



La realidad del aborto en Colombia

Fundación Nueva Democracia¹
25 de agosto de 2022

En las últimas semanas, Colombia ha sido noticia por la aprobación del aborto libre hasta la semana 24 de gestación. Para entender cómo se llegó a este escenario y cuál es la verdadera situación del aborto en este país, a continuación, se expondrán los antecedentes, contenido y consecuencias de la decisión tomada en febrero de 2022.

El juez por encima del legislador

En Colombia no existe y nunca ha existido una ley de aborto. Aunque se ha intentado aprobarlo a través del Congreso de la República, los proyectos que se han presentado no han tenido apoyo suficiente. Todas las decisiones a favor del aborto han sido tomadas por la Corte Constitucional a partir de dos figuras jurídicas: la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de tutela. La primera le permite a cualquier ciudadano colombiano demandar una ley que considere contraria a la Constitución y la segunda es una medida de protección de derechos fundamentales en casos particulares, estudiada por jueces de rango inferior con decisiones que, en todo caso, pueden ser seleccionadas por la Corte para su revisión².

Cuando se expidió la Constitución Política colombiana de 1991, se encontraba vigente el Código Penal de 1980 que en su artículo 343 penalizaba la conducta de aborto hasta con 3 años de prisión³. Aprovechando el cambio constitucional, en 1994 un ciudadano interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra el tipo penal del aborto. En síntesis, la demanda señalaba que los no nacidos no eran personas. Bajo ese supuesto y con base en la libertad de cultos, de conciencia y el derecho a no ser molestado en su persona o en su familia, afirmaba que la decisión de realizar un aborto correspondía libremente a la mujer gestante y no podía ser penalizada⁴.

¹Organización de la sociedad civil enfocada en el trabajo con jóvenes para la defensa de la vida y las libertades. Ha participado en el debate público sobre el aborto tanto en escenarios académicos y sociales, como en los espacios de deliberación y decisión. www.nuevademocracia.co.

² Constitución Política de Colombia. Artículos 86 y 241.

³ Decreto 100 de 1980. Artículo 343: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años (...)” y “a la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. El demandante sostuvo que “al garantizar la libertad de conciencia, la Constitución garantiza que es un acto potestativo de la mujer el poder determinar si se somete voluntariamente a un aborto, invocando para ello la certidumbre que se origina en las íntimas razones de su propia conciencia. Es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer que el producto de la concepción que no sea persona concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término”.

En aquella oportunidad, la Corte no accedió a las pretensiones del demandante y declaró exequible el tipo penal. La sentencia sostuvo que la Constitución sí protegía la vida de quien estaba por nacer, no solo por lo establecido en su artículo 11, sino por los contenidos de distintos tratados internacionales como la Convención Sobre los Derechos del Niño o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, esta decisión no cerró la puerta al aborto porque los magistrados que años después llegaron al alto tribunal no respetaron la “cosa juzgada”.

En efecto, en el 2000 se expidió el nuevo Código Penal en el que el legislador decidió, otra vez y con una norma idéntica, penalizar la conducta del aborto con prisión entre 1 y 3 años⁵. Con todo, en 2006 un nuevo grupo de ciudadanos liderados por la organización internacional Women’s Link Worldwide, acudió a la Corte para intentar nuevamente la despenalización.

En esta ocasión la Corte levantó la cosa juzgada y decidió pronunciarse nuevamente sobre un tema ya resuelto manifestando, por un lado, que una ley en 2004 aumentó la pena del delito⁶ y esto hacía que los textos no fueran idénticos y, por otro, que por la diferencia de 20 años entre la expedición del primer y el segundo código, se trataba de un “contexto penal diferente”.

Esta vez, la Corte decidió que el aborto debía ser despenalizado en caso de “peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico, (...) grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico y (...) embarazo 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”⁷.

