



¿Quién decide sobre el aborto? Mujeres y Corte Constitucional hablamos al país.¹

Eduardo Cifuentes Muñoz

Buenos días. Quiero agradecer la invitación que se me ha formulado, para participar en este muy importante evento y explicar, no todas, pero sí algunas de las razones del último salvamento de voto, que en nombre de los magistrados disidentes, me correspondió escribir y que voy a sintetizar en esta muy breve alocución. Realmente me siento muy satisfecho de estar rodeado de tantas mujeres con las cuales voy a intercambiar algunas ideas sobre uno de los temas que en todas las sociedades dividen al país, pero sobre el cual creo que es importante tener ideas claras y saber exactamente cuáles son los límites: los límites entre el Estado y la persona, y los límites entre la sociedad y la intimidad de las personas. En dos ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de penalizar con penas privativas de la libertad el delito de aborto; ustedes bien saben que hace dos años la Corte Constitucional señaló en una sentencia que era posible, bajo el cargo constitucional, que el legislador estableciera esta pena general para defender y proteger la vida. En esa ocasión los tres magistrados salvamos igualmente el voto. No voy a referirme a esa sentencia, ni tampoco voy a referirme al salvamento de voto que en esa ocasión tuvimos la oportunidad de depositar en la Corte Constitucional. Voy a referirme a la

¹ Revista “**En otras palabras**” No 3. Bogotá, 1997. Publicación del Grupo Mujer y Sociedad de la Universidad Nacional.

Con ocasión del fallo de la Corte Constitucional sobre la penalización del aborto, el 28 de febrero de 1997, la Red de Derechos Sexuales y Reproductivos con el apoyo de PROFAMILIA convocó a una Rueda de Prensa en la cual participaron seis especialistas e investigadoras sobre el tema. Reproducimos la intervención del Doctor Eduardo Cifuentes, Magistrado de la Corte Constitucional, autor de uno de los tres salvamentos de voto sobre la constitucionalidad del delito de aborto y del delito de aborto bajo circunstancias especiales.



última sentencia de la Corte Constitucional, que no se refería al tipo penal básico del aborto, sino a la penalización del aborto cuando mediaran circunstancias especiales.

¿Cuáles eran las circunstancias especiales?, eran las siguientes: la mujer que aborta después de haber sido víctima de una violación carnal abusiva o de haber sido víctima de una inseminación artificial no consentida; en este caso se aplica una sanción privativa de la libertad, pero no tan rigurosa como aquella que se aplica cuando se incurre en el tipo penal básico; o sea, estamos frente a un tipo penal atenuado; ésta es la figura delictiva sobre la cual versó la sentencia de la Corte Constitucional.

Los argumentos principales de la mayoría fueron los mismos que se sostuvieron en la primera ocasión, o sea: que la vida es sagrada, que la vida comienza con la concepción, y que igualmente la persona comienza con la concepción, y por lo tanto, desde ese mismo instante es un sujeto pleno de derechos y entre esos derechos el primero que se predica a la persona es el derecho a la vida. Desde esa perspectiva la Corte hace un balance entre el derecho a la vida, del que está por nacer, el “naciturus”, y el derecho a la libertad de la mujer, y obviamente opta en la sentencia por hacer prevalecer en todos los casos el derecho a la vida del que está por nacer, por encima de la libertad procreativa de la mujer. Los argumentos, repito, son los mismos; simplemente que en esta ocasión se añaden otros, como los procedentes de la moral cristiana, pues en la sentencia se citan dos encíclicas papales para señalar que: el aborto es intrínsecamente repudiable e intrínsecamente inmoral, y que por lo tanto, bajo la Constitución no se puede tolerar que las mujeres aborten, así ellas previamente hayan sido violadas o inseminadas artificialmente. Igualmente, en la sentencia se señala que hay que distinguir, el acto vil de la violación carnal de la maternidad; la maternidad es un acto sublime que dignifica a la mujer y por lo tanto, la mujer ha de asumir ese destino colectivo y existencial que le signa su propia condición de mujer y de procreadora.



