

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA: UN DEBATE INCONCLUSO

*Diana Patricia Quintero**

Hace algunas semanas la Corte Constitucional colombiana sorprendió a la opinión pública al declarar la despenalización del aborto en ciertas circunstancias especiales. Es el quinto pronunciamiento directo del tribunal sobre la constitucionalidad de las normas penales que tipifican el aborto, pero desde el primer fallo ya se habían configurado los argumentos, que tanto defensores como opositores del aborto, esgrimirían a lo largo de los doce años transcurridos desde entonces. Se trata de argumentos relativos al valor de la vida, a lo que constituye la dignidad de la persona y al alcance de la autonomía personal, en temas ligados con la reproducción. El carácter moral de estas cuestiones hace que el debate jurídico –tanto en las demandas como en las decisiones, y en los salvamentos de voto - no pueda desligarse de las visiones de los participantes sobre lo bueno, sobre lo que se considera sagrado.

La primera demanda se dio bajo la vigencia del anterior Código penal, el decreto 100 de 1980, que en su artículo 343 penalizaba con prisión de uno a tres años a la mujer que causare su aborto o permitiera que otro se lo causare. En dicho Código se consagraba un atenuante en el artículo 345, según el cual la pena sería arresto de cuatro meses a un año, en los casos de embarazo resultado de un acto de violencia. Los argumentos centrales de esta demanda de inconstitucionalidad pueden sintetizarse en cinco puntos.

- a. La negación del *status* de persona del feto, y en esa medida la no aceptación de este como sujeto de derechos ni de obligaciones.
- b. La diversidad étnica y cultural consagrada en la Constitución, y la libertad de culto, que legitiman jurídicamente la no consideración del aborto como una conducta reprochable.
- c. El derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres como un límite al orden jurídico.

* Profesora de Filosofía del Derecho y Ética de la Universidad Icesi de Cali.

- d. La prohibición de obligar a alguien a actuar contra su conciencia.
- e. La libertad de las parejas para decidir libre y responsablemente el número de hijos.

La decisión mayoritaria de la Corte es la declaratoria de exequibilidad (validez) de las normas demandadas. La sentencia, la C-133 de 1994, se fundamenta en las normas pertinentes de la Constitución, la Convención americana de derechos humanos y la Convención sobre derechos de los niños, así como normas del Código civil y del Código del menor, para defender la idea de que el Estado debe proteger el derecho a la vida desde su formación, es decir, desde la concepción. La Corte afirma que aunque el feto no es persona, porque es necesario haber nacido para serlo, tiene un derecho intrínseco a la vida. La persona es definida como sujeto de derechos, o titular de derechos y obligaciones que le otorga el orden jurídico. También afirma que el feto tiene derecho a la protección de la vida, y que en caso de conflicto entre la dignidad y derechos de la mujer y la protección de la vida del feto, debe privilegiarse esta última. Con relación al quinto argumento de la demanda, se restringe la oportunidad de las parejas de ejercer el derecho a decidir libremente el número de hijos, hasta antes de la concepción.

En dicha ocasión tres magistrados salvaron su voto, uno de ellos Carlos Gaviria Díaz, candidato por el partido de izquierda a las elecciones presidenciales que acaban de llevarse a cabo. El salvamento de voto es muy valioso como doctrina, en la medida en que subraya las principales inconsistencias de la posición mayoritaria en los siguientes términos:

- a. La Corte ha usado normas de rango legal, como el Código del menor y el Código civil, para hacer control de constitucionalidad de normas legales. Este proceder es jurídicamente incorrecto porque el control abstracto de constitucionalidad debe hacerse con fundamento en normas de rango constitucional.
- b. La mayoría se contradice al definir a la persona como un sujeto de derechos y obligaciones, al negar el *status* de persona al feto y concluir que este tiene un derecho intrínseco a la vida.

c. El fallo confunde la protección de la vida del *nasciturus* con el derecho subjetivo a la vida.

La segunda sentencia fue la C-013 de 1997 y también tuvo como fundamento una demanda contra el Código penal anterior. A juicio del demandante, la circunstancia de atenuación punitiva descrita en el artículo 345 vulnera los derechos del niño a la vida, a la personalidad jurídica, a la igualdad, y al libre desarrollo de su personalidad.

