

El reconocimiento del derecho fundamental a abortar

Un camino para evitar la desigualdad

Desde el punto de vista clínico, el aborto es la interrupción del embarazo. Existen muchas causas de esta interrupción y podemos clasificarlas en causas provocadas y espontáneas. En este ensayo sólo vamos a enfocarnos en el aborto provocado o inducido, que también presenta una gran diversificación¹.

El tema de la interrupción voluntaria del embarazo empezó a discutirse durante los años sesenta cuando se introdujeron los primeros métodos anticonceptivos al país permitiéndose de esta manera controlar la reproducción humana. Este cambio tecnológico trajo también un cambio cultural, puesto que el aborto pasó de ser una práctica terminantemente prohibida por la sociedad a ser una opción socialmente aceptable².

Sin embargo, este cambio de mentalidad no implicó el final del debate en torno al aborto, como lo demuestra el hecho de que algunos ciudadanos, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaran ante la Corte Constitucional los tipos penales referentes al aborto inducido³.

Frente a estas demandas, recientemente la Corte Constitucional adoptó una postura según la cual el aborto admite tres circunstancias de despenalización que estudiaremos más adelante.

Al margen de la discusión jurídica, las estadísticas revelan que el aborto es un problema de salud pública en Colombia, porque la ilegalidad y la clandestinidad implican un alto riesgo de mortalidad y de morbilidad que cambia en razón de la posición socioeconómica de la mujer. Esta desigualdad de facto nos conduce a preguntarnos lo siguiente: ¿Vulnera la penalización parcial del aborto el derecho fundamental a la igualdad?

Para responder a esta pregunta, en una primera parte vamos a estudiar la posición de la Corte Constitucional (en adelante CC) frente a la penalización del aborto. Luego, analizaremos las consecuencias de esta posición desde la perspectiva del derecho a la igualdad. Y, finalmente, demostraremos que el aborto es un derecho fundamental de las mujeres.

I. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEMA DEL ABORTO INDUCIDO

Para poder determinar cuáles han sido las diferentes posiciones que la Corte Constitucional ha asumido frente al aborto vamos estudiar los diferentes planteamientos jurídicos que de manera general, han sido

adoptados en el mundo para regular la interrupción voluntaria del embarazo. Luego haremos un estudio crítico de la jurisprudencia de la CC en esta materia.

Posturas que se pueden adoptar frente al tema del aborto

En el plano jurídico, hay un fuerte enfrentamiento entre los que defienden la penalización absoluta del aborto inducido, en cuanto que este supone la muerte de un ser humano y, en consecuencia, constituye un delito; y aquellos que defienden su despenalización en cualquier caso argumentando que la sexualidad y la reproducción son temas que pertenecen a la esfera privada de los individuos y frente a los cuales el Estado debe mantenerse al margen.

A un lado de estas dos posturas se han construido planteamientos intermedios que defienden una despenalización parcial del aborto. Uno de estos planteamientos se conoce con el nombre de “sistema de indicaciones”. En este sistema la penalización del aborto conoce cuatro excepciones: grave peligro de la madre, grave malformación del feto que impida su vida extrauterina, embarazo producto de una conducta violatoria de la libertad sexual de la mujer, e imposibilidad socioeconómica de mantener al futuro recién nacido; y en ellos el aborto es una conducta conforme al derecho. En este mismo sentido, el llamado “criterio temporal” es también una posición intermedia porque advierte que el aborto sólo puede ser practicado durante los primeros tres meses de embarazo.

Desde la perspectiva del derecho comparado, algunas legislaciones han decidido adoptar el criterio temporal para regular el aborto provocado⁴. Otras han mezclado el sistema de indicaciones con el sistema por plazos⁵.

En Colombia, sin embargo, la legislación no ha hecho uso de ninguno de estos criterios. El legislador colombiano ha optado por penalizar de manera absoluta el aborto y escogió unos criterios de orden motivacional para efectuar la ponderación entre la protección de la vida del *nasciturus* y los derechos constitucionales de la mujer.

En el Capítulo Cuarto del Título 1 del Código Penal se consagra el delito de aborto. Este título consagra los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal. Como ya lo dijimos anteriormente, la legislación colombiana sobre el aborto es una de las más rigurosas puesto que, por una parte, no existe ninguna circunstancia de despenalización y, por otro lado, las penas consagradas son altas.

Así, en el artículo 122 se penaliza el aborto con una pena que va de uno a cuatro años. En el artículo 124 se consagran las circunstancias de atenuación punitiva. Según este artículo, la pena se rebaja cuando el embarazo es producto de una conducta constitutiva de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Y es que para nuestra legislación estas situaciones no son lo suficientemente relevantes como para discriminalizar la conducta de aborto. Simplemente justifican una atenuación de la sanción. Este artículo, además, establece que para la fijación de la pena, se debe tener en cuenta el principio de la necesidad de la pena consagrado en el artículo 34 inciso 2.º del mismo código. Es decir que, cuando la pena de aborto no alcanza su objetivo, no debe ser aplicada. La pena es innecesaria cuando la madre ha sufrido mucho y, en consecuencia, no parece justo someterla a un nuevo sufrimiento⁶.

Así, el legislador puede adoptar diferentes posiciones para enfrentar el tema del aborto.

Pero, ¿cuál es la posición adoptada por la Corte Constitucional? Para determinarla, debemos estudiar algunas de las sentencias de esta corporación referentes al aborto.

Evolución de la postura de la Corte Constitucional: de la penalización absoluta a la despenalización parcial

Hasta hace poco, la Corte Constitucional compartía la opinión según la cual el aborto debía ser totalmente penalizado. Así, en las sentencias C-133/94⁷, C-013/97⁸, C-213/97⁹ y en la C-647/01¹⁰, la Corte Constitucional estableció la exequibilidad de los tipos penales referentes al aborto. Aunque en la mayoría de estas sentencias los actores demandaron las normas referentes al aborto por considerar que las penas adoptadas eran demasiado benignas y sólo en la C-133/94 se demandó el tipo básico del aborto para pedir la despenalización total del aborto, la argumentación de la Corte en estas sentencias es muy parecida.

En efecto, del análisis de esta línea jurisprudencial podemos concluir que la Corte afirmó que se es titular del derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción¹¹. Esto equivale a aseverar que desde la unión del espermatozoide y el óvulo hay vida humana, cosa que no tiene fundamentos científicos sino morales. Al adoptar un concepto sacralizado de la vida, es apenas lógico que la Corte Constitucional haya declarado la exequibilidad de todos los artículos que penalizan el aborto inducido¹². Este concepto de vida hunde sus raíces en la religión católica, tal como lo demuestra el hecho de usar argumentos sacados de la encíclica *Humana Vitae* de PABLO VI¹³.

En este punto cabe preguntarse si es legítimo que los magistrados de esta corpo-

ración usen criterios religiosos para declarar la exequibilidad de una norma. Para dilucidar esta duda, haremos referencia a la filosofía hegeliana.

Según HEGEL¹⁴, la finalidad única de la religión es conocer a Dios. En cambio, la finalidad última de la filosofía es conocer la esencia y la verdad de las cosas. Por este motivo, la religión y la filosofía parten de dos fundamentos diferentes; la una parte de un fundamento subjetivo y la otra de uno objetivo. En efecto, para conocer a Dios debemos hacernos una introspección que, evidentemente, es subjetiva, mientras que para conocer la esencia de las cosas, el hombre debe partir de los objetos que le están dados por el mundo ambiente y debe partir de su propio pensamiento. Por lo tanto, el pensamiento objetivo es la base de toda filosofía. Ahora bien, el contenido de la filosofía son pensamientos, y los pensamientos fortuitos son opiniones. Una opinión es una representación subjetiva que se caracteriza porque en mí puede ser de una forma pero en otro puede ser de otra. Es decir, las opiniones son pensamientos míos. Por oposición, la filosofía no puede contener opiniones porque es la ciencia objetiva de la verdad. En consecuencia, lo opuesto a la verdad es la opinión.

