

Colombia

Entre mentiras y defectos de argumentación. A propósito del denominado “Caso de aborto” en la jurisprudencia constitucional colombiana

Camila Herrera Pardo¹

Gabriel Mora-Restrepo²

I. Introducción

El 10 de mayo de 2006, después de un proceso judicial que duró meses y que involucró seis demandas distintas³ y dos sentencias inhibitorias previas,⁴ la Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal,⁵ correspondiente al tipo penal básico

1 Doctorando por la Universidad de Navarra (España). Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de La Sabana (Colombia).

2 Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Profesor de Teoría del Derecho e Interpretación Constitucional, Universidad de La Sabana (Colombia).

3 En su orden, las demandas son las presentadas por: Mónica Roa (14 de abril de 2005), Javier Oswaldo Sabogal y Óscar Fabio Ojeda Gómez (admitida el 27 de mayo de 2005), Mónica Roa, Pablo Jaramillo Valencia y Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana (estas demandas se presentaron en diciembre de 2005 y la Corte Constitucional decidió analizarlas conjuntamente mediante comunicado de 14 de diciembre del mismo año).

4 Se trata de las sentencias C-1299 de 2005, por medio de la cual la Corte Constitucional se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda presentada por Mónica Roa en abril del mismo año, y la C-1300 de 2005, en el que la Corte se inhibe de proferir sentencia sobre la demanda presentada por Javier Oswaldo Sabogal y Óscar Fabio Ojeda. Los argumentos aducidos fueron vicios de forma, en el primer caso, e ineptitud sustancial de la demanda en el segundo.

5 Artículo 122 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “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”.

del aborto consentido, bajo el entendido de que la pena prevista en dicho artículo resultaba inconstitucional cuando la “interrupción del embarazo” se realizara en alguno de estos tres supuestos fácticos: (i) El peligro inminente de la vida o la salud de la mujer gestante; (ii) la presencia en el no nacido de “malformaciones incompatibles con la vida extrauterina”; y (iii) que el embarazo haya sido resultado de una acción constitutiva de los delitos de acceso carnal violento o abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Asimismo, la Corte declaró contraria a la Constitución la expresión “o en mujer menor de catorce años” del artículo 123 del Código Penal⁶ –que tipifica el aborto sin consentimiento–, de la totalidad del artículo 124⁷ –correspondiente a las circunstancias de atenuación punitiva y eventual inaplicación de la pena del delito del aborto que, curiosamente, contemplaba los mismos supuestos fácticos que la Corte excluyó de la órbita de penalización del artículo 122–.

Como es usual en este tipo de procesos, el caso en cuestión estuvo en el centro del debate público durante los meses que duraron los procesos, e incluso posteriormente, dado que la demora de cuatro meses, desde la adopción del fallo hasta la publicación del texto oficial de la sentencia, dio lugar a numerosas especulaciones sobre la amplitud y el alcance de la decisión,⁸ como tendrá ocasión de verse más adelante.

6 Artículo 123 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “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”.

7 Artículo 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “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 sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

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

8 Entre 14 de abril de 2005 y el 10 de mayo de 2006, los dos principales medios de opinión de Colombia –*El Tiempo* y *Revista Semana*– publicaron 460 artículos de prensa, editoriales y cartas de lectores. Entre mayo 11 y diciembre 31 se publicaron 413. Además, durante el proceso se presentaron 1081 intervenciones judiciales, algunas de las cuales fueron presentadas por grupos de hasta ciento ochenta personas, hecho inédito en toda la historia jurisprudencial colombiana. Todo ello sin contar las intervenciones remitidas por menores de edad y las más de cuatrocientas mil firmas que se enviaron a la Corte en señal de oposición a las pretensiones de los demandantes.

