

4. El aborto en la jurisprudencia constitucional latinoamericana

La jurisprudencia constitucional latinoamericana se ha expresado en diferentes ocasiones respecto del tema del aborto. El tema de la interrupción del embarazo se ha convertido en uno de los asuntos más controversiales y relevantes que resuelven los órganos con jurisdicción constitucional latinoamericanos. Los casos de aborto que resolvieron estuvieron determinados por el tipo de normas que se controvierten, casi en su totalidad relativas a la regulación que la legislación penal hace en la materia.

América Latina es una de las regiones del mundo con uno de los tratamientos más estrictos en materia de penalización del aborto. A la fecha de la elaboración de esta investigación, Chile, El Salvador, Nicaragua, Honduras y República Dominicana contemplan como delito al aborto en todas sus formas, sin ningún tipo de excluyente de responsabilidad penal. Ésta es una tendencia que ha ido incrementándose recientemente, con la aprobación desde fines de los años noventa en muchas de las Constituciones de la región, de normas constitucionales que protegen la vida desde la concepción. En el lado contrario, pujando por una legislación menos restrictiva en materia de aborto, se tienen los casos de la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de embarazo realizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en México, y la aprobación de la despenalización del aborto realizada por el congreso uruguayo en 2008, que finalmente no llegaría a promulgarse debido a que el presidente Tabaré Vázquez la vetó ejerciendo sus facultades presidenciales para ello.

26 / Alberto Abad Suárez Ávila

La legislación penal en el resto de América Latina, con excepción de los cinco países mencionados, establece diferentes penalidades para el aborto, y al mismo tiempo incluye supuestos excluyentes de responsabilidad. En la tabla 2 se describe la situación actual de la regulación del aborto en los códigos penales de los países estudiados.

TABLA 2
Excluyentes de responsabilidad penal y reducción
de pena en el aborto conforme a los códigos penales
en América Latina

<i>País</i>	<i>Peligro vida mujer</i>	<i>Salud mujer</i>	<i>Mal formación</i>	<i>Abuso sexual</i>	<i>Voluntario</i>	<i>Honor</i>
Argentina	E (86.1 CP)	E (86.1 CP)	--	Eç (86.2 CP)	--	--
Bolivia	E (266 P.2 CP)	E (266 P.2 CP)	--	E (266 CP)	--	R (265 CP)
Brasil	E (128.1 CPB)	--	--	E (128.11 CPB)	--	--
Chile	--	--	--	--	--	--
Colombia	EØ (C-355/06)	EØ (C-355/06)	EØ (C-355/06)	EØ (C-355/06)	--	--
Costa Rica	E (121 CP)	E (121 CP)	--	E (93.5 CP)	--	R (93.4 CP)
Ecuador	E (447.1 CP)	E (447.1 CP)	--	Eç (447.2 CP)	--	--
El Salvador	--	--	--	--	--	--
Guatemala	E (147 CP)	--	--	--	--	--
Honduras	ES	--	--	--	--	--
México	E (334 CPF)	E* (148 f.11 CPDF)	E* (148 f.111 CPDF)	E (333 CPF)	D* (144 CPDF)	R (332 CPF)
Nicaragua	--	--	--	--	--	--

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 27

<i>País</i>	<i>Peligro vida mujer</i>	<i>Salud mujer</i>	<i>Mal formación</i>	<i>Abuso sexual</i>	<i>Voluntario</i>	<i>Honor</i>
Panamá	E (142.2 CP)	--	--	E (142.1 CP)	--	--
Paraguay	E (352 CP)	--	--	--	--	R (349, 353 CP)
Perú	E (119 CP)	E (119 CP)	R (120.2 CP)	R (120.1 CP)	--	--
República Dominicana	--	--	--	--	--	--
Uruguay	R (328.3 CP)	R (328.3 CP)	--	R (328.2 CP)	R (328.5 CP)	R (328.1 CP)
Venezuela	E (435 CP)	--	--	--	--	R (436 CP)
TOTAL	13	8	3	10	2	6

E. Excluyente de responsabilidad penal; R. Reducción de la pena; D. Despenalizado; Ç Para el caso de "violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente"; *Legislación penal aplicable sólo en el Distrito Federal; ØSupuestos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia mediante la resolución del caso C-355/06 no por el Congreso General; § El Código de Ética Médica lo permite pero el Código Penal no considera ninguna despenalización; B Por razones socioeconómicas dentro de los primeros tres meses. Legislación vigente al 1o. de julio de 2011.

En los trece países en donde se contempla alguna de las causales de extinción de responsabilidad penal, se admite el aborto cuando la vida de la madre se encuentra en peligro. En diez de los países se considera como excluyente de responsabilidad el aborto practicado a una mujer que fue víctima de abuso sexual. En ocho de los países, también se tiene como excluyente de responsabilidad cuando está en riesgo la salud de la mujer. Respecto de la inviabilidad del producto o las malformaciones congénitas como excluyentes de responsabilidad, solamente se encuentran consideradas en el Código Penal del Distrito Federal, vigente en el Distrito Federal de México únicamente, y en Colombia, al tiempo que en Perú el aborto practicado por este motivo no excluye de responsabilidad,

28 / Alberto Abad Suárez Ávila

pero atenúa la pena. El llamado aborto voluntario se encuentra despenalizado por el Código Penal del Distrito Federal, para las primeras doce semanas de embarazo. La legislación penal uruguaya incorpora un interesante supuesto mediante el cual permite la excluyente de responsabilidad del aborto dentro de las primeras doce semanas por razones socioeconómicas.²³ Finalmente, seis códigos penales establecen la posibilidad de reducir la pena del llamado aborto por honor, cuando se practica en función de salvar el buen nombre de la familia o el honor de la mujer.

Aun cuando probablemente el aborto sea el tema paradigmático de los derechos reproductivos de las mujeres, no todos los órganos con jurisdicción constitucional estudiados en el periodo de 1990 a 2010 se han expresado sobre el tema del aborto. Diversas son las razones de estas cuestiones, como lo puede ser la competencia originaria limitada que tenga el órgano jurisdiccional, que los casos se resuelvan en instancias inferiores, la limitada legitimación activa para promover causas ante los tribunales que existe en varios países latinoamericanos, o cualquier otra. La investigación no encontró evidencia de que a la fecha los órganos jurisdiccionales constitucionales estudiados de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay se hubieran manifestado en algún proceso de su jurisdicción sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto.

Diversas causas pueden encontrarse para esta situación. Por ejemplo, en Chile y en Perú han sido más bien las cortes supremas, que revisan la casación, las que han lidiado con el asunto, sin que las cuestiones de constitucionalidad pudieran llegar a ser revisadas por los tribunales constitucionales de esos dos países. Por lo que hace a la República Dominicana, la novedad de su formación, en 2009, es una de las razones para que no se hayan encontrado aún casos resueltos. Por lo que hace a la Corte Constitucional ecua-

²³ Otros países del continente americano también han despenalizado el aborto, como es el caso de Canadá, Estados Unidos, Puerto Rico, Cuba y Guyana.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 29

toriana, el periodo de transición que se ha abierto desde 2008 ha generado que la información que se encuentra disponible para el público se limite a los casos presentados de 2008 a la fecha, por lo cual no se descarta que exista algún caso anterior al cual no se pueda tener acceso, aun cuando ninguna referencia bibliográfica hace mención a trabajo en la materia.

Dos casos especiales son el Supremo Tribunal Federal brasileño y la Corte Suprema nicaragüense, los cuales, si bien no se han expresado sobre el tema del aborto, sí tienen pendientes por resolver casos que resuelven sobre la constitucionalidad de la legislación al respecto, lo que deben hacer muy próximamente. El tribunal brasileño tiene agendado para resolver muy pronto un caso sobre la exclusión de responsabilidad en el delito de aborto por malformaciones del producto, caso que se encuentra en trámite desde 2004. Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema nicaragüense debe resolver con prontitud una acción de inconstitucionalidad interpuesta con motivo de la nueva legislación de 2008, que penalizó todas las formas de aborto sin ninguna excluyente de responsabilidad, y sobre la cual hasta el momento no se cuenta con la fecha en que será resuelta.

En este panorama de los órganos con jurisdicción constitucionales silentes en materia de aborto, recibe una mención especial la Suprema Corte de Justicia uruguaya, que si bien no se ha expresado en la materia, su recién nombrada presidenta se pronuncia públicamente a favor de que el caso llegue a la Corte uruguaya, para que la misma se exprese al respecto.

A. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia mexicana fue uno de los tribunales constitucionales latinoamericanos más activos en cuanto a decidir casos que involucraran la resolución sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto. Los casos que ha resuelto el tribunal mexicano se originaron de la modificación en el nivel

30 / Alberto Abad Suárez Ávila

local a la legislación penal en dos contextos. Por una parte, se encuentran las acciones de constitucionalidad presentadas en contra de los cambios a la legislación penal en el Distrito Federal tendientes a una regulación menos estricta del aborto, y por otra se encuentran procedimientos de controversia constitucional y amparo indirectos en contra de la aprobación en las Constituciones estatales de disposiciones normativas tendientes a proteger la vida desde el momento de la concepción, algunos de los cuales a la fecha no han sido resueltos, por lo que habrá de mirar con atención de qué forma la SCJN decide en estos casos de muy próxima resolución.

La discusión constitucional respecto de la legislación en materia de aborto en México se centró en los alcances y límites del derecho a la vida y la definición del momento en el cual la legislación mexicana debe comenzar a protegerlo. Poco fue el espacio hasta el momento para incluir el tema de los derechos reproductivos de las mujeres. Si bien la labor de la Suprema Corte no ha sido restrictiva de los derechos reproductivos, sino que ratificó la constitucionalidad de las legislaciones locales en el Distrito Federal tendientes a menor punibilidad del aborto, en sus argumentaciones el tema de los derechos reproductivos se encontró ausente, por lo que sería esperable que en el futuro el tema del aborto tuviera mayor relación con estos derechos en las argumentaciones del tribunal constitucional mexicano, y así la Corte mexicana comience a elaborar jurisprudencia vinculante al respecto. Con la finalidad de hacer una descripción adecuada de los casos, en seguida se hace la descripción del contenido de los más relevantes.

a. Acción de inconstitucionalidad 10/2000

En 2000, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó el Código Penal para el Distrito Federal con la finalidad de adicionar como excluyente de responsabilidad penal para el delito de aborto los casos en que éste sea producido debido a “alteraciones genéticas o congénitas en el producto”, si existiera consentimiento de

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 31

la mujer embarazada para practicar el aborto y dos dictámenes médicos que confirmaran el diagnóstico. Además de lo anterior, la reforma incluyó la obligación de los médicos, de “proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.

Para combatir la aprobación de esta reforma, la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte, solicitando que fuera declarada la invalidez de la norma, por ser contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, fundamentando su pretensión en la protección del derecho a la vida del producto de la concepción.

En la argumentación para resolver el caso, el tribunal analizó el derecho a la vida y su protección constitucional, en particular de la vida del producto de la concepción. Consideró que el derecho a la vida se encuentra protegido por los artículos 1o., 14 y 22 en el nivel constitucional, y en un segundo plano, por los tratados internacionales. Sobre la cuestión específica de la protección a la vida del producto de la concepción, el tribunal mexicano consideró que igualmente se encuentra protegido por la Constitución, por los tratados internacionales y por las leyes federales, ya que tanto de la legislación penal como de la civil

...se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario.

Establecido por el tribunal mexicano que el derecho a la vida del producto de la concepción se encuentra protegido por la legisla-

32 / Alberto Abad Suárez Ávila

ción nacional, se preguntó entonces sobre la posibilidad de que la nueva legislación penal del Distrito Federal al excluir de responsabilidad penal el caso de malformaciones congénitas o degenerativas violara este derecho. Su respuesta fue negativa, al establecer que “...se despenaliza la conducta por una excusa absolutoria, las cuales propiamente dichas, no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad, como es el caso extremo de este supuesto”. En la visión del tribunal, la reforma no despenalizaba el aborto, sino exclusivamente incluía una excusa absolutoria de la responsabilidad en un delito, por lo cual el derecho a la vida permanecía protegido, pero se otorgaba la posibilidad de que la conducta típica no fuera sancionada, cuestión que en su opinión es válida en la legislación penal. Con esta elaboración decidió declarar la constitucionalidad de la norma controvertida.

b. Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007

Este procedimiento es por demás *sui generis* en la historia de la jurisdicción constitucional mexicana y en los casos de jurisdicción constitucional en América Latina. Junto con la resolución del caso C-355/2006 por la Corte Constitucional de Colombia, es posible que sean los que más han llamado la atención en la discusión jurisprudencial del aborto en la región. La historia del caso es la siguiente: el 24 de abril de 2007, después de ser trabajada en comisiones y de varios días de debates en el Pleno, se aprobó en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la reforma a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 16 bis 6, tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal. La intención principal de la reforma fue despenalizar el aborto voluntario realizado dentro de las primeras doce semanas de gestación, así como establecer la obligatoriedad de las instituciones públicas

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 33

de salud en el Distrito Federal para prestar los servicios médicos y de asesoría gratuitos para llevar a cabo los procedimientos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR), respectivamente, presentaron acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN en contra de las reformas aprobadas por la ALDF y publicadas por el Gobierno del Distrito Federal (GDF). En resumen, los argumentos más importantes presentados por la CNDH se expresaron en el sentido de que la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación violaba el derecho a la vida desde el momento de la concepción, que en su opinión se encuentra protegido por la Constitución mexicana, como el presupuesto fundamental que da vigencia a todos los demás derechos. Además de la Constitución, la demanda consideró que en el marco de tratados internacionales signados por México, también se contempla la existencia de ese derecho, citando en específico la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, la CNDH manifestó que la reforma violaba el derecho al proceso de gestación, argumentándolo desde los contenidos de los artículos 4o. constitucional, derechos reproductivos, de igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer y paternidad, y 123 constitucional, en lo que se refiere a los derechos laborales de la mujer embarazada y del producto de la concepción. Junto con lo anterior, se manifestó por la incompetencia de la ALDF para emitir una definición de embarazo, por invadir competencia exclusiva del órgano legislativo federal. La demanda presentada por la PGR tuvo una argumentación similar. Consideró que las reformas configuraban nueve conceptos de invalidez: *a)* el derecho a la vida; *b)* invasión de facultades; *c)* planificación familiar; *d)* certeza jurídica en materia penal; *e)* garantía de no discriminación e igualdad; *f)* objeción de conciencia; *g)* exactitud de la norma penal; *h)* igualdad y dignidad humana, e *i)* supremacía constitucional. Los argumentos de la PGR para considerar como inconstitucional la reforma se basaron en la idea de que el sistema constitucional mexicano protege la vida desde el momento

34 / Alberto Abad Suárez Ávila

de la concepción. Si bien consideró que no existe una disposición constitucional que contenga este derecho, sostiene que el mismo se encuentra implícito cuando se realiza la interpretación del texto. En su visión, ese derecho ha sido reconocido por la misma SCJN con anterioridad, cuando resolvió la Acción de inconstitucionalidad 10/2000, donde se determina que los artículos 1o., 4o., 14, 22 y 123 constitucionales tutelan el derecho a la vida. Además del reconocimiento del derecho en los contenidos de la Constitución, señala que los tratados internacionales también obligan al Estado mexicano a proteger la vida desde la concepción. Manifestó también que las reformas violaban el derecho a la planificación familiar del hombre al negarle la posibilidad de participar en la decisión. También consideró que la ALDF carece de facultades para legislar en cuestiones de salubridad general. Asumió que, en resumen, las reformas resultan contrarias al orden constitucional establecido por el artículo 133 constitucional, que establece el principio de supremacía constitucional.

El 28 de agosto de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) mexicana resolvió el juicio relativo a la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, declarando válida la reforma aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) al Código Penal del Distrito Federal y a la Ley de Salud del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 26 de abril de 2007, mediante la cual se despenalizó el aborto voluntario dentro de las primeras doce semanas de embarazo en el Distrito Federal, y se instruyó a las instituciones de salud pública del Distrito Federal para prestar los servicios médicos y de consejería al respecto.

Una vez recibidos los informes respectivos de la autoridad responsable, la SCJN procedió a la elaboración de la metodología a seguir para el caso. Después de fijar la litis del juicio, determinó que en la Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 se tendría que decidir sobre dos cuestiones. En primer lugar, respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal; 16,

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 35

bis 6, tercer párrafo, y 16 bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud de la misma entidad, publicado mediante decreto el 26 de abril de 2007, se refieren al tema de la interrupción del embarazo y a la configuración del delito de aborto. En segundo lugar, opinó que el caso planteaba también un cuestionamiento respecto del momento en el que se debe proteger la vida humana. En el momento de fijar la litis el tema de los derechos fundamentales de las mujeres no fue tomado en consideración como un tema principal a definir por la SCJN.

