
ILVA MYRIAM HOYOS
UNIVERSIDAD DE LA SABANA

**LA CORTE CONSTITUCIONAL:
ENTRE LA LEY DE
GRADUALIDAD Y LA
GRADUALIDAD DE LA LEY
A PROPÓSITO DEL FALLO SOBRE EL ABORTO***



CONSTITUTIONAL COURT: BETWEEN THE
STATUTE OF GRADUAL PACE AND THE
GRADUAL PACE OF THE STATUTE
APROPOS OF THE ABORTION DECISION

RECIBIDO JUNIO 28. EVALUADO JULIO 28. APROBADO SEPTIEMBRE 20

RESUMEN

El artículo, escrito un mes después de proferido el fallo de la Corte Constitucional sobre el aborto, presenta algunas reflexiones críticas sobre el polémico fallo. La tesis central que desarrolla, con base en los comunicados de prensa del 11 y 12 de mayo de 2006, y en las declaraciones de prensa de una de las demandantes y del magistrado ponente, es que, a diferencia de lo que sostiene la Corte, en Colombia se legalizó el aborto en tres amplios supuestos. Esa legalización implica reconocer no sólo el aborto como derecho, sino los deberes de los médicos para practicar el aborto.

PALABRAS CLAVE

Aborto, Corte Constitucional de Colombia, despenalización, legalización, interrupción del embarazo, *nasciturus*, vida.

ABSTRACT

This article, written one month after the Constitutional decision on abortion was issued, presents some critical reflections about the polemic decision. The core thesis in development, based on both press releases of May 11 and 12 of 2006 and press statements of the complainant and the justice writing for the court, is that different from the Court view, abortion in Colombia was legalized under three broad circumstances. This legalization implies the recognition of abortion, not only as a right, but the medical staff liabilities to practice abortion.

KEY WORDS

Abortion, Colombian Constitutional Court, forgiveness, legalization, pregnancy interruption, *nasciturus*, life.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA LEY DE GRADUALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ACTUAR DE LA CORTE. 2. LA GRADUALIDAD DE LA LEY APLICADA AL ABORTO: ¿PRINCIPIO GENERAL O EXCEPCIONAL? 2.1 DE LA VIDA COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DE LA RELATIVIZACIÓN DE LA VIDA. 2.2 DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO A LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO. 2.3 DEL GIRO COPERNICANO DADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL AL JUSTIFICAR EL ABORTO. 2.4 DE LOS DEBERES LEGALES DEL MÉDICO EN EL ABORTO. 2.5 DE UN NUEVO DARWINISMO, EL JURÍDICO: PROYECTO DE VIDA HUMANA FRENTE A VIDA HUMANA. 2.6 DEL ABORTO DE LA MUJER MENOR DE CATORCE AÑOS DE EDAD.

La *ley de gradualidad* y la *gradualidad de la ley* prosiguen su curso. En efecto, una de las demandantes en un reciente escrito explicó las “diez razones” para considerar que el mencionado fallo es una “buena noticia”, porque, “quienes apoyamos la despenalización del aborto [son sus palabras], dejamos de ser una minoría” y porque la justicia “hizo eco de nuestros argumentos”. Además, ella misma invitó a “todas” y a “todos” a “asegurar la eficacia de la decisión de la Corte”. También expresó que “no podemos permitir que este histórico reconocimiento de derechos se quede en el papel”. Ya tendré tiempo para volver a pensar y a escribir sobre esa peculiar manera de entender la justicia y los derechos, así como sobre el hecho de que unas cuantas personas que defendieron las tesis abortistas hayan dejado de ser minoría en nuestro país. Ficciones más que realidades. Sí, ficciones disfrazadas de verdades. Falacias protocolizadas en papeles oficiales.

Por ahora, he de recordar que la prudencia aconseja no “contravenir el orden de la naturaleza, que en ella cada cosa engendra su semejante”, y pensar en las salidas que hizo el ingenioso don Quijote para enfrentar “los agravios que pensaba deshacer, tuertos que enderezar, sinrazones que enmendar y abusos que mejorar y deudas que satisfacer”.

Sí, porque también nosotros hemos de empezar a recuperar la realidad, que es la forma para que los derechos, también los derechos de los concebidos pero no nacidos, no se queden en el papel. Si bien es cierto que “nunca para la verdad es tarde”, no podemos dejar de pensar y de actuar. Así nuestro pensamiento y nuestra acción sean quijotescos.

Madrid, España, 10 de julio de 2006

* Este escrito desarrolla algunos avances del proyecto de investigación aprobado por la Universidad de La Sabana bajo el título “El principio de la dignidad como criterio de justificación o fundamentación de las decisiones constitucionales sobre derechos humanos”, que adelanta el grupo de investigación “Interpretación constitucional y fundamento del derecho”, reconocido por Colciencias y calificado con A.

INTRODUCCIÓN

No resulta fácil para una académica, como lo soy yo, exponer en este momento sus reflexiones sobre el fallo de la Corte Constitucional acerca del aborto, que fue dado a conocer hace tan sólo un mes, pero cuya sentencia no se conoce todavía. Un mes es poco tiempo para valorar las implicaciones de la decisión de la Corte pero suficiente para saber que, al amparo de ese fallo, ya se han realizado en Colombia abortos justificados por el Estado.

Y no resulta fácil porque, como suelo aconsejar a quienes se inician en las labores investigativas, el investigador debe mantener cierta distancia respecto de aquello que investiga para procurar la mayor objetividad posible y para no recurrir al *pathos* o utilizar argumentos *ad misericordiam* en vez del *logos*, que es lo propio en la vida universitaria.