II. Los argumentos de las partes

Los argumentos planteados por los demandantes a favor de la despenalización del aborto podrían resumirse, básicamente, en los siguientes puntos:

- 1) La vida del *nasciturus* es ciertamente un interés jurídicamente protegido pero no tiene carácter de derecho.
- 2) La prohibición total del aborto vulnera los derechos fundamentales a la vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y reproductiva, dignidad, salud, igualdad, los derechos de los menores de edad, la protección contra los tratos crueles inhumanos y degradantes y los compromisos estatales en materia de derechos humanos. Más concretamente:
- 3) La prohibición del *aborto terapéutico* supone una exigencia desproporcionada para la mujer a quien se obliga a sacrificar su vida y su salud continuando con un embarazo que, de hecho, es riesgoso para el mismo *nasciturus*.
- 4) La prohibición del aborto en aquellos supuestos en los que se presenten malformaciones incompatibles con la vida extrauterina supone una carga desproporcionada para la mujer, en la medida en que se le impone una restricción a su libertad sexual y reproductiva a favor de una vida gestante que no tiene futuro. Por lo demás, impone a la mujer gestante el deber de enfrentarse a la experiencia traumática de dar a luz a una “criatura monstruosa”, con lo que se somete a un trato vejatorio e indigno.
- 5) La prohibición del aborto en los casos de violencia sexual añade un nuevo drama a la ya trágica situación de la mujer violada, aumentando su sufrimiento. Más específicamente, se perpetúa la violación al obligar a la mujer a ser madre del hijo de su agresor. Esto no solamente vulnera la dignidad de la mujer sino que, además, desconoce el deber del Estado de combatir la violencia sexual, máxime en una situación como el conflicto interno colombiano en que la violación y demás formas de violencia sexual son empleadas como armas de guerra.
- 6) El desconocimiento del consentimiento de la mujer menor de catorce años frente al eventual aborto y la consecuente consideración de todo aborto realizado en menores de dicha edad como aborto no consentido, vulnera de modo grave los derechos de las niñas, que en lugar de ser sujetos preferenciales de la protección del Estado, se ven obligadas a continuar un embarazo para el cual no están física ni psicológicamente preparadas.
- 7) La prohibición total del aborto desconoce las recomendaciones y políticas del Comité de la CEDAW (Comité para la eliminación de la violencia

contra la mujer) y, por lo tanto, desconoce algunas fuentes vinculantes del Derecho Internacional que, por versar sobre los derechos humanos, se entienden vinculadas al Bloque de Constitucionalidad (en la medida en que son interpretaciones auténticas de un tratado internacional de derechos humanos suscrito por Colombia).

- 8) La prohibición total del aborto perpetúa una ideología patriarcal y misógina, que degrada a la mujer a la condición de vientre viviente y le impone el rol social de madre.
- 9) La Corte no se encuentra obligada por la jurisprudencia precedente por cuanto no existe cosa juzgada formal o material y las circunstancias jurídicas, sociales y culturales han variado notablemente.

Por su parte, los defensores de la norma impugnada sostuvieron:

- 1) El artículo 11 de la Constitución Política de Colombia establece la protección absoluta del derecho a la vida sin condicionamientos de edad, grado de desarrollo físico, salud, viabilidad, o circunstancias de concepción. Del mismo tenor son los mandatos contenidos en la Declaración Universal Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración de los Derechos del Niño.
- 2) El reconocimiento del principio del respeto de la dignidad humana, como pilar fundamental del ordenamiento jurídico, sólo tiene sentido dentro del marco de una concepción absoluta de la dignidad, es decir, en el reconocimiento de la valía intrínseca e inviolabilidad de todo ser perteneciente a la especie humana y en el reconocimiento de la humanidad como fundamento de los derechos. Por lo demás, en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia se reconoce que son derechos fundamentales no solamente los expresamente señalados en sus disposiciones, sino todos los que sean inherentes a la persona humana, lo que equivale acudir a un criterio ontológico como fundamento de los mismos. Así pues, no se tienen derechos por ser un humano con ciertas condiciones, sino simplemente por ser humano.
- 3) El *nasciturus* es, desde el momento mismo de la concepción, un individuo de la especie humana diferenciado de la madre, de la que depende únicamente de modo accidental (dependencia ambiental). Más aún, es de común aceptación en la comunidad científica que el ser que se forma a partir de la unión del óvulo y el espermatozoide es un organismo genéticamente diferenciado de sus padres y claramente perteneciente a la especie humana.