Para resolver estas dos cuestiones, la SCJN siguió técnicas diferentes. En cuanto a la primera, se consideró que el estudio y discusión que sobre el tema pudieran seguir los propios ministros desde su conocimiento y herramientas jurídicas serían suficientes para resolver los conceptos de invalidez presentados por los actores. Por el contrario, para resolver la segunda, la SCJN hizo el reconocimiento de su imposibilidad de llegar a una respuesta por sus propios métodos y recursos, y, por lo tanto, decidió recurrir a la información que pudiera proveerse desde el exterior. Con esto en mente, y pensando en encontrar elementos para resolver la cuestión sobre el momento en el que se debe proteger la vida humana, se ordenó la recopilación de pruebas que pudieran ayudar a dar luz en la materia, las cuales consistieron en: *a)* informes en materia de salud; *b)* informes sobre causas penales; *c)* pruebas periciales, y *d)* comparecencias. Fue en este último punto donde la SCJN abrió la discusión a la participación de la sociedad. La SCJN consideró que era indispensable contar con la participación de todos los actores posibles en la definición del momento en el que se protege la vida humana. Las asociaciones con un interés en promover la perspectiva de género supieron leer en esta situación una posibilidad para introducir la ponderación de los derechos fundamentales de las mujeres en el tema, cosa que la SCJN no había previsto específicamente. El evento más llamativo de este periodo probatorio lo constituyó la novedad de la celebración de estas audiencias frente al Pleno de la SCJN, que fueron transmitidas en vivo y en directo por

36 / Alberto Abad Suárez Ávila

televisión por cable, como muestra de la intención de la SCJN por realizar un proceso transparente.

La decisión fue tomada después de más de quince meses de proceso, resolviendo declarar la constitucionalidad de las reformas de la ALDF y absteniéndose de señalar el momento en el que inicia la protección de la vida humana, debido a que no encontró “...unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir de cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí”.

La resolución final es un documento largo, que incluye la sentencia definitiva del caso, al que hay que agregar los votos particulares y minoritarios de todos los ministros. La argumentación de la resolución indica que el derecho constitucional y los tratados internacionales, efectivamente reconocen la protección a la vida; sin embargo, establecen que dicha protección no puede considerarse absoluta, sino que es potestad del legislador establecer los casos en los cuales ese derecho se encuentra limitado. La resolución establece que hay consecuencias en el embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer, teniendo una afectación negativa en su vida, por lo que es posible que el legislador, tanto nacional como local, establezca en la legislación ordinaria límites a la protección a la vida, por no ser este reconocido como un derecho absoluto. Cada uno de los ministros elaboró su voto particular, en donde quedó claro el desacuerdo existente respecto a la cuestión relativa a la protección del derecho a la vida por nuestra Constitución. Respecto de este tema, la misma sentencia aclara que los contenidos del considerando octavo, en donde se registra dicha discusión, no constituyen jurisprudencia aun cuando cuentan con la votación suficiente para hacerlo; esto, debido a ser un tema en el que no hubo acuerdo en la SCJN, y del cual se descartó que la información proporcionada por las partes y la sociedad civil en las audiencias aportara evidencia suficiente para manifestarse en algún sentido.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 37

c. Los procesos en contra de las reformas constitucionales en los Estados que regulan la protección a la vida desde la concepción

Mientras que la tendencia que ha seguido el Distrito Federal en México relaja la legislación penal en materia de aborto, desde 2008 en diecisiete diferentes estados del resto del país se vivió el proceso contrario, mediante la inscripción en las Constituciones locales del derecho a la vida desde el momento de la concepción, como medida preventiva para legislaciones menos estrictas en materia de amparo en el nivel local y apoyadas por la falta de jurisprudencia emitida por la Suprema Corte. Lo anterior se ha acompañado de diferentes procesos jurisdiccionales que solicitan la inconstitucionalidad de dichas reformas, algunos de los cuales se han radicado dentro de la Suprema Corte de Justicia, la cual deberá decidir en próximas fechas si esas reformas son constitucionales o no. Entre los asuntos que tiene pendientes de resolución la SCJN se encuentran la Acción de inconstitucionalidad 11/2009 y la Controversia constitucional 62/2009, además del amparo indirecto en revisión atraído mediante la facultad de atracción 044/2010-SS, entre otros. Con el mismo motivo y para mantener la uniformidad en los criterios, ha ordenado a los tribunales inferiores no resolver ningún juicio que involucre la definición de constitucionalidad de estas reformas hasta en tanto no emita la Suprema Corte los criterios de jurisprudencia para hacerlo.

B. Colombia: Corte Constitucional

La Corte Constitucional colombiana es el tribunal constitucional latinoamericano que más activo se ha encontrado en la elaboración de jurisprudencia constitucional relacionada con la legislación penal del aborto. La historia de la Corte Constitucional ha ido desde decisiones fundamentadas en posturas religiosas en la década de los noventa, hasta el punto de rompimiento que representa la sentencia

38 / Alberto Abad Suárez Ávila

C-355/2006, mediante la cual incorporó a la legislación como excluyentes de responsabilidad el aborto por abuso sexual, el peligro de la vida o la salud física o mental de la madre y por malformaciones del producto. A esta trascendental sentencia le ha seguido el trabajo jurisdiccional adicional a través de la resolución de casos de acción de tutela, mediante los cuales ha dispuesto la prohibición de requisitos en exceso para el aborto, la obligatoriedad de los centros de salud para practicarlo, el reconocimiento de la objeción de conciencia para las personas y no para los entes públicos, y la necesidad de campañas masivas de información para dar a conocer a la población en general sus derechos reproductivos. Las sentencias recientes de la Corte Constitucional colombiana son las únicas en América Latina que han desarrollado una teoría de los derechos reproductivos de las mujeres en el caso del aborto.

a. Casos anteriores al C-355/06

La actividad de la Corte Constitucional colombiana en cuanto a definir la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto ha sido intensa desde la década de los noventa. En 1994, la Corte Constitucional revisó la Acción de inconstitucionalidad C-133/94, presentada por Alexander Sochandamandou, mediante la cual se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 334 del Código Penal promulgado en 1980, que en ese entonces regulaba el aborto de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior”.

Los argumentos de la parte actora se fundamentaron en que la regulación del aborto vulneraba los derechos constitucionales de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, así como sus libertades de conciencia y culto, para ordenar sus vidas “conforme a los juicios íntimos por los cuales disciernen

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 39

y aprecian el valor moral de los actos humanos”. Además, consideró que la protección del derecho a la vida que consagra el inciso 2o. del artículo 2o. no se extiende a los no nacidos, en virtud de que no se les define como persona ante la ley, ya que esta considera persona solamente al ente físico nacido de la especie humana, que viva tan siquiera un minuto.

La Corte Constitucional, en su sentencia, decidió declarar exequible la norma del Código Penal controvertida.²⁴ El tribunal consideró que el hecho de que el producto de la concepción no sea aún persona humana no significa que la ley no lo proteja, sino que por el contrario, la ley establece una serie de medidas tendientes a proteger la “vida humana latente en el nasciturus”, por lo que no puede ser constitucional que el legislador lo proteja. La Corte se expresó así:

Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2o. y 5o.,

²⁴ Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana se expresan sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma. La expresión “exequible” significa que una norma cabe dentro de una interpretación adecuada de la Constitución, mientras que la “inexequible” es aquella cuyo contenido no cabe dentro de una interpretación adecuada de la ley fundamental.

40 / Alberto Abad Suárez Ávila

pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.

Además de las razones anteriores, la Corte Constitucional señaló que al contrario de los argumentos del actor, el hecho de legislar penalmente en materia del aborto para proteger la vida humana del *nasciturus* no vulnera el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, ni las libertades de conciencia y culto.

En 1997, la Corte Constitucional decidiría otra vez sobre el caso. En esta ocasión, mediante la Acción de inconstitucionalidad C-013/97, presentada por José Eurípides Parra, quien alegaba sobre la inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 328 del Código Penal, el cual contemplaba una punibilidad menor a la de aborto general, en el caso de que “...La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause...”, así como “el que causare el aborto por estas circunstancias”. Para el actor, la norma viola el derecho a la vida y a la igualdad, al establecer una penalidad distinta para el caso de un embarazo producto de un abuso sexual, porque, en sus palabras, “quien nace o está para nacer debe ser protegido en igualdad de condiciones y no se puede hacer distinción de partos”.

La Corte Constitucional colombiana resolvió declarando la exequibilidad de la norma desafiada. Para realizar esto, elaboró algunos controversiales argumentos, fundados, entre otras cosas, en las encíclicas *Humanae Vitae* del papa Pablo VI y *Evangelium Vitae* del papa Juan Pablo II, interpretando ampliamente el derecho a la vida. Como lo había realizado en el caso C-133/94, estableció que tanto el derecho interno como el derecho internacional protegen la vida del producto de la concepción. A pesar de

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 41

su interpretación amplia del derecho a la vida, la Corte reconoció la posibilidad del legislador para señalar excepciones a la pena. El siguiente párrafo es ilustrador respecto a la opinión de la Corte en este caso:

El aborto, a juicio de la Corte, es un acto en sí mismo repudiable, que, en cuanto cercena de modo irreparable la vida de un ser humano en formación, lesiona gravemente el derecho constitucional fundamental del que se trata y exige del Estado la consagración de normas que lo repriman y castiguen, si bien la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre con todos los delitos, o, en consideración a circunstancias como las contempladas en el artículo 345 del Código Penal, atenuar, por razones de justicia, la pena que haya de imponerse.

