

# LA CONSTITUCIÓN DE LAS FALACIAS. ANTECEDENTES DE UNA SENTENCIA

Hoyos, Ilva Myriam (Editora).  
Bogotá, Temis, 2005.

Los autores son: Ilva Myriam Hoyos, Rafael Nieto Navia y Claudia Helena Forero, colombianos; Richard Stith (E.U.A.), Jorge Scala (Argentina), Richard Wilkins (E.U.A.) y Bruce Abramson (E.U.A.) son los autores extranjeros.

Esta reseña corresponde a la presentación del libro que hizo personalmente la editora, doctora Ilva Myriam Hoyos Castañeda, Profesora Investigadora del Departamento de Ciencia Política y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana.

*La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia* es un libro polémico y actual. «Polémico», porque intenta defender, contra la posición mayoritaria de los medios de comunicación colombianos, la penalización del aborto. «Actual», porque su origen ha de ubicarse en las intervenciones ciudadanas presentadas por tres de los autores de este libro, para impugnar las demandas interpuestas ante la Corte Constitucional contra el artículo 122 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), aunque no se queda en ellas porque va más allá de las acciones interpuestas.

He dividido esta presentación en tres partes. La primera aborda la naturaleza jurídica del libro. La segunda presenta de manera sintética los rasgos más significativos de las dos demandas contra el artículo 122 del actual Código Penal. Y, finalmente, la tercera da cuenta de los capítulos en los que se encuentra dividido el libro y hace una breve presentación de cada de uno sus autores.

## PRIMERA PARTE:

### **UNA PRECISIÓN SOBRE LA RAZÓN DEL TÍTULO DEL LIBRO**

#### *Un libro de lógica jurídica*

El título del libro podría dar la impresión de que se trata de una obra de lógica jurídica, y no yerra quien así lo piense, porque la lógica, olvidada en las aulas universitarias, en las altas cortes y en el Congreso de la República, pretende reivindicarse en este libro. El pensar actual, tan ajeno de la realidad, parece también haber olvidado la racionalidad, porque ya no se sabe qué es lo que en un litigio se discute, tampoco se argumentan las tesis que se defienden, se elude con suprema habilidad la carga de la prueba, se olvidan las alternativas y se confunden los conceptos. El mundo jurídico –pero también el mundo científico– está inmerso en la falacia, que es el ámbito de lo aparente, de los argumentos engañosos, que se emplean con la intención de distraer al contradictor y descalificarlo. En ese mundo de apariencias se nos induce a aceptar argumentos que no están debidamente justificados y que resultan inválidos en razón de su ambigüedad.

Esas falacias y esos sofismas resultan ser tan escu-  
ridizos que cualquier intento de clasificación  
resulta inútil.

Sólo a manera de ejemplo, las demandas contra el artí-  
culo 122 de la ley 599 de 2000 incurren, entre otras,  
en las siguientes falacias:

1. la de petición de principio (*petitio principii*), por-  
que utilizan como premisa lo mismo que dice la  
conclusión;
2. la de eludir la carga de la prueba, porque no ofre-  
cen pruebas de la conclusión o de las premisas  
cuestionables de su argumentación;
3. la *ad consequentiam*, o de valoraciones irrelevan-  
tes, porque pretenden refutar una tesis apelando a  
consecuencias irrelevantes para lo que pretenden  
demostrar;
4. la de la conclusión desmesurada, porque a partir  
de hechos ciertos van más allá de lo que ellos per-  
miten inferir;
5. la de la generalización precipitada, porque genera-  
lizan a partir de casos que son poco representati-  
vos;
6. la de confundir los deseos con la realidad, o del  
*wishful thinking*, porque confunden lo que es  
meramente posible con lo que es seguro;
7. la naturalista –¡oh paradoja!–, porque deducen el  
deber-ser del ser;
8. la de la falsa causa, porque un argumento se pre-  
senta como causa de un determinado hecho y no  
hay ningún tipo de relación lógica para considerarlo  
causal real de tal hecho;
9. la de la falta de pruebas, porque se aportan datos  
necesarios para fundamentar o refutar una conclu-

sión, pero se omiten o se ocultan aquellos hechos  
desfavorables a la opinión mantenida;

10. el sofisma patético, porque apelan al *pathos* (la  
emoción) y no al *logos* (la razón), en la medida en  
que pretenden conmover la sensibilidad de la opi-  
nión pública para exhortarla a apoyar su preten-  
sión.