Esa sentencia (C-355 de 2006) fue desarrollada por la Corte con posteriores sentencias de tutela, a través de casos en los que jueces habían decidido sobre la práctica de abortos. En esas decisiones se amplió el acceso al aborto, se eliminaron restricciones e incluso se buscó limitar la libertad de conciencia. Aunque en principio estas sentencias debían afectar solo a las partes, la Corte extendió sus efectos a toda la población. Estos son algunos ejemplos:

T-209 de 2008

Sólo el médico individualmente puede objetar en conciencia, con la obligación de remitir a la paciente a otro profesional que realice el procedimiento.

⁵ Ley 599 de 2000. 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”.

⁶ Ley 890 de 2004.

⁷ C-355 de 2006. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>.

| | |
|---------------|---|
| T-946 de 2008 | El único requisito para acceder al aborto por violación, incesto o inseminación artificial no consentida es la denuncia del hecho. Cualquier otro requisito es un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. |
| T-388 de 2009 | La afectación de la salud como causal de aborto no se refiere solo a problemas físicos sino psicológicos. Se ordena la implementación de campañas de educación en derechos sexuales y reproductivos: la llamada “cátedra del aborto”. |
| T-009 de 2009 | La autonomía de la mujer para abortar incluye a las niñas de 14 años, incluso con la oposición de sus padres. |
| T-585 de 2010 | El aborto se considera un “derecho fundamental” en el marco de los “derechos sexuales y reproductivos”. |
| T-841 de 2011 | El riesgo para la salud mental es razón suficiente para practicar un aborto legal. Las entidades prestadoras de salud tienen un plazo de 5 días para atender la solicitud de aborto. |
| T-301 de 2016 | Sanción a una entidad prestadora de salud por no practicar un aborto después de la semana 22 de gestación. No hay límite temporal para la práctica del aborto. |

En una sentencia de unificación de 2018 (para unificar la jurisprudencia de las sentencias de tutela), la Corte reafirmó varios de los aspectos mencionados, abordando el caso de una solicitud de aborto por un bebé que podría haber nacido con limitaciones como la ceguera. En su salvamento de voto (el equivalente del dissent) la magistrada Cristina Pardo dijo que con esa sentencia “se decidió avalar práctica de abortos por discriminación y desconocer reconocimiento constitucional sobre derechos de las personas con discapacidad”⁸.

⁸ SU-096 de 2018. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>.

Es así como la agenda abortista en Colombia ha avanzado a través del máximo tribunal constitucional -el cual en un primer momento reconoció que la Constitución colombiana protegía al no nacido- y no por vía legislativa. La estrategia de los grupos proaborto continúa siendo la misma, como se observa en la reciente decisión de 2022 que se explicará a continuación.

2022: aborto libre hasta la semana 24

El colectivo “Causa Justa”, que agrupa a organizaciones como la ya mencionada Women’s Link Worldwide, presentó en septiembre de 2020 una nueva demanda que buscaba la eliminación del artículo que penaliza el aborto en el Código Penal. Paralelamente se radicó otra demanda en el mismo sentido, por un ciudadano a título personal. Debido a la diferencia de tiempo que hubo entre la presentación de una demanda y otra, la Corte decidió no acumularlas y tramitarlas por separado.

Conscientes de la existencia de la cosa juzgada, las demandantes presentaron una demanda más robusta, con nuevos cargos y enfoques contextuales diferentes, como la situación de las migrantes venezolanas. En resumen, consideraron que los avances jurisprudenciales y reglamentarios nacionales e internacionales eran razón suficiente para que la Corte se pronunciara nuevamente y, en cuanto al fondo de la demanda, utilizaron cargos similares a los de las demandas previas, añadiendo algunos como la igualdad de las mujeres venezolanas migrantes⁹ o la libertad de conciencia de los médicos abortistas.

Las demandas fueron acogidas por magistrados favorables al aborto que presentaron sendas ponencias que buscaban la liberalización total, sin embargo, el proceso tuvo muchos tropiezos que retrasaron la decisión. Un ejemplo de esto fue la recusación contra el magistrado Alejandro Linares quien en una entrevista con un medio de comunicación adelantó cuál era su posición sobre las demandas en estudio, por lo que tuvo que ser apartado de la discusión. Valga decir que, en 2020, este magistrado ya había presentado una ponencia a favor de la despenalización total del aborto, la cual fue derrotada en medio de la polémica por el caso de “JuanSe” que conmocionó al país, pues se trataba de un bebé abortado a los siete meses de gestación y cuyo padre buscaba salvarle la vida.