Ahora, como los magistrados son jueces, no pueden basarse en su opinión para fallar. Cuando un magistrado usa un argumento religioso para fallar, está haciendo uso de una opinión, de una convicción que descansa exclusivamente en fundamentos subjetivos, en factores puramente personales, que pueden variar de persona a persona. En consecuencia, algunas de las sentencias de la Corte no se basan en argumentos jurídicos sino en opiniones personales lo que viola el artículo 230 de la Constitución según el cual los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley¹⁵.

En esta misma línea de pensamiento, de la lectura de estas sentencias se concluye que la Corte ha adoptado una posición moral frente al aborto en lugar de adoptar una posición jurídica, lo que contradice la separación entre derecho y moral.

En efecto, como la biología no puede determinar cuándo un conjunto de células se vuelve ser humano y no existe un acuerdo sobre esto, la mayoría de los magistrados han optado por defender una moral particular y por darle relevancia jurídica, contradiciendo de esta manera, la pluralidad defendida en nuestra Constitución.

Así, el epicentro del debate ha sido en qué momento empieza la vida, cosa que aunque incierta, ha sido solucionada mediante la hipótesis según la cual la vida empieza desde el mismo momento de la concepción. Pero lo grave es que, una vez se adopta esta posición subjetiva e incierta, se concluye que la vida del embrión no admite ninguna excepción, que el feto tiene un derecho a la vida absoluto, aunque en varias circunstancias el ordenamiento jurídico admite que el derecho a la vida conoce excepciones¹⁶.

Sin embargo, recientemente, la Corte decidió cambiar su postura frente al tema del aborto inducido. En efecto, en la C-355/06, los magistrados decidieron despenalizar parcialmente el aborto. Este cambio de postura se empezó a percibir desde 2005, año en el que se demandó en dos oportunidades la exequibilidad del tipo básico del aborto, artículo 122 de la Ley 599/00 (CP vigente).

En la C-1299/05¹⁷, según UPRIMNY YEPES¹⁸, se pidió que la Corte declarara la inexecutable del artículo 122 del CP o, que, en subsidio, adicionara este artículo para incluir tres excepciones en las cuales el aborto debía ser despenalizado. Esto es, que se pidió la declaración de constituciona-

lidad condicionada del tipo básico del aborto para que no cobijara las siguientes circunstancias: cuando se encuentre en peligro la vida o la salud de la madre (aborto terapéutico), cuando el embarazo sea producto de acceso carnal sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas y cuando exista malformación del feto incompatible con la vida extrauterina. Esta última petición también se formuló en la C-1300/05¹⁹.

En la sentencia C-1299/05, la demandante aportó nuevos argumentos derivados del derecho internacional. La actora demostró la existencia de nuevos cargos contra este artículo consistentes en las recomendaciones formuladas a Colombia por los Comités de Monitoreo de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, son vinculantes²⁰. En estas recomendaciones se estableció que cuando se penaliza de manera absoluta el aborto, se generan altas tasas de mortalidad y morbilidad femeninas. En consecuencia, la prohibición total del aborto genera una violación del derecho a la vida de las mujeres, que se ven obligadas a abortar clandestinamente.

A pesar de la contundencia de los argumentos esbozados en estas dos demandas, la Corte decidió inhibirse en los dos casos argumentando ineptitud sustancial de los cargos. En cambio, en nuestra opinión, estas dos demandas debieron ser estudiadas de fondo y los cargos debieron prosperar tal y como lo estableció el magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA en el salvamento de voto que hizo en la C-1300/05.

Estas dos inhibiciones, en nuestra opinión, fueron decisiones políticas y no jurídicas puesto que la argumentación utilizada por la Corte para justificar sus decisiones fue deficiente. Esta afirmación se sustenta

cuando se analizan las consideraciones de las dos sentencias.

Por su parte, la C-1300/05, estableció que los cargos propuestos por la demanda resultaban “confusos” y poco claros y, en consecuencia, la demanda era inepta e impertinente, luego la Corte debía declararse inhibida de proferir un fallo de fondo. Sin embargo, las expresiones “ineptitud sustancial”, “impertinencia” y “cargos confusos” son expresiones vacías que no dicen nada por sí solas y que, en consecuencia, necesitan de un respaldo para demostrarlas. Pero, la Corte se limitó a decir que las demandas eran confusas, impertinentes, poco claras sin explicar por qué. Además, una lectura, así sea rápida de la demanda, muestra la conducencia y la contundencia de los argumentos utilizados por el demandante.

Por su parte, en la sentencia C-1299/05 se esgrimieron dos argumentos para justificar el fallo inhibitorio. Primero, se dijo que la actora debió demandar los tipos en los cuales están sancionadas las clases de aborto que se pretende despenalizar. Este argumento es realmente débil si se tiene en cuenta que la Corte, cuando se presentan este tipo de problemas formales, puede hacer uso de la figura llamada integración normativa, por medio de la cual la Corte puede juzgar normas que no han sido demandadas por los ciudadanos, pero que son necesarias para poder pronunciarse de fondo.

Pero la Corte consideró esta figura era inaplicable puesto que, en el caso concreto, no se reunían las consideraciones “excepcionalísimas” que se deben presentar para que pueda proceder la integración normativa. Sin embargo, la Corte no explica por qué en este caso no se dan esas condiciones formales necesarias para dictar la unidad normativa.

En segundo lugar, la Corte declaró que no era competente para declarar la exequibilidad condicionada de una norma. Así, se dijo que “la Corte debe recordar que la formulación que corresponde hacer al titular de la acción pública ciudadana debe contener una directa e inequívoca pretensión de inconstitucionalidad de una norma de rango legal, por contradecir precisamente ella las disposiciones superiores contenidas en la Constitución [...] Así pues, no cabe entender cumplido en este caso el presupuesto de una demanda en forma que permita dar paso al juicio de constitucionalidad abstracto, pues la petición esencial de la demanda está formulada en un sentido y en términos que no corresponden con los mandatos constitucionales”.

La Corte estableció que los ciudadanos sólo pueden pedir la inconstitucionalidad de una norma, no pueden pedir su constitucionalidad. Este argumento utilizado por la Corte para inhibirse resulta absurdo, porque la doctrina ha reconocido que los tribunales constitucionales no sólo se limitan a ser legisladores negativos y porque la propia Corte se ha declarado competente para dictar sentencias interpretativas²¹. De acuerdo a SOLANO²², la Corte puede dictar sentencias intermedias cuya característica consiste en que en ellas la no se declara, ni la constitucionalidad, ni la inexecutable del precepto demandado sino que, luego de advertir un problema de constitucionalidad, lo subsana para permitir que la disposición correctamente interpretada permanezca en el ordenamiento jurídico.

Por medio de las sentencias interpretativas se decide que determinada disposición es exequible pero sólo si se la interpreta de una manera específica. Estas sentencias se fundamentan, por una parte, en el principio de conservación del derecho que se deriva del principio democrático y, por otro

lado, en el principio de la interpretación conforme a la Constitución. En consecuencia, es claro que la Corte Constitucional sí es competente para declarar la constitucionalidad condicionada de una norma legal. Es una lástima que todavía no haya salido a la luz pública la C-355/06 en la que, precisamente lo que se hace, es dictar una sentencia interpretativa. Habrá que esperar para conocer la argumentación usada por esta corporación para justificar esta contradicción.

En conclusión, hasta el 2006, la Corte defendía la postura según la cual el aborto era un delito que no admitía ninguna excepción. Con la sentencia C-355/06, se adoptó una posición intermedia al aceptar tres circunstancias de despenalización del aborto. Este avance, sin embargo, no es suficiente para solucionar el problema de la desigualdad, como lo demostraremos en la segunda parte de este ensayo.