En la sentencia, la Corte reitera los argumentos utilizados en la primera decisión; aunque va más allá al señalar que la mujer no es dueña del fruto vivo de la concepción. En prueba de este argumento cita la encíclica del papa Pablo VI *Humana Vitae* sobre los límites del dominio del hombre sobre su propio cuerpo¹. También afirma la necesidad de distinguir el hecho de la violación, constitutivo de una afectación de la dignidad de la mujer, del embarazo. Este último se considera que “dignifica y enaltece a la mujer”, aún en los casos de ser resultado de un acto de violencia sobre ella. A pesar de estos argumentos favorables a la penalización total, la mayoría considera que la libertad del legislador para configurar la política criminal es una razón para declarar la constitucionalidad de la norma demandada.

De nuevo tres de los nueve magistrados salvaron su voto, y para ello acudieron a los siguientes argumentos:

a. El poder de configuración del legislador en materia penal tiene como límite la razonabilidad y la proporcionalidad de sus decisiones.

b. Prohibir el aborto del fruto de un embarazo criminal es ocasionar más daño a la mujer que ha sido violentada y a sus familiares, porque se le impide ejercer la legítima defensa de su integridad corporal y psíquica, al tiempo que se le impone una carga excesivamente onerosa.

¹ Este hecho generó un rechazo muy fuerte entre los sectores más progresistas del país, y entre los constitucionalistas por constituir un desconocimiento de principios como la libertad de cultos y el pluralismo cultural y religioso.

c. La libre opción de la maternidad se encuentra íntimamente relacionada con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial se ve afectado por el legislador.

d. La Corte Constitucional no puede basar su decisión en un credo religioso particular, porque su tarea es velar por los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de cultos.

La tercera sentencia es la C-647 de 2001. La demanda se presenta contra el nuevo Código penal, ley 599 de 2000, que en el párrafo de su artículo 124 consagra una despenalización judicial de la conducta; al otorgarle al juez la posibilidad de prescindir de la pena cuando el aborto se hubiese realizado en “extraordinarias condiciones anormales de motivación”. Para el demandante, esta nueva norma deja impunes crímenes cometidos contra un ser humano indefenso como el feto. El demandante atribuye plenos derechos al feto y en su argumentación acude a la carta encíclica “el evangelio de la vida” del Papa Juan Pablo II, para afirmar el carácter intrínsecamente ilícito de las conductas contrarias a la ley de Dios.

La Corte consideró constitucional la norma demandada, de nuevo como un reconocimiento a la potestad configurativa del legislador, en materia de política criminal.

La cuarta sentencia es la C-1299 de 2005, demanda presentada por Mónica Roa contra el artículo 122 del nuevo Código penal, en virtud del cual se penaliza con una pena de prisión de uno (1) a tres (3) años a la mujer que causare su aborto o le permitiere a otro que lo cause. Las pretensiones se refieren en primera instancia a la declaratoria de inexecutable del artículo citado, y de manera subsidiaria a la constitucionalidad condicionada del mismo. Los argumentos principales de esta demanda invitan a la Corte a apartarse de su precedente en la materia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a. La improcedencia de la cosa juzgada material y formal. Las recomendaciones formuladas a Colombia por los comités de monitoreo de los tratados internacionales y los informes sobre la situación de los derechos

humanos, con relación al tema del aborto, constituyen “*nuevas y poderosas razones*” para el cambio de jurisprudencia.

b. La penalización total del aborto viola la dignidad humana, los derechos a la salud, a la vida, a la integridad, a la igualdad y la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos reproductivos de las mujeres.

c. La criminalización del aborto reduce las libertades de las mujeres, al punto de hacer de ellas ciudadanas de segunda clase.

d. Las estadísticas muestran el efecto devastador que la penalización ha tenido sobre las vidas y la salud de las mujeres.

