



CASOS DE LITIGIO ESTRATÉGICO BAJO LA NUEVA LEY DE ABORTO EN COLOMBIA: Retos de la implementación

Catherine Romero*

En Colombia desde mayo de 2006 por orden de la Corte Constitucional, las niñas, jóvenes y mujeres pueden solicitar ante el sistema público o privado de salud la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en las siguientes circunstancias: 1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o salud de la mujer, certificada por un profesional de la medicina; 2) cuando exista grave malformación del feto incompatible con la vida extrauterina, certificada por un profesional de la medicina y 3) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, o violación incestuosa¹.

Desde los inicios de la vida republicana hasta después del primer quinquenio del Siglo XXI, el aborto estuvo penalizado en todas las circunstancias, aunque la ley contemplaba atenuaciones de las penas si éste se realizaba en determinadas condiciones. En el siglo XX hubo siete iniciativas legislativas en torno al aborto, seis que pretendían su despenalización, y una que buscaba su endurecimiento, y todas fracasaron². En el ámbito judicial, el estudio de la constitucionalidad del aborto se definía, antes del 2006, a partir de tres sentencias significativas de la Corte Constitucional colombiana, a saber: C-133/94, C-013/97 y C-647/701. Todas ellas favorecieron en su momento la protección absoluta al no nacido para declarar la penalización total del aborto, a partir de solicitudes de inconstitucionalidad, en su mayoría, que buscaban una mayor penalización del aborto y la eliminación de los atenuantes de la pena contemplados en el anterior Código Penal.

* Abogada y politóloga de la Universidad de Los Andes, Bogotá/Colombia, con énfasis en política y derecho internacional. Actualmente se desempeña como abogada en la oficina de *Women's Link World Wide* en Bogotá en donde coordina el programa, Derechos Sexuales y Reproductivos: del Papel a la Realidad.

¹ Corte Constitucional, 2006, C-355.

² Universidad Externado de Colombia, Problemática religiosa de la Mujer que Aborta, Encuentro de Investigadores sobre aborto inducido en América Latina y el Caribe, Bogotá, 15-18 de noviembre de 1994, Capítulo Segundo.

ROMERO

La Sentencia C-355 de 2006 fue el resultado de un estudio en abstracto de ponderación de derechos con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad D-(6122), interpuesta por la abogada Mónica Roa, en el marco del proyecto de litigio estratégico *LAICIA, Litigio de Alto Impacto en Colombia: La Inconstitucionalidad del Aborto de la organización Women's Link Worldwide*³. La demanda presentada ante la Corte Constitucional fue el producto de un análisis detallado y cuidadoso tanto de los argumentos del derecho internacional que ha reconocido que los derechos sexuales y derechos reproductivos hacen parte de los derechos humanos y que como tales los Estados están en la obligación de garantizar, como de las recomendaciones emitidas por los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos que han recomendado expresamente la liberalización del aborto en aquellos países con legislaciones restrictivas, entre ellos, Colombia, El Salvador, Chile y actualmente Nicaragua.

La Constitución Política colombiana reconoce la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados⁴. Así mismo, en jurisprudencia reiterada, la Corte ha destacado que los pronunciamientos de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales⁵. Para la demandante los principales objetivos del litigio de alto impacto fueron promover la implementación del derecho internacional de los derechos humanos, usar estratégicamente el sistema judicial para avanzar en los derechos de las mujeres y generar un cambio en el debate público sobre el aborto⁶. Sin embargo, a nivel social y político los resultados durante y después del proceso superaron cualquier expectativa. Por ejemplo, antes del 10 de mayo de 2006, cuando estaba a punto de finalizar la última etapa del proyecto, se había logrado la congregación y fortalecimiento de varios grupos de mujeres, como: *Católicas por el Derechos a Decidir*, *Red de Derechos Sexuales y Reproductivos (Redersex)* y la *Mesa Por la Vida y la Salud de las Mujeres*, entre otros, que se movilizaron a favor de la demanda; así mismo, se logró impulsar la discusión de la despenalización del aborto como un tema de la agenda electoral del 2006. De otro lado, se contó con el apoyo significativo de diferentes instancias del gobierno nacional que conceptuaron a favor de la demanda manifestando la urgencia de tratar el aborto como asunto de salud pública

³ Puede obtenerse mayor información sobre la demanda junto con los documentos más relevantes y un video sobre el proceso en <http://www.womenslinkworldwide.org> (visitada el 7 de abril de 2008)

⁴ Constitución Política de Colombia, art. 93

⁵ Sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras.