- 4) Aceptar que el *nasciturus* tiene derechos pero de menor jerarquía que la madre supone establecer un criterio de discriminación en los derechos fundamentales que, por definición, corresponden a todos por igual.
- 5) La aceptación del aborto terapéutico implica una discriminación por razón de la edad y el desarrollo físico, a favor del más fuerte; la del “aborto por malformaciones” supone la introducción del criterio de calidad de vida como determinante de los derechos humanos, con lo que se discrimina a los más débiles; y el aborto en caso de violación supone la transferencia de la pena y de la culpa del violador al no nacido y, por otra parte, no tiene aptitud reparadora porque la muerte del *nasciturus* no “borra” la violación pasada.
- 6) En todo caso, la Corte Constitucional ya se había pronunciado de fondo sobre el aborto en cuatro ocasiones y, a pesar de que en algunas de ellas se decidió bajo la vigencia de otro Código Penal, opera la cosa juzgada material, toda vez que las disposiciones son prácticamente idénticas.

III. Repaso crítico a la opinión mayoritaria de la Corte Constitucional⁹

En esencia, la Corte Constitucional acogió los argumentos de las demandas, alejándose únicamente en lo que concierne al valor vinculante de las recomendaciones del Comité de la CEDAW y su pertenencia al bloque de constitucionalidad, aunque les reconoció un valor indicativo –retóricamente fuerte– de obligatoria consideración.

En lo relativo a su competencia para pronunciarse sobre un tema tratado expresamente en cuatro ocasiones y tangencialmente en otras ocho, la Corte estimó que no existía cosa juzgada formal en la medida en que las disposiciones –siendo prácticamente idénticas en sus enunciados– no pertenecían al mismo conjunto normativo (se había adoptado un nuevo Código Penal) ni aludían a la misma materia, por cuanto las normas variaban sutilmente en la redacción y contenían ligeras modificaciones en cuanto a la dosificación de la pena. Por otra parte, la Corte adujo la teoría de la “Constitución viviente” para justificar su distanciamiento de la *ratio decidendi* de las sentencias precedentes y la muy difícil tesis de que aquello que era constitucional hace menos de diez años pudiera dejar de serlo en el momento del fallo. En opinión de la Corte, se había producido una variación paulatina y clara en los criterios de la Corte, afirmación que, en realidad, debe

9 La decisión se encuentra en la sentencia C-355 de 2006, con ponencia conjunta de los magistrados Jaime Araújo y Clara I. Vargas.

ser interpretada como consecuencia del cambio de magistrados del alto tribunal, ahora mayoritariamente a favor del aborto.

En lo relativo al problema de fondo, la Corte acudió a un criterio “salomónico” en el que, aparentemente, se concedió la razón a todas las posiciones. Así pues, estimó que como regla general la penalización del aborto está justificada por cuanto la vida del no nacido, si bien no es propiamente un derecho, es un interés jurídicamente protegido por el Estado (en el siguiente apartado se volverá sobre este crucial aspecto en la sentencia). Sin embargo, la protección general de la vida del *nasciturus* no puede prevalecer cuando desconoce gravemente los derechos fundamentales de la mujer que, a diferencia de los pretendidos derechos del no nacido, son auténticos derechos y no simplemente expectativas. En parte, el argumento de la Corte se sustentó en una supuesta “duda científica” sobre el comienzo de la vida humana, que trasladó luego como una incertidumbre jurídica sobre el comienzo del derecho a la vida. Según la Corte, en los supuestos señalados por la demanda la proporcionalidad existente en la generalidad de los casos se rompe y vulnera gravemente los derechos de la mujer a quien, siguiendo la opinión de los demandantes, se degrada a la condición de vientre viviente. El caso de la desproporcionalidad en el supuesto de violación fue objeto de especial insistencia por parte de la Corte, que en claro ejemplo de la falacia de conclusión inatente, consideró que el aborto era una medida necesaria de reparación de la dignidad de la mujer violada y de protección estatal contra los delitos de violencia sexual.¹⁰