II. LAS DESIGUALDADES GENERADAS POR LA PENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO

Estudiaremos en esta sección el sistema de indicaciones adoptado por la Corte Constitucional en la C-355/06 desde la perspectiva del derecho a la igualdad. El objetivo es demostrar que una de las consecuencias de la penalización –aunque sea parcial– del aborto es la discriminación ante el derecho a la vida, ante el derecho a la salud y ante la dignidad humana. Además, queremos mostrar que la penalización del aborto, total o parcial, genera una circunstancia de discriminación debido a la aplicación desigual de la ley penal sobre el aborto. Por último, demostraremos que la medida de despenalizar parcialmente el aborto no soluciona los problemas de igualdad que se presentan.

Discriminación ante el derecho a la vida, ante el derecho a la salud y ante el derecho a la dignidad humana como consecuencia de la penalización del aborto

No es un secreto que el aborto es un problema de salud pública en América Latina. Según el estudio realizado por el CIDS de la Universidad Externado de Colombia en 1992, “una cuarta parte de todas las mujeres entre 15 y 55 años (22.9 %) y una tercera parte de las mujeres del mismo grupo de edad que han estado embarazadas alguna vez (30.3 %) declara que ha tenido por lo menos una experiencia de aborto inducido. Por edad, el grupo de más alto riesgo es el de 15 a 19 años. Aunque sólo la cuarta parte de las mujeres de esta parte (26.5 %) ha estado embarazada, casi la mitad (44.5 %) se ha practicado un aborto. En la población total las mujeres de este grupo de edad representa el 12.6%. Los grupos de 45 a 49 años y de 50 a 55 años, que están terminando o que ya terminaron su ciclo reproductivo, presentan proporciones de mujeres que abortaron del 22.2% y del 19.4%. Si se considera la proporción de las mujeres de 15 a 19 años que ya se han abortado es de esperar que cuando esta generación haya terminado su ciclo reproductivo, la proporción será más alta que la de generaciones mayores [...] Los datos muestran que en el 54.5 % de todos los abortos las mujeres estaban casadas o tenían una unión libre estable y otros hijos en el momento del aborto [...] La ausencia de anticonceptivos en el momento del embarazo explica el 78.4 % de los abortos, mientras que fallas en su uso explican el 21.6 % restante”²³.

Por otra parte, el estudio del Externado reveló que cuando las mujeres deciden abortar, lo hacen a cualquier precio, sin impor-

tar las condiciones de higiene y de seguridad. Como es evidente, son las mujeres más vulnerables (pobreza, edad, más de 4 hijos, etc.) las que recurren a los métodos más peligrosos para su salud y para su vida. En efecto, las infecciones y los problemas post-aborto son frecuentes cuando no se utilizan las técnicas adecuadas o cuando el personal no está capacitado debidamente.

De esta manera, la clandestinidad y la ilegalidad son factores que propulsan la discriminación económico-social, porque las mujeres pudientes pueden acudir a clínicas privadas y acceder a los mejores métodos abortivos, mientras que las mujeres más pobres acuden a técnicas de muy alto riesgo como, por ejemplo, las sondas. En consecuencia, es el grupo demográfico compuesto por las mujeres más pobres el que muestra las tasas más altas de morbilidad y de mortalidad como consecuencia de un aborto provocado.

Pero, además de la discriminación socio económica, también nacen otros tipos de discriminación como consecuencia de la penalización del aborto. En el caso de las jóvenes, esta inequidad también se ve reflejada porque son ellas las que recurren a los métodos menos seguros. El estudio del CIDS demostró que las mujeres jóvenes (entre 15 y 19 años) componen el grupo de edad de más alto riesgo de aborto: casi la mitad de las mujeres que quedan embarazadas entre los 15 y los 19 años recurren al aborto. Por lo tanto, no sólo son las que más recurren al aborto sino las que más riesgo corren al hacerlo.

Del hecho de que algunas mujeres se vean obligadas a abortar en condiciones desfavorables mientras que otras lo puedan hacer en clínicas privadas se deriva una desigualdad frente al principio de la dignidad humana. Esto es así porque la calidad de la atención cambia dependiendo de

las condiciones de clandestinidad. Según la investigación del Externado, el 64.4 % de las mujeres describen el servicio como adecuado, mientras que el resto lo describe como inadecuado y, en algunos casos, como inhumano. Las mujeres que han abortado en centros médicos afirman haber sido bien tratadas por el personal médico, haber tenido ayuda terapéutica y la posibilidad de ir a chequeos de control posteriores al procedimiento. En cambio, las que no han podido abortar en esos centros, relatan que la atención fue mala y el procedimiento se llevó a cabo sin higiene. Además, no recibieron atención psicológica ni pudieron acceder a chequeos de control posteriores aunque es en estos casos dónde normalmente se presentan complicaciones. Y, cuando se presentan complicaciones como consecuencia de abortos incompletos o de infecciones, las mujeres se ven forzadas a acudir a hospitales públicos donde el personal médico las maltrata. Por ejemplo, algunas mujeres relatan que no les suministraron anestesia.

Otro tipo de discriminación creada por la clandestinidad del aborto es la discriminación por motivos geográficos. Así, es en las ciudades grandes donde existen los mayores avances tecnológicos disponibles y mayor número de sitios ilegales de aborto. De manera que para las mujeres rurales es más difícil sobrevivir a un aborto. En efecto, los métodos utilizados son de muy alto riesgo y muchas veces se aborta con métodos no científicos.

Discriminación debida a la aplicación desigual de la ley penal sobre el aborto

En esta parte también debemos ocuparnos de la situación de desequilibrio que surge por la aplicación desigual de la ley penal relativa al aborto. Las estadísticas del

CIDS revelaron que en 1992 había cerca de un millón y medio de mujeres que aceptaron haber violado la ley al menos una vez y cerca de 500.000 hombres que han presionado a sus compañeras para que se practicasen un aborto. Sin embargo, ninguno fue juzgado. Claro que de vez en cuando la norma se aplica configurando de esta forma una situación de desigualdad frente a la aplicación de la ley penal, como también una situación de desigualdad social teniendo en cuenta que el control estatal (redadas) solo afecta a las mujeres que no pueden acudir a clínicas privadas. Lo anterior demuestra que la tipificación del aborto no es un medio idóneo para evitarlo. Las mujeres no sienten que la tipificación de esta conducta sea un obstáculo que les impida realizarla; de hecho, casi ninguna siente temor del control legal. En cambio, su penalización tiene consecuencias negativas a nivel social (morbilidad, mortalidad, desigualdad...). Es decir, las prohibiciones legales no han logrado evitar el aborto, sino que han hecho más complicada la existencia de las mujeres. En esta medida, adoptando una tesis como la defendida por el realismo jurídico, puede que estas normas, al no ser eficaces, no sean válidas. En efecto, según este punto de vista, la validez de una norma está íntimamente relacionada con su eficacia por lo que, si una norma no es eficaz, no es válida y, si no es válida, no es obligatoria.

La legalización: un medio idóneo para erradicar las desigualdades nacidas de la penalización del aborto

Por último, cabe preguntarse si la despenalización parcial del aborto va a incidir de manera significativa en la disminución de estas circunstancias de desigualdad. Como

la sentencia que despenalizó parcialmente el aborto es relativamente nueva, no existe ninguna investigación social sobre la repercusión de esta nueva normatividad en las tasas de morbilidad y de mortalidad del aborto.

Por lo tanto, para desarrollar este argumento, nosotros partimos de la siguiente hipótesis: la mayoría de mujeres que recurren al aborto, ni han quedado embarazadas como consecuencia de un delito sexual, ni su salud corre peligro por la continuación del embarazo, ni el feto presenta una malformación incompatible con la vida extrauterina. Partiendo de esta hipótesis, podemos afirmar que la decisión de la Corte Constitucional no constituye una solución a los problemas de igualdad antes mencionados, aunque sí significa un avance en el debate político.

