

Un análisis jurídico–argumentativo de la sentencia SU-096 de 2018

Fabio Enrique Pulido Ortiz

Doctor en Derecho.

1) La presente intervención se propone analizar el problema de la legalización del aborto en Colombia. Señalaré, en particular, dos aspectos. El primero es que la legalización del aborto en la jurisprudencia constitucional fue realizada por medio argumento que incurrieron en evidentes falacias lógicas y argumentativas. El segundo es que la sentencia SU 096 de 2018, además de asumir acríticamente esas falacias, se fundamentó en argumentos procesales y probatorios incorrectos.

2) El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (código penal colombiano) establece que incurrirá en el delito “[l]a mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause”. Esta norma agrega que también incurre en delito de aborto “quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta”. En la revisión de constitucionalidad de esta norma (sentencia C- 355 de 2006), la Corte Constitucional considero que, si bien corresponde al legislador tomar medidas para proteger la vida esto no implica que estén justificadas todas las que dicte con esa finalidad. Para la Corte Constitucional la sanción penal del aborto resulta desproporcionada cuando: (i) la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

3) La cuestión que surge consiste en definir en qué sentido se puede afirmar que esta decisión corresponde al reconocimiento de un derecho. En otras palabras, debe definirse si despenalizar una conducta (en este caso el aborto en las tres causales mencionadas) implica

la creación de derecho alguno. Puede verse con facilidad que despenalizar una conducta no implica necesariamente la creación de un derecho, en el sentido que existan sujetos obligados correlativamente a realizar una conducta determinada, ni tampoco un derecho en el sentido de que la conducta despenalizada ahora sea libre de realizar.

4) Pensemos el caso en el que, por política criminal, el legislador decida que no es adecuado continuar penalizando la inasistencia alimentaria. De esta decisión no se puede derivar que ahora los padres estén en libertad de pagar o no pagar su cuota alimentaria ni mucho menos que los hijos (o incluso el Estado) esté en la obligación de dar o pagar alguna prestación a los incumplidos padres. Despenalizar esa conducta significa simplemente que el Estado no puede castigar penalmente a los individuos por su realización. Si se quiere, lo que ocurre con una despenalización es que los individuos son inmunes al poder punitivo del Estado (es decir, que el Estado es incompetente para la persecución y castigo penal de las conductas). En este sentido, por ejemplo, en el derecho colombiano esta despenalizado el no pago de las deudas económicas (de hecho, está prohibido penalizar esas conductas), pero esto no significa que las personas sean libres para pagar o no pagar sus deudas.

5) A pesar de lo evidente de esta conclusión, en la sentencia C-355 de 2006 se argumentó falazmente que la despenalización del aborto implica su libertad. En palabras de la Corte Constitucional “en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional”. De acuerdo con esto, la despenalización del aborto implica que se debe “permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales... decidir la interrupción de su embarazo”. En la argumentación de la Corte Constitucional se confunde el hecho de que se haya despenalizado una conducta (y que se generara una inmunidad) con la creación de una libertad de abortar. En una palabra, se incurre en un evidente *non sequitur* cuando se concluye que existe una libertad de hacer X por el solo hecho de que X no es considerada un delito.

6) Esta falacia nos llevaría al ridículo de pensar que toda conducta no penalizada es libre y así, por ejemplo, estaríamos en libertad de pasar semáforos en rojo, no pagar los pasajes del colectivo, fumar tabaco en los salones de clase, arrojar basura a la calle etc. Según el

ejemplo ya mencionado, por el hecho de que no sea delito no pagar las deudas, no significa que exista una libertad de pagar o no pagar nuestras obligaciones económicas.

7) La cadena de falacias no termina allí. A partir de las sentencias T- 388 de 2009 y T-301 de 2016, entre otras, la Corte Constitucional consideró que el aborto es, además, parte de los servicios médicos de salud al que tienen derechos las mujeres y al que, en consecuencia, están obligados los servicios de salud. Es decir que la Corte Constitucional derivó indebidamente un derecho-pretensión (y su correlativo deber de intervención) de un derecho libertad (el cual a su turno fue derivado indebidamente de una inmunidad). Imaginemos tan solo el caso del consumo de tabaco. Afirmar que las personas son libres de hacerlo no significa necesariamente que el Estado deba tomar medidas para que las personas accedan a cigarrillos (e incluso que el Estado tenga el deber de suministrar tabaco a los fumadores).