Por otra parte, la Corte insinuó en el *obiter dicta* que el aborto constituía un derecho fundamental de las mujeres, y declaró –de modo *ultra petita*– la improcedencia de la objeción de conciencia institucional.

Cabe destacar también la inadecuada actuación procesal de la Corte que tardó más de cuatro meses en proferir la sentencia, es decir (algo que resulta completamente extraño en el Derecho de otros países), entre la adopción del

10 La falacia de conclusión inatente o *ignoratio elenchi* se da siempre que la conclusión del razonamiento no se deriva necesariamente de las premisas. El razonamiento de la Corte en este caso resulta falaz por cuanto procede de la siguiente manera: “Es necesaria la reparación de la dignidad de la mujer violada, *ergo* se debe despenalizar el aborto en caso de violación”. El problema argumentativo se halla en cierto “salto” en la demostración. En efecto, para concluir que la despenalización del aborto realizado en un caso de violencia sexual es consecuencia de la exigencia de reparar la dignidad de la mujer, es necesario demostrar primero que el aborto es una medida eficaz para tal propósito. Esto último no fue objeto de consideración por la Corte, quien simplemente asumió como cierta e indudable la aptitud del aborto.

fallo y la redacción y posterior divulgación de la sentencia. Durante ese lapso se pronunció en reiteradas ocasiones y de modo confuso, por medio de comunicados de prensa, lo que no está contemplado en los reglamentos como modo válido de promulgación de una sentencia. Esta situación se vio agravada por el hecho de que la constatación del contenido de los comunicados de prensa y las intervenciones de los magistrados en diferentes medios de comunicación, resultaron inconsistentes entre sí, por la tendencia de los jueces mayoritarios a “ampliar” en cada ocasión el contenido (entonces inaccesible) de la decisión.

En este mismo sentido, cabe decir que –según consta en el salvamento de voto de los magistrados Monroy y Escobar, del magistrado Tafur, y en las actas de las sesiones– los ponentes de la sentencia introdujeron elementos, en la redacción posterior de la sentencia, que jamás fueron discutidos en la Sala Plena. El más notorio de estos asuntos fue el de la improcedencia de la objeción de conciencia institucional frente al aborto.

La resolución de este caso a favor de las pretensiones de los demandantes exigió de la Corte el uso de distintas “estrategias” de argumentación para justificar su apartamiento de cuatro pronunciamientos de constitucionalidad directamente relacionados con la ilegitimidad del aborto¹¹ y con, al menos, otros ocho fallos¹² que reconocían la titularidad de derechos en cabeza del *nasciturus* y que abordaban el problema del inicio de la personalidad jurídica en el ordenamiento legal colombiano. Ante la contundencia de esa línea jurisprudencial, la Corte optó por evadir directamente los argumentos centrales que sustentaban las decisiones anteriores mediante la idea –esbozada somera y rápidamente– de que existen múltiples respuestas sobre el inicio de la vida humana, “cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional”.¹³ Formuló también, sin respaldo alguno de su aserto, el argumento según el cual la “vida” y el “derecho a la vida” constituyen dos situaciones distintas, por lo cual le era posible analizar la constitucionalidad o no de las normas demandadas.¹⁴ Presentó, en fin, como soporte de una pretendida “nueva concepción sobre el aborto en Colombia”, una selección cuidadosa de pasajes de salvamentos de voto –opiniones divergentes– contenidos en decisiones constitucionales anteriores.¹⁵

