de una nueva demanda inconstitucional que esperaba retornar a la situación de penalización anterior a la Sentencia de 2006. El 2 de marzo de 2020, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 088 de 2020 admite la existencia de cosa juzgada constitucional y se declara inhibida para pronunciarse sobre los cargos, entendiendo que “la demandante no presentó argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional”. Ahora, pese a que el debate se presenta muy actual y evidencia una clara división de apoyos a las dos posturas extremas y absolutas entre una abierta oposición o una férrea demanda de despenalización, e incluso con la exigencia de prestación institucional de los servicios de salud, la Corte optó por una posición de apertura limitada con la idea de despenalización de causales precisas. Por ello, valga la precisión que el estudio que ahora se realiza retoma la argumentación sostenida en la Sentencia de 2006, no sólo porque es la decisión que estableció la posibilidad de despenalización; es decir, por ser la sentencia fundadora de la línea decisional, sino además se ha fijado como *leading case* en tanto las subsiguientes no han hecho más que confirmar el precedente judicial de la Corte sobre la despenalización por causales excepcionales de la C-355 de 2006.<sup>1</sup> Además,

---

<sup>1</sup> Dentro de línea decisional podemos citar como las sentencias más relevantes las siguientes: la T-388 de 2009 enfrentó la colisión de la práctica del aborto con la objeción de conciencia de médicos, sobreponiendo el deber de la práctica sobre el derecho de médicos y prestadoras de servicio de salud. En la Sentencia C-445 de 2009 la Corte reitera su precedente de la C-355 de 2006, al indicar que las excepciones no liberan la penalización del infanticidio que continúa penado en la legislación colombiana. En la T-585 de 2010 ordenó a la Superintendencia la adopción de un protocolo para la atención de la práctica del aborto en los casos despenalizados. En la T- 636 de 2001, la Corte reclamó del personal médico y las empresas prestadores de salud “la práctica del aborto bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente” T-532 de 2014, donde la Corte invita al legislador a definir límites temporales para la práctica del IVE; en la T-694 de 2016 la Corte señala la existencia dentro del código laboral sobre la posibilidad de aplicar el descanso remunerado en caso de un aborto o parto prematuro. Finalmente,

en la más reciente decisión C-088 de 2020, aquella que podemos marcar como punto arquimédico<sup>2</sup> (Agencia Nacional de Defensa del Estado, 2017; López Medina, 2006), la Corte Constitucional, al declararse inhibida, ha mantenido la cosa juzgada a la luz de la sentencia de 2006.

En términos de la línea argumentativa, la decisión de 2006 partió de reconocer que la persecución penal no debería suprimir el derecho al aborto en cabeza de la mujer embarazada obligándola a permanecer con el hijo concebido en circunstancias consideradas insoportables e inexigibles para la mujer. Por tanto, considerada la existencia de un conflicto de derechos, el juez constitucional debía proceder a un ejercicio de ponderación del derecho a la vida con los otros valores, principios y derechos constitucionales que se le opondrían, en este caso el derecho al aborto (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355, 2006, fundamento jurídico 5). Como resultado del ejercicio de interpretación y ponderación, se consideró viable limitar el derecho a la vida del que está por nacer o *nasciturus*, al establecer su carácter no absoluto del derecho a la vida pese a la inviolabilidad prescrita en el artículo 11 de la Constitución, y del deber de todas las autoridades públicas de proteger la vida de los ciudadanos inscrita en el artículo 2o. constitucional, dando lugar a tres causales de despenalización en la práctica del aborto; es decir:

- (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 (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, parte resolutive).

---

en la Sentencia T-731 de 2016 la Corte lamenta la inexistencia de un marco regulatorio preciso para la práctica del aborto, e invita al legislador a proceder a definir el marco legal para su práctica.

<sup>2</sup> Para la Agencia de Nacional de Defensa del Estado, siguiendo la teoría de Diego López Medica, la sentencia aquimédica es la decisión “más reciente y cuyos hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico, o al menos lo más cercano posible con relación al caso sometido a investigación”.

Existen varios contradictores de la despenalización del aborto; entre ellos se encuentran aquellos que consideran que la decisión hace parte de un movimiento mundial que ve en el aborto un genocidio global (Sebastián Argueta, 2007). Otro movimiento de origen social con representación regional y local autodenominado movimiento por “Las dos vidas”<sup>3</sup> (Durán-Núñez, 2020; Safatle, 2020; Uncuyo, 2019). Estos movimientos, puntualmente este último, están en el origen de la nueva demanda que reabre el debate constitucional en Colombia 15 años después de la admisión de las tres causales de despenalización en el derecho colombiano por vía judicial; señalan que la ausencia de intervención del órgano legislativo en el proceso de despenalización rompe con el equilibrio de poderes y deshace la facultad de definición de política criminal reconocida como exclusiva del legislador. Entienden, por tanto, que la conversión de un delito en un derecho con virtud constitucional debe transitar el debate ante el órgano de representación democrática. Posición minoritaria vencida en la Corte en la Sentencia C-088 de 2020 y plasmada en la aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido.

Los jueces constitucionales colombianos en 2006 decidieron afrontar la discusión democrática sobre la determinación de los delitos y las penas ante una sala y una mayoría de nueve jueces y aceptar la discusión de la constitucionalidad de la sanción penal considerando la inexistencia de derechos absolutos; debido a ello, el argumento contramayoritario aparece en escena, y la búsqueda de apoyos resulta ser una necesidad para fortalecer la posición del defensor de la Constitución.