Finalmente, la Corte justificó que se reduzca la pena en el caso de aborto por violación, y no que este motivo sea una causal de exclusión de responsabilidad penal, debido a que si bien la mujer fue víctima de un delito, y de este delito es resultado el producto de la violación, “nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen”. En una de las declaraciones más polémicas que ha realizado una sentencia de este tribunal, los jueces manifestaron que

La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización —aun leve— de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad 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. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene.

42 / Alberto Abad Suárez Ávila

En 2001 entró en vigor un nuevo Código Penal en Colombia, que sustituyó al de 1980, y que precisó de nuevas interpretaciones de la Corte Constitucional colombiana. En el mismo año de 2001 resolvió con la sentencia C-047/01 la Acción de inconstitucionalidad presentada por Carlos Humberto Gómez en contra del párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

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

Par. *En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.*

El argumento central que expone el actor es que prescindir de la pena en el aborto cometido en “extraordinarias condiciones anormales de motivación” constituye un “repudiable” ataque contra la vida humana, considerando que “ninguna situación, por anormal que sea, justifica que un ser humano pierda la oportunidad de vivir por decisión unilateral de su progenitora, pues nunca el agravio sufrido justifica el crimen contra un ser humano en estado de gestación”, por lo cual es inconstitucional que el legislador exonere de la pena. La Corte Constitucional declaró exequible la norma impugnada debido a que consideró que el legislador puede prescindir de la pena sin que esto signifique que no se está protegiendo la vida del producto de la concepción. En palabras de la Corte:

No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio judicial, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 43

de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte. El juez, como se ve, ha de establecer primero que el embarazo sea producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se haya producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento; a continuación, debe emprender el análisis de las pruebas que obren en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar asumida por la mujer para establecer si ellas son ordinarias o extraordinarias, es decir, si se salen de lo común, si se encuentran fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario es la excepción y no la regla; y, por último, el juez, ha de emprender luego el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de las finalidades de la misma, lo que implica que ha de tener en cuenta las funciones que está llamada a cumplir respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si es de alguna utilidad o de ninguna dadas las circunstancias particulares y concretas.

En 2001 nuevamente la Corte resolvería otro caso sobre la misma legislación. La ciudadana Marcela Adriana Rodríguez Gómez interpondría una acción de inconstitucionalidad en contra del nuevo Código Penal, por tipificar de forma distinta al aborto del homicidio. En la sentencia recaída al caso, identificada con el número C-551/01, la Corte Constitucional declararía la exequibidad de los artículos controvertidos, en virtud de que

El punible del homicidio preterintencional y el denominado parto o aborto preterintencional son comportamientos delictivos distintos con elementos y bienes jurídicos vulnerados diferentes, lo que justifica que los puntos de referencia para la estructuración de los tipos penales respectivos y la delimitación de las sanciones aplicables sean diversos, sin que ello vulnere el principio de igualdad.

44 / Alberto Abad Suárez Ávila

En 2002 se presentaría la sentencia C-198/02, mediante la cual se resolvió la Acción pública de inconstitucionalidad presentada por Fernando Sabogal Viana en contra del mismo párrafo anterior, alegando violaciones en el procedimiento legislativo. La Corte Constitucional, de igual forma, declararía exequible la norma, limitándose a resolver sobre la constitucionalidad del procedimiento legislativo mediante el cual fue aprobada.

En resumen, este periodo previo a la decisión C-355/06 muestra una Corte Constitucional colombiana centrada en la protección de la vida del producto de la concepción y los alcances de esta. En particular, la sentencia C-013/97 fue muestra de una visión conservadora de la Corte al hacer uso de documentos religiosos para fundar su dicho, como lo son las encíclicas papales, y establecer juicios de valor, enalteciendo el *heroísmo* de la mujer que completa un embarazo aun cuando este haya sido resultado de un abuso sexual.

b. La sentencia C-355/06

El tema de la revisión constitucional de la legislación penal del aborto en América Latina tiene un antes y después de la sentencia C-355/06. Con este caso, la Corte Constitucional incorporó a la discusión del tema los derechos reproductivos de la mujer, y con ello, una visión totalmente distinta del problema. Anterior a la resolución de este caso, la Corte Constitucional rechazó dos acciones de inconstitucionalidad, resueltas con las sentencias 1299/05 y 1300/05, que planteaban una problemática similar a la que se resolvería en la sentencia C-355/06, declarándose en ambos casos “inhibida de proferir un fallo de fondo respecto de la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, por ineptitud sustancial de la(s) demanda(s)”.

La sentencia C-355/06 es resultado de la acumulación de tres acciones de inconstitucionalidad, que recibieron los números D-6122, D-6123, D-6124, presentadas cada una de ellas por dis-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 45

tintos grupos ciudadanos. Las normas controvertidas fueron las siguientes:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. ...

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

...

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

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

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

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

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

Par. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana revisó sus decisiones anteriores en la materia y se propuso pronunciar una resolución que se distanciara de los criterios conservadores tomados en el pasado, siguiendo una metodología argumentativa distinta para resolver el caso. No solamente discutió sobre

46 / Alberto Abad Suárez Ávila

la protección a la vida del producto de la concepción, como tradicionalmente lo había hecho, sino que en esta ocasión sus argumentos se ampliaron a resolver sobre la dignidad humana, el derecho a la salud reproductiva de la mujer, los derechos humanos de la mujer y los límites del poder punitivo del Estado. Cada uno de estos temas fueron discutidos por la Corte Constitucional, fundándose para ello tanto en el derecho de producción nacional como de fuente internacional, dentro de lo que llama el “bloque de constitucionalidad”. Además de lo anterior, la sentencia incluyó fuentes de derecho comparado. Hizo un análisis de la forma en la que se regula la materia en América Latina y de las decisiones a las que en la materia han llegado la Suprema Corte estadounidense con el caso *Roe v. Wade*, el Tribunal Constitucional alemán con la sentencia 39, 1 de 1975, y finalmente el Tribunal Constitucional español en el caso de la sentencia 53-1985.

El primer tema sobre el que resolvió la Corte fue respecto a los alcances del derecho a la vida del producto de la concepción. Interpretó que, efectivamente, la Constitución como los tratados internacionales tienen el derecho a la vida como uno de los valores que asegura el orden constitucional; incluso de la forma en la que el artículo 11 señala que el derecho a la vida es *inviolable*. Sin embargo, continúa su argumento diciendo que lejos de ser un derecho absoluto, “el derecho a la vida debe ponderarse en una interpretación armónica con los demás derechos, principios y valores”. Como razonamiento adicional al respecto, consideró que además dicha ponderación tiene mayor justificación en el hecho de que la vida del *nasciturus* no puede considerarse vida humana.

Una vez establecida la necesidad de ponderar el derecho a la vida del producto de la concepción con otros derechos, la Corte Constitucional encuentra varios de ellos, que para el caso de la legislación penal en materia del aborto deben considerarse. Inicia con el reconocimiento de los derechos humanos que la Constitución le reconoce a la mujer, en donde se le contempla como “sujeto de especial protección” para poder conseguir la igualdad

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 47

de género. Además de lo anterior, señala que en el mismo fundamento de la dignidad humana en su triple vertiente como un principio fundante del ordenamiento jurídico, principio constitucional y con el carácter de derecho fundamental autónomo, generan la obligatoriedad para el Estado de proteger el derecho de la mujer a tomar “...las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”. Lo anterior, en función de considerar como inconstitucional la obligación de la mujer, de llevar a término un embarazo bajo condiciones peligrosas o denigrantes.

La sentencia señala que los derechos de la mujer, apreciados desde su dignidad humana, son varios, entre los que se encuentran el derecho a la autodeterminación reproductiva, el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación (eliminar barreras entre géneros), el derecho a la educación relacionado con sus derechos reproductivos y el derecho a la salud reproductiva. De estos dos últimos derechos, la Corte colombiana deriva además la obligatoriedad del Estado para garantizar el acceso a ellos, como garantía de “la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad”.

Hasta aquí la Corte Constitucional colombiana ha reconocido que el derecho a la vida del producto de la concepción se encuentra protegido por la Constitución y por el bloque de constitucional, pero no es absoluto, y no es tampoco igual al derecho a la vida humana, sino que acepta límites y ponderación de otros derechos y principios constitucionales. Derivado del principio de dignidad humana, la Corte Constitucional considera que los derechos de las mujeres, por ser un sujeto de especial protección en la Constitución, deben ser ponderados frente al derecho a la vida del producto de la concepción, reconociéndose entre ellos el derecho a la autodeterminación reproductiva y a la educación y

48 / Alberto Abad Suárez Ávila

salud reproductivas. Así entonces, después de su análisis doctrinario de los derechos, la Corte Constitucional reflexiona sobre los límites del poder punitivo del Estado, en el caso en específico, de la necesidad del legislador de observar estos derechos al momento de legislar en materia del aborto.