Resulta también difícil pronunciarse desde el punto de vista académico porque el investigador ha de trabajar con las fuentes auténticas, no con los simples decires u opiniones de quienes –sean magistrados o demandantes– se arrojan la victoria por el fallo obtenido. Los únicos soportes documentales y oficiales de estas reflexiones son dos comunicados de prensa emitidos por la Presidencia de la Corte Constitucional el 11 y el 12 de mayo de 2006, que no tienen valor jurídico.

El fallo de la Corte Constitucional sobre el aborto se anunció por los medios de comunicación con semanas de antelación a la decisión de la Corte, y sólo se dio a conocer en la noche del 10 de mayo de 2006. Esa noche, desde las 8:00 p.m., los medios de comunicación informaron sobre la declaratoria de constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal y de la despenalización del aborto en tres casos específicos. Al día siguiente, la Presidencia de la Corte emitió su primer comunicado en el que, de manera por demás escueta, sólo hizo referencia a las normas demandadas y a las decisiones adoptadas por la Corte, que resultaban más amplias que las comunicadas el día anterior.

Lo que parece ser el “resuelve” del fallo, si es que guarda congruencia con el de la sentencia, es lo siguiente:

Primero: declarar exequible el artículo 32, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la sentencia. Segundo: declarar exequible el artículo 122 del Código Penal, en el entendido de que no se incurrirá en delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal abusivo o acto sexual sin consentimiento, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto. Tercero: declarar inexecutable la expresión “o en mujer menor de catorce años”, contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Cuarto: declarar inexecutable el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Dos días después del fallo, y al día siguiente del primer comunicado, es decir, el 12 de mayo de 2006, la Corte emitió un segundo comunicado. Éste informaba sobre algunas de las consideraciones que los cinco magistrados que conformaron la mayoría habían tenido en cuenta para adoptar su decisión. Días y semanas después del fallo, el magistrado ponente dio nuevas declaraciones que, más que precisiones sobre el fallo, parecen adiciones a él. Esas declaraciones, como ya es usual en la Corte, van más allá del resuelve del fallo o, por lo menos, de lo dado a conocer por ésta en su primer comunicado.

Las cosas no quedan ahí. Una de las demandantes, la misma que ha utilizado una estrategia comunicativa poco usual en nuestro país, ha dado declaraciones a los medios de comunicación en las que parece perfilar otros alcances del fallo y en las que deja entrever que ha mantenido, antes y después de la decisión de la Corte, conversaciones con algunos magistrados y con funcionarios del Ministerio de la Protección Social. Esa manera de proceder, como otras muchas en que ha incurrido en los procesos sobre el aborto, preocupa por varias razones. Mencionaré sólo dos. Por una parte, si conoce la sentencia, ¿por qué una demandante tiene acceso a documentos que todavía no son de conocimiento público? Por otra parte, si no la conoce pero la está “blindando”, ¿qué nos garantiza al resto de ciudadanos que la sentencia contenga lo que realmente discutieron los magistrados en las Salas Plenas del 9 y el 10 de mayo de 2006? ¿Se repetirá la historia de la discrepancia entre el salvamento de voto del 7 de diciembre de 2005 y el texto de la sentencia c-1299 de 2005?

Esa manera escalonada de proceder del máximo tribunal constitucional de Colombia no corresponde a su deber de administrar justicia, que no está condicionado a la *ley de gradualidad* que la Corte ha elevado a práctica constitucional, y que también ha convertido en pilar de su juicio iusconstitucional a través de la *gradualidad de la ley*. En este artículo haré referencia a uno y otro principios.

1. LA LEY DE GRADUALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL ACTUAR DE LA CORTE

Bien puede decirse que la Corte primero falla, luego redacta su fallo, días después hace públicas las razones para explicar en qué sentido y por qué razones ha fallado como ha fallado, posteriormente da alcances a sus decisiones por medio del magistrado ponente y a través de la opinión “calificada” de una de las demandantes, y, finalmente, semanas después escribe y da a conocer la sentencia que contiene el fallo. Éste es el camino gradual que recorren las decisiones de la Corte.

Esa ley de gradualidad parece tener su origen en los medios de comunicación. De ellos la ha adoptado la Corte; y, en cierto sentido, se la ha apropiado. Quizás por esa razón se conocen primero los comunicados de prensa, las declaraciones de los magistrados, y mucho tiempo después, cuando pocos están interesados

en leer lo que realmente se aprobó, se da a conocer el texto de la sentencia. Los juristas tenemos que convertirnos ahora en comunicadores para estudiar los fallos de la Corte en los comunicados de prensa. Y los comunicadores han de tornarse en juristas para determinar el alcance de los fallos. ¡Vaya paradoja en un Estado que se dice “social” y “de derecho”!

Esa ley de gradualidad aplicada en torno a la decisión acerca del aborto también puede verificarse en los medios de comunicación, que desde el 10 de mayo de 2006, fecha del fallo sobre el aborto, no han cesado de presentar noticias diversas sobre el “primer aborto legal” en Colombia. Al parecer, si son verídicas las informaciones de prensa del 23 de mayo de 2006, el “primer procedimiento abortivo” al amparo de la decisión de la Corte se realizó en el Hospital Universitario del Valle en una joven que solicitó “no dar a conocer su identidad” y que “fue valorada cuando cumplía su décima semana de embarazo”, previo el concepto de una junta médica que “determinó que cumplía con uno de los tres casos especiales que autoriza la Corte para la interrupción terapéutica”. Una nota periodística al respecto finaliza con estas palabras: “No hubo complicaciones clínicas en el procedimiento, que se cumplió la semana pasada”. ¡Qué responsabilidad la de los médicos, que ahora fungen de jueces y de abogados! ¡Qué responsabilidad la de los magistrados, que ahora hacen de comunicadores sociales y le ceden al primer intérprete –en este caso, los médicos o los interesados– la potestad de efectuar una libre interpretación de sus fallos! ¡Otra paradoja en un Estado que se dice “social” y “de derecho”!