⁶ “Escogimos el proyecto porque a pesar de que Colombia presenta unos niveles de igualdad entre hombres y mujeres superiores al promedio regional, en el tema del aborto se destacaba por ocupar uno de los últimos lugares. Adicionalmente, desde el punto de vista jurídico las condiciones estaban dadas para que una nueva demanda ante la Corte Constitucional, cuidadosamente argumentada y presentada ante la opinión pública, tuviera éxito. La nueva tendencia de interpretación constitucional basada en la armonización de los derechos, la claridad de los argumentos de derecho internacional de los derechos humanos, y la receptividad que la jurisprudencia constitucional colombiana da a los argumentos de derecho internacional de los derechos humanos en otras áreas, son las razones por las que consideramos que un fallo favorable de la Corte era posible (Roa 2006).

LITIGIO ESTRATÉGICO Y NUEVA LEY ABORTO

y equidad (entre ellas, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Protección Social y la Defensoría del Pueblo).

La implementación de una estrategia de comunicaciones a lo largo del proceso resultó ser una herramienta imprescindible para lograr la separación del debate moral y religioso de la discusión de derechos humanos, salud pública y equidad que sustentaba la solicitud de inconstitucionalidad. La iglesia católica había sido el principal y más constante protagonista en la historia del aborto en Colombia y en ese sentido había monopolizado los términos del debate, mientras los grupos de mujeres y feministas no habían logrado constituirse en “una fuerza social suficientemente importante para ser escuchada y considerada un contrapunto efectivo a las posiciones oficiales de la iglesia y los sectores sociales más retardatarios frente al problema del aborto” (Viveros 1997). En ese sentido, la estrategia de comunicaciones del proyecto *LAICIA* respondió a este gran desafío y logró a la vez la difusión masiva de los contenidos de la demanda, modificar los términos del debate más allá de “estar a favor o en contra del aborto” y la inclusión de nuevas fuentes.

Para el 10 de mayo de 2006, cuando el país conoció la decisión de la despenalización del aborto, si bien habíamos avanzado hacia una discusión de derechos y reconocimiento de los derechos reproductivos. Nos enfrentábamos al mayor reto de todos: la implementación del nuevo derecho al aborto legal a cargo del sistema general de salud. La Corte sostuvo que la plena penalización representa un desconocimiento flagrante de los derechos a la dignidad, libertad y autonomía de la mujer bajo la presunción de la protección absoluta del que está por nacer. A lo largo del estudio en concreto se ponderan dos bienes jurídicos contrapuestos: de un lado, la vida, salud, dignidad y autonomía de las mujeres, y por el otro, la protección del que está por nacer, para finalmente hallar una solución en derecho que maximiza la protección de los derechos de las personas jurídicamente reconocidas a partir de la liberalización del aborto en las tres circunstancias mencionadas.

Para los magistrados, el derecho a la vida, como derecho exclusivo de las personas ya nacidas, se distingue de la vida como bien jurídico que debe protegerse. Y en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la vida se brinda con mayor intensidad en concordancia con los principios y derechos de la persona humana, en contraposición a la protección general del bien de la vida. Como lo señala la Corte Constitucional colombiana:

“El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado o intensidad que a la persona humana (...). Es decir, el bien jurídico tutelado no es

ROMERO

idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta”.

El mayor reto de todos: la implementación

La puesta en marcha de la decisión se constituía entonces en el mayor reto de todos. La fuerza de la sentencia C-355 de 2006 no recae exclusivamente en la imposición de ciertas obligaciones a cargo del sistema de salud para la protección de los derechos de las mujeres. Se encuentra en la capacidad de posicionarse como discurso legítimo en una sociedad que históricamente ha desconocido la capacidad de las mujeres para tomar decisiones autónomas en la esfera privada de sus vidas. Así mismo depende también de la capacidad que tenga la decisión para movilizar a los actores del sistema de salud en beneficio de la protección de los nuevos derechos adquiridos. A continuación se mencionarán, a partir de un caso en concreto, las primeras barreras que se evidenciaron en la primera etapa de implementación.