No voy en esta intervención, queridas amigas, a sintetizar todos los argumentos, sino más bien, a responder algunos interrogantes que me parecen importantes y que se desarrollan en el último salvamento de voto. Creo que estos interrogantes determinan la materia constitucional importante.

El primer Interrogante sería éste: ¿Puede un Código Penal, o sea, el legislador, a través del *yusponiandrix* (de la potestad de sancionar penalmente las conductas), imponer cargas extraordinariamente gravosas, a las personas?; creo que es un interrogante importante; ¿por qué es importante?; porque el Código Penal es la principal fuente de deberes y de obligaciones para las personas; en el Código Penal se hace una lista de comportamientos que la sociedad considera reprochables y a los cuales se asignan sanciones normalmente privativas de la libertad; nosotros todos tenemos el deber de acatar el Código Penal; de ajustar nuestra conducta a las acciones o a las omisiones que constituyen los deberes de obediencia derivados de ese código penal. ¿Cuál debe ser el objeto y el contenido de esos deberes?; todos los doctrinantes en la materia, todos los Estados y todos los jueces, han señalado al unísono que las obligaciones que se derivan del Código Penal, deben ser obligaciones respecto de las cuales las personas puedan cumplirlas normalmente, y es que es algo de Perogrullo, de puro sentido común. Qué tal si un legislador establece un código penal con reglas, con obligaciones tan severas, que solamente las personas, con enorme sacrificio personal y material, pueden cumplir ese código?; pues simplemente, que el código queda escrito y que a través de ese código el legislador no puede gobernar la conducta humana. El código debe poder ser cumplido en últimas. La Corte Constitucional en dos ocasiones ha reiterado que las obligaciones derivadas del código no pueden imponer cargas exorbitantes a las personas; o sea, el código no puede ser de difícil cumplimiento, y es que, realmente, si fuese de difícil cumplimiento, todos estaríamos violando, en un momento o en otro, el Código Penal.



No es de difícil cumplimiento, por ejemplo, dejar de privar de la vida a otra persona, por lo tanto, el delito de homicidio, es un delito del cual surgen obligaciones de abstención que nosotros normalmente podemos asumir. Pero, ¿qué pasa cuando, por ejemplo, ocurrió con la ley 40 de 1993, que tipificó una figura delictiva que se conoce en la legislación como el delito de pago de rescate?; se trata de la prohibición de pagar el rescate por las personas que han sido secuestradas, a fin de que estas puedan ser liberadas por los plagiarios. En esa ocasión la Corte Constitucional señaló que se imponía una obligación exorbitante, excesiva, a los familiares y a los amigos de los secuestrados, que no podían pagar el rescate, y que por lo tanto, por esa conducta omisiva de no poder pagar el rescate, podían en últimas ver como sus familiares secuestrados podrían morir en manos de sus victimarios. Dijo entonces la Corte: ese delito, esa figura legal, es constitucional, pero añade, salvo cuando la gente actúe en algunas de las circunstancias de justificación del hecho, previstas en la ley penal, caso en el cual son inconstitucionales; entonces, en virtud de la legítima defensa del familiar, el padre, el hermano o el amigo, podrían pagar su rescate, evitar la muerte de éste y por lo tanto salvar su vida, y quedaban excluidos de la sanción penal; lo contrario, dice la Corte Constitucional, es establecer una obligación que solamente los héroes pueden asumir.

En otro caso, tratándose de los delitos de cobardía consagrados en el Código Penal Militar, destinado a los militares en servicio activo, se sanciona la cobardía de los militares que por ejemplo huyan del combate, no enfrenten al enemigo, simulen una defensa ficticia, etc.. y se acusó esta norma señalando que se podía exponer entonces, la vida de los soldados que tenían que sacrificar su propia existencia para cumplir con el deber militar; que este deber derivado del Código era excesivo, era exorbitante. En esta oportunidad la corte consideró que los militares en servicio, a diferencia de las otras personas, están entrenados y tienen particularmente esa misión y que por lo tanto, lo que es cobardía para una persona ordinaria, es distinto para



un militar, está cumpliendo con su deber, y consideró que esas normas eran por lo tanto constitucionales.