La confusión generada por el fallo de la Corte no puede ser mayor. Del “principio de la favorabilidad penal”, que la Corte interpreta en su segundo comunicado como el hecho de que la “despenalización en los supuestos de indicación terapéutica, ética y eugenésica tendrán vigencia inmediata y no requieren de implementación legal alguna” (numeral 6), se ha pasado, sin ningún tránsito legal, al procedimiento abortivo como servicio de salud. Sin que el fallo, en su parte resolutoria, estableciera el llamado “derecho al aborto”, de manera gradual un hospital universitario ha regulado, así haya sido para un caso particular, ese supuesto derecho. A pesar de las justificaciones que pretendan darse, esa decisión va en contravía de lo expresado por el primer comunicado de prensa de la Corte, que establecía que “la regulación de las hipótesis en las que la interrupción del embarazo no es delito deben ser realizadas por el legislador”. Y a la fecha de este escrito ni se conoce la sentencia de la Corte ni el legislador ha regulado la materia. ¿Será que el fallo no dice lo que se nos ha comunicado que dice? ¡Una nueva paradoja en un Estado que se dice “social” y “de derecho”!

Las cosas no quedan ahí, porque la ley de gradualidad implica ya no sólo un crecimiento escalonado de la forma como se informa sobre el fallo, sino también un acrecentamiento de lo fallado. En efecto, también por los medios de comunicación, la demandante afirmó que “[l]a Corte también va a dejar claro que el aborto legal debe ser incluido en el Plan Obligatorio de Salud para que sea cubierto por el servicio público de salud, para que las mujeres que no puedan pagar un servicio privado tengan derecho a un aborto gratuito por parte de los

prestadores públicos”. ¿No es preocupante, en un “Estado social de derecho”, que los fallos cambien en la medida en que los magistrados, los demandantes o los interesados quieren que cambien?

Sobre este punto nada dicen los comunicados de prensa de la Corte Constitucional. El segundo de ellos expresa, por una parte, que “si así lo decide”, el legislador podrá regular lo relativo a las certificaciones médicas, al momento en que puede llevarse a cabo el aborto, a la intervención de asistencias sociales, psicológicas o psiquiátricas, y a si el médico que practica la acción abortiva puede ser el mismo que certifica las condiciones exigidas por la sentencia. Y, por otra parte, afirma que “la regulación legal de las hipótesis en las que la interrupción del embarazo no es delito deben ser realizadas por el legislador” (numeral 6). Digo “de una parte”, porque *esa regulación se da si el legislador lo decide*. Digo “de otra”, porque *dicha regulación ha de ser adoptada por el legislador*. Al fin ¿qué?

Poca coherencia la de los cinco magistrados de la Corte, porque, además de incurrir en una contradicción evidente al igualar lo condicionado con lo imperativo, tratan de congraciarse con el legislador cuando en realidad la Corte ha legislado y se ha arrogado competencias que tienen, constitucionalmente, reserva legal.

Esa falta de coherencia puede deberse a razones diversas. Me aventuro a afirmar que en el primer comunicado los cinco magistrados no tenían nada que decir y prefirieron que los medios de comunicación fueran intérpretes del fallo. En el segundo comunicaron lo que resolvieron; después, el magistrado ponente dijo más de lo que al parecer la Corte había resuelto: lo que aquél quería que ésta dijera desde el 7 de diciembre de 2005, cuando él prejuzgó y manifestó que, a su juicio, la despenalización del aborto debía ser total.

¿Qué podemos hacer los ciudadanos para que la Corte elimine de sus decisiones –o de la forma de comunicar sus decisiones– la ley de gradualidad? ¿Será esa la manera de administrar justicia ajustada a la Constitución? Ésta, sin duda alguna, es una cuestión que exige una detenida reflexión y que tendrá que ser objeto de un escrito posterior. Por ahora sólo manifiesto que, con independencia del sentido de la decisión de la Corte, el proceso sobre el aborto deja serias dudas acerca de la imparcialidad de sus magistrados y del estricto cumplimiento del debido proceso.

2. LA GRADUALIDAD DE LA LEY APLICADA AL ABORTO: ¿PRINCIPIO GENERAL O EXCEPCIONAL?

2.1 De la vida como fundamento ontológico de la relativización de la vida

La *gradualidad de la ley* parece obedecer a la tesis de que hay varios grados o formas de obligatoriedad de los preceptos legales o, lo que resultaría más para-

dójico, a la de que hay diversas clases de titulares de derecho o, para decirlo con otras palabras, de que los seres humanos somos titulares del derecho a la vida con una intensidad distinta, lo que es tanto como decir que hay unos seres más humanos que otros y que constitucionalmente pueden predicarse diversas intensidades de titularidad de derechos o de subjetividad. De ser esto así, ¿es posible conciliar el espíritu democrático, el respeto a la dignidad de todo ser humano, con la gradación de las titularidades de derecho?