Por lo anterior, no resulta descabellado afirmar que la Corte se deshace de la inviolabilidad del derecho a la vida fácilmente no obstante la claridad de la literalidad que se desprende del artículo 11 de la Constitución: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. De manera sistemática, el juez constitucional recurre a la inexistencia dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos de un contenido explícito de protección del derecho a la vida del que está por nacer y, por lo tanto, de la ausencia del deber del Estado colombiano a garan-

<sup>3</sup> Existen varios movimientos contrabortistas y varias iniciativas de gran impacto en América Latina; el principal movimiento es un colectivo denominado “Salvemos las dos vidas”, conocida por el uso de pañuelos celestes en sus manifestaciones públicas en República Dominicana, Argentina, Chile, México, Ecuador, Colombia. Entre los respaldos más importantes en Colombia podemos señalar la postura institucional de la Universidad de la Sabana liderada por la directora de su Clínica Jurídica Juana Acosta.

tizar protección a toda costa y a todo nivel. Tal argumento hace viable la desmitificación del derecho a la vida, a todas luces necesario para la admisión de la despenalización limitada a tres causales.

Tal solución judicial no es una posición exclusiva del juez constitucional colombiano,<sup>4</sup> que resuelto a realizar un control constitucional ha decidido tomar partido adoptando una apertura restringida de acceso al aborto delimitada a causales determinadas. Ahora, el debate de acceso al aborto no ha sido generalmente un debate ubicado en la sala de decisión de un tribunal constitucional; como el movimiento de “las dos vidas”, existen movimientos en el panorama mundial que pretender situar el debate sobre el aborto en la arena política, y no en el estamento judicial, como ocurre en Colombia; así, además de permitir el debate democrático abierto a todas las corrientes políticas y sociales, se podrá, tras un proceso legislativo, producir la despenalización y/o el reconocimiento de derechos en torno al aborto.

No obstante la dificultad hermenéutica en el paso de un delito a un derecho y a la dificultad política de suplantación de legislador en el reconocimiento de un derecho constitucional producto de la despenalización de un delito, en 2010 una sala de revisión de acciones de Tutela de la Corte Constitucional afirmó que

A partir de la Sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585, 2010, fundamento jurídico 23).

Sin embargo, tal afirmación no respeta los límites funcionales de las facultades reconocidas a salas de revisión integradas por tres magistrados, pues tales manifestaciones y aseveraciones deben ser discutidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, y dar lugar, ya sea a una sentencia de unificación o a una sentencia de constitucionalidad, que no es el caso. El desmán de la sala de revisión fue luego corregido por la Corte en la más

---

<sup>4</sup> Tal posición también ha sido sostenida entre otros jueces por los tribunales constitucionales de España, Canadá, Hungría y Polonia.

reciente decisión de 2020, al reconocer como único precedente jurisprudencial en la materia a la sentencia de 2006.

Volviendo al examen de la sentencia que despenaliza las tres causales, la Corte Constitucional, tras consentir la posibilidad de retraer el derecho a la vida en pro de los derechos reproductivos de la mujer embarazada, recurre a un afianzamiento argumentativo utilizando como referente judicial el derecho comparado. Lo hace apelando a unas de las metodologías que hemos identificado más arriba como un recurso bastante utilizado por los jueces constitucionales: el diálogo judicial transnacional. La tarea será entonces a partir de ahora analizar el ejercicio de derecho comparado realizado en la Sentencia C - 355 de 2006; esto es, verificar el buen uso de la herramienta argumentativa constatando la existencia de los pasos mínimos definidos para considerarlo un análisis correcto de derecho comparado, esto es:

- 1) Justificar la comparación misma.
- 2) Evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados y la circulación del modelo comparado, y
- 3) La distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303).

Estos pasos metodológicos son una exigencia para el ejercicio judicial de un tribunal constitucional que, como intérprete de la Constitución, debe justificar el empleo de comparaciones con Constituciones y decisiones de sistemas jurídicos distintos al que debe su rango y poder. El correcto empleo de la metodología no persigue la sistematicidad de las etapas del análisis comparativo, pero sí la conciencia en el juez de la necesidad de justificar su comparación y, por tanto, la consistencia del buen empleo de la herramienta como sustento argumentativo de una decisión de revisión de constitucionalidad.

Para entrar en materia, es ahora propicio precisar un paso previo a los ya señalados. En otros escenarios, en los que se han desarrollado distintos ejercicios de derecho comparado (Vivas-Barrera, 2012; Vivas-Barrera, 2014) he planteado la necesidad de superar bloqueos, predisposiciones o prejuicios en las mentes de aquellos que realizan estudios de derecho comparado. La conciencia de tales prejuicios o bloqueos preparan al comparatista ante una posibilidad de ver al instituto jurídico, modelo o cláusula constitucional comparada por fuera de sus proporciones reales e

idealizarla. Así que, bien puede incorporarse como un evidente paso previo a la comparación la posible existencia de estos bloqueos y la búsqueda de su contención. Esta advertencia fue definida por el profesor Bernd Marquardt como bloqueadores en los investigadores a la hora de realizar análisis de derecho comparado en materia constitucional, específicamente cuando tiene por propósito los sistemas constitucionales de América Latina, ya sea partiendo de ella o estudiándola desde afuera. Marquardt distingue entonces tres principales bloqueadores: *i)* la influencia del primer-tercermundismo hegemónico y el síndrome de los ayudantes al desarrollo; *ii)* la equívoca autoestima en América Latina, y *iii)* la idealización de “las democracias europeas [y norteamericanas] como perfectas y desacreditar las sudamericanas como defectuosas” (Marquardt, 2011, p. 86).