En agosto de 2006, se conoció ante la opinión pública la primera solicitud de aborto legal en Colombia. Se trataba de una menor de once años abusada sexualmente por su padrastro. La menor quedó embarazada y en consecuencia solicitó ante el sistema público de salud, con el apoyo de su abuela, su nuevo derecho al aborto legal. Las incertidumbres eran incontables y garantías pocas, tanto para los médicos/as que recibieron a la menor en el hospital como para la menor y su familia. A pesar de que la Corte Constitucional había resuelto que las mujeres colombianas ya no serían investigadas ni condenadas penalmente por practicarse un aborto, cuando, 1) la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida o para la salud física o mental de la mujer; 2) cuando existen serias malformaciones del feto o 3) cuando el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, acto sexual abusivo o inseminación artificial no consentida.

En esta etapa del proceso estratégico, no teníamos aún acceso al texto completo de la decisión y, por lo tanto, a los argumentos y razones por las cuales la Corte había decidido, 5 votos a favor tres en contra, que el aborto había dejado de ser un delito para convertirse en un derecho. Contábamos únicamente con un comunicado de prensa y algunos pronunciamientos en los medios de comunicación de los magistrados que advertían que las mujeres tenían un nuevo derecho. Pero teníamos en nuestras manos una realidad inminente, una abuela que se enfrentaba a los médicos sin temor alguno alegando que su nieta era titular del derecho a abortar por ser víctima del abuso del padrastro y, por lo tanto, tenían que atenderla en el sistema de salud con todas las garantías, de acuerdo con la decisión de la Corte Constitucional.

La abuela, una mujer desplazada por la violencia del sur del país de cincuenta y siete años, se enfrentó con fortaleza y sabiduría la decisión de apoyar la voluntad de su nieta de interrumpir su embarazo producto de la violación. Juntas se enfrentaron al sistema público de salud y los medios de comunicación para solicitar su derecho al aborto; sin embargo, la primera respuesta de la institución fue que el aborto seguía siendo un

7 Corte Constitucional, 2006, C-355.

LITIGIO ESTRATÉGICO Y NUEVA LEY ABORTO

delito ya que a la fecha no existía reglamentación alguna del gobierno nacional que soportará la decisión judicial. De otro lado, los medios de comunicación presentaron el caso como la primera solicitud de aborto en Colombia con posterioridad a la sentencia C-355 de 2006.

La familia contactó (por vía de la página de internet) a *Women's Link Worldwide*, como la organización que lideró el proceso de liberalización del aborto y solicitó apoyo legal para lograr la materialización del derecho. Inmediatamente interpusimos una acción de protección individual del derecho ante el sistema judicial argumentando que la aplicación del derecho era de carácter inmediato desde el 10 de mayo de 2006 y no requería reglamentación alguna para su aplicabilidad. Así mismo, que la decisión de la institución aumentaba desproporcionalmente las cargas sobre la vida y salud de la menor que fue víctima de uno de los peores actos que una mujer puede sufrir sobre su integridad. El desconocimiento de la solicitud del aborto por parte del hospital incrementaba exponencialmente día a día los riesgos sobre la salud de la menor de edad que autónomamente expresaba su voluntad de interrumpir el embarazo. Adicionalmente, solicitamos de manera pública a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, como instituciones garantes de los derechos humanos de las/los colombianas/os, la protección de los derechos de la menor.

El temor del Director del Hospital y del personal médico de la institución radicaba en la incompreensión de los alcances del pronunciamiento de la Corte Constitucional. Consideraban que la resolución de despenalización no era suficiente para aplicar el derecho y en consecuencia la necesidad de una reglamentación del gobierno nacional que sustentará la decisión judicial. Así mismo, el temor a ser estigmatizados ante la opinión pública como el primer hospital público que realizaba un aborto se convertía en la principal barrera de la garantía del derecho al aborto de la menor.

La semana siguiente a la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo -IVE-, la institución de salud presentó a la familia respuestas contradictorias y violatorias de los derechos de la menor. Se le negaban las visitas a la paciente, se impedía la salida de la menor de la institución sin que existiera un juicio clínico que sustentara la permanencia en el hospital, se acudía al apoyo del Bienestar Familiar que sostenía una actitud desconocedora del derecho al aborto legal y se sometía a la paciente a múltiples sesiones psicológicas y de apoyo religioso en contra de su voluntad.