Pues bien, he traído a colación estos dos casos para señalar cómo la misma Corte Constitucional ha determinado en su jurisprudencia y esto ha seguido la doctrina universal, que las obligaciones que se derivan del código penal, no pueden ser obligaciones excesivamente gravosas, o sea que para su cumplimiento, la persona tenga que sacrificar bienes superiores, tenga que sacrificar su propia libertad, tenga que incurrir en suma en actos heroicos; ¿qué pasa entonces, cuando la mujer que ha sido víctima de una agresión sexual, abusiva, o de una inseminación artificial no consentida, y que por lo tanto ha sido embarazada forzosamente, no puede interferir en el proceso de embarazo y no puede abortar?. ¿No esta el legislador penal, imponiéndole una carga excesiva, si ella no quiere asumir libremente la maternidad?, ¿no puede ella en un momento dado interrumpir las consecuencias cada vez mas gravosas que implica ese embarazo forzoso? En el salvamento de voto, se pone de presente la contradicción en la cual incurre la mayoría de la Corte Constitucional y la forma como en este caso, justamente en este caso, cambia la doctrina sobre el carácter de las obligaciones penales, porque entonces, respecto naturalmente de aquellas mujeres que quieran seguir con el embarazo, ellas la pueden cumplir, porque seguramente, sus principios, sus ideas, la llevan a eso. ¿Pero que pasa en relación, con aquellas mujeres que rehusan el embarazo y las consecuencias del mismo, cuando este ha sido de un origen criminal?, respecto de ellas se sitúa un dilema, que es, o cumplir con el código penal y por lo tanto incurrir en un acto de heroísmo, o dejar de cumplirlo e igualmente incurrir en otro acto de heroísmo, cual es, afrontar el estigma de la sanción penal y verse eventualmente sometida a una pena privativa de la libertad. Así pues, respondo ese primer interrogante, que me parece importante en el salvamento de voto y en esta materia.



El segundo. El violador o quien ha efectuado una inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, ¿puede estar legitimado para establecer deberes de cuidado y crianza? El artículo 42 de la Constitución es muy claro cuando dice que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. La familia en la Constitución es el grupo fundamental de la sociedad; el acto de la concepción es un acto libre y en la decisión de tener o no tener hijos tiene que, en primer termino y siempre, tomarse en consideración la posición de la mujer. En este caso cuando el legislador o sea el Estado impone seguir con las consecuencias de ese embarazo criminal, le está otorgando legitimidad plena al violador, para decidir el número de hijos que ha de tener una mujer y que ha de tener entonces una pareja, esa decisión no es la decisión libre de la mujer es la decisión del violador. Pregunta ¿puede un Estado que tiene que respetar los derechos constitucionales, que ha determinado que la paternidad ha de ser responsable, darle semejante poder al violador o a quien ha inseminado artificialmente a una mujer sin su consentimiento?

Tercera pregunta: ¿El estado tiene un derecho absoluto sobre el cuerpo y el destino de la mujer violada y puede prescribir una maternidad en estas condiciones? Esta es una pregunta fundamental porque dependiendo de la respuesta, estamos o en un Estado liberal y democrático o en un Estado totalitario. Hasta dónde el Estado, a través de la ley, puede tener ingerencia en el cuerpo y en el destino de una persona? Y ésto sitúa el análisis en el artículo 16 de la Constitución Política, que no es de ninguna manera un artículo superfluo ni trivial, sino que en este artículo 16, todos los jueces, todos los que conocemos el derecho sabemos que aquí esta la cláusula de libertad, la que define el Estado colombiano: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin mas limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Ojo!, los derechos de los demás y el orden jurídico. Pero no pueden ser limitaciones cualquiera; o sea, entre el interés individual, entre el propósito de autodeterminación del