Sobre el primer bloqueador, *i)* la influencia del *primer-tercermundismo hegemónico* y el síndrome de los ayudantes al desarrollo, Bernd Marquardt estima que a nivel científico debe reconocerse que cuando alguien se ubica en el concepto de constitucionalismo en el tercer mundo provoca “queriéndolo o no, la impresión de una tercera clase de Estados constitucionales o de un constitucionalismo subdesarrollado” (Marquardt, 2011, p. 78). El esquema del primer-tercermundismo ha sido denunciado como una teoría marginalista y hegemónica, supeditando el criterio de definición de la política mundial unilateralmente desde el norte hacia el sur subdesarrollado y dependiente; este concepto superado más en términos del lenguaje que reales, ha mudado hacia el concepto del *sur global*, concibiendo a los países del sur como economías emergentes y países en vías de desarrollo; por tanto, las comparaciones han tendido a llevarse a cabo entre sur-sur y disipando el prejuicio geográfico dominante sur-norte o norte-sur. Por ello, no son escasos los estudios que comparan la política, la economía la cultura, e incluso la historia (Debord, 2018) entre los países del sur global. Colombia, por ejemplo, se compara ahora con Sudáfrica y la India (Giménez-Auge, 2011), y otros estudios constitucionales con el enfoque sur-sur en materia constitucional se han realizado como ejercicios exitosos y de alta relevancia regional; por ejemplo, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (Rodríguez Garavito y Garavito, 2011), y otro estudio que sin duda será materia de referencia en las páginas que siguen sobre el aborto en América Latina (Bergallo et al., 2018). Sin embargo, el lenguaje cambia más rápido que las mentes, y en efecto, el síndrome de los ayudantes del desarrollo persiste, y el comparatista debe estar consciente de ello. El segundo bloqueador se concentra en *ii)*

“los efectos de la equívoca autoestima en América Latina: la perspectiva de la pobre víctima perpetua de la historia universal, subordinada inevitablemente a los centros del norte”(Marquardt, 2011, p. 82).

Marquardt, en su estudio de los dos siglos del Estado constitucional en Latinoamérica (1820 a 2010), cree que

...aunque el estímulo original ha venido desde afuera, saliendo del autoproclamado primer mundo, el victimismo ha empezado a reproducirse al estilo de un sistema autorreferencial por dentro de la cultura latinoamericana, conduciendo a tendencias de autotercermundialización o, en término más cercanos a la teoría poscolonial, a una autocolonización (Marquardt, 2011, p. 83).

Íntimamente ligado al tercer bloqueo, que aunque Marquardt lo define como “el estigma del autocratismo u caudillismo notorio” (2011, p. 84), dado que las democracias fueron desacreditadas por los mismos pueblos tras una persistencia del autocratismo y del caudillismo latinoamericanas, las democracias europeas se presentan como un ideal anhelado y perseguible; sin embargo, ésta no es más que una lectura sesgada de las democracias europeas, que sin lugar a duda, y la historia lo corrobora, han tenido graves interrupciones y algún grado de autoritarismo en un pasado no tan lejano. Bernd Maquardt trata el elemento sustancial como una consecuencia; sin embargo, se estima aquí que en realidad la consecuencia interviene realmente como el bloqueo específico, esto es, *iii*) la idealización de las democracias europeas y norteamericanas como perfectas y la desacreditación de los modelos democráticos sudamericanos como defectuosos (2011, p. 86).

Si quien emprende un ejercicio de derecho comparado reconoce estos bloqueos y está consciente de la afectación que pueden producir en su estudio, podrá de alguna manera neutralizarlos, alcanzar más objetividad y realizar su tarea con mayor cautela y éxito, imponiéndose una autorreflexión sobre el carácter temporal de nuestra existencia sometida a un hilo histórico imborrable.

Ahora, puestos sobre la mesa los necesarios pasos previos o la toma de conciencia de los posibles traspies antes de iniciar un proceso comparado, adentrémonos al análisis de los mínimos pasos que consideramos debería contener un estudio de derecho comparado. Aunque esto no significa que los pasos deban ser postulados uno tras de otro de manera progresiva y



sistemática, sino que el análisis previo permita extraer que efectivamente la reflexión sobre la cuestión fue dada. El primero de los pasos nos dirige hacia la justificación de la comparación misma. Quiere esto decir que debe explicarse el porqué de la reflexión comparada y la razón de la elección de los institutos, países, cláusulas y/o modelos de derecho constitucional a comparar. Conocido con el refrán o dicho que recomienda no comparar peras con manzanas, en ciertas condiciones esa comparación podría ser válida si lo que buscas es hacer un *collage* o realizar una correlación espuria. Según Marie Claire Ponthoreau, es primordial determinar la dificultad de toda tarea comparatista, y básicamente podrá definirse respondiendo a estos dos cuestionamientos:

*Primero:* ¿cuáles son los criterios que permiten reconocer dos cosas comparables?, ¿cuáles son los criterios que permiten reconocer que dos cosas son incomparables?

*Segundo:* ¿cuál es el nivel mínimo de similitud para aceptar una comparación? (Ponthoreau, 2015, p. 307).

En efecto, la selección de los casos bajo los cuales se plantee una comparación deberá resolver la problemática de la comparabilidad; en realidad, el criterio de comparabilidad depende en mucho de la concepción del experto y del reto que quiera enfrentar. Para aquellos más avezados, con mayores recursos y un equipo multidisciplinario será más fácil defender lo que a ojos de otros resulta poco comparable, pero que para el investigador tiene toda justificación (Vivas-Barrera y Moreno-Molina, 2015).