En efecto, por una parte, despenalización no significa legalización. Como todavía no se conoce el fallo de la Corte (C-355/06), no es claro el papel que debe jugar el legislador. Y si el legislador no actúa para hacer realidad el fallo de la Corte, entonces la situación de desigualdad va a persistir en mayor o en menor grado. Si el aborto no es gratuito, si los médicos no se ven obligados a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo, seguirán siendo las mujeres más vulnerables a las que les quede más difícil abortar en condiciones dignas.

Antes de seguir, es pertinente hacer una aclaración: hoy en día, los grupos feministas de los países de Europa Occidental afirman que la legalización del aborto no es la solución que debe adoptar el Estado. Más bien, el Estado debería establecer su despenalización²⁴.

Sin embargo, en nuestro país, la realidad es otra, y por eso la solución más conveniente es la legalización total del aborto.

En efecto, hoy en Colombia todavía hay mujeres que mueren como consecuencia de abortos mal practicados, todavía hay mujeres que no tienen acceso a la contracepción, muchas mujeres no cuentan con los recursos económicos suficientes para mantener a sus hijos, etc. En este marco de circunstancias, sin una ley que regule el tema y establezca el acceso gratuito al servicio del aborto, la igualdad real nunca se alcanzará.

El acceso a los servicios de salud en Colombia se garantiza a través de dos regímenes diferentes ofrecidos por el sistema de seguridad social en salud (Ley 100/93): el primero es el régimen contributivo, al cual “pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”²⁵, y el segundo es el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país que no tiene capacidad de pago para acceder al régimen contributivo. Paralelamente, la legislación contempla la posibilidad de prestar gratuitamente el servicio de salud a personas que no pertenecen a ninguno de los dos regímenes atendiendo a la gravedad y a la urgencia.

Por lo tanto, el legislador debe asegurarse de que el aborto sea un servicio prestado a través de estos dos regímenes. Mientras que el legislador se encarga de ello, la tutela puede ser el medio utilizado por las mujeres para acceder a este servicio que hace parte de la salud sexual y reproductiva.

Para estos efectos, el legislador colombiano puede tener en cuenta los problemas derivados de la normatividad del aborto adoptada por Italia mediante la Ley 194 (1978), para no incurrir en los mismos errores normativos. La citada ley, por cierto muy

criticada, prohíbe el aborto salvo en ciertas circunstancias. Primero, el aborto debe hacerse en una estructura sanitaria pública; segundo, sólo se puede interrumpir legítimamente un embarazo en los primeros tres meses cuando la salud física o psíquica de la madre se encuentre en peligro; y tercero, debe haber transcurrido al menos siete días desde la demanda de aborto para expedir el certificado correspondiente. El aborto, luego de noventa días, es permitido pero sólo cuando existan malformaciones graves del feto o grave peligro para la salud de la madre.

Según TAMAR PITCH²⁶, esta ley comporta dos problemas graves: por una parte, existe la objeción de conciencia que puede ser elevada por el personal médico y, por otra parte, está la situación de las menores de edad que deben tener el permiso de sus padres o de sus tutores o de un juez para abortar. En relación con el primer problema, se sabe que en Italia hay regiones enteras en donde ningún médico practica un aborto, porque la objeción de conciencia se ha generalizado entre el personal médico (son objetores el 60,4 % de los ginecólogos, el 60 % de los anestesiistas y el 47,7 % del personal no médico) con lo cual se demuestra, en nuestra opinión, que el alcance de la objeción de conciencia debe limitarse para que el servicio sea efectivamente asequible. En referencia al segundo problema, se dice que la ley genera abortos ilegales entre las menores de edad. En consecuencia, si en Colombia se expide una ley sobre el aborto, es importante que se regulen estos dos temas para evitar problemas.

Por otra parte, la despenalización parcial del aborto no va a solucionar la desigualdad porque las mujeres que quieren abortar, por motivos diferentes a los establecidos en las nuevas causales de justificación, que son la gran mayoría, se verán

obligadas a hacerlo en la ilegalidad y el problema de desigualdad ante el derecho a la vida, ante el derecho a la salud y ante la dignidad humana persistirá.

Por lo tanto, la penalización parcial del aborto genera desigualdades frente a derechos de rango constitucional en razón del estrato socio-cultural, de la edad y de la posición geográfica de las mujeres.

Por otro lado, de la incapacidad de aplicar la ley penal relativa al aborto, también nace una circunstancia discriminatoria. En efecto, muy de vez en cuando el Estado juzga a una mujer por el delito de aborto aunque sea una práctica masiva y, cuando una mujer tiene la mala suerte de ser enjuiciada por abortar, es muy probable que pertenezca a un estatus socio-cultural bajo.

Pero, cabe preguntarse: ¿debe el aborto despenalizarse para reestablecer la igualdad entre las mujeres? ¿Debe despenalizarse porque la ilegalidad produce situaciones sociales nocivas como altas tasas de mortalidad y de enfermedad? ¿O debe legalizarse porque es un derecho fundamental exclusivo de las mujeres?

III. EL ABORTO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En esta última parte demostraremos que el aborto puede ser considerado como un derecho fundamental exclusivo de las mujeres, para luego encargarnos de las consecuencias que se derivarían de elevarlo a esta categoría. Para desarrollar este eje, nos basaremos en la tesis defendida por LUIGI FERRAJOLI²⁷ y por RONALD DWORKIN²⁸.

Como ya vimos, la despenalización parcial del aborto defendida por la Corte Constitucional no es la solución al problema del aborto en Colombia. También explicamos por qué la legalización total de la interrup-

ción del embarazo es la solución más adecuada. Sin embargo, todavía no hemos definido la razón jurídica por la cual se debe legalizar de manera absoluta el aborto.

En efecto, los problemas de discriminación que surgen por la prohibición del aborto no son la razón principal para legalizarlo de manera total. Desde el punto de vista jurídico existen motivos de mayor peso que no tienen nada que ver con las estadísticas ni con las consecuencias prácticas de la penalización.

Para demostrar esta tesis podemos echar mano de la falacia naturalística de HUME, según la cual de un ser no puede surgir un fenómeno del deber ser. Dicho de otra manera, un deber ser no puede fundamentarse en el mundo del ser por lo que de un hecho no puede surgir una norma.

Pero entonces, ¿por qué debe el aborto legalizarse de manera absoluta? En nuestra opinión, debe legalizarse totalmente porque se trata de un derecho fundamental de las mujeres tal y como lo demostraremos a continuación.

Algunas características de los derechos fundamentales

En primer lugar, según OSUNA PATIÑO²⁹, como la enumeración de los derechos fundamentales consagrada en las constituciones y en los instrumentos internacionales no es taxativa sino que tiene un carácter enunciativo, un ejercicio exegético es insuficiente para dilucidar cuáles son los derechos fundamentales. Por lo tanto, aunque el derecho a abortar no esté consagrado de manera explícita en ningún instrumento supralegal, puede ser fundamental.

En segundo lugar, resulta conveniente recordar, como lo hace OSUNA PATIÑO, que el catálogo de los derechos fundamentales no es estático, sino dinámico. Así, a lo lar-

go de la historia, este catálogo ha cambiado cuantitativa y cualitativamente. En consecuencia, los derechos fundamentales se transforman con el tiempo y lo que ayer no era considerado como derecho fundamental hoy puede que sí lo sea.

De esta manera, el contexto histórico determina en gran medida la existencia de los derechos fundamentales. En este sentido, nosotros creemos que desde los años setenta nuestra sociedad ha vivido grandes cambios científicos que han influido de manera especial en el control de la reproducción humana y que han permitido desligar la sexualidad de la maternidad. Por lo tanto, hoy en día la mujer tiene necesidades que antes no tenía y, en esta medida, este contexto ha determinado el nacimiento del derecho fundamental al aborto.