Toda gradación exige un criterio; cualquiera que haya sido, el criterio que adoptó la Corte para establecer esa gradación servirá, de modo analógico, para predicar la menor protección de ciertos seres humanos especialmente dependientes (niños, ancianos, discapacitados), casos en los que la Carta Política reconoce una atención preferente (art. 13). Esta tesis tendría el reparo de que habría subjetividades jurídicas más fuertes que otras, lo que afectaría el principio de igualdad. Porque aceptarla sería tanto como afirmar que hay seres humanos más humanos que otros, lo que equivaldría, en definitiva, a reconocer que la igualdad ontológica de los seres humanos no es un supuesto de los derechos humanos sino un simple debate de filósofos.

La intensidad de la humanidad de los vivientes humanos determina la intensidad de la protección de su derecho a la vida. Si somos o llegamos a ser “gradualmente” seres humanos, también somos o llegamos a ser “gradualmente” titulares de derechos. Ésta parece ser la lógica de la Corte: una lógica cimentada en falacias y argumentos engañosos.

En efecto, la Corte parte de la idea –así se lee en el segundo comunicado– de que “[e]l derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política, es fundamento ontológico de la Carta de derechos y del ordenamiento jurídico en su conjunto” (numeral 1). Para alguien que no es filósofo, esto parece ser claro. Si es fundamento ontológico, lo es porque tiene realidad, con independencia del querer del legislador o de los jueces. Si la vida es una realidad, es entonces algo evidente, que no hay que probar sino que debe reconocerse: si estamos ante un viviente humano, hay allí una vida que debe protegerse como bien debido, esto es, como derecho. Según este presupuesto, la realidad existe, y el juez no puede alterar esa realidad. En consecuencia, la existencia de la vida humana implica el reconocimiento del respectivo derecho, del que, por tener carácter universal, no puede excluirse a ningún ser humano. Éste sería un razonamiento realista, basado en el derecho a la vida como presupuesto de todos los demás derechos.

Hasta ahí la argumentación parece razonable. Sin embargo, a renglón seguido la Corte desconoce el “fundamento ontológico de la Carta”, porque considera que es “necesario distinguir el derecho a la vida[,] del cual son titulares las personas capaces de vida independiente, del bien jurídico de la vida[,] que obliga a la protección igualmente del *nasciturus* desde el momento mismo de la concepción” (numeral 1). ¿Cuál es la razón de esa distinción? ¿Cuál es su presupuesto? ¿En qué queda el fundamento ontológico de la Constitución?

Según esta gradualidad de la ley, el bien de la vida, que ha de ser protegido por el Estado desde el momento de la concepción, corresponde al *nasciturus*: el derecho a la vida corresponde al ser nacido. Con este argumento la Corte legitima la distinción entre la humanidad, la personalidad y la titularidad de derechos del nacido y del no nacido. No todos tenemos la misma humanidad. Los seres humanos no son iguales entre sí. Hay seres humanos más iguales entre sí que otros, porque hay seres humanos que tienen más humanidad que otros. Son más humanos quienes han nacido. Son menos humanos quienes sólo han sido concebidos. Si aquéllos son más humanos, tienen derechos. Si éstos son menos humanos, tienen apenas bienes jurídicos que, en todo caso, deben ser protegidos por el Estado. Pero, en caso de conflicto, estos bienes no priman sobre los derechos, porque quienes son sujetos de derechos prevalecen frente a quienes no lo son. Para la Corte, la realidad humana ha dejado de existir y el derecho a la vida ha perdido su carácter universal, pues es un derecho tan sólo de algunos seres humanos: los nacidos. La conclusión se impone: ¡no existe la realidad! ¡Vaya manera de razonar la de un “Estado social de derecho que defiende los derechos humanos como inalienables e inherentes”!

A partir de la distinción entre el nacido y el no nacido, la Corte concluye que la protección del bien jurídico de la vida en cabeza del *nasciturus* “puede [en ciertos casos] suponer cargas desproporcionadas para el derecho a la vida, a la igualdad y a la salud de la mujer gestante” (numeral 2). La conclusión es obvia: “La penalización del aborto en todas las circunstancias se revela de esa manera como una medida claramente desproporcionada e irrazonable” (numeral 4). Si se parte de una falsa premisa, la conclusión no puede ser sino falaz. Si se adopta como punto de partida la tesis de que el ser humano apenas concebido tiene una menor intensidad de vida que la mujer embarazada, el bien jurídico de su vida no puede generar cargas al derecho a la vida de la mujer gestante, porque los derechos predominan sobre los bienes jurídicamente tutelados, lo que es una manera de decir que unos seres humanos priman sobre otros. ¡Vaya manera de entender el principio de igualdad en un “Estado social de derecho”!

En su segundo comunicado de prensa, la Corte no da razones sobre la ponderación de los derechos: se limita a afirmar que la penalización absoluta del aborto “establece una preeminencia absoluta de la protección del bien jurídico de la vida del *nasciturus* sobre los derechos fundamentales de la mujer embarazada” (numeral 4). De nuevo las falacias, la de *olvido de alternativas* y la de *causa precipitada*, porque, frente al presunto conflicto de derechos, cinco magistrados optan por justificar la eliminación del ser humano sin ponderar los derechos del *nasciturus* ni examinar alternativas a la justificación del aborto.

La gradualidad de la ley parece conclusiva: los seres humanos tienen diversa intensidad de vida; así se justifica la diversa intensidad de la protección jurídica. Del bien jurídico de la vida pasamos al derecho a la vida.

2.2 De la despenalización del aborto a la legalización del aborto

Hay otra cuestión por resolver: el fallo de la Corte ¿es de carácter exceptivo o de carácter general? Algunos podrían considerar que esta cuestión no genera discusión porque la Corte no declaró inexequibles todas las normas demandadas, y respecto del tipo penal del aborto, regulado por el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, el tipo básico, la declaratoria, fue condicionado. La cuestión no es tan fácil como parece. Explicaré por qué.