La similaridad de los casos puede generar un criterio de selección, y responderá al parámetro de definición de los casos *más similares y cercanos posibles*. La idea opuesta será guiarse por el criterio totalmente negativo; es decir, por los *casos más lejanos y más diferentes posibles*. A este criterio generalmente responden las investigaciones de familias jurídicas, pues el estudio de un derecho de tradición socialista podrá tener poco o nada cercano con un derecho de tradición islamista, y pese a esto los estudios comparados entre sistemas de derecho son practicables, muchos de ellos terminarán definiendo la diversidad de derechos posibles, tal como lo hace Patrick Glenn “sustainable diversity in law” (2010).

Sin embargo, si pese al haber resuelto la necesaria o superable familiaridad o la lejanía de los objetos, institutos o sistemas comparados, y se insiste en comparar elementos que pueden ser considerados completamente lejanos, dependerá del *tertium comparationis* apoyar y definir la decisión de la elección en la comparación. Generalmente la ecuación (o

indecisión) es resuelta por aquello que la doctrina llama *tertium comparationis*, es decir, por el tercer elemento que permite precisamente poner en relación los elementos comparados en un marco común. Ese tercer elemento podrá ser el tiempo de investigación disponible, los recursos, la dificultad de la lengua y el pobre o amplio acceso a la información. En fin, para algunos el problema de comparabilidad simplemente sólo se resolverá luego de realizar comparación y, por tanto, “la similitud y la diferencia son posibles conclusiones y no condiciones del proceso comparativo” (Valcke, 2004, p. 721).

Luego de esta breve explicación sobre la justificación de la comparación y el modo de enfrentar los dilemas de elección, veamos cuál fue el ejercicio de la Corte Constitucional en la Sentencia C- 355 de 2006. Varios de los intervinientes, incluido el procurador general de la Nación y el Defensor del Pueblo, incorporaron en su concepto un análisis de derecho comparado presentando en su gran mayoría las posturas de países cuya legislación y jurisprudencia ha apoyado la despenalización del delito de aborto y una aceptación de criterios excepcionales de abortar. Curiosamente, la presentación de la legislación comparada y las decisiones de los tribunales constitucionales relacionan a países occidentales fundamentalmente de Europa central y norteamericanos, en específico Estados Unidos y Canadá. México, para entonces no tenía una posición abierta hacia el aborto, a excepción de la Ciudad de México. En su reflexión, la Corte reconoce la importancia del análisis comparado de la discusión e incorpora un apartado que titula “La cuestión del derecho comparado” (fundamento jurídico 9). En su análisis precisa que no pretende agotar una presentación del panorama de la discusión, pero sí resalta que existe una amplia legislación extranjera, así como decisiones jurisprudenciales sobre la materia, pasa en seguida a aceptar la disparidad de criterios en los sistemas jurídicos occidentales a partir de los años noventa y precisa la diversidad de posiciones en América Latina con legislaciones en las que admite eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, como ocurría para la época en Argentina, México, Bolivia, Cuba y ocho estados brasileños, pero a la vez menciona los países donde existe prohibición total del aborto, como Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras (Cossío- Díaz y otros, 2012). Esto podría significar para la Corte ubicarse en el panorama de la región, permitiéndole considerar su postura en alguna de las dos existentes, y realmente así ocurrió.

Posteriormente, la Corte relaciona las decisiones sobre la materia de los tribunales constitucionales de Estados Unidos de 1973, Alemania de 1975 y 1985 y España 1985, precisando que esta mención sólo se realiza “a título meramente ilustrativo” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 9). Sin embargo, la elección de los países referenciados tiene un propósito más allá de la ilustración; la Corte se encuentra en la búsqueda de apoyo a su decisión, y relaciona las decisiones de estos tres países del norte global, que claramente le aportarían más apoyo que crítica. De esta manera, la Corte Constitucional se ubica en el criterio primer-tercermundista que señalábamos como un lugar común de los agentes primarios llamados a realizar comparaciones en el derecho, como son los jueces constitucionales.

Ahora, en efecto, los países referenciados son conocidos parámetros del derecho constitucional latinoamericano desde siglos atrás; la Corte, a manera ilustrativa, había podido mencionar otros países, pero no tendrían el peso argumentativo suficiente ni permitirían la adhesión al concepto definido por la mayoría de la Corte Constitucional colombiana como una despenalización basada en criterios específicos. *A contrario sensu*, si su intención hubiera sido una total despenalización, muy probablemente los ejemplos ilustrativos hubieran sido los fallos evolutivos de la Corte Suprema de Justicia canadiense (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 7), y que estaban en su conocimiento según la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. De igual manera, si lo que la Corte buscaba con el derecho comparado era la búsqueda de apoyo al sentido de la decisión sobre una constitucionalidad restringida a ciertas circunstancias, también había podido haber relacionado las decisiones de la Corte Suprema de Justicia irlandesa de 1992, de la Corte Constitucional húngara de 1991 y 1998 y la decisión de 1996 de la Corte Constitucional polaca (2016, fundamentos jurídicos 8, 9 y 10). Los tres casos sin lugar a dudas coincidentes en decisiones de tribunales constitucionales con el mismo sentido del fallo de 2006, pero sin el peso histórico de referencia comparada norte-sur en el constitucionalismo colombiano.