Frente a ese mundo de las falacias he de recordar que  
el oficio del jurista –también el del intérprete consti-  
tucional– no se queda en el ámbito de las opiniones  
(*doxai*), sino que va más allá, al estar ordenado a la  
búsqueda de la verdad de las cosas (*episteme*) que  
integran la realidad jurídica. Ese saber, sin embargo,  
tampoco puede reducirse al conocimiento teórico,  
porque el saber del derecho, que es razonamiento  
práctico, ha de pensarse en términos de medios y de  
fines, ya que es un saber orientado y ordenado a la  
realización de la justicia en casos concretos. El objeto de  
este saber no es, por tanto, un simple *objeto de espe-  
culación*, ni tampoco un concepto *a priori*; es un *obje-  
to realizable, operable*, que discierne *lo suyo* o *lo  
debido*. El saber jurídico, como saber práctico, está  
afianzado en un modo de conceptuar la realidad, que  
ha de tener en cuenta unas mínimas exigencias lógicas,  
que son, *de cierta manera*, exigencias de la misma rea-  
lidad. En este sentido, la lógica jurídica supone la  
ontología jurídica.

Y es que si no hay *razones* para que el jurista justifique  
o fundamente una determinada pretensión jurídica,  
tampoco puede exigírsele al juez que justifique o fun-  
damente sus decisiones judiciales. Esa exigencia de  
argumentación también ha de predicarse de todo  
aquel que ejerza el oficio del jurista, sea en la condi-



ción de profesor, de demandante, de coadyuvante o de impugnante.

El libro se detiene a presentar y refutar las falacias de las demandas que, en la fecha de escritura de esta presentación, están pendientes de la decisión de la Corte Constitucional, razón por la cual tres de los capítulos que lo integran conservan la redacción propia de los memoriales que en su momento fueron presentados para impugnar las pretensiones de los demandantes. Dos de esos escritos –el de la profesora colombiana Ilva Hoyos y el del jurista argentino Jorge Scala– consideran que las dos demandas, así como el concepto del Procurador General de la Nación, incurren en una serie de falacias que, en relación con aquéllas, podrían llevar a la Corte a declarar la *ineptitud de demanda*, figura con la que se expresa la exigencia de una racionalidad jurídica mínima, a la que no puede sustraerse el actor de una acción pública de inconstitucionalidad, porque los argumentos para defender sus tesis jurídicas han de ser necesariamente racionales, pues, en caso contrario, se impondría la idea de que las decisiones o los conceptos jurídicos pueden tener carácter irracional, y en un *régimen de irracionalidad jurídica* lo que subyace es una comprensión del derecho como fuerza o como poder, concepto que niega su racionalidad y, por ende, desconoce que el saber jurídico, en su esencia, es un saber humano.

Bien podría decirse que si la racionalidad es una dimensión esencial de la juridicidad, todo aquello que se diga jurídico debe ser razonable. El control constitucional es, *en cierta manera*, un control de la racionalidad de las normas demandadas, que es, del mismo modo, un control de la realidad de esas normas. A los

jueces corresponde ese doble control, que se concreta en la *relación iusconstitucional* que se establece entre los ciudadanos –los demandantes, pero también quienes impugnan o respaldan la norma demandada– y el Estado.

Esta es la razón de que toda demanda de inconstitucionalidad deba cumplir formal y materialmente con los requisitos establecidos por el artículo 2º. del Decreto 2067 de 1991, entre ellos «2. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados». Y si bien es cierto, como lo ha reconocido la Corte, que aunque las acciones públicas le permiten al ciudadano actuar sin mayores exigencias de técnica jurídica ordinaria, en razón de la presunción constitucional de que gozan las normas legales, el ciudadano tiene una carga mínima que lo obliga a sustentar de manera específica el concepto de violación, con el fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional. Ese concepto de «violación» implica no sólo citar las normas constitucionales presuntamente vulneradas, ni afirmar que determinada norma contraría la Constitución, sino, ante todo, manifestar las razones específicas, inteligibles, pertinentes y suficientes de iniciar, al menos, un análisis que conduzca a desvirtuar la presunción de constitucionalidad. A juicio de la Corte, ésta es la justificación del deber de formular y sustentar los cargos concretos contra la norma demandada, que han de contener razones *claras* (debe haber un hilo conductor en la argumentación), *ciertas* (la demanda debe recaer sobre una proposición jurídica real y existente), *específicas* (debe definirse la manera como la disposición acusada vulnera la Constitución) y *suficientes* (deben determinarse los elementos de juicio argumentativos y probatorios).