8) En todo caso, lo cierto es que –en el núcleo de todos estos saltos argumentativos injustificados y falacias lógicas- la Sala Plena de la Corte Constitucional (obsérvese que es la sentencia C 355 de 2006 la única oportunidad en la que la Sala Plena se ha pronunciado de fondo al respecto) decidió despenalizar el aborto en las tres causales indicadas. Desde entonces se ha afirmado que ha quedado abierta la cuestión acerca de si las excepciones indicadas operan dentro de un tiempo específico en la gestación del ser humano. Incluso, en la sentencia C 341 de 2017, para la Corte Constitucional –evitando el error argumentativo de la sentencia C -355 de 2006, se declaró inhibida al observar que no es el código penal la norma idónea para regular derechos (cualquiera de nosotros notara que, si no es posible regular derechos mediante el código penal, menos lo es a través de las sentencias que revisan la constitucionalidad de las normas penales).

9) Una vez presentado brevemente el recorrido y los problemas argumentativos en la legalización del aborto en Colombia, veamos ahora el caso resuelto en la sentencia SU-096 de 2018. Una mujer en estado embarazo encontró algunas irregularidades médicas. En concreto se halló que el feto presentaba *holoprosencefalia Alobar* (esto es una afectación en el cerebro) y *displasia septo-óptica* (o síndrome de *De Morsier*). Medicamente la *holoprosencefalia Alobar* es la más leve, tanto que en la mayoría de los casos el desarrollo del cerebro es normal. Por otro lado, la consecuencia de *displasia septo-óptica* es una

probable –y desde luego lamentable- pérdida de la visión en el niño. Sin embargo, un diagnóstico certero al respecto era imposible en la etapa prenatal.

10) Con base en lo anterior, se solicitó la práctica del aborto en las condiciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, la EPS –al no encontrar justificada ninguna de las causales- ordeno algunos exámenes médicos adicionales para determinar el estado de salud de la madre y del feto. Uno de los síntomas indicados por el médico tratante fue el de “efecto reactivo ansiosos depresivo”. Este hecho fue señalado por el médico tratante como un síntoma mas no como un diagnostico psiquiátrico integral.

11) El juez de tutela ordeno, mediante una medida provisional, la práctica del aborto con base en las causales (i) y (ii) dando por cierta y definitiva la anotación del síntoma de “efecto reactivo ansiosos depresivo”, la que no fue resultado de un diagnostico psiquiátrico de conformidad con los protocolos medidos pertinentes.

12) En la revisión del caso, la mayoría de la Corte Constitucional concluyó que:

(i) los jueces de tutela pueden dictar medidas provisionales consistentes en ordenar la realización de un aborto;

(ii) se consideran barreras injustificadas que se exijan exámenes y pruebas para determinar la existencia de una de las causales de la C-355 de 2006;

(iii) el certificado médico es, en todo caso, indispensable para los casos en que se reclamen abortos por peligro para la vida de la madre y por grave malformación del feto que haga su vida inviable (lo cual, por cierto, no fue acreditado en el caso y se contradice con la conclusión ii).

(v) Reitero la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006, pero exhorto al Congreso para que regule la materia.

Además de las incongruencias internas del fallo, la pregunta que debe ser respondida es ¿a qué asuntos se refiere el exhorto? Es decir ¿Cuáles son las materias que deben ser reguladas? Para responder esta cuestión veamos brevemente el alcance de las tesis jurídicas de la sentencia SU-096 de 2018

13) En primer lugar resulta evidente que una medida provisional consistente en ordenar una práctica de aborto la convierte en definitiva y desnaturaliza la figura, violando el debido proceso al no garantizar la posibilidad de contradicción y no permitir la defensa de las partes

involucradas, mucho más cuando este tipo de medidas no admiten recursos. Como lo advierte el salvamento de voto del Magistrado Carlos Bernal Pulido, “el contenido de las medidas cautelares no puede implicar una decisión anticipada y definitiva del proceso de tutela, al punto de extinguir ab initio el objeto del proceso”. Además, como lo advierten los salvamentos de los Magistrados Bernal y Pardo, el procedimiento ordenado en la medida provisional era imposible de realizar al punto que la entidad practicó otro distinto.