Ahora siguiendo el criterio ilustrativo de la Corte Constitucional, parece bastante curioso que al plantear el modelo de decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sólo relacione el caso *Roe vs. Wade* de 1973, y evite la mención a casos que revisaron las bases del discurso pro

abortista posteriores a *Roe vs. Wade*. La doctrina jurídica norteamericana coincide en aceptar que en efecto, “aunque el caso *Roe vs. Wade* sigue dominando la retórica de este debate, la resolución tomada en 1973 ya no es el norte de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de aborto; en su lugar, la Corte colocó en 1992 el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*” (Laurence H. Tribe, 2013b, p. 97). El cambio de paradigma con el caso *Casey* (Laurence H. Tribe, 2013a, p. 121) responde al “rechazo a la lógica subyacente a *Roe*, no sólo porque fue abandonado explícitamente el análisis basado en trimestres, sino también porque se sostuvo inequívocamente que el interés del Estado en la vida potencial empieza después del momento en el cual el feto es viable” (Shapiro, 2008, p. 448). Así, la decisión de la Corte Constitucional colombiana, no ignorando los cambios jurisprudenciales que le siguieron al caso *Roe*, pues fueron presentados en la aclaración de voto ya mencionada, decidió no profundizar ni mencionar tampoco el caso *Stenberg vs. Carhart* de 2000, famoso por la discusión sobre una práctica conocida como “aborto con nacimiento parcial o D&E Dilación y evacuación”, procedimiento en el cual “el doctor tira del cuerpo del feto a través del cuello del útero (de allí el término nacimiento parcial), destruye el cráneo y extrae el feto a través del cuello del útero” (Shapiro, 2008, p. 450). La incorporación de estos casos en la presentación ilustrativa de la Corte hubiera implicado un mayor rechazo social a la decisión y la apertura a la discusión sobre la definición de los trimestres o semanas de embarazo o de la vida del feto en los que el aborto es permitido en Colombia, y que la Corte no quería entrar a definir. Motivo de gran controversia de la decisión, pues la ausencia de definición de los tiempos en los que se podría practicar el aborto en el país se traduce en la situación que precisa Juan Acosta “libera la práctica de límites exigibles sin ninguna consecuencia en la aplicación de las causales” (Durán-Núñez, 2020).

Ahora, si nos dirigiéramos a la superación de la hegemonía comparatista norte-sur, si comparáramos con el criterio del sur global, dirección sur-sur, la comparación hubiera partido en dirección hacia Sudáfrica o India o nuestros pares en la región. Sin embargo, la comparación no hubiera resultado exitosa, pues en Sudáfrica (Ley de Determinación de Terminación del Embarazo, 1996), en la India (Ley de Terminación Médica del Embarazo, 1971, Acto 34, 1971, reformado por la Ley 64, 2002) como ha ocurrido recientemente en Argentina (Ley 27610, publicada en el *Boletín Oficial*,

15/01/2021, número 34562), la reglamentación del aborto está dada por un marco legislativo. De realizar la comparación con estos países hubiera implicado respetar la libertad de configuración del Congreso para discutir el tratamiento del aborto en el país, pero no coincidía con lo aprobado por la mayoría de la Sala Plena de la Corte en 2006 ni en 2020. Dando alcance al principio *sur-sur*, la comparación debía partir en dirección de los países de la región; sin embargo, hubiera significado igualmente liberar la discusión al espacio legislativo e inhibirse para tomar una decisión, tesis tampoco aceptada en 2006.

Sobre los pasos 2 y 3 de la metodología comparatista. 2. Evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados y la circulación del modelo comparado, y 3. Realizar la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303), podríamos advertir que efectivamente, ni la sentencia ni la aclaración de voto que profundizó en el derecho comparado tuvo consciencia de la necesidad de verificar y/o justificar el préstamo del criterio de los derechos sexuales reproductivos de la mujer, tal vez porque en efecto no se consideraba un préstamo, como tampoco progresó sobre la verificación de su circulación, pues hubiera advertido que tal concepto no circulaba sin tropiezos en países de la región, quienes se adherían principalmente al criterio de respeto de la libertad de configuración del legislador y de agenda política (Adalid, 2009).

Sobre la distinción entre tradiciones o culturas jurídicas objeto de la comparación, se advierte cómo la Corte sí distingue entre la tradición jurídica de occidente (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 9) y otras tradiciones jurídicas, ubicando al sistema jurídico colombiano en un orden mayormente reconecedor de derechos individuales y, por tanto, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, así como de un deber exigible al Estado de protección de la vida aún eliminando su carácter inviolable dispuesto literalmente en el artículo 11 constitucional. La cultura jurídica colombiana se aleja de la tradición jurídica de los países de Medio Oriente y de la tradición de países de oriente, tales como Japón, China e India, donde según el mapa mundial del aborto de Laurence Tribe existe una historia de aceptación social del infanticidio, en particular del rechazo a bebés con sexo femenino, además de la consideración del aborto como política alentada estatalmente como mecanismo de control de la natalidad, es decir, no criticado socialmente ni penalmente sancionable (2012, p. 197).

Existe, sin embargo, una corriente judicial que con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional de 2006 ha propiciado un giro en las decisiones en los tribunales de la región. A nivel interamericano, un caso emblemático le permitió a la Corte Interamericana entender contrario a los postulados de la Convención Americana, condicionamientos a los procesos de fecundación *in vitro*, señalando que la limitación de acceso a tratamientos científicos para lograr la fecundación son una violación a los derechos reproductivos, y una intrusión del Estado en ese ámbito puede representar una amenaza al derecho a la intimidad (caso *Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, 2012). La Corte, además, sostiene que la protección del derecho a la vida tal como está inscrita en el artículo 4.1 inicia desde el momento en que el embrión es ubicado en el útero de la madre considerando a la concepción como el punto de partida de protección, y no antes, según el resumen oficial del caso realizado por la misma Corte (Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Resumen Oficial*, 2012). Ésta es su correcta interpretación, y no aquella que ve en las apreciaciones de la Corte la admisión de acceso el aborto como consecuencia de la protección gradual e incremental de la vida del embrión. Por lo que es erróneo concluir que la Corte Interamericana está admitiendo el derecho al aborto cuando el caso y sus consideraciones van dirigidas a la defensa de la vida en los casos de fecundación *in vitro* desde el momento en que el embrión es implantado en el útero de la madre. Debe precisarse, sin embargo, que la Corte remarca su valor no absoluto, y señala la posibilidad abierta a excepciones.<sup>5</sup>