Según los dos comunicados de la Corte, y algunas declaraciones hechas en los medios de comunicación por el magistrado ponente, se trata de un fallo exceptivo, porque la vida del *nasciturus* se protege de manera general, y la excepción corresponde a los supuestos de la declaratoria de constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal. En palabras del magistrado ponente, “[l]a Corte adoptó un esquema de regla general y de excepción: la regla general no fue el aborto, la regla general fue la protección”.

Si se acepta, en gracia a la discusión, la tesis de que el aborto es la excepción, la despenalización debe interpretarse y aplicarse, como corresponde a toda excepción, en sentido estricto y, por ende, de manera restrictiva. Si la justificación del aborto en Colombia es exceptiva, y si la Corte despenalizó tres supuestos de hecho, el juez no puede iniciar proceso penal a la mujer embarazada que ha realizado la acción abortiva en los supuestos legitimados por la Corte. De conformidad con esta interpretación, la Corte no estableció ningún derecho; por ende, el aborto, jurídicamente, no puede considerarse *bien debido* ni *bien exigido*, y, en consecuencia, no es servicio que el Estado deba prestar. No parece ser ésta la lógica del fallo, porque el magistrado ponente ha hecho referencia de manera insistente a los derechos de las mujeres y a la obligación de los médicos de prestar el servicio médico y quirúrgico del aborto. Bien podría decirse que *la regla general no fue el delito del aborto: la regla general fue el derecho al aborto*.

Esa regla general la adoptó la Corte a partir de otra regla, que desconoce la línea jurisprudencial de la misma en torno al derecho a la vida: *la vida como derecho se protege desde el momento del nacimiento. La excepción es protegerla como bien jurídico desde la concepción*. Con base en esta excepción, la Corte justificó su regla general sobre el derecho al aborto. ¡Vaya manera lógica de proceder: partir de la excepción para llegar a la generalidad! De nuevo, la falacia *secundum quid et simpliciter* por mala aplicación de una regla y mal uso de una generalización.

A pesar de que se afirme que lo excepcional son los tres supuestos, la Corte aceptó no una despenalización sino una legalización y, por ende, el reconocimiento del derecho a abortar de la mujer embarazada. Si no es un derecho de carácter exceptivo, es derecho de carácter general.

El primer supuesto de justificación del aborto –“peligro para la vida o la salud de la mujer”– permite que en cualquier circunstancia, siempre y cuando medie certificación médica, se permita el aborto; por ejemplo, cuando una mujer que

padece una difícil situación económica se vea afectada en su salud mental. El magistrado ponente les ha llamado la atención a los medios de comunicación por no haber informado sobre los alcances del término “salud”, noción clave para determinar los efectos del fallo.

He de recordar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) entiende por salud el “estado de perfecto bienestar físico, psíquico y social y no sólo la ausencia de lesión o enfermedad”. ¿Cuándo se logra ese estado perfecto de bienestar? ¿Qué puede ocasionar en una mujer, esté o no embarazada, una afección a ese bienestar físico, mental o social? Podría decirse que todo o nada. La salud va más allá del estado de bienestar físico. Si con el término “salud” la OMS y los organismos internacionales de derechos humanos abarcan las condiciones psíquicas y sociales de la mujer embarazada, ¿puede excluirse algo para justificar la acción abortiva? Simplemente no, porque se ha incluido todo. Sí, todo. El aborto puede realizarse en Colombia según el primer supuesto en cualquier caso que afecte la salud de la mujer. Basta una certificación médica para que la acción abortiva esté legitimada por el hecho de afectar la salud, es decir, las condiciones de bienestar físico, psíquico o social de la mujer embarazada.

Si nos atenemos a los principios de la lógica en el sentido de que una regla absoluta sólo puede rechazarse absolutamente, y de que las cosas que se afirman en general sólo pueden rechazarse en general, he de precisar que el supuesto modo “exceptivo” de proceder de la Corte no es tal, porque, en verdad, se configura una legalización y, por ende, una generalización. De la generalización del aborto pasamos a su legalización. Una prueba más de la gradualidad de la ley.

2.3 Del giro copernicano dado por la Corte Constitucional al justificar el aborto

Con su fallo, la Corte cambió la perspectiva de análisis en torno a la justificación del aborto, el cual ha dejado de considerarse una excepción al principio de protección del derecho a la vida del *nasciturus*, que para algunos podría explicarse en la figura del “estado de necesidad”, y ha pasado a considerarse una medida necesaria para proteger constitucionalmente los derechos de la mujer. Ese “paso” ha implicado un giro de lenguaje. Del término *aborto* se pasó a la expresión *interrupción del embarazo*. La manipulación verbal tiene su razón de ser: *aborto* significa la acción ilegal e ilegítima, mientras que *interrupción del embarazo* indica el aborto legal y, por ende, el aborto como derecho, bien debido y exigido. Éstas son las palabras de la Corte: “no se incurre en delito de aborto(...) cuando[,] con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos...” (segundo resuelve del primer comunicado). No se incurre ya en delito de aborto porque el aborto ahora es derecho.

Cinco magistrados de la Corte le han quitado todo valor negativo a la acción de matar al viviente humano que se encuentra en el seno materno siempre y cuando se den los supuestos ya mencionados. Y es que, según el fallo, en el caso del

primer supuesto –“cuando el embarazo constituya peligro para la vida y salud de la mujer”–, el “peligro” no ha de cualificarse, la “interrupción voluntaria del embarazo” no ha de evitarse por otros medios, y si la “salud” se entiende no como la “ausencia de enfermedad” sino como el “completo estado de bienestar físico, psíquico y social”, será la mujer quien justifique que su hijo constituye un peligro para su salud. Si no hay razones objetivamente justificadas, ¿qué queda? El deseo de la mujer de abortar, certificado por el médico. El aborto indeseado ha quedado incluido en el primer supuesto, que resulta el más abarcante de los tres.