Para la Corte Constitucional, existe la obligación del Estado colombiano, de observar tres características del poder punitivo estatal. La primera es que el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos en el Código Penal, sino que “encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas”. En segundo lugar, establece que en el caso del aborto “sus límites son la dignidad humana de las mujeres y el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad. Además de los anteriores, tiene obligación de legislar bajo los principios de “proporcionalidad y razonabilidad”.

Así entonces, la Corte Constitucional colombiana concluye que estos límites al poder punitivo del Estado le impiden considerar como conductas delictivas por lo menos tres circunstancias en las cuales una mujer decide practicarse un aborto. El primero de ellos es el caso en que la mujer que aborta lo realiza cuando el embarazo “es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. La legislación penal colombiana, en el artículo 124 del Código Penal, estableció que en este caso el delito de aborto debía atenuarse, reconociendo la afectación de “ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad”. Para la Corte Constitucional, el legislador se encuentra impedido de considerar el aborto como una conducta delictiva en “...tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía...”. Considera que contemplar este caso como conducta delictiva afecta “los bienes constitucio-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 49

nalmente relevantes de la mujer gestante”, y por lo tanto debe excluirse del tipo penal.

El segundo y tercer caso refieren al aborto en un contexto en el cual está en peligro la vida o la salud física o mental de la mujer, y al caso de “cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida”, los cuales se encuentran penalizados en el Código Penal sin distinción alguna. De la misma forma que en el caso del aborto por abuso sexual, la Corte Constitucional considera que la prohibición y castigo en el Código Penal “es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Además de lo anterior, consideró que en la redacción del artículo 123, referente a la práctica del aborto sin consentimiento o en mujer menor de catorce años por un tercero, la expresión “en mujer menor de catorce años” anula “los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone”.

Con esta argumentación, la Corte Constitucional presentó sus resolutivos, los cuales se incluyen a continuación:

Primero. Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malforma-

50 / Alberto Abad Suárez Ávila

ción 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.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLE la expresión “...o en mujer menor de catorce años...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

El contenido más relevante de la sentencia se encuentra en el punto tercero, que declara que no existe el delito de aborto en los tres casos comentados, por lo cual, si bien el artículo 122 fue declarado exequible, se impuso el límite legislativo a la penalidad del aborto por abuso sexual, malformaciones del feto o por peligro para la vida o la salud de la mujer, cada una con ciertos requisitos. En el caso de abuso sexual, el requisito es que el abuso sexual estuviera “debidamente denunciado”. Para los casos de malformaciones del feto que hagan inviable su vida y el caso de peligro para la vida o salud de la mujer, es precisa la “certificación de un médico”. El resolutivo cuarto refiere a la ya comentada inconstitucionalidad de la distinción que incluye en el tipo penal el caso de “o en mujer menor de catorce años”. Finalmente, el resolutivo quinto declara inexecutable la reducción de la sanción penal que se había establecido en la redacción del Código Penal para el caso del aborto por abuso sexual, ya que el mismo considerando tercero considera a ese aborto no punible. La Corte Constitucional concluye con su ejemplar sentencia expresando que

...se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 51

aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

La sentencia C-355/06 representa un trascendental punto de quiebre en la forma en la cual no solamente la Corte Constitucional colombiana, sino los tribunales constitucionales latinoamericanos en general, han realizado la interpretación constitucional de la legislación penal en materia de aborto. Por primera vez en la región, el órgano jurisdiccional se alejó de la centralidad que ha guardado el tema de la protección del derecho a la vida del producto de la concepción para realizar un análisis de ponderación frente a los derechos fundamentales de las mujeres, partiendo de la relevancia de la concepción de dignidad humana de la mujer como “sujeto de especial protección” por la Constitución colombiana. La respuesta del gobierno colombiano a esta situación fue publicar, en diciembre de 2006, el “Decreto 4444 de fecha 13 de diciembre de 2006, *por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva*”, el cual se publicó con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia C-355/06, en particular en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo, con la finalidad de instruir a las entidades prestadoras de servicios de salud sobre la mejor práctica de estos servicios.

c. El trabajo jurisprudencial posterior a la sentencia C-355/06

Con posterioridad a la sentencia C-355/06, el trabajo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana ha continuado a través de la resolución de distintas acciones de tutela que las ciudadanas colombianas han presentado para hacer cumplir los contenidos de la mencionada resolución. Diversos temas, como la objeción de conciencia de los prestadores de servicios de salud, la obligatoriedad de los centros de salud de practicar las in-

52 / Alberto Abad Suárez Ávila

terrupciones de embarazo, la necesidad de no imponer mayores requisitos a las solicitantes de la práctica del aborto que los que establece la sentencia, y la obligatoriedad de los organismos rectores del sistema de salud para dar a conocer a la población sus derechos reproductivos, incluyendo la posibilidad de practicarse un aborto bajo alguno de los tres supuestos despenalizados, han resultado en nuevas decisiones de la Corte Constitucional colombiana para garantizar los alcances sociales de su decisión.

El primer caso resuelto por la Corte Constitucional colombiana posterior a la sentencia C-355/2006 es indicado con la sentencia T-988/07. El caso refiere a la acción de tutela interpuesta por una madre a favor de su hija embarazada resultado de un abuso sexual, con una condición física de retardo psicomotor severo e hipotiroidismo, en contra de la entidad prestadora de servicios de salud SaludCoop E. P. S., porque esta última se negó “a practicar de inmediato la cirugía para interrumpir el embarazo que dadas las condiciones de la joven revestía una urgencia inminente”, solicitándole que la violación de la cual fue producto el embarazo se encontrara acreditada frente a un juez. SaludCoop E.P.S. solicitó como requisitos para practicar la interrupción del embarazo que la madre de la mujer embarazada presentara una sentencia judicial de interdicción y guarda y una prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que el aborto no fue consentido.

La actora, antes de acudir ante la Corte Constitucional, agotó las instancias judiciales correspondientes. En la primera instancia recibió una sentencia negativa a su solicitud. Si bien la jueza instructora del caso resolvió que la negativa de SaludCoop E.P.S. “a dar el trámite oportuno a la solicitud hecha por la accionante, dilató de manera innecesaria la toma de una decisión que posiblemente hubiere evitado los riesgos que se presentan ahora”, consideró que el embarazo ya se encontraba muy avanzado (en su decimoquinta semana), y que la práctica del aborto representaría un grave riesgo para la salud de la mujer, por lo cual ordenó no conceder la tutela ni ordenar la práctica del aborto. La accionante recurrió la sentencia, y en la segunda instancia el órgano

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 53

revisor negó de nueva cuenta la tutela, esta vez adicionando a la decisión de la jueza de primera instancia, argumentos sobre al derecho de la vida del producto de la concepción, fundamentados en jurisprudencia previa al caso C-355/06.

La Corte Constitucional colombiana resolvió otorgarle la tutela a la accionante. En su considerando tercero resolvió:

ADVERTIR a la E. P. S. SALUDCOOP que debe abstenerse de elevar obstáculos de orden formal cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada —con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento— cuando ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. ADVERTIR asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

El principal argumento utilizado para resolver el caso fue que las entidades promotoras de salud no pueden imponer mayores requisitos para realizar la interrupción del embarazo que los que señaló la Corte Constitucional en su sentencia C-355/06. Para el caso en concreto, el aborto por abuso sexual tiene como requisito que el hecho punible hubiera sido “debidamente denunciado ante las autoridades competentes” sin imponer ninguna carga adicional a la mujer que se encontrara en el supuesto, por ser desproporcionada. Además de lo anterior, consideró que dado su limitado estado de salud físico y mental, la entidad promotora de salud había también violentado la protección especial reforzada que la Constitución colombiana da a las personas discapacitadas. Concluyó la Corte Constitucional señalando que

La actuación de la E. P. S. SALUDCOOP encaminada a dilatar y a obstaculizar la interrupción del embarazo apoyándose en excusas inadmisibles para el caso concreto, significó desconocer también

54 / Alberto Abad Suárez Ávila

el derecho de la joven a preservar su integridad física y moral e implicó someterla a los sufrimientos adicionales que le produjo el estado de embarazo. Al omitir la E. P. S. efectuar de modo inmediato la interrupción del embarazo, sometió a la joven a una situación bajo la cual le era imposible vivir libre de dolores y humillaciones e implicó, en ese orden, un claro desconocimiento de su derecho a la garantía de la dignidad humana.