11 Concretamente las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-591 de 1997 y C-647 de 2001.

12 Sentencias T-223 de 1998, T-377 de 1998, T-727 de 2005, T-639 de 2005, T-128 de 2005, T-872 de 2004, T-501 de 2004, T-063 de 2004,

13 Sentencia C-355 de 2006, considerando 5.

14 Idem.

15 Un estudio a fondo del juego de argumentos de la Corte en esta sentencia puede verse

Como aspecto clave de la argumentación falaz contenida en la sentencia C-355 de 2006, está el viciado ejercicio de “ponderación de derechos”, en el que los magistrados intentaron sopesar dos “realidades” que previamente habían calificado esencialmente diferentes: el “derecho de libertad” de la mujer embarazada frente al “bien de la vida del *nasciturus*” (no necesariamente “derecho” aún) constitucionalmente protegido.¹⁶ Aunque en ocasiones la Corte intenta presentar la vida del no-nacido como un derecho, no deja de recordar constantemente que se trata siempre de una “vida en formación”, contrastable con la “vida ya formada” de la mujer embarazada.¹⁷ Tampoco duda en sostener que no hay equivalencia entre los “derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto”, para afirmar seguidamente la inconstitucionalidad de las medidas que protegen al no-nato.¹⁸

Asimismo, el ejercicio de ponderación que la Corte realiza está antecedido de una selectiva jurisprudencia extranjera que avala la despenalización del aborto (sin que se aluda acaso a jurisprudencia contraria), como al hecho de presentar con un cierto valor jurídico las *recomendaciones* hechas por los organismos internacionales de vigilancia y monitoreo de los derechos humanos (como el comité de la CEDAW) y los pronunciamientos *no jurisdiccionales* de entidades como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Son desde luego *sustentos no normativos* pero que, en la mente de los jueces mayoritarios, se erigen en las razones más contundentes para llevar a cabo el resultado final del ejercicio de ponderación: la prevalencia de los derechos de la mujer y el consecuente sacrificio de la vida del no nacido.

en MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, en esp. p. 155–214.

16 La Corte advierte, en efecto, que su juicio de constitucionalidad tiene como “punto de partida” su “afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido” (sentencia C-355 de 2006, considerando 10.1). La calificación de esa vida como “un bien” y no, en cambio, como un “derecho”, tiene implicaciones que van más allá de la mera semántica, como se puede advertir en las razones sucesivas esbozadas por la Corte en dicha sentencia.

17 El argumento es expresamente presentado por la Corte en la sentencia C-355 de 2006, considerando 10.1.

18 *Idem*.

IV. El salto mágico de la “despenalización” del aborto al “derecho fundamental al aborto”

Además del impacto en la opinión pública, la sentencia C-355 de 2006 ha representado un hito obligado en la historia jurisprudencial de Colombia y América Latina. El fallo constituye una reiterada pauta de un proceso de “liberalización de la política de género” en los países de la región, y como tal fue proyectado por la ONG internacional *Women’s Link Worldwide*, que promovió y patrocinó directamente la demanda del aborto. De hecho, la referida organización eligió a Colombia como país estratégico en la región por poseer un tribunal constitucional propenso al “activismo” y por ser una de las más influyentes cortes constitucionales del mundo hispano.

La influencia de la sentencia C-355 de 2006 en el posterior desarrollo de la política estatal sobre el aborto ha sido mayúscula. A partir de ella se han producido supuestos “desarrollos” de las disposiciones jurisprudenciales, dentro de los cuales cabe destacar la inclusión del aborto dentro del Plan Obligatorio de Salud (supuestamente en virtud del reconocimiento de su carácter de derecho fundamental), la prohibición de la objeción de conciencia institucional y de los funcionarios judiciales y las sanciones a los establecimientos públicos y privados que se nieguen a realizar este procedimiento.¹⁹