Finalmente el 24 de agosto de 2006, como lo expusieron los medios, *“la justicia no parecía preparada para enfrentar el tema por desconocer aún el fallo proferido por la Corte Constitucional. Pero la dimensión del drama logró unir a la Corte Constitucional, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, quienes por separado se pronunciaron avalando el procedimiento en el caso de la menor”*⁸. Las diferentes instituciones junto con la Secretaría de Salud de Bogotá enviaron diversas comunicaciones escritas advirtiendo al Hospital y su director que debía aplicar inmediatamente el derecho al aborto legal en cabeza de la solicitante o que de lo

8 Revista Semana on-line “Comienza la era del aborto legal en Colombia” por Élber Gutiérrez Roa. 08/24/2006. Consultado el 4 de abril de 2008. http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=96607

ROMERO

contrario podría ser objeto de sanciones disciplinarias y administrativas. Pero los temores legales de los/las profesionales de la institución no terminaban con las órdenes expresas de los entes del gobierno; para ese momento se concretaba en la forma de llevar a cabo el consentimiento informado de la menor porque para el Hospital era requisito fundamental la firma del consentimiento asistido de la madre que desde varias semanas atrás había dejado de tener contacto con la menor.

El hospital insistía en la firma conjunta del consentimiento informado como un requisito de procedibilidad de la intervención, a pesar de informarles que el consentimiento de la madre no era requerido toda vez que la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 resolvió proteger los derechos al libre desarrollo de la personalidad, autonomía y libertad de las menores, reconociendo que toda mujer menor de catorce decide autónomamente sobre la posibilidad o no de recibir el tratamiento de interrupción voluntaria del embarazo, de acuerdo al marco de protección internacional⁹ y nacional¹⁰ de los derechos del niño y de la niña.

Así las cosas y ante la urgencia inminente de proteger ante todo la salud integral de la menor, tomamos la decisión estratégica de obtener el consentimiento de la representante legal en vez de prolongar el proceso de intervención y evitar un aumento en los riesgos para la salud de la menor. Esta experiencia resaltó la importancia de tener regulaciones¹¹ con claras directrices para los prestadores de servicios de salud y personas involucradas en la prestación de IVE que impidan que los derechos de las mujeres se vean vulnerados. De esa manera, la menor fue debidamente atendida por el Hospital Público casi quince días después de su solicitud.

Cabe mencionar que el texto final de la sentencia C-355 de 2006, nos dio la razón respecto del consentimiento y reconoció que en todos los casos prevalecerá la voluntad y consentimiento de las menores de catorce años que decidan interrumpir su embarazo en las circunstancias despenalizadas. Los motivos constitucionales que sustentan la protección de las menores son: la protección al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la importancia del consentimiento informado de menores de edad en intervenciones médicas. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte plantea lo siguiente:

“la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes) no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del

9 Artículo 29 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el total del articulado de La Convención del Niño establecen la protección absoluta al bienestar de la infancia como fin social, jurídico y constitucional de los estados modernos.

10 La Constitución de 1991 fue clara y contundente en la protección prevalente de los derechos de las niñas y los niños, tal y como se desprende del inciso 2 del artículo 44 que dispone: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”

11 Ver Decreto 4444 de 2006, Resolución 4905 de 2006 y Norma Técnica para la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia.

LITIGIO ESTRATÉGICO Y NUEVA LEY ABORTO

titular". Por lo tanto, la sentencia C-355 de 2006 "...descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años"¹².

Hoy debemos saber que contamos con un pronunciamiento histórico en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derecho humano; con una orden del Gobierno Nacional (Decreto 4444 de 2006 y Resolución 4905 de 2006) que exige a los prestadores del servicio público y privado de salud brindar los servicios de aborto; con un protocolo de atención que ofrece los lineamientos técnicos para la IVE, y por último con una clara voluntad política del Gobierno en cabeza del Ministerio de Protección Social de brindar las garantías para que las mujeres puedan acceder a los servicios de aborto sin poner en peligro sus vidas y su salud. No obstante, el cumplimiento y garantía de los servicios de IVE no radica en la sentencia y la reglamentación, en tanto que el sistema deberá superar los principales temores y obstáculos que van surgiendo el día a día de la aplicabilidad de un nuevo derecho que dos años atrás y desde el nacimiento de nuestra república se consideraba delito.