En 2008, la Corte Constitucional resolvió otro caso, indicado con el número T-209/08, esta vez resultado de la negativa generalizada a la práctica de un aborto de todos los profesionales de salud de una institución fundada en la objeción de conciencia a una mujer, cuyo embarazo fue resultado de una violación. La argumentación de la Corte Constitucional para resolver el caso fue mediante el uso de los instrumentos de derecho internacional que regulan la objeción de conciencia, así como la ponderación de este con los derechos reproductivos de la mujer. La conclusión de la Corte Constitucional en este caso fue que la objeción de conciencia generalizada a la práctica de la interrupción del embarazo es violatoria de los derechos de la mujer. Siendo así, dispuso los límites que debe observar la objeción de conciencia. En opinión de la Corte,

En resumen, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 55

En ese mismo año de 2008, la Corte Constitucional resolvió un caso más relacionado con la negativa a practicar un aborto en una mujer embarazada, en un sentido similar a la sentencia T-988/07. La historia del caso es similar: una acción de tutela promovida frente a la negativa de una entidad promotora de salud de practicar el aborto en una mujer embarazada resultado de una violación, porque le solicitó requisitos adicionales a la presentación de la denuncia de los hechos delictivos. La resolución expresa lo siguiente:

La Corte debe reiterar que cuando el embarazo sea resultado de una conducta 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 basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia. La solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo. Por ello, no es de recibo la alegación del médico relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

En 2009, la Corte Constitución resolvió otra acción de tutela, con el número de sentencia T-388/09, en esta ocasión rela-

56 / Alberto Abad Suárez Ávila

cionada con la negativa de una entidad promotora de salud a practicar la interrupción voluntaria del embarazo por razones de “grave malformación del feto”, recibiendo el diagnóstico médico de “polimalformación y probable displasia ósea del feto”. La institución médica SaludCoop E.P.S. que certificó la grave malformación, autorizó la práctica de la interrupción inmediata del aborto con carácter urgente, pero el médico que debía practicarlo se negó a hacerlo sin autorización judicial. Además de lo anterior, SaludCoop E.P.S. se negó a practicar otros estudios en el feto, debido a que los mismos no estaban incluidos en el plan obligatorio de salud de la demandante, y ésta no había demostrado su incapacidad de pago.

El juez que conoció de la primera instancia se declaró incompetente. Alegó objeción de conciencia para resolver el caso, pero la entidad judicial superior negó la razón de incompetencia y obligó al juez a resolverlo. En su segunda opinión del caso, el juez volvió a argumentar que el derecho de objeción de conciencia se extiende hacia la autoridad judicial, y decidió no otorgar la tutela fundado en ese razonamiento. El juez de segunda instancia revocó la resolución y decidió conceder el amparo y ordenar a SaludCoop E.P.S. a practicar inmediatamente la interrupción del embarazo dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas, así como practicarle los exámenes médicos solicitados y brindar atención psicológica a la mujer embarazada. Cuando SaludCoop E.P.S. finalmente practicó la interrupción del embarazo, la misma tuvo que realizarse vía cesárea, ya que para entonces la mujer tenía seis meses de embarazo. La Corte Constitucional concluyó que los hechos narrados importaban la resolución de tres cuestiones constitucionales:

- i. Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?
- ii. Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 57

iii. Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

En su análisis argumentativo, la Corte dio respuesta a cada uno de estos planteamientos. Respecto de los puntos i y ii, estableció ocho características de estos, las cuales por su trascendencia se reproducen a continuación:

i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo. (ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”. (iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional —bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia— y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran. (iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios

58 / Alberto Abad Suárez Ávila

de salud en relación con este tópico. (v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales. (vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad. (vii) Ninguna entidad prestadora de salud —sea pública o privada, confesional o laica— puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 —cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia— (viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras: 1. Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido. 2. Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción. 3. Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos. 4. Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas. 5. Suscribir pactos —individuales o conjuntos— para negarse a practicar la interrupción del embarazo. 6. Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 59

que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados(as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos. 7. Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud. 8. Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico —en este caso la práctica del aborto inducido— no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente. 9. No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

Por lo que hace a su tercer planteamiento, respecto de la objeción de conciencia por parte de la autoridad judicial, la Corte Constitucional estableció también una serie de lineamientos tendientes a resolver las posibles tensiones entre la objeción de conciencia y la despenalización del aborto. Las conclusiones a las que llega la Corte Constitucional siguen el camino jurisprudencial que los casos de tutela anteriormente citados iban marcando en la materia, expresándose por la negativa a que una autoridad judicial pueda ser objetora de conciencia. Los lineamientos establecidos por este caso son los siguientes:

- (i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1o. y artículo 7o. constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta. (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 Superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el

60 / Alberto Abad Suárez Ávila

evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas. (iii) Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; contrario sensu, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente. (iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo. (v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio prima facie admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo. (vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas. (vii) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el mandato establecido en el artículo 2o. Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisibles, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales funda-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 61

mentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1o. y 7 o Superiores).

Con estos razonamientos, la resolución del caso T-388/09 a la que llega la Corte Constitucional fue confirmar el otorgamiento de la tutela y además, muy importante, obligar a diferentes entidades públicas a generar campañas de educación y comunicación masiva para asegurar el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres. Este caso es por demás relevante, porque instrumentaliza la despenalización del aborto hecha en la sentencia C-355/06. En sus resolutivos tercero, cuarto y quinto dijo la Corte lo siguiente:

TERCERO. ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y URGIR a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el

62 / Alberto Abad Suárez Ávila

fin de que las EPS e IPS —independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales— cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles, como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

El último caso del que se tiene conocimiento resuelto por la Corte Constitucional relacionado con la materia de aborto es el resuelto por la sentencia T-585/10. De una forma similar a los casos anteriores, una entidad promotora de salud, en esta ocasión el hospital departamental de Villavicencio, se negó a practicar la interrupción voluntaria del embarazo en una mujer solicitante por la causal de peligrar su salud y su vida con la continuación del embarazo. En el caso, la mujer solicitó verbalmente en repetidas ocasiones que se le practicara el aborto; sin embargo, los médicos del hospital alegaron objeción de conciencia para no realizar la interrupción. La paciente presentó una acción de tutela ante el juez de instancia única, quien ordenó la práctica de una valoración médica para conocer su estado de salud. La valoración médica concluyó que la paciente no contaba con una condición física que pusiera en peligro su vida, pero sí una situación mental no idónea para continuar con su embarazo. Al momento de resolver el caso, la mujer ya no se encontraba embarazada. En su resolución, la Corte Constitucional argumenta que:

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 63

en definitiva, (i) el hecho de no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a (ii) la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica, desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la interrupción voluntaria del embarazo.

La resolución tomada con la sentencia T-585/10 tendría un nuevo impacto en la política pública de salud colombiana, al ordenar la Corte Constitucional diversas obligaciones para el Estado colombiano en la materia. Dice la resolución:

...a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud —independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales— cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

El trabajo de la Corte Constitucional después de la sentencia 355/06 ha estado encaminado a promover los lineamientos necesarios para motivar al sistema de salud colombiano a dar cumplimiento a las disposiciones previstas por la sentencia C-355/06. La Corte Constitucional ha llegado a conformar un comportamiento activista en la promoción de los alcances de dicha sentencia, para lo cual ha incluso realizado mandatos de política

64 / Alberto Abad Suárez Ávila

pública para las entidades coordinadoras del sector de salud, con la finalidad de hacer que estas promuevan campañas de información entre las entidades prestadoras de salud de los derechos reproductivos de las mujeres, así como las mejores prácticas para el caso. El trabajo de la Corte Constitucional colombiana en materia de aborto es el único con ese nivel de activismo en favor de los derechos reproductivos de las mujeres dentro de la muestra de dieciocho órganos con jurisdicción constitucional en la región latinoamericana hasta el momento.

C. Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

En muchos aspectos el trabajo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense representa la otra cara de la moneda en la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres, comparado con el caso colombiano. La Sala Constitucional costarricense ha guiado su labor jurisprudencial desde una amplia noción del derecho a la vida del producto de la concepción, que no ha admitido la ponderación de otros derechos frente a este. El principal tema a discutir por la Sala Constitucional ha sido la protección que debe dar a la vida del producto de la concepción, la cual ella misma en una sentencia de 2000 resolvió que tiene el mismo valor que la vida humana, porque considera al producto de la concepción como persona.

El primer caso relevante en el cual la Sala Constitucional resolvió sobre la constitucionalidad de la legislación penal en materia de aborto fue la Acción de inconstitucionalidad 02-007331-0007-CO, promovida por Gustavo González Solano en contra de los artículos 118, 119, 120, 121 y 122 del Código Penal y 31 del Código Civil. El actor demandó que los mismos resultaban contradictorios con la resolución 2306-2000 de la Sala Constitucional, de la que se hablará en el capítulo correspondiente a las resoluciones en materia de planificación familiar y anticoncep-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 65

ción. La resolución estableció que los no nacidos se consideran personas, de modo que la distinción que las normas sancionadoras establecen en cuanto a la pena son contrarias al artículo 33 constitucional, por tratar de manera distinta a una misma categoría de sujetos. Las normas controvertidas tratan normativamente como sujetos distintos a la persona y al feto, al regular con tipos penales distintos actos cometidos contra sujetos de igual protección constitucional. El centro del argumento del accionante es que

al pretender tratar a seres iguales (dado que pertenecen a una misma categoría que es la categoría de persona, con el mismo bien jurídico vida), de modo desigual, se produce una violación del artículo 33 de la Constitución Política que establece el principio de igualdad (y de justicia) que como derecho fundamental tienen todos los individuos nacidos o no nacidos.