Con Linares fuera de la discusión, la Corte -conformada por nueve magistrados- se encontraba empatada (4-4)¹⁰ frente a la decisión de despenalizar, lo que obligó a nombrar un conjuer para cada una de las demandas. En el caso de la demanda de Causa Justa, el conjuer elegido al azar (de una lista de 18 conjueres previamente seleccionados) fue Julio Andrés Ossa, de quien solo se conocía su trabajo con algunos jueces conservadores.

⁹ <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3133/resumen-de-la-demanda-aborto-en-colombia-causa-justa.pdf>.

¹⁰ A favor de la despenalización total se encontraban los magistrados Alberto Rijas, Antonio José Lizarazo, Diana Fajardo y José Fernando Reyes. Mientras que los magistrados Cristina Pardo, Jorge Enrique Ibáñez, Paola Andrea Meneses Y Gloria Stella Ortiz, se inclinaban por mantener el escenario de cosa juzgada.

Ossa, sin embargo, votó a favor de una nueva ponencia presentada por el magistrado Antonio Lizarazo la cual, para lograr consolidar la mayoría, ya no buscaba la despenalización total sino que proponía liberalizar hasta la semana 24 y mantener el esquema de causales con posterioridad a esa semana. Con el voto favorable del congreso, la ponencia de Lizarazo fue aprobada y se convirtió en la sentencia C-055 de 2022.

En este fallo, la Corte decide nuevamente desconocer la cosa juzgada constitucional argumentando principalmente un cambio de contexto normativo, sobre todo en materia de salud. Esto debido a que se han expedido nuevas leyes, nuevos lineamientos de derecho internacional y distintas decisiones judiciales que modifican el entendimiento de la Constitución. Posteriormente, aunque reconoció la necesidad de proteger la vida del no nacido, encontró que mantener prohibida la práctica del aborto a través del derecho penal resultaba desproporcionado y afectaba injustificadamente los derechos de las mujeres.

Por último, para fijar el límite de las 24 semanas, decidió utilizar el criterio de autonomía o viabilidad extrauterina del feto. Para ello, hizo referencia a algunas intervenciones médicas, al límite de semanas establecido en otros países y, sobre todo, destacó lo dicho en las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992) sobre la materia.

Ahora bien, hay que destacar como positivo, primero, que la Corte no se refirió a la práctica del aborto en las primeras 24 semanas como un derecho fundamental, segundo, que no impuso una obligación a cargo del sistema de salud para practicarlo y, tercero, que reconoce la necesidad de proteger jurídicamente y por vía legislativa, el derecho a la vida del que está por nacer¹¹, ello podría incluir límites no penales antes de la semana 24, puesto que la sentencia no establece prohibiciones en ese sentido. Sin embargo, estos aspectos están siendo ignorados y en la práctica se sigue tratando como un derecho y se realizan abortos a cargo del sistema de salud con base en las decisiones de tutela ya señaladas en la tabla.

Actualmente se encuentran en estudio las solicitudes de nulidad presentadas contra la sentencia. Aunque son varias las causales que los distintos intervinientes alegan para solicitar la nulidad, hay dos que destacan por su solidez argumentativa. De un lado, está la causal por desconocimiento de la cosa juzgada constitucional que, como se ha venido señalando a lo largo del texto, se enfoca en que la Corte no tiene razones suficientes para afirmar que realmente se dio un cambio de contexto normativo para pronunciarse nuevamente sobre un asunto ya fallado¹².