sujeto y la limitación social, que es realmente el umbral de este derecho, no puede interponerse cualquier interés, tiene que ser un interés cualificado. ¿Y aquí que es lo que pasa?, que surge el Estado como lo he dicho varias veces, después del acto de violación. Y el Estado entra a emular directamente con el violador, porque el Estado obliga a la mujer a asumir todas y cada una de las consecuencias de ese acto criminal, y a hacerlo además, durante todos y cada uno de los días de existencia de esa mujer. El estado dice esto porque seguramente piensa que está representando el interés de general. Pero pregunto: ¿El interés general se sirve de esa manera condenando todos los días de la existencia de una mujer que ha rehusado seguir adelante con las consecuencias del embarazo?; ¿podemos llamar nosotros eso interés general?; ¿en que sentido beneficia a la generalidad?; ¿hasta dónde tenemos que pagarle un precio al interés general para poder asumir el destino individual, cuando este destino individual ha sido injustamente agredido por parte del violador?, hasta el punto de que, el mismo Estado sanciona penalmente la violación pero en este caso no sanciona penalmente sus consecuencias sino que, por el contrario, se eleva por encima de ellas y determina de manera tajante y rotunda el destino de la mujer; o sea, que la suerte de la mujer, es en últimas consumada por una decisión del Estado, en aras del interés general.

Cuarta pregunta. ¿Puede una mayoría, imponer a los demás una determinada creencia moral?, ¿Por qué decimos esto?, porque, el Congreso en nuestro sistema jurídico y político es el representante, digámoslo así, del principio democrático; simbólicamente, a través del Congreso se hacen presentes las distintas visiones y cosmovisiones de la sociedad y eventualmente allí se puede configurar en un momento dado una mayoría, esta mayoría puede tener pensamientos particulares, creencias, puede asumir una determinada moralidad. ¿Sobre qué asuntos puede deliberar una mayoría?, ¿sobre qué materias podríamos pensar que las decisiones de esa mayoría son obligatorias?; yo creo, que sobre muchas materias y quizás sobre la mayoría; ¿puede ese Congreso, el principio democrático, el interés general, la mayoría, tomar



decisiones?, por ejemplo: puede determinar cuál es la cantidad de impuestos que en un momento dado, tienen que pagar los colombianos, cuál debe ser la destinación de esos impuestos, cómo debe jerarquizarse el gasto social. Son decisiones en las cuales, quizás, la mayoría tiene más conocimiento de esas materias y el principio de mayoría legitima finalmente la decisión, que ha de ser vinculante tanto para quienes consideran que es positiva, como para aquellos que se han opuesto a la misma. En este sentido el principio democrático tiene un valor epistemológico, o sea, a través de las mayorías, se pueden tomar buenas decisiones y con un buen conocimiento. Pero en materia de orden moral, en lo que tiene que ver con la incidencia de una materia en el destino de una persona, allí, ¿tenemos los colombianos que darle autoridad y competencia al interés general y a la mayoría?, o, ¿hay que establecer una línea entre el individuo, la sociedad y el Estado? Como les decía antes, las sociedades que no se atreven a trazar nítidamente esa línea, son las sociedades totalitarias, donde entonces, nadie puede oponerle al estado ni a la colectividad, una preferencia individual; nadie puede asumir su destino propio, porque todos tenemos que asumir un destino uniforme; ninguno puede tener un pensamiento disidente porque todos debemos tener en nuestra conciencia y nuestra mente los mismos slogans, el mismo contenido de conciencia; donde todos somos no ciudadanos independientes sino, mujeres y hombres masa. Es importante trazar esa línea y considerar que en materia de moralidad individual, de creencias, de lo que es bueno, de lo que es malo, de lo que es pecado, de lo que no es pecado, allí, el que define ese asunto, es el individuo, no es la mayoría por mí. No podemos nosotros asumir un Estado pastor de un rebaño, de un rebaño absolutamente obediente, donde nadie puede asumir su propio destino. En este caso creo, que en materia del aborto y particularmente en estas circunstancias que he mencionado, le corresponde a la mujer violada, a la mujer agredida, a la mujer profanada decidir su propio destino; allí el Estado no tiene que decidirle nada; a lo sumo tendría que apoyar sus decisiones desde el punto de vista material, en el caso por ejemplo, de las mujeres que decidiesen abortar, ofreciéndole gratuitamente, porque es lo mínimo que puede



ofrecerle la sociedad a una mujer que ha sido violada, a una mujer, que la misma sociedad ha permitido a través de una débil protección social que haya sido violada; allí, el Estado tiene que apoyar esa decisión.