Los derechos a la privacidad a la libertad negativa en el caso del aborto

Por otra parte, el derecho a abortar se deriva del derecho a la privacidad que, a su vez, se deriva del derecho a la libertad negativa, ambos consagrados en nuestra Constitución Política. Según DWORKIN³⁰, la sentencia del juez BLACKMUN en *Roe vs. Wade* (1973) declaró que las mujeres tienen el derecho fundamental a la privacidad procreativa que implica el reconocimiento del derecho a abortar. Durante los dos primeros trimestres de embarazo ningún Estado puede prohibir el aborto porque no existen razones imperativas para limitar este derecho durante ese periodo determinado.

Ahora: el derecho a la privacidad nace del reconocimiento de la libertad negativa de cada persona, tal y como lo explica BERLIN en el ensayo titulado “Dos conceptos sobre la libertad”³¹. En este escrito el

autor afirma que CONSTANT, TOCQUEVILLE, MILL y LOCKE pensaban que existía un cierto ámbito de libertad personal que de ninguna manera podía violarse, porque era un espacio necesario para alcanzar el desarrollo personal a través de la persecución de los fines que cada hombre considere buenos. Invadir este ámbito mínimo de libertad equivaldría a degradar o negar nuestra misma naturaleza humana, puesto que sería no reconocer que cada persona “es un ser con vida propia que vivir”³².

De esta realidad se concluye que debe existir una frontera entre el ámbito de la vida privada y el ámbito de la autoridad pública. Ese ámbito de libertad personal debe permanecer al margen del control estatal y social, porque “invadir este vedado, por poco que fuera, sería despotismo”.

De esta manera, el significado de privacidad se deriva de un concepto de libertad negativa en virtud del cual ningún hombre puede invadir la esfera privada de otro.

Para determinar si la decisión de abortar hace parte de la esfera privada de las personas debemos preguntarnos si ella constituye una decisión necesaria para alcanzar el desarrollo personal. Además, debemos preguntarnos si imponerle la maternidad a una mujer es una manera de impedirle perseguir los fines que ésta se ha trazado.

En nuestra opinión, las decisiones sobre la procreación son de carácter privado e íntimo, puesto que de ellas depende el tipo de vida que se quiere llevar y por lo tanto corresponde a cada mujer decidir libremente.

En efecto, ser madre es un hecho que le cambia la vida a las mujeres en todo sentido. Obligar a una mujer a ser madre es imponerle una identidad, un rol determinado dentro de la sociedad, es cosificar a la mujer equiparándola a un útero, es tratarla como un medio y no como un fin en

sí misma, es interferir de manera extrema en el ámbito de libertad personal necesario para llevar una vida plena. Por eso, el Estado debe mantenerse al margen de las decisiones que le cambian la vida a las personas. No puede imponerle un estilo de vida a nadie, porque eso es ir en contra de la naturaleza misma del hombre, de su dignidad. Así, se comprueba que la Corte al no declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales en materia de aborto, y el legislador al penalizarlo, han violado el concepto de libertad negativa que la Constitución le reconoce a todas las personas a través de derechos como el del libre desarrollo de la personalidad y a través del principio de la dignidad humana, entre otros. Más todavía, la Corte ha ido aún más lejos al adoptar un concepto distorsionado de libertad positiva.

La libertad positiva, de acuerdo con BERLIN, se deriva del deseo del individuo de ser su propio amo, que ha degenerado en un significado perverso. En palabras de este autor, esta metáfora se plantea como: “soy mi propio amo”, “no soy esclavo de ningún hombre” “pero, ¿podría ser esclavo de la naturaleza? ¿o esclavo de mis pasiones ‘desenfrenadas?’”³³. El hombre tiene dos yoes: un yo superior que se puede identificar con la razón, y que contrasta con el yo “empírico” que se puede identificar con los impulsos irracionales, con los deseos incontrolados. Al partir de la base –como lo hacen las democracias liberales– de que entre más racional se es, mayor libertad se adquiere, se concluye que sólo se puede ser realmente libre y autocontrolarse si se es verdaderamente racional. Continúa BERLIN con la argumentación: visto que no siempre se actúa de manera racional, es menester obedecer a los que realmente son racionales, y quienes “por lo tanto saben lo que es mejor no sólo para ellos sino para

mí, que pueden guiarme de modo que se despierte mi verdadero sujeto racional y lo pongan a cargo”³⁴. Se debe constreñir a los menos racionales para que su yo racional emerja y, de esta manera, su libertad aumente. Dicho de otra manera, se debe imponer a los menos racionales determinada conducta por su propio bienestar independientemente de que éstos se opongan. En efecto, si se oponen, es sólo por su ignorancia e irracionalidad.

Cuando en la C-013/97, se dijo: “la Corte desecha también el argumento según el cual la penalización –aún leve– [del aborto en los eventos de violación o de inseminación artificial] afecta o degrada la dignidad humana de la mujer. Se confunde así el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre”, la Corte adoptó un concepto degenerado de libertad negativa.

Así, el argumento citado, además de significar que una mujer por el hecho de ser infértil, por ejemplo, es menos digna que una madre, lleva implícito el siguiente raciocinio: una mujer que ha sido violada experimenta daños muy graves a nivel psicológico; si sufre trastornos psíquicos, entonces su racionalidad se ve mermada, luego es imposible que esa mujer actúe de forma racional y, por lo tanto, de forma libre. En consecuencia, le corresponde a la Corte imponerle la maternidad, en su propio beneficio, porque la verdad es que la maternidad “enaltece y dignifica a la mujer”. De esta manera, lo que hace la Corte es entablar un sistema de opresión contra la mujer, escondido bajo un concepto desfigurado

de libertad positiva en virtud del cual se está liberando a la mujer de sus impulsos irracionales y de sus deseos incontrolados. De manera más general, este mismo raciocinio se puede aplicar a todos los casos en los que la mujer decide, poco importan sus motivos, abortar.

Esta posición vulnera la autonomía y la libertad de la mujer. Establece una forma de esclavitud, porque las leyes antiaborto privan a la mujer del dominio sobre sus propios cuerpos.

El reconocimiento de la libertad de conciencia y del pluralismo

Por otra parte, el derecho al aborto surge del reconocimiento de la libertad de conciencia y del pluralismo. DWORKIN afirma que el gobierno no puede dictar lo que se debe pensar “acerca de valores éticos y espirituales y, especialmente, de valores religiosos”³⁵. La conciencia colectiva de los ciudadanos de las democracias liberales, como la nuestra, rechaza las normas que imponen valores morales, porque se considera que la moral, al ser incierta y relativa, no puede ser la base para crear derecho, el cual debe ser cierto e incluyente.

Este tipo de normas, al alienar la responsabilidad moral de las personas, no pueden ser válidas.

DWORKIN afirma, por otra parte, que la gran mayoría de personas que se oponen al aborto lo hacen verdaderamente porque consideran que la vida humana tiene un valor intrínseco y es una vergüenza extinguirla a propósito. No están en contra del aborto porque creen que el feto es una persona o porque éste tenga intereses que deban ser protegidos por el derecho. En efecto, elevar al feto a la categoría de persona con derechos e intereses es sólo el camino elegido para defenderlo, para protegerlo.

Pero es cierto que los que están a favor del aborto comparten también la idea de que la vida humana es inviolable, sagrada y valiosa. Lo que sucede es que estas personas “se preocupan más por las vidas que las personas tienen ahora, que por la posibilidad de otras vidas por venir”³⁶. Se trata de dos caras de una misma moneda.