Un caso protuberante en este desarrollo fue la sentencia T-585 de 2010,²⁰ en donde la Sala Octava de la Corte Constitucional, en decisión de tutela (suscrita en mayoría por dos de los tres jueces que la componen), determinó que sobre la base de la sentencia que despenalizó el aborto, es decir, la C-355 de 2006, se había consagrado en Colombia, de forma “innegable”, un verdadero “derecho fundamental al aborto”, o un “derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo”.²¹

En esta sentencia sobresalen varios elementos que son particularmente importantes desde el punto de vista de la justificación o legitimidad de los fallos, es decir, que posibilitan reiterar una línea de análisis sobre la ideologización de las sentencias constitucionales en casos debatidos como el aborto, desde luego circunscritos a los graves defectos –de forma o fondo– que allí puedan ser evidenciados. Uno de tales defectos tiene que ver con el conocimiento público de la propia sentencia, de la que se tuvo noticia por un medio de comunicación antes

19 Véase, por ejemplo, la sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Sierra.

20 M. P. Humberto Sierra.

21 Sentencia T-585 de 2010, *passim*.

de haberse publicado y notificado debidamente por la Corte Constitucional.²² Asimismo, por otra parte está el evidente salto que hace la Sala de Revisión de tutela –en contravía de la jurisprudencia de la Sala Plena, que goza de un valor jurídico superior– de la despenalización del aborto (y por lo tanto de su carácter excepcional, en los supuestos taxativamente señalados), a la consagración de un pretendido derecho fundamental al mismo. No deja de sorprender a este respecto que el denominado carácter “innegable” del derecho al aborto, planteado en la sentencia, haya tenido que ser “explicado” y “sustentado” por la Sala en no menos de veintidós ocasiones a lo largo de la redacción del fallo. Explicable, desde luego, porque ese supuesto carácter innegable no había sido siquiera sostenido someramente, o incluso implícitamente, por la Corte en el fallo de 2006.

La explicación que hace la Corte en la sentencia T-585 de 2010 está basada en la premisa según la cual en el 2006 se había consagrado la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y que, por tanto, en 2010 se estaba puntualizando que el aborto “constituye un verdadero derecho fundamental”. El error de este aserto reside, sin embargo, en que el contexto en el que se aborda la autodeterminación reproductiva fue, en el fallo del 2006, las violaciones al Derecho Internacional Humanitario por embarazo forzado y esterilización involuntaria; y, en el contexto más general de tratados sobre derechos humanos, los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Se alude también a la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994, pero circunscrita a su documento de programa de acción en el que se afirman los derechos reproductivos de la mujer en razón a la elección libre de número de hijos y el intervalo entre ellos. No se afirma allí, en cambio, y en ninguno de los documentos aludidos, que la “autodeterminación reproductiva” constituya una faceta o dimensión del supuesto “derecho fundamental al aborto”. Más aun, las eventuales interpretaciones que pudieran hacerse a este respecto fueron ya resueltas en el plano internacional. Por ejemplo, el Parlamento Europeo manifestó expresamente que en ningún caso la Conferencia avaló, sugirió, estableció o determinó que la salud reproductiva contiene una, por mínima que fuere, referencia al aborto.²³

22 La sentencia, en efecto, se dio a conocer el viernes 3 de diciembre de 2010, a las 10.05 p.m., en la página web del Diario *El Tiempo*. Sobre este y otros aspectos críticos de la sentencia T-585 de 2010, consúltese el “Incidente de nulidad” presentado por el Procurador General de la Nación, de 13 de diciembre de 2010 (disponible en la web: <http://www.procuraduria.gov.co/descargas/131210comunicacion.pdf>).