De otra parte, se busca la nulidad de la sentencia por la causal de elusión arbitraria de un asunto de relevancia constitucional, pues la Corte decidió no pronunciarse sobre un tema fundamental que fue puesto en su conocimiento a lo largo del expediente y que ha considerado relevante para fallar otros casos, esto es, el dolor fetal durante la práctica del aborto. En efecto, cuando se decidió prohibir prácticas como la pesca o la caza deportiva, la posibilidad de causal dolor o maltrato injustificado a un ser sintiente fue

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-055 de 2022. M.P. Antonio José Lizarazo y Alberto Rojas Rios.

¹² Sobre este punto, se pueden consultar los salvamentos de voto de la sentencia C-055 de 2022 presentados por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez y Gloria Stella Ortiz.

determinante para la toma de la decisión, pero para el caso del aborto no fue tenido en cuenta sin justificación alguna.

Lamentablemente, la nulidad no es una alternativa con mucha probabilidad de éxito, si se tiene en cuenta que es la propia Corte quien debe resolverla. Han surgido otras propuestas no menos difíciles como la de un referendo en el que los ciudadanos decidan sobre el aborto, considerando que más de un 83% rechaza la decisión de la Corte según una encuesta publicada semanas después de conocerse el sentido del fallo¹³. A pesar de la amplia oposición de los ciudadanos, el camino del referendo no es fácil debido a sus requisitos formales, puesto que la ley que lo convoca requiere aprobación por parte de la Corte Constitucional y, como ya se ha expuesto, es altamente probable que considere que la prohibición del aborto no es constitucional, por lo que ni siquiera el referendo es un camino idóneo para restringirlo.

Adicional a esto, actualmente existen más razones para pensar que la iniciativa del referendo no prosperará, ya que las elecciones legislativas y presidenciales dieron lugar a un gobierno progresista con mayorías consolidadas en el Congreso. Además, dentro del referendo se busca también la prohibición de prácticas como la eutanasia, la cual cuenta con un mayor respaldo popular, lo que hace aún más difícil su aprobación.

Con este panorama, a continuación, se presentan algunas consideraciones sobre la situación actual del aborto en Colombia y lo que puede pasar próximamente.

¿En qué situación queda el aborto en Colombia?

El aborto en Colombia tiene un amplio margen para practicarse, no solo por la liberalización en las primeras 24 semanas, sino por la aplicación de las causales en las semanas más avanzadas de la gestación. Como ya se explicó, por medio de sentencias de tutela la Corte Constitucional amplió la causal de riesgo de vida de la madre a riesgo para su salud mental. Según el director médico de Profamilia (filial colombiana del IPPF), el “llanto fácil” es motivo suficiente para realizar un aborto legal inclusive en la última semana de gestación¹⁴.

La posibilidad de limitar, regular o prohibir aquella práctica del aborto actualmente no es favorable para Colombia. Aunque hay todavía congresistas y magistrados comprometidos con la defensa del derecho a la vida, lo cierto es que lejos están de conformar una mayoría y lograr cambios significativos. La realidad demuestra que hay que ser pacientes y perseverantes para consolidar transformaciones en las tres ramas del poder que permitan pensar a futuro en la posibilidad de reformar la normativa vigente sobre el aborto.

Por lo pronto, la sociedad civil colombiana y el Congreso no pueden perder de vista la relevancia del Tribunal Constitucional para la toma de las decisiones más trascendentales para el país. Cualquier ley o reforma a la Constitución será objeto de

¹³ Encuesta Invamer de marzo de 2022. <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/encuesta-invamer-aborto-hasta-24-semanas-rechazado-por-mayoria-655939>.

¹⁴https://m.facebook.com/NDemocraciaCol/videos/630175807710251/?rdr&se_imp=1WVd7fs9Pso5efp4T.

revisión por parte de la Corte y basta con 5 magistrados para impedir que se tome una decisión favorable a la vida. Es imperioso buscar la manera de que lleguen a estos cargos personas respetuosas de la Constitución y de los tratados que protegen la vida desde la concepción. En los próximos cuatro años llegarán seis magistrados nuevos a la Corte Constitucional, lo que significa que, desde ya, el desafío está en llenar bien esas vacantes.