Por eso, se puede concluir que la raíz del debate se encuentra en la inviolabilidad de la vida, que es un tema perteneciente al mundo de la moral. En consecuencia, no es de extrañarse que muchas personas afirmen que el aborto es un acto inmoral, pero que al mismo tiempo estén en desacuerdo con la penalización del aborto, ya que creen que el Estado no puede imponer una moral particular a todos los asociados.

Así, al penalizar el aborto, el Estado, lo que hace es violar la autonomía moral de las personas, porque está imponiendo la manera en la que debe respetarse el valor intrínseco de la vida humana que todos reconocemos.

En suma, queda claro que el derecho a abortar se deriva de otros derechos y principios constitucionales que lo incluyen. Sin embargo, no hemos demostrado por qué se trata de un derecho fundamental en cabeza únicamente de las mujeres.

El aborto: un derecho fundamental exclusivo de las mujeres

A priori, podría pensarse que el derecho a abortar es también un derecho en cabeza del hombre, puesto que es un tema que también concierne al padre de la criatura. Si se proclama la obligación de la paternidad responsable, ¿por qué no proclamar también el derecho del padre a decidir en esta materia?

Además, si la Constitución reconoce el derecho a la igualdad ¿por qué sólo la ma-

dre tendría el derecho fundamental a abortar? ¿Dónde queda el hombre?³⁷. Para dilucidar todas estas dudas podemos recurrir a FERRAJOLI³⁸, quien afirma que el derecho al aborto es sólo femenino. Este autor argumenta que, en relación a la interrupción voluntaria del embarazo, hombres y mujeres no están en un plano de igualdad. Así, si se tiene en cuenta la máxima aristotélica según la cual debe haber igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales, la diferencia de sexo debe traducirse en desigualdad jurídica.

En efecto, no podemos olvidar que el embarazo o el aborto suceden en el cuerpo de la mujer y no en el del hombre, y como el cuerpo le pertenece a cada cual, el hombre no puede imponerle a una mujer la maternidad de la misma manera que el Estado no puede forzarla a ser madre o a no serlo. En este sentido, BENJAMIN CONSTANT sostuvo que “contra el arma y no contra el brazo debe aplicarse el castigo”³⁹, para ilustrar que no importa quién sea el autor de la opresión, lo que importa es su causa.

Por lo tanto, reconocerle este derecho fundamental a los hombres sería reemplazar la opresión de las leyes antiaborto por la opresión del padre. Además, continúa FERRAJOLI, si la desición de traer al mundo a una persona por medio de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo del padre, el hombre ejercería un poder sobre la mujer que iría en contra de la libertad femenina y del igual valor de las personas.

Por consiguiente, como en materia de procreación hombres y mujeres no somos iguales, es viable que el aborto sea un derecho fundamental únicamente en cabeza de las mujeres.

La penalización del aborto viola el núcleo fundamental del derecho a abortar

Del hecho de que un derecho sea fundamental se siguen muchas consecuencias, entre ellas que la actuación de los poderes públicos queda restringida por el núcleo esencial de ese derecho. En consecuencia, si se parte de la base de que el derecho al aborto es fundamental, tanto la legislación vigente en materia de aborto como la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia son inconstitucionales, porque atentan contra el núcleo esencial del derecho al aborto⁴⁰.

Si tenemos en cuenta que, por un lado, la Corte decidió despenalizar de manera parcial el aborto y que, por otro lado, la legislación lo penaliza totalmente, podemos concluir que no se respeta el núcleo esencial del derecho fundamental a abortar.

En efecto, de la definición del concepto de núcleo esencial adoptado por la Corte se concluye que un derecho fundamental puede ser limitado, siempre y cuando el fin perseguido con la limitación sea legítimo, el medio utilizado para limitarlo sea idóneo y legítimo y la limitación sea proporcional al fin perseguido.

Ahora, cabe preguntarse cuál es el fin perseguido por el legislador y por la Corte para penalizar de manera parcial el aborto. Seguramente, el fin perseguido es el de proteger el valor intrínseco de la vida humana. A continuación demostraremos que ese fin sí es legítimo pero que el medio de la penalización no lo es.

Siguiendo a DWORKIN⁴¹, algunos creen que el Estado no puede proteger valores intrínsecos porque esta protección debe dejarse a la conciencia individual. Sin embargo, este autor afirma que, de hecho, muchas veces los estados protegen valo-

res intrínsecos. Así, en casi todos los ordenamientos jurídicos se protege el patrimonio cultural, la fauna y la flora, etc., porque estos tienen un valor en sí mismos que merece protección. Así, es claro que el Estado puede proteger y, de hecho protege valores intrínsecos. Sin embargo, ¿pueden las autoridades proteger el valor intrínseco de la vida humana usando el medio de la penalización del aborto?

Anteriormente demostramos que todas las personas, o al menos la gran mayoría, cree que la vida humana es valiosa, inviolable, sagrada. No obstante, demostramos también que no hay acuerdo sobre qué significa que la vida sea sagrada: para unos, esa sacralidad se debe traducir en el nacimiento, para otros, en cambio, ella significa que muchas veces el aborto es la manera idónea para proteger la vida humana.

Siguiendo con la lógica de DWORKIN, el Estado tiene dos maneras o medios para proteger esa inviolabilidad de la vida que todos aceptamos, pero cuyo contenido es incierto: puede elegir el camino de la responsabilidad o puede elegir el de la defensa de la moral pública, de la moral de la mayoría. No puede elegir los dos, porque se excluyen entre sí. En efecto, cuando se elige el camino de la responsabilidad, se le deja a la mujer la libertad de decidir. En cambio, cuando se elige el segundo, se busca que, mediante un proceso político, se llegue a un consenso y se adopten las reglas que la mayoría cree que protegen mejor la inviolabilidad de la vida. Así, la mujer debe someterse a lo que la mayoría piense.

A veces, prosigue DWORKIN⁴², el Estado debe constreñir a la gente a proteger y a respetar valores intrínsecos como el valor que tienen las especies animales en peligro de extinción. Sin embargo, la prohibición del aborto es un caso diferente, por dos motivos. Primero, de acuerdo a este

autor, la maternidad impuesta puede destruir la vida de la mujer, mientras que proteger la fauna difícilmente puede tan perjudicial para una persona o grupo particular y, en caso de que lo fuere, entonces sería inconstitucional. Segundo, porque nuestra posición ante el aborto resulta mucho más fundamental para nuestra personalidad moral —en la medida en que implica adoptar una posición sobre la forma de ver la vida que necesariamente afecta todos los aspectos de la existencia— que nuestras convicciones acerca de las especies amenazadas.

En consecuencia, el Estado no puede defender la inviolabilidad de la vida imponiéndole a una persona o a un grupo de personas un sacrificio demasiado grande, puesto que esto no sería proporcional, ni puede defenderla entrometiéndose en decisiones que determinan de manera crucial la posición que se tiene frente a la vida.

BERLIN⁴³ nos puede servir para demostrar que el camino del consenso (que se equipara a la penalización del aborto, a la coacción) no es legítimo desde el punto de vista de la libertad negativa que defienden las democracias liberales. Este autor explica cómo en el pensamiento de CONSTANT se establece que la soberanía puede ir en contra de la libertad negativa de los ciudadanos y que una democracia, sin dejar de serlo, puede suprimir la libertad entendida desde un punto de vista liberal. Así, aunque el soberano sea la mayoría, puede haber opresión y puede que algunas libertades negativas sean violadas de manera masiva en una democracia, aunque los asociados se crean libres. “El triunfo del despotismo es forzar a los esclavos a que se declaren libres”⁴⁴, eso es lo que cree BERLIN, queda claro que la vía del consenso es una forma de aplastar al individuo, de negarle ese ámbito de libertad mínimo llamado

privacidad, sin el cual una sociedad no puede declararse realmente libre por más democrática que se haga llamar.