23 Parlamento Europeo, 4 de diciembre de 2003: Pregunta oral (H-0794/03) dentro del tiempo

Por su parte, el juez constitucional colombiano, en la sentencia C-355 de 2006, tampoco hace el salto indebido entre la autodeterminación reproductiva y el supuesto “derecho fundamental” al aborto, sino todo lo contrario. Afirma, en efecto, que “de las normas constitucionales e internacionales” estudiadas, referentes a los derechos fundamentales de las mujeres, “no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito”.²⁴ Por el contrario, afirma que requiere estudiar los límites de las políticas punitivas del legislador sobre el aborto, lo que hace seguidamente en la sentencia, para llevar finalmente a su *despenalización* en circunstancias excepcionales. La expresión, por tanto, “no se deduce de allí un mandato de despenalización del aborto”, fue cambiada o alterada por el juez del 2010 por la expresión “derecho fundamental” de la mujer para abortar.

De otra parte, en la sentencia T-585 de 2010 se ordena a las entidades prestadoras de salud que adopten un “Protocolo de diagnóstico rápido” en los casos en los que (i) los médicos adviertan la hipótesis de peligro para la vida o la salud, tanto física o mental, de la madre, o (ii) para los casos en los que la propia madre alegue estar incurso en dicha hipótesis. Esta orden está precedida de un aserto falso de la Corte, al considerar que la carencia de dicho protocolo significó que la solicitud “reiterada” de aborto, presentada por la mujer, llevó al desconocimiento de la “fase de diagnóstico del derecho fundamental”.²⁵ Por el contrario, en el expediente no hay constancia alguna de que la paciente haya solicitado a las entidades prestadoras de salud un procedimiento de aborto previo a la acción de tutela, ni hay tampoco constancia médica de amenaza o riesgo a su vida como consecuencia de su embarazo.²⁶ Asimismo, una vez instaurada la acción de tutela, el juez de primera instancia ordenó un examen médico y el Instituto de Medicina

de preguntas como parte de la sesión de diciembre de 2003 de conformidad con la regla 43 del libro de procedimiento, de parte de Dana Scallon para el Consejo. En las actas de la sesión se lee: Posselt (PPE-DE): “¿El término salud reproductiva incluye aborto: sí o no?” – Antonione, Consejo: “No”.

24 Sentencia C-355 de 2006, considerando 7, *in fine*.

25 Sentencia T-585 de 2010, núm. II-30.

26 En el “Incidente de nulidad”, presentado por el Procurador General de la Nación (p. 26 y ss.), se alude a que la Corte Constitucional pudo haber “alterado” las pruebas del proceso, al constatar que una orden médica decía “amenaza de aborto” –en razón a los antecedentes de la paciente– en lugar de “indicación (o solicitud) de ‘aborto’”, como transcribió la Corte la indicación médica. El Procurador constata el hecho mediante comunicación telefónica con la propia médica tratante del caso, como allí se lee (cf. p. 27).

Legal concluyó que la paciente gozaba de buen estado general de salud (y por lo tanto no contaba con al menos un requisito de ley para proceder al aborto), aunque aconsejaba una “valoración por ginecología”. El juez, siguiendo esta recomendación, ordenó un nuevo examen con un gineco-obstetra, quien reiteró que la paciente “no tiene en el momento ninguna enfermedad que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo”.²⁷

El último aspecto relevante de la sentencia radicó en que el propio despacho del Magistrado ponente obtuvo conocimiento directo de que la mujer había abortado por fuera del sistema de salud.²⁸ Para el Procurador General de la Nación, por obvias razones, este hecho –luego de proferida la sentencia– constituyó una conducta delictiva que terminó siendo amparada y justificada por la Corte Constitucional.²⁹

V. Conclusión

Tanto la decisión, como el procedimiento seguido por la Corte en la deliberación, redacción y publicación de la sentencia C-355 de 2006, plantean muchos reparos jurídicos hasta el punto de haber sido causa de más de una solicitud de nulidad, aunque sin éxito. Sin duda el más grave de todos, que configura un notorio fraude procesal, consistió en haberse agregado al momento de la redacción del fallo –recuérdese, cuatro meses después de tomarse la decisión en Sala Plena–, un párrafo sobre la improcedencia de la objeción de conciencia institucional, asunto que no fue discutido por los jueces ni, por ende, sometido a votación. Esto se constata tanto en las Actas oficiales del proceso, como en las propias opiniones expresamente manifestadas por los jueces disidentes.³⁰ No sobra advertir que,

27 *Idem*, p. 15.