Además de lo anterior, en su demanda, el actor establece la inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto practicado con consentimiento de la mujer, por médico, cuando se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la salud de la madre, que establece el artículo 121 constitucional.

La Sala Constitucional declaró sin lugar la acción, para lo cual elaboró los siguientes razonamientos: el argumento inicial de la Sala Constitucional es el derecho a la vida como un derecho inviolable protegido tanto por la Constitución costarricense en su artículo 21 como por los instrumentos internacionales vigentes. Este derecho a la vida lo considera “a favor de todos, sin excepción —cualquier excepción o limitación destruye el contenido mismo del derecho— debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto o de la restitución de la pena de muerte en los países en que ya no existe”. Para la Sala Constitucional, la normativa internacional, “sin ser muy prolija”, tiene diversos instrumentos que lo protegen, y cita para ello el artículo 10. de la Declaración Americana

66 / Alberto Abad Suárez Ávila

de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 30. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 60. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 40. del Pacto de San José, que tiene “una protección mucho más elaborada”. Además, la Sala Constitucional señala que de acuerdo con este instrumento, persona es todo ser humano, y toda persona “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, siendo estos los fundamentos jurídicos del derecho a la vida a partir del momento de la concepción. Además de estos instrumentos, cita a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorgan “debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

De acuerdo con esta protección internacional que la Sala Constitucional costarricense considera que existe a favor de la vida del producto de la concepción como persona humana, la legislación penal en materia de aborto queda plenamente justificada. Ahora bien, respecto del problema a dilucidar en este caso, correspondiente a si el trato diferente que dan el Código Penal y el Código Civil al no nacido es inconstitucional, la Sala Constitucional establece que la técnica de tipificación penal permite distinguir diferentes tipos penales para las diferentes circunstancias en las cuales se ejecuta el evento de “dar muerte a una persona”, ejemplificando lo anterior con la existencia de tipos penales en donde la relación entre autor y víctima define al hecho punible como parricidio o infanticidio, o la particular condición del sujeto pasivo define un magnicidio. Esto le lleva a concluir que

...es perfectamente factible rescatar y tomar en cuenta diferentes circunstancias y aspectos que, sumados al núcleo básico de la acción lesiva del bien jurídico vida, sirvan para el establecimiento de penas que sean el reflejo de la mayor y más ajustada proporcionalidad posible entre el disvalor que representa para la sociedad cada concreta acción delictiva en cada una de sus variantes, por un lado, y por otro, la pena con que se le ha de sancionar.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 67

Ahora bien, respecto a la inconstitucionalidad de la exclusión de la pena en el caso en el cual se practica un aborto por existir un peligro para la salud de la madre, la Sala estableció que conforme a la doctrina, cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria, que aun cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud, que —por ello mismo— el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente.

Lo anterior sirve de fundamento para considerar que no existe inconstitucionalidad en la norma, pues está plenamente justificado que el legislador deje sin punición una conducta cuando se encuentra un choque de bienes de igual valor, en este caso la vida del producto de la concepción y la dignidad de la madre.

En 2004, la Sala Constitucional resolvería una casación con el número 00-200086-0456-PE, interpuesta por un enfermero obstetra en contra de la sentencia penal que recibió bajo el cargo de homicidio culposo por la muerte del producto de la gestación durante el parto, siendo que se encontraba aún dentro del seno materno. El recurrente alegó que el tipo penal bajo el que fue condenado es erróneo, al considerarse un homicidio culposo y no, como él alega, un aborto. La razón que dio para considerar que el tipo penal adecuado es el de aborto es que el producto de la gestación expiró aún dentro del seno materno, por lo cual no puede considerarse que su calidad de sujeto pasivo configure el delito de homicidio. La Sala Constitucional resolvió el no ha lugar del recurso, debido a que en su opinión la asignación del tipo penal de homicidio culposo fue correcta. En sus palabras, consideró que

...si bien es cierto —tal y como se alega en el recurso— se tuvo por demostrado que la conducta culposa del acusado produjo como

68 / Alberto Abad Suárez Ávila

resultado que el menor ofendido muriese *dentro* del seno materno, es decir, *antes* de su expulsión, no podría perderse de vista que ello ocurrió cuando ya había dado inicio el proceso de parto, es decir, cuando el producto de la gestación ya había adquirido la madurez necesaria para nacer.

Para la Sala Constitucional, existe el nacimiento desde el momento en que el producto de la gestación tiene la madurez necesaria y, por lo tanto, se da inicio al proceso de alumbramiento, por lo cual considera que el nacimiento no debe considerarse como un “acto único, concreto y determinado, sino todo un *proceso* que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica”. Para tomar su decisión, la Sala Constitucional realizó nuevamente una interpretación amplia del derecho a la vida en los instrumentos internacionales, además de que se apoyó en jurisprudencia comparada de la Corte Suprema argentina, la cual estableció dicho criterio respecto al momento del nacimiento.

Uno de los casos más relevantes resueltos en la materia, y que permite una comparativa directa con la jurisprudencia constitucional que en la materia ha elaborado la Corte Constitucional colombiana, refiere al amparo 07-007740-0007-CO, presentado por una ciudadana en contra del Hospital México, que se negó a practicarle un aborto “a pesar de que los exámenes practicados y las entrevistas realizadas a la paciente corroboran que cursa un embarazo de alto riesgo por presentar producto con encefalocelo posterior que pone en riesgo su vida y su salud”. La resolución de la Sala fue considerar inadmisibles los recursos, argumentando nuevamente la inviolabilidad del derecho a la vida. En su opinión, sin bien la legislación penal establece la posibilidad de que un aborto sea practicado cuando se encuentra en peligro la salud de la madre sin configurar un hecho delictivo, nada habla respecto a las malformaciones del producto de la concepción. Para la Sala Constitucional, en este caso existe “un alto nivel de incerti-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 69

dumbre, fundado en criterio médico, no puede esta jurisdicción tomar una decisión que inevitablemente incide en un valor tan importante como la inviolabilidad de la vida humana”. Por lo tanto, la Sala Constitucional decidió que dicha situación excedía el ámbito de competencia de la Sala, por lo que lo mejor era declararlo inadmisibile.

D. El Salvador: Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia

El Salvador es uno de los países de la región en los cuales no existe ninguna excluyente de responsabilidad para el delito de aborto, el cual se encuentra penado en cualquier supuesto, situación que ha provocado que la Sala Constitucional haya tenido que decidir al respecto en dos casos. Al igual que el trabajo de la Sala Constitucional costarricense, el órgano de jurisdicción constitucional salvadoreño ha interpretado la existencia de vida humana desde el momento de la concepción, y por lo tanto la protección de la vida de la persona desde entonces.

El primero de los dos casos refiere a la Acción de inconstitucionalidad 118-1998, interpuesta por Roxana Ivonne Martí Montalvo en contra de la legislación penal de 1997, por no contener las “llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto” al legislarlo como un tipo penal absoluto, sin incluir ninguna excepción a la penalidad. La Sala Constitucional, en su resolución, analizó los alcances del derecho a la vida. Señaló que “la nueva vida humana ha de ser objeto de protección por el Estado y por sus instituciones”. Al respecto, en su opinión, la “vida prenatal” no tiene una diferencia con la “vida postnatal”, ya que la “vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza”. Para el órgano constitucional, la vida es “un derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí

70 / Alberto Abad Suárez Ávila

menos que otra”. Concluye la Sala que estos razonamientos no permiten señalar que el derecho a la vida es absoluto, sino que efectivamente admite límites.

Posteriormente, la Sala Constitucional revisó si, como lo alega la demandante, el hecho de que no se incluyan excepciones a la legislación penal, en especial las relativas a los llamados aborto terapéutico, eugenésico y ético, es violatorio de los derechos de las mujeres. Al respecto, la Sala decidió sobrepasar y no discutir el posible conflicto de derechos entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida, debido a que la demandante no realizó un término de comparación planteado, en donde resulte evidente este posible conflicto de derechos, ya que solo presentaron afirmaciones de que “el conflicto entre los derechos de la mujer y el *nasciturus* tiene un contenido psicológico y emocional especialmente aflictivo”.