Sí, la Corte justificó el aborto indeseado y lo disfrazó en el primer supuesto. Basta que la gestante aporte un certificado médico que acredite que ese embarazo afecta su salud mental para que la conducta abortiva no se penalice. ¿Puede afirmarse, entonces, que la decisión de la Corte tiene un carácter exceptivo? ¿Puede decirse, como lo han hecho algunos medios de comunicación –entre otros, el diario *El Espectador*–, que “la Corte encontró un justo equilibrio entre las posiciones que han predominado en el debate”? No, no hay justo equilibrio porque triunfaron las tesis abortistas.

Ese tránsito del delito al derecho ha implicado la negación del derecho a la vida del *nasciturus* para dar paso al llamado “derecho al aborto de la mujer embarazada” que, a juicio del magistrado ponente, no puede limitarse por una serie de barreras administrativas o legales. Ese nuevo derecho implica que el aborto se ha legalizado en Colombia y que ahora el Estado debe protegerlo y garantizarlo efectivamente. Y para que la acción abortiva sea segura, ha de llevarse a cabo en condiciones adecuadas, garantizadas y financiadas por el sistema de salud. A juicio del magistrado ponente, los organismos del Estado y las EPS deben prestar ese servicio, que debe incluirse en el Plan Obligatorio de Salud. ¿Es éste el sentido de la despenalización? ¿O será, más bien, una de las facultades contenidas en el derecho al aborto?

Se ha dado un giro copernicano. Atrás quedó la protección constitucional y legal del derecho a la vida del no nacido. Una nueva perspectiva se impone: la de género, que reivindica los derechos de la mujer, también los de la mujer embarazada. La gradualidad de la ley se advierte una vez más: de la protección del *nasciturus* como ser viviente, niño y persona, pasamos a la negación de todas estas notas, a la protección del derecho al aborto de la mujer embarazada y a la justificación de la eliminación del viviente humano que ella lleva en su seno.

2.4 De los deberes legales del médico en el aborto

La Corte ha alterado el deber del médico de respetar la vida y lo ha transformado en el de certificar la necesidad de la muerte y de realizar la acción abortiva. Esa alteración implica combinar la “interrupción voluntaria del embarazo” con la “interrupción médica del embarazo”. Una y otra “interrupciones”, para usar el lenguaje eufemístico de la Corte, tienen significaciones diversas pero el mismo alcance práctico. En el primer caso, las causas de la acción abortiva se encuen-

tran en la mujer, mientras que en el segundo caso se encuentran en el hijo. En uno y otro supuesto, el aborto es realizado por el médico, que asume la carga de la elección, de la certificación y de la acción abortiva, aunque estas acciones requieran también del consentimiento de la mujer embarazada.

Para la Corte –o, por lo menos, para el magistrado ponente, según las declaraciones que ha dado a los medios de comunicación–, “hoy en día existe el deber legal por parte de los médicos de prestar el servicio [de aborto] a la mujer”. Ese deber, a juicio de dicho magistrado, va más allá de la objeción de conciencia, porque un médico puede hacer uso de la objeción de conciencia, pero tiene el deber de remitir a la paciente a otro médico que sí esté dispuesto a cumplir con ese deber legal, “porque hoy en día ya existe el deber legal de los médicos que no tengan problemas de conciencia de prestarle el servicio [de aborto] a la mujer”. ¡Vaya manera de entender la objeción de conciencia! ¡Vaya manera de dar primacía a los derechos de la mujer, ya no sólo frente a los del no nacido sino también frente a los de los médicos y los de las instituciones que se opongan a la práctica del aborto en sus respectivos centros de salud!

Del deber de los médicos de proteger la vida y de velar por ella hemos pasado al deber de certificar y realizar la muerte del *nasciturus*. Una vez más estamos frente a la gradualidad de la ley.

2.5 De un nuevo darwinismo, el jurídico: proyecto de vida humana frente a vida humana

A juicio de la posición mayoritaria de la Corte, “[l]a penalización del aborto en todas las circunstancias se revela [...] como una medida claramente desproporcionada e irrazonable, pues establece una preeminencia absoluta de la protección del bien jurídico de la vida del *nasciturus* sobre los derechos fundamentales de la mujer embarazada”. Esa protección desconoce el derecho a la vida (art. 11 constitucional), la igualdad (art. 49 constitucional) y la libertad sexual y reproductiva de la mujer embarazada (arts. 13 y 16 constitucionales).

Resultan, por decir lo menos, preocupantes en un magistrado de la Corte Constitucional las afirmaciones que ha hecho el ponente a través de los medios de comunicación sobre este punto. En efecto, expresó que “no hay duda [de] que el derecho puede proteger ciertas cosas. Protegemos, por ejemplo, los bosques, pero a nadie se le ocurriría decir que un bosque tiene personalidad jurídica. A veces protegemos animales y, sin embargo, los animales no son personas jurídicas”. La proximidad de la tesis del magistrado ponente con el pensamiento del bioeticista Peter Singer es más que evidente. En su etapa de cigoto, feto o embrión, los vivientes humanos pueden ser asimilables, en cuanto a su protección jurídica, a las cosas y a los animales. ¡Vaya manera de entender el principio de la dignidad humana! ¡Vaya manera de negar los derechos humanos de los no nacidos!