28 Sentencia T-585 de 2010 (I-17).

29 “Incidente de nulidad”, *cit.*, en especial p. 26 y 65.

30 En efecto, sostienen los magistrados Monroy y Escobar en su salvamento de voto conjunto a la sentencia C-355 de 2006: “Aclaremos que estas razones [por las cuales discrepan del fallo] se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”. También lo expresa el magistrado Tafur: “[e]n el presente salvamento no se abarcan aspectos no incluidos en dicha ponencia y que, por ende, no constituyeron materia de análisis o discusión por la Sala Plena, como por

sobre la base de ese párrafo, la Corte ha venido desarrollando su jurisprudencia para anular el derecho a la objeción de conciencia, no sólo de instituciones –públicas o privadas–, sino de funcionarios judiciales.

Asimismo, el tratamiento dado al aborto que cuatro años más tarde realizó una Sala de Revisión Constitucional en la sentencia T-585 de 2010, denota no solo una carencia de compromiso y respeto por el precedente jurisprudencial, o un sometimiento al Derecho vigente, sino además la puesta en escena de un claro ejercicio injustificado de la actividad de los jueces, lo que lleva a afirmar que en casos como el aborto parecen existir “imposiciones ideológicas” o “agendas políticas” definidas. Pasar de una despenalización en tres circunstancias, al supuesto carácter iusfundamental del aborto, mediante la alteración de los hechos y pasando por alto los posibles delitos cometidos por la accionante, lleva a concluir que en casos como el presente no resulta posible determinar criterios de racionalidad de los fallos, los cuales sucumben ante la arbitrariedad de quienes ostentan un poder absoluto aunque se arropen de toga. Está por verse qué suerte corre –esta vez en la Sala Plena de la Corte Constitucional– el incidente de nulidad que la Procuraduría General de la Nación interpuso frente a dicha decisión.³¹

ejemplo los relativos a temas trascendentales de especial incidencia como la improcedencia de la llamada objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad de la sentencia, en forma inmediata y sin la necesaria reglamentación por el órgano constitucionalmente competente”.

31 En febrero de 2012 aparecen dos hechos relevantes de esta historia constitucional sobre el aborto. El primero fue la negativa de la Sala Plena (con tres votos disidentes y, curiosamente, con ponencia del mismo Magistrado de la sentencia impugnada(!)) frente al recurso de nulidad de la sentencia interpuesto por el Procurador General de Colombia, aludiendo entre otras cosas que la Sala de Revisión de Tutelas, que expidió la sentencia T-585 de 2010, mantuvo la línea jurisprudencial inaugurada en 2006 y, particularmente, que en aquella se “puntualizó” que, “si la interrupción voluntaria del embarazo es parte del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, de igual manera es de carácter fundamental”. El segundo hecho fue la sentencia T-841 de 2011 (dada a conocer hasta febrero 26 de 2012), con ponencia del mismo magistrado Sierra Porto (!) en donde la Corte reitera, sin mediar prueba alguna, que en Colombia existe un verdadero derecho fundamental al aborto desde 2006 y, así mismo, hace explícita la regla –que tampoco estaba contenida en la decisión original del 2006– según la cual el aborto puede llevarse a cabo a lo largo de todo el período de gestación, hasta los 9 meses de embarazo. Sentenció, con todo, que “en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma” (el

énfasis no está en el original). Con esta indicación, final, del “en todo caso del deseo” de la mujer gestante, se abre un nuevo y perturbador camino de una cada vez mayor apertura del tribunal constitucional al aborto, con menores requisitos, y en todo caso, como muestra de un cada vez mayor irrespeto del juez constitucional a la vida humana.