Aunque el propósito de este artículo está enfocado en el análisis comparado realizado en la decisión colombiana de 2006, en aras de presentar un panorama de la situación en la región y desarrollar un ejercicio comparado sur-sur, señalamos que a nivel de tribunales constitucionales las decisiones sobre la materia en su amplia mayoría han seguido la opción adoptada

---

<sup>5</sup> Existe en curso otro caso que ha tenido informe final de la Comisión Interamericana, y que está en proceso de análisis en el seno de la Corte Interamericana. Se trata del caso *Manuela y otros vs. El Salvador* donde se investiga la muerte de Manuela en manos del Estado hondureño y la condena excesiva con ocasión del aborto practicado, además de otras violaciones a las garantías judiciales de la víctima, condenada por la práctica del aborto reconocido como ilegal en El Salvador, además de la discriminación por varios estereotipos de género en el tratamiento de la condena contra la víctima. El caso cuenta con audiencia pública el 10 y 11 de marzo de 2021 y la apertura a alegatos y observaciones finales el 12 de abril de 2021. En el momento en que se escribe este artículo aún no se cuenta con un fallo definitivo.

por la Corte colombiana en 2006. Este es el caso de las decisiones de los tribunales constitucionales de Argentina, Brasil, Chile y Ecuador,<sup>6</sup> que han escogido la despenalización de circunstancias y/o causales de excepción a la penalización del aborto.<sup>7</sup> Ahora, si el objetivo de esta investigación fuera realizar un análisis comparado de la situación en la región a nivel de tribunales constitucionales, el resultado mostraría que la opción más expandida ha sido la excepcionalidad, teniendo como primer referente la decisión de 2006 de la Corte Constitucional colombiana, razón que respalda su estudio. Sea el caso precisar que las decisiones de los otros tribunales constitucionales han sido tomadas con posterioridad a la decisión colombiana de 2006 y, por tanto, no pueden integrar el análisis comparado de una decisión adoptada, en algunos casos, más de una década antes y que pese a continuas demandas posteriores la Corte colombiana ha mantenido su línea decisional, lo que ha impulsado que la decisión se mantenga vigente.<sup>8</sup>

Ahora, otras corrientes impulsan al caso mexicano, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), desde su fallo en 2008, y ahora con su decisión en 2021, se aleja de la decisión de despenalización por excepción ampliamente mayoritaria en América Latina. Para 2008, la SCJN<sup>9</sup> determinó que en el caso de la despenalización y regulación del

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 13 de marzo de 2012 en el caso F. A. L. Medida autosatisfactiva que admite el derecho de acceso al aborto como consecuencia de violación en una niña; la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil ADPF 54, del 11/12 de abril de 2012 que admite la excepción del aborto en caso de feto anencefálico; la sentencia ROL 3729-17 del Tribunal Constitucional de Chile del 28 de agosto de 2017, que estudia un proyecto de ley que despenaliza por tres causales el aborto: peligro de la vida de la madre, que el feto padezca de una patología congénita y que sea el resultado de una violación, y la sentencia 34.19. IN/21 de la Corte Constitucional de Ecuador del 28 de abril de 2021, que despenaliza el aborto en mujer que padezca discapacidad mental.

<sup>7</sup> Para un análisis alternativo sobre los decisiones pro aborto en la región, véase Bergallo *et al.* (2018).

<sup>8</sup> Una nueva demanda posterior a la que diera lugar a la Sentencia C- 088 de 2020 está en curso ante la Corte Constitucional, según reportes periodísticos existe una ponencia en favor de la despenalización y deshaciendo la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C- 355 de 2006; sin embargo, el debate de la Sala Plena de la Corte Constitucional no se ha dado, y la votación tampoco.

<sup>9</sup> Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México de 2008 en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 tras demanda de inconstitucionalidad del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra los artículos que penalizan el aborto del Código Penal del Distrito Federal

aborto hasta las doce semanas de gestación establecida en la reforma al Código Penal para el Distrito Federal y en la adición a la Ley de Salud para el Distrito irrumpía “con la competencia sobre salubridad general de la República que compete en exclusiva al Congreso de la Unión” (SCJN, 2008, p. 133), particularmente en lo relacionado con la definición del concepto de embarazo y la limitación de acceso al aborto hasta las doce semanas de gestación. Adicionalmente, declara que el derecho a la vida no está inscrito como derecho consagrado en su catálogo de derechos, sin duda argumento sólido en el proceso de despenalización del aborto, pero problemático hacia un análisis que en el futuro pudiera dar lugar a una interpretación sobre la inexistencia también como deber a cargo del Estado. Añade que en todo caso no hay preeminencia de la vida sobre otros derechos ni tampoco lo reconoce como previo al goce de los demás derechos constitucionales. Esta abierta posición hacia el aborto fue reiterada en decisión recientemente fallada. La SCJN, el 7 de septiembre de 2021, establece por el voto unánime de diez ministros la obligatoriedad del precedente para casos futuros al declarar la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal del Estado de Coahuila a la práctica del aborto voluntario, estableciendo que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta; como también la limitación a doce semanas en caso de violación, inseminación o implantación artificial (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2021). La SCJN acoge dentro de su argumentación la tesis sostenida en el caso *Artavia vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana sobre la protección gradual e incremental de la vida prenatal (SCJN, 2021, párr. 205), deja de lado la argumentación sobre la inexistencia de un deber de protección de la vida y hace mención a decisiones de tribunales constitucionales de la región sobre los que no profundiza, quizá más que referirse a los tribunales constitucionales latinoamericanos esté indicando hacia el norte de sus fronteras legales. Finalmente, está abierta la cuestión sobre la influencia comparada de las decisiones de la Corte Suprema los Estados Unidos y Canadá en las decisiones mexicanas sobre el aborto y la reflexión sobre la correcta elaboración de los pasos del análisis jurídico comparado que hemos anunciado a lo largo de este artículo.