No podemos obviar las incertidumbres que caracterizan esta primera etapa de implementación en tanto que éstas se traducen en una aplicación moderada del derecho. A continuación menciono brevemente tres categorías de barreras que definen la actual etapa de implementación. En primer lugar, se presentan las barreras meramente técnicas y del propio sistema de salud, en segundo lugar, las de tipo legal y, por último, las que obedecen a razones de conciencia de los prestadores. En la primera clasificación se encuentran aquellas negaciones o dilaciones por razones de incapacidad hospitalaria o falta de personal médico debidamente entrenado que pueda prestar los servicios, bien sea por la edad gestacional de la solicitante o por las condiciones mismas del embarazo que impiden una atención segura y oportuna. *Women's Link Worldwide* tiene conocimiento de casos de mujeres que son trasladadas de su ciudad de residencia para que sean atendidas por otra institución prestadora de salud en tanto que la institución receptora no cuenta con las condiciones técnicas para prestar el servicio de IVE. Pero lo que realmente deja al descubierto este tipo de respuestas, y que merece un mayor estudio, es que las mujeres en Colombia se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad frente a los hombres ante el sistema de salud en tanto que no pueden ser atendidas por circunstancias que solo por su condición biológica las mujeres requieren exclusivamente.

Los temores legales abarcan todas aquellas negaciones relacionadas con la percepción errada de la ilegalidad absoluta del aborto, normalmente este tipo de respuestas vienen acompañadas de una dosis de desconocimiento de la sentencia C-355 de 2006 y la reglamentación. Por ejemplo, se dilata o niega injustificadamente el servicio por falta de documentos debido a que el prestador considera la petición por fuera de la ley; así

12 Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

ROMERO

mismo, se demora la prestación bajo el argumento de la necesidad de conformar juntas médicas para la toma de decisiones colectivas al interior de la institución o simplemente se niega de plano el servicio argumentando la ilegalidad del procedimiento obviando el nuevo estatutos jurídico del aborto. Por último, las incertidumbres de tipo personal, se manifiestan en las negaciones injustificadas de conciencia y/o de “perjudicialidad” de la intervención, las cuales son aducidas de manera arbitraria, abusiva y sin fundamento sobre la humanidad de la mujer que ha tomado con antelación una decisión.

Como la Organización que lideró el proceso de despenalización del aborto reconocemos los avances y dificultades de la implementación del aborto y en consecuencia continuamos trabajando desde nuestra experticia de litigio estratégico para que las mujeres accedan a la IVE cuando ellas lo deseen. En ese sentido, nuestro nuevo objetivo, en esta segunda etapa, es lograr que la decisión de la Corte Constitucional no se quede en el papel, sino que con herramientas como el entrenamiento al personal médico, alianzas estratégicas, litigio en los ámbitos disciplinario, administrativo y constitucional, se eliminen todas los obstáculos que enfrentan las mujeres al solicitar la interrupción voluntaria del embarazo bajo alguna de las causales legales, en un contexto de décadas de penalización absoluta del aborto que terminaron el 10 de mayo de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

Convenio Interadministrativo No 405 de 2006, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia. Colombia. (2007). ‘Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional. Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas’. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

Revista Semana on-line “Comienza la era del aborto legal en Colombia” por Élder Gutiérrez. Consultado 20 de marzo de 2008

Roa, Mónica. (2006) ‘El debate sobre el aborto en Colombia: Diez razones que lograron su despenalización.’ Revista Número 49 (<http://www.revistanumero.com/49/debate.html>). Consultado 20 de marzo de 2008.

Roa, M, Demanda de Inconstitucionalidad D-6122 de 2005 en www.womenslinkworldwide.org Universidad Externado de Colombia, “*Problemática religiosa de la Mujer que Aborta*”, Encuentro de Investigadores sobre aborto inducido en América Latina y el Caribe, Bogotá, 15-18 de noviembre de 1994.

Viveros, Mara (1997) *El aborto en Colombia: debate público y dimensiones Socioculturales*. Bogotá: Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social (CIDS), Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios Sociales (CES), Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.