Ahora, si la decisión de la mujer violada o inseminada artificialmente es distinta, en el sentido de que ella pretende seguir adelante con el embarazo, el Estado está en la obligación de apoyar esa decisión, e igualmente suplir sus necesidades propias y las de la criatura que está por nacer y que luego nace. Pero cuando el Estado asume una visión moral específica, de las muchas que existen en la sociedad, porque así como hay una visión absolutamente respetable que le puede indicar a la mujer que si ella se sacrifica después de esa agresión de la que fue víctima y asume su destino sublime de madre, y entonces con su conducta, ella puede efectivamente enmendar el mal que se le ha hecho, y tendrá esas ganancias espirituales en su futuro supraterrrenal, pues está bien, esa es una visión moral absolutamente respetable. Pero si hay una mujer, que no tiene estas creencias, que le parece injusto seguir deteriorando y marchitando su destino, ¿por qué la mayoría tiene que imponer a través de la ley esa visión moral que profesa, sobre la mujer que se aparta de ese pensamiento moral?

Yo creo, que aquí la Corte Constitucional tenía un papel muy importante que desempeñar y era precisamente establecer esa línea que divide lo colectivo de lo íntimo, de lo personal, de lo propio. Esa línea que nos permite decir que en la constitución se consagran la libertad de conciencia, la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad. Sin esa línea no tenemos esos derechos y si no tenemos esos derechos no tenemos esta Constitución. La Corte Constitucional es un órgano que ha de respetar el pluralismo político e ideológico, del país, ¿cuál es entonces el costo de haber permitido fundamentar su sentencia con encíclicas papales, que yo las respeto, pero que naturalmente hacen parte de una de las cosmovisiones, entre las muchas cosmovisiones actuales existentes? ¿Cual es el precio; el precio no es otro que el de permitirle a la mayoría, efímera, histórica, subordinar a



otras personas y a unas víctimas, hacer entonces de los destinos de estas personas simplemente instrumentos, medios que permiten gozosamente proclamar la vigencia de una determinada visión espiritual. ¿Se pueden entonces ufanar quienes creen en esas encíclicas y en esa visión, de que esa idea la ha asumido Colombia? ¿Pero cual es el precio?, la cosificación, la instrumentalización de las mujeres violadas, y diría yo, del género femenino, naturalmente.

Una quinta pregunta. ¿El embarazo criminal, tiene en el plano constitucional un peso específico, a la hora de decidir la constitucionalidad del delito de aborto atenuado? Yo creo que sí. Llamo la atención que, en la primera discusión de la Corte Constitucional sobre el aborto, donde tenían que hacer un balance entre el derecho a la vida en la criatura que tenía que nacer y el derecho a la libertad y la dignidad de la madre, la corte consideró que realmente era posible en este caso, mantener el derecho a la vida, porque antes de la concepción, la Constitución a través del artículo 42, garantiza que esta concepción es libre y es responsable; de modo que, dice la Corte bajo su sentencia. “Dado que la madre tuvo la oportunidad de ejercitar su libertad procreativa, si no lo hizo, pues obviamente que no puede esa criatura, esa vida, soportar su imprudencia”. Hay un momento entonces, donde la sentencia fundamenta su fallo en la libertad de concepción.