Así entonces, habiendo establecido la Sala el reconocimiento al derecho a la vida del producto de la concepción como persona humana, y dada la oportunidad de considerar que dicho derecho establecía límites, decidió no valorar si los derechos de las mujeres imponían límites, por considerar que había deficiencias en la formación de la demanda, por lo que procedió a resolver sobre si el legislador se encuentra obligado a realizar una distinción de los diferentes tipos y penalidades tradicionales en el aborto, y por lo tanto si incurrió en una omisión. Al respecto, la Sala Constitucional decidió que no existía dicha omisión, debido a que de una interpretación articulada del texto normativo se puede desprender que el Código Penal regula efectivamente los supuestos del aborto en su conjunto. Por los argumentos anteriores, la Sala Constitucional salvadoreña decidió declarar que no existe inconstitucionalidad por omisión.

La sentencia de la Sala Constitucional termina con una narrativa interesante. Señala los graves problemas sociales del aborto y la necesidad de “más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina, con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la embarazada, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resuelva sus con-

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 71

flictos sociales”. Para la Sala Constitucional, utilizar sólo la vía penal para resolver las malas prácticas relacionadas con el aborto es una irresponsabilidad del Estado al atender “sólo sus efectos y no sus causas”. Por lo anterior, la Sala Constitucional consideró relevante concluir que existen otras vías a la penal para solucionar la problemática del aborto, y señaló que

...el legislador tiene la libertad para considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará uno o varios derechos se haya consumado.

En 2011, la Sala Constitucional resolvería otro caso muy similar al primero, en el cual, mediante una Acción de inconstitucionalidad 67/2010 se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad por vicio de contenido de la legislación penal en materia de aborto. El centro de la demanda era similar a la anterior: el hecho de que los derechos de las mujeres se encontraban violentados por la omisión legislativa de establecer diversas penalidades y excepciones para los tipos penales y regularlos como un solo delito genérico. La resolución de la Sala Constitucional fue declarar improcedente el recurso, por referirse a una situación juzgada como anterioridad. En esta ocasión de nueva cuenta decidió no analizar el conflicto que puede existir entre los derechos de las mujeres y la protección a la vida del producto de la concepción. Concluyó diciendo que “la decisión legislativa por cualquier sistema de penalización en materia de abortos es un marco que compete a las valoraciones sociales y de política criminal que rigen en un país en un determinado momento histórico, que no pueden ser sustituidas por esta Sala”.

72 / Alberto Abad Suárez Ávila

E. *Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La Corte Suprema argentina no ha sido particularmente activa en la materia; sin embargo, tiene un par de casos de los cuales vale la pena hacer un breve análisis, ya que en ellos ha mantenido en principio la vigencia de la protección del derecho a la vida de la persona humana desde la concepción, pero ha permitido la interrupción del embarazo en dos casos de anencefalia del feto, sin nombrarlos aborto, sino redefiniéndolos como “adelanto del parto”.

El primer caso refiere a una acción de amparo presentada por T. S. en contra del gobierno de la ciudad de Buenos Aires y del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires para que autoricen “a la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la amparista”. En su resolución, la Corte Suprema argentina dio autorización para “adelantar el parto, sin que esto se considere aborto”. La argumentación realizada por la Corte Suprema fue la siguiente: en principio, analizó el alcance del derecho a la vida en el constitucionalismo argentino, señalando que se encuentra protegido desde el momento de la concepción tanto en el texto constitucional como en los instrumentos internacionales, citando en particular la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 4o. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Ahora bien, consideró que la solicitud, al no implicar un aborto, sino un adelanto del parto, no puede considerarse violatorio del derecho a la vida, por lo que decidió otorgarla bajo la condición de que se ajuste a las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”. En su opinión, el adelanto del parto no tiene como efecto perseguir la muerte del feto, por lo que de ninguna manera debe considerarse el caso como un aborto.

El segundo caso refiere a un recurso extraordinario de apelación de la ciudadana B. A. en contra del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires solicitando

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 73

Autorización a la dirección del Hospital Italiano para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la peticionaria, quien se hallaba en estado de gravedad de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye —según los informes médicos examinados— capacidad para la vida extrauterina independientemente del tiempo de gestación.

En este caso resuelto en 2001 la Corte Suprema resolvió de igual forma que en el anterior; sin embargo, dado que para el momento que resolvió el embarazo ya había concluido su decisión, se limitó a ser una decisión formal. En su argumentación final del caso, la Corte Suprema ordenó que todos los casos similares fueran resueltos con este criterio para evitar la caducidad de los mismos por la falta de objeto. Al respecto, se cita a la Corte Suprema:

Como lo ha subrayado este Tribunal, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas.

F. Venezuela: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

El último de los órganos jurisdiccionales latinoamericanos estudiados que tiene algún criterio relevante en la interpretación constitucional de la legislación penal en materia de aborto es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Venezuela. En 2001 resolvió un recurso de nulidad parcial interpuesto por razones de inconstitucionalidad en contra de la legislación penal que considera una

74 / Alberto Abad Suárez Ávila

atenuante de responsabilidad penal en el aborto, el llamado aborto “honoris causa”, contenido en el artículo 436 del Código Penal.²⁵ El actor señaló que bajo la protección al llamado honor de la abortante se justificaba la violación al derecho a la vida del producto de la concepción.

La Sala Constitucional resolvió declarar la improcedencia del recurso fundado en la validez que existe en el hecho de establecer atenuantes específicas en la legislación penal, atendiendo a la reprochabilidad de las causas determinantes de este. Para el caso del aborto “honoris causa”, la atenuante de responsabilidad penal se encuentra relacionada con el grado de la intolerancia social existente. Se considera que la mujer que incurre en este tipo penal ha tenido que decidir entre “el sentimiento de maternidad y el desprecio público, optando por el delito en aras de conservar su honra”. Por lo tanto, se considera que es constitucional que la ley atenúe la pena obedeciendo a causas sociales “para no mantenerse indiferente a la realidad existente”.

G. Conclusiones respecto de la labor de los órganos con jurisdicción constitucional en América Latina

La labor de los tribunales constitucionales latinoamericanos en la interpretación constitucional de la legislación penal en materia del aborto es hasta el momento, con excepción del caso colombiano, bastante discreta en cuanto a la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres. La mayor parte de los tribunales permanecen a la fecha en silencio, sin tener mayor intención de participar de estas discusiones.

Dentro de los tribunales que ya han emitido análisis constitucionales en la materia, solamente la Corte Constitucional colom-

²⁵ “Artículo 436. Las penas establecidas en los artículos precedentes se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión, en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva”.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 75

biana ha hecho un verdadero examen de los derechos reproductivos de las mujeres y un trabajo de ponderación entre el valor normativo de estos frente al derecho a la vida del producto de la concepción. El trabajo de la Corte Constitucional colombiana no sólo ha dado estas definiciones constitucionales, sino que ha avanzado hacia establecer obligaciones de política pública a las entidades participantes del sistema de salud para que incorporen las buenas prácticas en los procesos de interrupción del embarazo. Por estas razones, es posible considerarlo el único tribunal activista en materia de derechos fundamentales de las mujeres cuando se realiza la interpretación constitucional de la legislación penal de aborto.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha tenido por su parte una labor más irregular. Si bien en todas sus resoluciones ha decidido respetar la legislación progresista que ha ido avanzando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, hasta la fecha ha fallado en establecer jurisprudencia válida que resuelva las tensiones que la materia plantea entre los derechos reproductivos de las mujeres y el derecho a la vida del producto de la concepción. Los casos sobre el derecho a la vida que resolverá en fechas próximas pueden ir estableciendo la forma en que la Corte mexicana definirá el rumbo de esta discusión.

Por su parte, las salas constitucionales de El Salvador y Costa Rica no han podido incorporar a la discusión el tema de los derechos reproductivos de las mujeres debido a que han considerado, como lo han hecho sus legisladores nacionales, un derecho a la vida demasiado amplio, que cubre constitucionalmente la vida humana desde la concepción. En particular, en Costa Rica se ha elaborado toda una jurisprudencia alrededor de esta visión, negándose a incorporar una visión de respeto a los derechos reproductivos en la legislación penal del aborto. La Sala Constitucional de El Salvador ha sido un poco más abierta a considerar por lo menos que el derecho a la vida del producto de la concepción no es absoluto, y que el problema del aborto requiere de mayores soluciones además de la legislación penal.

76 / Alberto Abad Suárez Ávila

La Corte Suprema argentina ha dado cierta respuesta favorable al aborto por malformaciones genéticas bajo un esquema creativo de considerar a la interrupción del embarazo no como una práctica abortiva, sino como un adelantamiento del embarazo. Si bien pragmáticamente la resolución de la Corte ha permitido superar la rígida protección del derecho a la vida que existe en el constitucionalismo argentino, esta solución no ha permitido discutir con la amplitud necesaria la cuestión de los derechos reproductivos de las mujeres.

Las resoluciones que en próxima fecha tomarán los órganos de jurisdicción constitucional en Brasil y Nicaragua ayudarán a tener un mejor entendimiento de la labor de interpretación constitucional de la legislación del aborto en América Latina. Por lo pronto, el panorama existente hasta 2011 habla de tribunales constitucionales muy poco activos en la integración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en la discusión.