Por lo tanto, aunque el fin perseguido con la limitación del derecho fundamental a abortar es legítimo, el medio utilizado, es decir, su penalización, no es ni legítimo ni proporcional, en cuanto equivale a imponer a las mujeres un sacrificio demasiado alto a cambio de la protección de un valor moral.

Por otra parte, en el segundo acápite de este ensayo demostramos que la penalización no es el medio idóneo para proteger el valor intrínseco de la vida. En efecto, si se toma la posición según la cual el aborto viola ese valor, entonces se puede argüir que el temor a la sanción no impide a las mujeres abortar. Y, si se toma la posición contraria, la penalización, no sólo trae como consecuencia la desmejora de las condiciones de dignidad de las mujeres que abortan clandestinamente, sino que además, en el caso de las pocas mujeres que no abortan por miedo a la sanción, las obliga a sacrificar su plan de vida atentando de esta manera contra la inviolabilidad de sus propias vidas.

Así las cosas, la penalización del derecho fundamental a abortar es una manera muy eficaz para violar el núcleo esencial de ese derecho. En efecto, ninguno de los requisitos exigidos por la propia Corte para limitar un derecho fundamental se cumplen.

¿Cómo proteger la inviolabilidad de la vida humana?

Pero, entonces, ¿cómo proteger la inviolabilidad de la vida humana que nosotros defendemos en este trabajo? DWORKIN estableció que existían dos caminos. Ya vimos que el camino del consenso es inconstitucional. Luego es el camino de la

responsabilidad lo que resulta compatible con la Constitución y con el fin legítimo de proteger el valor intrínseco de la vida. DWORKIN⁴⁵ asegura que los estados pueden legítimamente promover que las decisiones sobre el aborto sean tomadas atendiendo a la gravedad moral que conlleva interrumpir voluntariamente un embarazo. Esto se puede lograr, por ejemplo, por medio de la educación. Sin embargo, un Estado nunca podría obligar a una mujer a abortar o a no hacerlo. En este mismo sentido, de acuerdo con TAMAR PITCH⁴⁶, se le debe reconocer a las mujeres el “estatus de sujetos plenamente morales” lo que conlleva depositarles la tutela del valor intrínseco de la vida humana. Es decir que se les debe reconocer a las mujeres la “competencia moral” de decidir en materia reproductiva. La autora prosigue su argumentación diciendo que este reconocimiento implica una responsabilidad muy grande frente a toda la especie humana y frente a sí mismas⁴⁷.

Así, al tomar decisiones, aunque sean personalísimas, se decide el futuro de toda decisión. Cuando el hombre se da cuenta de esta realidad y de que está condenado a ser libre, no puede más que sentir una enorme responsabilidad. De esta manera, la vía de la responsabilidad, es decir la vía de la libertad de decisión de la mujer, es la que se debe adoptar para salvaguardar la inviolabilidad de la vida humana.

Al estudiar la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, establecimos que estos pueden ser limitados cuando existen razones legítimas para hacerlo. En consecuencia, el derecho a abortar no puede ser ilimitado. En efecto, cuando el feto desarrolla su sistema nervioso, empieza a tener sensibilidad y en consecuencia a sentir dolor. Además, los estudios médicos demuestran que alrededor de la vigé-

sima segunda semana de embarazo el feto duerme y sueña. Todas estas actividades, que lo hacen cada vez más humano, demuestran que el feto tiene un interés en ser protegido y por eso el aborto debe limitarse mediante un sistema temporal. El límite temporal, además de proteger al feto cuando empieza a estar lo suficientemente desarrollado, le da más libertad a la mujer en cuanto disminuye la discrecionalidad del médico y en cuanto el motivo que tenga la mujer para abortar no es relevante.

CONCLUSIONES

En suma, a lo largo de esta disertación, estudiando la postura de la Corte Constitucional frente al aborto, pudimos demostrar que sus sentencias de constitucionalidad son inconstitucionales porque no respetan el núcleo esencial del derecho fundamental a abortar. Sin embargo, nosotros creemos que el cambio de postura que se dio en la CC en materia de aborto es una manera para que, en el futuro, los colombianos nos demos cuenta de que la penalización del aborto no es un medio efectivo para proteger el valor intrínseco de la vida humana. En efecto, esta sentencia por medio de la cual se despenalizó parcialmente el aborto tuvo un impacto muy grande en la sociedad, en cuanto permitió debatir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, tema que normalmente resulta un tabú. Adoptar la vía de la responsabilidad es el camino que permite respetar la dignidad de la mujer porque le reconoce su autonomía moral y su responsabilidad ante la sociedad en materia de reproducción. Le corresponde a ella y sólo a ella decidir si quiere ser madre. El Estado debe dejar de ser paternalista y permitirle a cada persona decidir, debe

dejar de temer a que la gente sea libre, puesto que sólo mediante la libertad el ser humano puede ser realmente digno.

LINA MALAGÓN PENEN

1. En efecto, se distingue entre abortos inducidos terapéuticos, que son aquellos que se practican cuando la vida o la salud de la madre corren peligro, y abortos provocados voluntarios, que son aquellos en los que no hay consejo médico y sólo media la voluntad de la madre o de la pareja

2. “A mediados de 1966 comienzan a introducirse en el país, de manera un tanto clandestina y sorteando muchas dificultades, los primeros anticonceptivos orales y los primeros dispositivos intrauterinos. La rápida difusión y aceptación de los anticonceptivos entre las mujeres, no obstante la oposición de la Iglesia y de los sectores más conservadores, fueron creando poco a poco el espacio social e institucional para su uso masivo. Pero, fundamentalmente, crearon una fisura en la representación de lo permitido y lo prohibido frente a la reproducción. El discurso manejado por esos sectores con respecto a los dispositivos, señalándolos como microabortivos, generó, contradictoriamente, otra fisura cultural en torno al aborto, convirtiéndolo socialmente como una posibilidad. Si el dispositivo era un microabortivo y comenzaba a ser usado por las mujeres, el conflicto personal, y en algo el debate público, ya no se centraba en el carácter prohibido del aborto, sino en el momento en que éste podía practicarse”. LUCERO ZAMUDIO; NORMA RUBIANO; LUCY WARTENBERG; MARA VIVEROS y HERNANDO SALCEDO. *El aborto inducido en Colombia*, Cuadernos del CIDS, serie I, n.º 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 112.

3. Las demandas en contra de los tipos penales referentes al aborto reflejan el debate y la falta de consenso. En efecto, algunos actores pretendieron que la Corte Constitucional declarara la inexistencia de estos tipos argumentando, por ejemplo, que las penas consagradas eran demasiado benignas. Otros, en cambio, pretendieron que el aborto fuera totalmente despenalizado.

4. Es el caso de la Ley francesa del 17 de enero de 1975 mediante la cual se adoptó el sistema de plazos para regular el aborto. De acuerdo a esta ley, cualquier mujer embarazada puede solicitar el aborto dentro de las diez primeras semanas de embarazo, sin importar el motivo, siempre y cuando su consentimiento sea libre e informado. Luego de las diez primeras semanas de embarazo, el aborto sólo es

legal cuando el embarazo representa un grave peligro para la salud o la vida de la madre y cuando el feto sufre de graves taras psíquicas o físicas.

5. Así, en Argentina y en Brasil el aborto es ilegal, salvo cuando el embarazo representa un peligro para la salud o la vida de la madre y cuando es producto de violación o incesto.

6. En la sentencia C-013/97 la Corte Constitucional estableció la exequibilidad del parágrafo demandado (art. 124 del CP) argumentando lo siguiente: “La pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2.º de la Carta que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “*convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*” [...] La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas [...] Limitada como se encuentra la Corte en este caso para analizar únicamente la constitucionalidad del parágrafo acusado por el actor, se encuentra por esta Corporación que la norma en él contenida no resulta violatoria de la Constitución. En efecto, luego de haberse definido por la ley el delito de aborto en dos modalidades y las circunstancias de atenuación punitiva, en el parágrafo aludido se establece por la ley una causal personal de exclusión de la pena, cuando concurren los requisitos allí señalados, asunto éste para cuya regulación se encuentra como fundamento la potestad que para hacer las leyes le atribuye al Congreso de la República la Constitución (arts. 114 y 150 CP)”.