El trámite de la demanda estuvo atravesado por numerosos incidentes, como recursos contra el auto admisorio de la demanda, denuncias de la demandante sobre irregularidades, recusaciones a magistrados, etc. Y al lado de los debates procedimentales se encuentran en la sentencia cientos de intervenciones ciudadanas, y numerosos listados de firmas, enviados tanto por personas naturales como organizaciones académicas y sociales, colombianas y extranjeras; algunas en contra de las pretensiones de la demanda y otras coadyuvando las mismas. Sin duda en esta demanda se hizo muy visible la presión social y política ejercida sobre la Corte, desde ambos extremos ideológicos.

La Corte decide en este caso declararse inhibida para fallar de fondo, por ineptitud sustancial de la demanda. A su juicio, ninguna de las pretensiones cumple los requisitos previamente establecidos para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad: que se concreten en el deber de determinar con exactitud la norma acusada como inconstitucional, de señalar las normas constitucionales que se consideren infringidas, e indicar las razones por las cuales dichos textos constitucionales se estiman violados.

La última sentencia es la C-355 de mayo de 2006, de la que aún no se conoce el texto completo. En el comunicado de prensa, la Corte, con salvamento de voto de tres magistrados y un impedimento, declara la constitucionalidad condicionada de la norma, en los términos propuestos por la demandante desde su primera demanda. La mayoría manifiesta que “no se incurre en el delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer,

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

En los fundamentos del fallo se distingue entre el derecho a la vida, del cual son titulares sólo las personas que tienen vida independiente, y el bien jurídico de la vida, que goza de protección desde el momento de la concepción. En segundo lugar, la corte recuerda el carácter no absoluto de los principios y valores fundamentales, y reconoce la posibilidad de establecer ponderaciones entre los mismos. En este sentido señala que la protección de la vida del *nasciturus*, en todas las circunstancias, constituye una imposición desproporcionada de cargas sobre los derechos a la vida, a la igualdad, a la salud, y a la libertad reproductiva de la mujer embarazada. De igual modo condiciona las posibilidades del legislador en la materia, a fin de que pueda regular, si lo estima conveniente, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que dichas interrupciones del embarazo puede llevarse a cabo. Sin embargo, afirma que la despenalización tiene vigencia inmediata, de tal forma que no requiere ningún desarrollo legal para su implementación práctica.

Aunque la Constitución colombiana promulgada en 1991 abandonó la definición confesional del Estado, y adoptó los principios del pluralismo cultural y religioso, estamos lejos de que estos postulados constituyan una realidad en la nación. Los defensores del pluralismo han perdido cuatro enfrentamientos con quienes pretenden mantener la penalización con fundamento en razones religiosas, en particular razones propias de la religión católica o cristiana. El último fallo es el primer triunfo de aquellos, pero es de esperar que la solución jurídica a la que ha llegado la Corte no logre frenar los impulsos contrarreformistas, en el contexto actual de extrema polarización ideológica y de primacía política de los dirigentes conservadores. El reelecto presidente conservador

Álvaro Uribe Vélez, quien no ahorra oportunidades para vincular su fe católica con las cuestiones de Estado y controla las mayorías en el Congreso, ya ha manifestado su rechazo a la decisión. Curiosamente su esposa ha defendido el fallo, pequeño ejemplo de como la polarización ideológica se vive en el seno mismo de los hogares colombianos.

El relato de esta historia sobre la constitucionalidad del aborto sirve para ilustrar la corrección de la doctrina jurídica que defiende el carácter viviente del derecho, como un rasgo positivo, y al mismo tiempo, el derrumbamiento del mito sobre su papel como instrumento de solución de conflictos. Conflictos morales como el descrito no quedan resueltos en una decisión judicial, porque quienes defienden la posición minoritaria, las mayorías en nuestro caso, no parecen dispuestas a renunciar a la pretensión de que el ordenamiento jurídico prohíba aquello que a sus ojos debe ser prohibido, o que permita aquello que consideran debe ser permitido. Y aunque la Corte ha obrado en derecho, dando aplicación a una Constitución defensora de la autonomía y las libertades básicas de sus ciudadanas, y corrigiendo los errores argumentativos y los deslices ideológicos del pasado, no podrá evitar que el Congreso haga uso de su potestad configurativa para introducir de nuevo la penalización del aborto. Y el Congreso tampoco podrá impedir que nuevamente la Corte se pronuncie sobre el asunto, al menos no mientras se mantenga intacta la figura de la acción pública de inconstitucionalidad.