A juicio del mismo magistrado, “no hay duda [de] que el proceso de desarrollo de un feto puede terminar en una persona jurídica, cuando se nace, pero antes de nacer, en realidad, no es persona jurídica”. Discutible, muy discutible, la tesis de que el *nasciturus* no es persona en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución les reconoce carácter preponderante a los derechos de los niños, quienes, según la Convención sobre los Derechos del Niño, son “los seres humanos menores de dieciocho años”. Además, las normas del Código Civil son claras: persona es “todo individuo de la especie humana”. La Convención Americana de Derechos, de 1969, reconoce, con la tradición jurídica latinoamericana, que persona “es todo ser humano”. El Código Penal colombiano tipifica el delito del aborto y protege el bien jurídico de la vida, así como el bien jurídico de la integridad personal, con lo cual también para ese cuerpo de leyes el concebido pero no nacido es persona. Además, diversas sentencias de la Corte Constitucional le han reconocido derechos y subjetividad jurídica al *nasciturus*.

Pero el argumento proabortista no se queda ahí. El magistrado ponente acepta –¡qué gran concesión!– que el viviente humano en estado prenatal tiene “vida”, pero una vida no igual a la del nacido, sino un proyecto de vida, que cualifica como “proyecto de vida humana”. Y “ese proyecto de vida debe protegerse”. Pero, “frente a ese proyecto de vida, que no tiene personalidad jurídica con derechos ciertos y con libertades ciertas”, sí existen los derechos ciertos y las libertades ciertas de alguien que sí tiene personalidad jurídica: la mujer. De ahí que “cuando ese proyecto de vida puede chocar con estos casos de derechos ciertos de la mujer, de la personalidad de la mujer”, ha de darse “primacía a esos derechos ciertos de la mujer”. ¡Vaya manera de entender al viviente humano! ¡Vaya manera de argumentar jurídicamente la desigualdad humana!

Para cinco magistrados de la Corte Constitucional, en el cigoto, embrión o feto sólo hay un “proyecto de vida”, sólo hay un “ser en potencia, que gradualmente se va formando”. Se trata –otra falacia– de un ser que quizá se desarrolle hasta convertirse en ser humano y que sólo tiene la “expectativa y la posibilidad de ser un ser humano”, porque “puede o puede no serlo”. Así, algunos afirman que si el concebido es “parte de la madre” porque “depende orgánicamente de ella”, el concebido le “pertenece a la madre”.

Adoptando esta lógica jurídica, los cinco magistrados de la Corte, quienes critican “los términos metafísicos”, hacen uso de ellos y de un supuesto lenguaje filosófico para abordar las cuestiones esenciales que pretenden legitimar. He de recordar que el paso de la potencia al acto no es el tránsito de un ser a otro ser sino el paso de un estado a otro estado. Ese “paso” presupone el sustrato del ser, por lo que la potencia es capacidad de adquirir perfección, y el acto es esa perfección. Así pues, el cigoto, embrión o feto no puede entenderse como potencia de persona ni como potencia de ser humano, sino que debe tomarse como ser humano o ser-persona con potencia y con potencialidades para realizar los actos que le son adecuados a todo individuo de la especie humana.

Cinco magistrados constitucionales le abrieron la puerta a una reinterpretación del artículo 11 constitucional, que antes reconocía el derecho a la vida como inviolable y que ahora, después del fallo de la Corte, reconoce el derecho a la vida como inviolable sólo para la mujer embarazada pero no para los *nascituri*, que ya no son titulares de ese derecho. ¡Vaya manera de interpretar la Constitución y aun así clamar que este fallo “no es contra la vida, sino que respeta la vida”!

La mentalidad conflictivista asumida por la Corte para resolver los presuntos conflictos entre los derechos de la mujer embarazada y los del no nacido tiene como fundamento una concepción absoluta de la libertad, con la cual pretende defenderse la idea de que el único derecho, en sentido estricto y de modo absoluto, es el derecho a la libertad. Sí, el derecho a la libertad de la mujer embarazada.

La tesis del conflicto de derechos tiene otra preocupante derivación: los derechos están en conflicto porque los sujetos lo están. Esta tesis, defendida por el máximo tribunal constitucional en Colombia, cuestiona la posibilidad misma de convivencia social y plantea, como única solución al conflicto entre los seres humanos, la definición por la fuerza: la primacía, en definitiva, de unos seres humanos sobre otros.

Un nuevo darwinismo, el jurídico: el derecho del más fuerte prevalece sobre el bien del más débil, y la sola existencia de un ser humano viola derechos fundamentales de otros seres semejantes a él. Peculiar manera de interpretar las normas constitucionales: los derechos ceden frente a los bienes. Los sujetos de derecho priman sobre quienes no lo son.

Aparece ahora la gradualidad de la ley como acepción de personas. ¡Vaya paradoja en un “Estado social de derecho”: la Corte Constitucional ahora justifica la desigualdad y la injusticia!

2.6 Del aborto de la mujer menor de catorce años de edad

Los medios de comunicación no han insistido en otra declaratoria de inexequibilidad que también es preocupante. El artículo 123 del Código Penal, que regula el aborto sin consentimiento, establecía antes del fallo de la Corte: “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer[,], o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses”. La Corte declaró inexequible la expresión *o en mujer menor de catorce años*.

¿Cuál es la justificación de esa decisión? Me aventuro a pensar que la Corte hace suya la idea de que las mujeres mayores de esa edad estarían facultadas para abortar o, si se prefiere, que adopta como punto de partida que el aborto es un derecho. De esta forma, si lo tienen las mujeres mayores de catorce años, mal podría la Corte desconocerles ese derecho a las mujeres menores de esa edad.