7. M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

8. M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

9. M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

10. M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

11 “Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación

del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica”. In C-213/97 M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

12. Así lo sostuvieron los magistrados que salvaron el voto en la C-133/94 cuando afirmaron que “la Corte, implícitamente, adopta una concepción que reconoce el valor sagrado de la vida. No de otra forma se explica la protección absoluta que el fallo otorga a la vida en gestación, incluso por encima de los derechos fundamentales de las personas involucradas [...] La decisión mayoritaria difumina las fronteras entre Iglesia y Estado, adopta una determinada concepción religiosa del valor de la vida del no nacido y vulnera los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de religión [...] La conexión entre la fe religiosa y las posiciones en torno al aborto no es accidental sino esencial. Estas se relacionan con concepciones más profundas como las relativas al origen y al sentido de la vida. Un Estado respetuoso de la libertad, en especial de las libertades de conciencia y de religión, no debe intervenir en defensa de una especial concepción de la vida, de forma que restrinja el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones morales. De hacerlo exclusivamente con fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, viola la libertad de conciencia y de religión consagradas en la Constitución [...] El hecho de que el aborto sea para algunos grupos religiosos sinónimo de homicidio, mientras que para otros constituya una práctica aceptable en ciertas circunstancias –en caso de malformación del feto, peligro para la vida de la madre, incesto, violación–, pone de presente que se trata de una materia esencialmente religiosa, que debe exigir de las autoridades públicas mantenerse al margen y ser respetuosas de las creencias personales”.

13. In C-013/97. M. P.: JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ CARBONELL. PABLO VI. *Humanae Vitae*, Bogotá, Edic. Paulinas. “Ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto [refiriéndose al aborto] que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la ley de Dios”.

14. G. W. F. HEGEL. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, t. I, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 18 a 20.

15. Es el caso de la sentencia C-013/97 en la que se define el aborto como “repudiable ataque contra la vida humana” en cuanto supone la muerte de una “inocente criatura” que se convierte en una “víctima indefensa” de su progenitora. La utilización de este tipo de vocabulario revela el contenido moral, religioso y, en consecuencia, subjetivo de la sentencia. A modo de ejemplo, hagamos un experimento semántico. De acuerdo al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, inocencia significa “estado del alma limpia de culpa” y la palabra culpa puede hacer referencia a un “pecado o trasgresión voluntaria de la ley de Dios”. Por su parte, alma, es “en algunas religiones y culturas, sustancia espiritual e inmortal de los seres humanos”. Ahora bien, la palabra víctima significa “persona sacrificada”. Entonces, es la religión, entendida como conjunto de creencias, el punto común entre las palabras utilizadas por la Corte Constitucional para referirse al aborto y al *nasciturus*. Esta interpretación no sólo se basa en el significado de las palabras usadas, que no es unívoco; también se funda en la cita que en esta sentencia se hace de la encíclica de PABLO VI.

16. “Sin embargo, en todas las legislaciones del mundo se prevén excepciones para la protección absoluta de la vida; entre ellas, la pena de muerte, la legítima defensa, la guerra y el estado de necesidad”. HELENA ALVIAR GARCÍA. “Otra mirada sobre el aborto”, “Revista Semana.com”, 23 de mayo de 2005.

17. M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

18. RODRIGO UPRIMNY YEPES. “¿Un debate en el limbo?”, “Revista Semana. Com”, 16 de febrero de 2006.

19. M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. En efecto, el demandante expresó: “Por otra parte, vale mencionar las causas por las cuales, a juicio propio, debe despenalizarse el aborto. Tales son: En los casos en que la salud de la madre se vea afectada a causa del embarazo a tal punto de poner en riesgo su vida; cuando el embarazo sea producto de conducta no consentida (acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas); también cuando existe una malformación del feto incompatible con la vida extrauterina”.

20. De esta manera, en la referida sentencia se establece que la actora “afirma que la Corte se ha pro-

nunciado sobre el valor jurídico de la doctrina y jurisprudencia de los comités de monitoreo de tratados de derechos humanos, para establecer su carácter vinculante en la sentencia C-408 de 1996 y, en la sentencia C-010 de 2000, reiterada en la sentencia C-067 de 2003, la Corte expresó: que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Posición que se reiteró también en la sentencia T-1319 de 2001 enfatizando en que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales”.

21. Sentencia C-542/03, en la que se declara la constitucionalidad condicionada del artículo 12 de la Ley 40 de 1993.

22. “La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad”, texto sin publicar.

23. LUCERO ZAMUDIO et ál. Ob. cit.

24. Esta posición encuentra sustento en estos países puesto que, primero, los estudios demuestran que la mayoría de mujeres que abortan no tienen un nivel económicosocial bajo, no son mujeres faltas de recursos económicos para hacerse cargo de sus hijos. Segundo, las leyes sobre el aborto se han convertido en formas disimuladas de controlar la libertad femenina. Así, en el caso italiano, más que la decisión de la mujer, lo que pesa es el criterio del personal médico quien es, en últimas, el que decide si se va o no a realizar el procedimiento.

Además, las leyes sobre el aborto están planteadas en el sentido de que propenden por la desaparición del aborto una vez se haga efectiva la plena ciudadanía de las mujeres. Es decir que el aborto sigue percibiéndose como algo socialmente indeseable y, de esta manera, las leyes vulneran en alguna medida la libertad y el poder de decisión de las mujeres y patrocinan el sentimiento de culpabilidad.

25. DEFENSORÍA DEL PUEBLO COLOMBIANO. *El derecho a la salud*, serie DESC.

26. TAMAR PITCH. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, especialmente cap. 2, “Aborto”.

27. LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1997, en especial cap. 3 “Igualdad y diferencia”.

28. RONALD DWORKIN. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la li-*

bertad individual, Barcelona, Ariel, 1993.

29. NÉSTOR OSUNA PATIÑO. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Temas de Derecho Público, n.º 37, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo piedrahita, Universidad Extrnado de Colombia, 1995.

30. DWORKIN. Ob. cit., p. 136.

31. ISAIAH BERLIN. *Sobre la libertad*, HENRY HARDY (ed.), Madrid, Alianza, 2002.

32. *Ibíd.*, p. 214.

33. *Ibíd.*, pp. 218 y 219.

34. *Ídem.*

35. DWORKIN. Ob. cit., p. 24.

36. *Ibíd.*, p. 205.

37. TAMAR PITCH. Ob. cit., p. 84.

38. FERRAJOLI. Ob. cit.

39. Citado por BERLIN. Ob. cit.

40. En efecto, en la T-002/92, la Corte estableció que “el núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades [...] Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticables, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección [...] El

núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”.

41. DWORKIN. Ob. cit., p. 195.

42. *Ibíd.*, p. 202.

43. BERLIN afirma: “no hay una conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático. [...] La conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es mucho más tenue de lo les parece a muchos defensores de ambas” (p. 216).

44. *Ídem.*

45. DWORKIN. Ob. cit., p. 198.

46. PITCH. Ob. cit.

47. En este mismo sentido, JEAN PAUL SARTRE en *L'existentialisme et un humanisme*, Gallimard, 1946, afirma que el acto individual compromete a toda la humanidad. Para ilustrar esta idea, el autor toma el siguiente ejemplo: si un hombre se quiere casar, tener hijos, estas decisiones, por personales que sean, no sólo lo comprometen a él, sino que también comprometen a la humanidad entera a practicar la monogamia.