#### IV. CONCLUSIONES

El análisis comparado es una herramienta al servicio del derecho; no obstante, su uso requiere de compromisos de transparencia metodológica. Este ejercicio de análisis no pretendió más que ilustrar el uso correcto e incorrecto en una decisión judicial de amplia controversia social y jurídica que utilizó al derecho comparado como apoyo argumentativo. En el recorrido histórico sobre el uso del derecho comparado en materia de derecho público pudimos apreciar de qué manera el derecho administrativo avanzó sobre la reconstrucción de un tejido comparado con la extensión del modelo expandido del Consejo de Estado alrededor del mundo sobrepasando incluso tradiciones jurídicas, fortalecido luego con el diálogo judicial de los consejeros de Estado que discutían y reproducían las decisiones del Consejo de Estado francés en sus propios sistemas jurídicos. Primigeniamente en el derecho administrativo, el diálogo judicial llegó al derecho constitucional con una mayor expansión de los análisis comparados entre decisiones de rango constitucional, razón que explica la apreciación de Roland Drago al considerar que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas.

Ahora, en efecto, el derecho comparado puede en su forma más básica propiciar un análisis de legislación comparada para luego trascender a un posible préstamo de modelos, cláusulas o instituciones constitucionales de un sistema jurídico a otro. La práctica de los ejercicios comparados de los tribunales constitucionales; es antigua, y el diálogo judicial ha sido una práctica recurrente de los tribunales regionales de derechos humanos como de los tribunales constitucionales, creemos haber aportado en su demostración. También es indudable que desde tiempo atrás los expertos comparatistas han fijado unos mínimos para lograr con éxito los ejercicios comparados. Entre esos mínimos, la más relevante en razón a la transparencia exigible al ejercicio judicial es la justificación de la elección de los sistemas o decisiones comparadas. En materia del reconocimiento del derecho al aborto, la apelación al uso del derecho comparado en los tribunales del sur global resulta ser una práctica constante, pues en efecto llegan a la discusión luego de que ya ha sido reconocido en el norte global como derecho constitucional. Así ha operado la Corte Constitucional en Colombia en la Sentencia C-355 de 2006, buscando a manera de ilustra-

ción el apoyo en las decisiones de sus homólogos en países de conocido reconocimiento en la historia constitucional del mundo.

La trascendencia del diálogo judicial va más allá de plantear un panorama mundial en la materia. En el caso de la decisión de despenalización del aborto en Colombia la mención a decisiones previas de los tribunales constitucionales de España, Alemania y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, fortaleció la posición de la Corte Constitucional en el camino a la despenalización basada en causales precisas de la práctica del aborto en el país. Ciertamente, el derecho comparado está al servicio de los jueces, quienes operando como guardianes de la Constitución pueden usarlo en aras de su tarea interpretativa. De hecho, la propia naturaleza de su labor exige que éste opere de manera transparente y honesta en sus ejercicios comparados. Esta sincera y transparente determinación puede guiar un camino más fiel a la verdad del uso de modelos comparados puestos como ejemplos en decisiones caseras, y tal vez ayude a crear consciencia sobre nuestro apegado sometimiento al norte global constitucional.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Adalid, M. M. (2009). La Suprema Corte de Obama. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 1, 21. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- Agencia Nacional de Defensa del Estado. (2017). *Los ocho pasos para elaborar una línea jurisprudencial*. <https://conocimientojuridico.defensasajuridica.gov.co/los-ochos-pasos-elaborar-una-linea-jurisprudencial/>
- Bergallo, P., Jaramillo Sierra, I. C. y Vaggione, J. M. (2018). El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. *El aborto en América Latina. estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contr-el-derecho-al.pdf>
- Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (2009). *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas- Thomson Reuters.

- Carpizo, J. (2006). Derecho constitucional latinoamericano y comparado. *Anuario de Derechos Humanos*, 7(7), 265-308. [https://doi.org/10.5209/rev\\_ANDH.2006.v7.21749](https://doi.org/10.5209/rev_ANDH.2006.v7.21749)
- Corte Constitucional de Colombia. (2020) Sentencia C - 088. <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado No. 11 del 02 de marzo de 2020.pdf>
- Sentencia C -355 de 2006, (2006). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2010) Sentencia T-585. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-585-10.htm>
- Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Resumen Oficial. (2012). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf)
- Caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica, (2012). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Cossío- Díaz y otros. (2012). Estudio preliminar. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 9-91). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Cubides-Cárdenas, J. A., Vivas-Barrera, T.-G. (2016). Justicia transicional y el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito del posible acuerdo de paz en Colombia. *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia* (pp. 67-98). Universidad Católica de Colombia.
- Cuniberti, G. (2011). Grands systèmes de droit contemporains. In *Grands systèmes de droit contemporains* (2a. ed.). [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2012\\_num\\_64\\_1\\_20198\\_t21\\_0356\\_0000\\_1](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2012_num_64_1_20198_t21_0356_0000_1)
- David, R. (1964). *Les grands systèmes de droit contemporains* (Collection). Dalloz.
- David, R., y Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>
- Debord, B. (2018). Historias e historiografías desde el sur global. *Nuestra América*, 6(12). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5519/551957465012/html/index.html>