La declaratoria de inexecutable de la expresión “o en mujer menor de catorce años” ratifica todavía más la tesis de que el aborto, dejando muy atrás su condición de delito, ha pasado a ser un derecho. El carácter exceptivo de la justificación del aborto no sería tal, porque una prohibición, según los principios lógicos, no puede ser discriminatoria y general al mismo tiempo.

A juicio del magistrado ponente, la razón de esa declaratoria de inconstitucionalidad radica en superar la “ficción legal” según la cual, a pesar de que la mujer menor de edad haya dado su consentimiento en determinados actos jurídicos, la ley considera, en vista de la protección especial que debe brindárseles a las menores de esa edad, que ese consentimiento no se ha proferido. Ahora bien: en este caso, la mujer menor de esa edad que se encuentre bajo los supuestos aceptados por la Corte puede abortar legítimamente porque su consentimiento se considera válido.

La gradualidad de la ley adquiere aquí el siguiente tenor: la intensidad del derecho al aborto de la mujer menor de catorce años y de la mujer mayor de esa edad es la misma, porque una y otra están legitimadas para abortar.

He de reiterar una idea que defendí en una de las intervenciones ciudadanas que presenté ante la Corte Constitucional en relación con las normas demandadas sobre el aborto. La finalidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años” del artículo 123 del Código Penal no era prohibir el consentimiento de la mujer menor de esa edad ni, mucho menos, discriminarla sino, por el contrario, proteger a la mujer de esa edad a quien se le practicara un aborto.

Parece mucho más favorable a los intereses de una menor de catorce años que la ley desestime su consentimiento a la acción del aborto que dejar su futuro a merced de su juicio inmaduro, de su desesperación del momento o de su presunto “consentimiento informado” de las consecuencias de la acción abortiva. De ahí que el no reconocimiento del supuesto “derecho a consentir o no el embarazo” de las menores de edad le abra paso al aborto consentido de las mayores de edad. Las consecuencias de esta decisión de la Corte parecen no haber sido sopesadas por los jueces constitucionales: las medidas de protección dirigidas a los menores de edad ahora se interpretan como restricciones al ejercicio de la autonomía de una menor que no está preparada plenamente para el ejercicio de los llamados “derechos sexuales y reproductivos”. También en este punto ha quedado en entredicho el derecho de los padres a educar a sus hijos y a orientar en lo posible sus actuaciones. No parece, por tanto, cierta la afirmación de que el aborto se despenalizó sólo respecto de ciertos casos específicos: también se legalizó la acción abortiva en mujeres menores de catorce años.

Aquí también se advierte la gradualidad de la ley, porque la Corte asimila a la mujer menor de catorce años con la mujer mayor de esa edad en orden a reconocerle el derecho al aborto. Aquí la intensidad del derecho es la misma, así el proceso de desarrollo de la mujer no sea el mismo. ¡Vaya manera de la Corte Constitucional de ser consecuente con sus propias tesis!

A manera de conclusión

El análisis realizado pone una vez más en evidencia que la Corte Constitucional no sólo adopta sus decisiones y comunica sus fallos a través de la ley de gradualidad, sino que también interpreta los derechos a partir de la gradualidad de la ley. Uno y otro principios han sido convertidos por la Corte en elementos configuradores de la función jurisdiccional, que ahora ha de entenderse según un tercer principio esencial: *la realidad ha dejado de existir y ha sido sustituida por el querer de los magistrados*. La vida no es lo que es; el *nasciturus* ha dejado de ser jurídicamente lo que en su momento fue.

He de esperar a leer con la pausa necesaria la sentencia C-355, que tendrá como fecha el 10 de mayo de 2006, pero que se notificará casi dos meses después de conocido el fallo. También he de esperar que los comunicados de prensa concuerden con el texto de la sentencia. En caso contrario habrá que preguntarse: ¿cuál es la razón de la discrepancia? ¿Ha habido un nuevo fallo? ¿O habrán cedido los magistrados a una nueva clase de presión?

En el entretanto de esa espera será oportuno pensar cómo podemos volver a la *verdad*, también a la *verdad sobre el hombre*, para tomarnos en serio los *derechos* que, llamándose *humanos*, le sean de verdad reconocidos a todo ser humano, sin discriminación alguna. La *justicia* no se entiende sin *verdad*; por tal razón, si *la realidad ha dejado de existir y ha sido sustituida por el querer de los magistrados*, estamos frente a un uso indebido de la función jurisdiccional que, por arbitrario e irreal, es injusto.

Quizás sea oportuno repetir lo que hace algunos decenios dijo Antonio Machado:

No hay verdades estériles –habla Juan de Mairena–, ni aún siquiera aquellas que se dicen mucho después que pudieron decirse; porque nunca para la verdad es tarde. Lo censurable es que se pretenda confundir y abrumar con la verdad rezagada a quienes acertaron a decirla más oportunamente. Esto encierra una cierta injusticia y, en el fondo, falta de respeto a la verdad. Pero dejemos a un lado nuestro amor propio herido de hombres [y mujeres] no escuchados a tiempo, y alegrémonos siempre de que la verdad se diga, aunque tardamente, y aunque parezca dicha en contra nuestra.

También nosotros hemos de esperar, pero así mismo debemos propiciar que la Corte Constitucional vuelva a la realidad, que es volver a la verdad y, por tanto, a la justicia. Hemos de esperar contra toda esperanza, “porque nunca para la verdad es tarde”.

Envigado, 10 de junio de 2006