14) En segundo lugar, la sentencia se confunden dos cuestiones. Por un lado, se da por sentada la constitucionalidad de las tres causales de la sentencia C- 355 de 2006. Pero por otro lado, se considera incorrecto (llamándola “barreras injustificadas”) que las entidades establezcan, constaten o comprueben que, en efecto, se dan en el caso las causales invocadas. Como lo advierten los salvamentos de los magistrados Pardo y Bernal, no existieron conceptos médicos que acreditaran que la malformación fuese incompatible con la vida, ni que la continuación del embarazo supusiera un riesgo incompatible con la salud o vida de la madre.

15) En tercer lugar, lo único que fue probado en el caso fue que a) el nacidurus tenía una probabilidad de sufrir una discapacidad visual y que b) se mencionó un síntoma (efecto reactivo ansiosos depresivo) que no fue producto de un diagnostica integral psiquiátrico. Y este hecho fue suficiente para la mayoría de la Corte para considerar que era necesaria una medida provisional consistente en ordenar un aborto. Esto es, en una palabra, que –según la mayoría de la Corte- se puede ordenar judicial y provisionalmente un aborto cuando no se logre determinar claramente una de las casuales de la C 355 de 2006.

16) En tercer lugar, no se resolvió el problema de confundir *discapacidad* con *inviabilidad*, lo que es inaceptable constitucionalmente. En primer lugar, se estaría desconociendo el precedente jurisprudencial y la cosa juzgada constitucional según la cual, una de las tres causales taxativas que originan la despenalización del aborto es la malformación del feto que haga inviable la vida, y no simplemente a identificación de una discapacidad (v. gr. la perdida de la visión). En segundo lugar, no solo se estarían extendiendo los supuestos que dan lugar a la despenalización de la práctica del aborto, sino que también

se estaría abriendo la posibilidad practicar abortos con base en criterios claramente discriminatorios. Ningún individuo puede tener menos derechos por tener menos capacidad y, por lo tanto, la protección especial que el ordenamiento jurídico otorga a personas en situación de discapacidad debe extenderse a la vida humana en formación, y no restringirse, para hacer compatibles los postulados constitucionales con las actuaciones de quienes están llamados a materializarlos.

17) En cuarto lugar, los salvamentos de voto de la sentencia SU-096 de 2018 advirtieron también acerca de que se desaprovecho la oportunidad para ajustar la sentencia C-355 de 2006 en razón a que la protección de la vida del que está por nacer se incrementa con el paso de las semanas de gestación y en particular a partir de la semana 24 cuando el feto alcanza su viabilidad autónoma. Además, que la práctica del procedimiento abortivo en una etapa avanzada del proceso de gestación implica poner en alto riesgo la vida de la madre gestante, lo cual paradójicamente busca evitarse con el establecimiento de la causal de despenalización según la cual se permite practicar el aborto cuando se compruebe que existe tal riesgo (Organización Mundial de la Salud, segunda edición de la cartilla “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”).

15) En definitiva, y con independencia de las consideraciones y reproches éticos, lo cierto es que la legalización del aborto en Colombia ha sido desarrollada en el marco de problemas lógicos, argumentativos, probatorios y procesales. En primer lugar, la Corte Constitucional incurriendo indudablemente en un *non sequitor* derivó una libertad de una despenalización, y a su vez un derecho prestación de una libertad. Ahora en la sentencia SU-096 de 2018, se valió de diferentes ligerezas probatorias y procesales para admitir abortos con base en la discapacidad del naciurus.

16) La conclusión principal de esta sentencia es que se exhorta al Congreso de la Republica para que regule la materia. Y por lo visto existen diferentes asuntos que deben regularse. Debe definirse con precisión los poderes de los jueces en materia de medidas provisionales. También debe reafirmarse la necesidad de que las decisiones de las autoridades se basen en argumentos probatorios razonables. Pero, y creó que este debe ser el foco central

de la regulación del Congreso sobre la materia, debe precisarse -primero- que los abortos basados en argumentos discriminatorios son crímenes, -segundo- definir claramente las características de los certificados necesarios para eximir de responsabilidad penal a los involucrados, y -tercero- debe existir un límite temporal para la despenalización del aborto. Como se subraya en los salvamentos de voto, es indudable que el legislador debe asumir la carga de encontrar los mecanismos para proteger la vida, la igualdad y el debido proceso del feto que tiene madurez suficiente para subsistir con independencia de la madre.