Pero en este caso, en este tipo particular de aborto, esa libertad es inexistente, porque la mujer ha sido violada, porque la mujer ha sido inseminada sin su consentimiento, y por lo tanto, la Corte ha debido hacer el balance; porque si en la anterior sentencia, el derecho a la vida se imponía sobre el derecho a la libertad procreativa ya que esta mujer la hubiera podido ejercitar y no la ejercitó, aquí en este caso, la mujer no podía ejercitar la libertad procreativa, porque, por el contrario era víctima de una fuerza que no podía resistir y se imponía sobre su voluntad y sobre su corporeidad; por lo tanto se daban las condiciones para efectuar un balance, y el balance era an-



te todo aquí, el hacer prevalecer la libertad de la mujer que no tuvo la posibilidad de consentir libremente la concepción.

Finalmente, hago una última pregunta. ¿El valor de la vida es superior al valor del principio de la dignidad? La constitución, política se fundamenta en el principio de la dignidad de la persona humana; se dice que todos los derechos humanos son especificaciones de ese principio de la dignidad. O sea, la dignidad es como el gran sol que se refleja en parcelas más reducidas que son los derechos; ¿qué es la libertad de culto sino una especificación de la dignidad?, ¿qué es la libertad de expresión, sino una especificación de la dignidad?, y así podríamos decir de todos y de cada uno de los derechos, incluida la vida; la dignidad está traducida en el catálogo de los derechos fundamentales. ¿Qué pasa entonces, cuando como consecuencia de la sentencia y de la legislación penal se cosifica a la mujer y se convierte a la mujer en un simple vientre desligado de conciencia?. Esa es la consecuencia en términos de dignidad. ¿Vale la pena hacer del derecho a la vida algo tan absoluto que pase por encima del principio de dignidad?, ¿Cuándo se ha pensado que el derecho a la vida es absoluto si la misma legislación, la Constitución y la Corte, justifican la legítima defensa frente al agresor? ¿Por qué le estamos hurtando a la mujer violada la posibilidad de la legítima defensa, de la legítima defensa de su destino?, porque nos estamos olvidando del concepto de vida digna. ¿Y qué pasa con la criatura que nace, la criatura que nace en el desamor, que es un colombiano, que desde que nace ya respecto de él se viola el principio de igualdad?, porque no va a tener padre y seguramente va a crecer en el clima y en el ambiente de desamor y de rechazo y también como la madre, ha de maldecir su destino todos los días, ese hijo va a maldecir su destino todos los días. ¿Es justo que Colombia, un país joven, alegre, vibrante, le de pasaporte al mundo a seres que son concebidos con violencia y son criados con desamor y prosiguen así su destino?, ¿es justo que nosotros nos olvidemos también de la dignidad de la criatura, so pretexto de santificar en términos absolutos e irrazonables la vida?, ¿es esa la forma de proteger la vida?. Yo creo realmente que aquí también la Corte



ha tenido que decir algo sobre el menor y no simplemente señalar que la víctima era el menor; la víctima es la madre, la víctima es la mujer, el menor es la consecuencia, y allí naturalmente eso es una afrenta a la mujer, a la sociedad y a la vida digna.

En síntesis éstos son puntos, entre otros, que yo creo que se pueden explorar; realmente lo que hemos hecho en el salvamento del voto es sentar una protesta, una protesta sincera y absoluta contra la afrenta que se comete contra la mujer y particularmente contra estas mujeres que han sido violadas y profanadas y a quienes no obstante que la sociedad ha permitido que se cometa ese acto lesivo de su dignidad, de su corporeidad, de su ser, no les permite ni siquiera tener voz. Pronto leo que va a haber una marcha del silencio; yo creo que la marcha del silencio la tienen que encabezar precisamente las mujeres violadas, las mujeres inseminadas artificialmente contra su voluntad, las mujeres agredidas y cuya voz no ha escuchado ni la ley ni la sentencia de la Corte, lamentablemente.

Yo creo que esto tiene que ver no solamente con estas mujeres, sino con todas las mujeres y los habitantes de Colombia. Este es un tema que tenemos que discutir a fondo; nosotros no podemos permitir que se pase este siglo manteniendo una injusticia tan profunda y tan lacerante. De modo que les agradezco la invitación y hago votos por el mejor destino de estas mujeres que realmente requieren voz, acción, participación y respeto de todos nosotros.