- Durán-Núñez, D. (2020, 17 de febrero). Aborto en Colombia: la postura de la Universidad de la Sabana en el nuevo debate. Entrevista a Juana Acosta. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/no-hay-fundamento-juridico-para-afirmar-que-el-aborto-es-derecho-fundamental-unisabana-articulo-905118>
- Escobar-Fornos, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(16), 137-158. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5790/7633>
- Fauvarque-Cosson, B. (2015). Roland Drago et et Droit Comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 341-345.
- Giménez-Auge, F. P. (2011). Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (pp. 231-250). Siglo del Hombre Editores.
- Glenn, P. (2010). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (4a. ed.). Oxford University Press.
- González-Martín, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- Kelley, L. (2020). What if the Supreme Court Rules on Abortion and the Country Shrugs? *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/06/21/opinion/supreme-court-abortion-june-medical.html>
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada. Tomo I*. Universidad Nacional de Colombia.
- Neyrat, A. (2016). *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne* [Université de Bourdeaux]. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01654677>
- Örücü, E. (2003). Whither Comparativism in Human Rights Cases? En E. Örücü (Ed.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (United Kin, pp. 229-242).
- Penagos, G. (1993). *Fundamentos del derecho administrativo: origen francés en el mundo*. Librería El Profesional.

- Picard, E. (2015). La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 67(2), 317-329. <https://doi.org/https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20503>
- Ponthoreau, M.-C. (2015). Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes? *Revue Internationale de Droit Comparé*, 67(2), 299-315. <https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20502>
- Rivero, J. (1980). Droit administratif français et droits administratifs étrangers. *Pages de doctrine. L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale* (pp. 475-485). Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Rodríguez-Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del derecho administrativo. En D. Cienfuegos-Salgado (Ed.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz* (pp. 293-315). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> Libro completo en: <https://goo.gl/9UNWsi>
- Rodríguez Garavito, C. y Garavito, C. (Coords.). (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*. Siglo del Hombre Editores.
- Rosenfeld, M., y Sajó, A. (2012). Introduction. En A. Rosenfeld, Michel y Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 1-19). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0001>
- Safatle, P. (2020, 8 de marzo). Contra las violencias hacia la mujer y a favor de “las dos vidas”: una multitud se reunió en Luján para rechazar la legalización del aborto. *Infobae*. <https://www.infobae.com/sociedad/2020/03/08/contra-las-violencias-hacia-la-mujer-y-a-favor-de-las-dos-vidas-una-multitud-se-reunio-en-lujan-para-rechazar-la-legalizacion-del-aborto/>
- Sauvé, J.-M. (2015). Allocution d'ouverture Droit Comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 281-291. <http://marseille.tribunaladministratif.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-comparaison-des-droits>
- Sebastián, Argueta, A. (2007). *Aborto legal, genocidio global*. Bubok Publishing S. L. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/biblioucatolicasp/>

- reader.action?docID=5425524&query=aborto+legal%2C+genocidio+global
- Sentencia. (2008). Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.
- Sentencia. (2021). Acción de Inconstitucionalidad 148/2017.
- Shapiro, I. (2008). El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: Una introducción. *Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 21, 437-464.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2021). Comunicado de Prensa Núm. 271 de 2021. *Comunicados de Prensa*. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>
- The New York Times. (2020). Trump's High Court Hears Its First Abortion Case. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/03/02/opinion/trumps-high-court-hears-its-first-abortion-case.html>
- Tribe, Laurence H. (2012). El aborto en el mapa mundial. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 180-218). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Tribe, Laurence H. (2013a). Del caso Roe al caso Webster. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 116-141). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Tribe, Laurence H. (2013b). Prefacio a la edición en español. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 41-44). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Uncuyo, U. del C. (2019). *Día internacional de acción por las dos vidas*. Atardecid@s. <http://www.universidad.com.ar/dia-internacional-de-accion-por-las-dos-vidas56>
- Valcke, C. (2004). Comparative Law as Comparative Jurisprudence - The Comparability of Legal Systems. *American Journal of Comparative Law*, 52, 713-740. <https://doi.org/10.2139/ssrn.385861>
- Vivas-Barrera, T.-G. (2012). El amparo mexicano y la acción de tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica. *Pensamiento Jurídico*, 33, 13-66. <http://www.bdigital.unal.edu.co/36820/1/37883-168738-2-PB.pdf>
- Vivas-Barrera, T.-G. (2018). Le droit constitutionnel colombien à géométrie variable. *Utopia y Praxis Latinoamericana*, 23(Extra2), 140-150. <https://doi.org/10.5281/zenodo.1801330>

- Vivas-Barrera, T.-G. y Cubides-Cárdenas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8(2). <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265425848012>
- Vivas-Barrera, T.-G. y Moreno-Molina, L. P. (2015). Conflicto humanitario en la República Democrática del Congo: más allá de una guerra por los recursos. En B. Marquardt (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio* (pp. 405-432). Universidad Nacional de Colombia.
- Vivas-Barrera, T. G. (2014). Comparar: un método de análisis jurídico. *Constitucionalismo científico II. Entre el Estado y el mercado* (pp. 429-450). Temis.
- Von Bogdandy, A. (2015), Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, 34, 3. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>
- Von Bogdandy, A., Fix-Fierro, H. y Morales-Antoniuzzi, M. (Coords). (2014), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/22.pdf>