Las dos acciones públicas de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la ley 599 de 2000, cada una en su estilo, carecen del rigor jurídico exigido en escritos que demandan la aplicación de la justicia constitucional. Es cierto que no es labor de la Corte Constitucional escudriñar la manera de pensar de los actores, pero sí es de su competencia, en orden a la administración de justicia, conocer cuáles son los argumentos o las razones a través de las cuales los actores solicitan la declaratoria de inexecutable de la norma demandada, con el fin de hacer explícitas las incongruencias, no sólo lógicas sino también jurídicas, de su argumentación, así como con el de restarle fuerza a la parte emocional de la demanda. Es razonable pensar, por tanto, que si el demandante ha de utilizar unas exigencias mínimas, con mayor razón el juez constitucional ha de dar mayores razones para definir y decidir la controversia iusconstitucional.

En ese ámbito ha de entenderse el título del presente libro, *Constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, que no parte de la idea de que la Corte Constitucional vaya a ratificar y a justificar su decisión en las falacias y en los sofismas de las demandas. Por el contrario, los autores de esta obra parten de la idea de que a la Corte debe exigírsele una exhaustiva justificación de su decisión judicial. Y si están contenidas en las acciones públicas de inconstitucionalidad, esas falacias formarán parte de los antecedentes de las sentencias con las que la Corte Constitucional dirima el conflicto planteado.

### ***Un libro de Derecho Constitucional***

El título del libro también le insinúa al lector que está frente a una obra de derecho constitucional, no en el sentido de los manuales tradicionales, sino en el de

una reflexión jurídica que, más que hacerse en abstracto, debe afianzarse en la realidad de la cuestión debatida. Digámoslo de otra manera. Este libro no adquirió su carácter constitucional por el hecho de mencionar y de analizar las decisiones que la Corte Constitucional colombiana ha adoptado en relación con el aborto. Tampoco por las previsiones que puedan hacerse acerca de la decisión que este año (2005) la Corte ha de adoptar. La razón de su constitucionalidad es más de fondo, porque la problemática del derecho a la vida, y en especial la protección de la vida naciente, implica una valoración de los principios y derechos fundamentales, que actúan como razón de ser de la estructura y de la organización del Estado. Esos elementos valorativos adquieren especial significación en la sentencia con la que el Alto Tribunal resuelve las demandas presentadas, pero su constitucionalidad no está ceñida a la decisión judicial sino a las peculiaridades de la interpretación constitucional, que, como ejercicio de racionalidad práctica, tiene carácter valorativo y argumentativo. Buena parte de este libro está referida a la forma como la Corte Constitucional ha justificado sus decisiones en torno a la penalización del aborto, pero también los primeros cuatro capítulos, especialmente, realizan un ejercicio de hermenéutica constitucional, que en cierto sentido también puede considerarse un antecedente de la decisión judicial.

Los autores somos conscientes de que la valoración o ponderación de la norma demandada se hace respecto de uno de los temas polémicos y fundamentales en un Estado Social del Derecho: el derecho a la vida. Bien podría decirse que en el reconocimiento y la protección de ese derecho, unidos al principio del respeto de la dignidad humana, la Constitución articula los

demás principios y derechos fundamentales. Ahí radica la complejidad del ejercicio hermenéutico, que ha de realizar no sólo el juez constitucional, sino también los diferentes operadores jurídicos que intervienen, cada uno con su propia responsabilidad, en la adopción de las decisiones judiciales. Esa «mayor complejidad» exige que la justificación o fundamentación de la sentencia constitucional vaya más allá de la técnica jurídica y haga uso de una justificación política y —¿por qué no decirlo?— también de una justificación científica, ética y filosófica.

El ejercicio hermenéutico del derecho constitucional también exige a sus intérpretes discernir de la manera más ponderada las fuentes de éste y armonizarlas con fuentes de otras áreas del derecho que, como en este caso, se coimplican, porque el saber jurídico, lejos de ser excluyente, es integrador. Entre dichas áreas han de mencionarse los derechos humanos, el derecho internacional, el derecho penal, el derecho civil, el derecho comparado, la teoría del derecho y la filosofía. Son éstas, por cierto, las perspectivas de análisis que el lector podrá encontrar en esta obra.

Quienes defendemos la constitucionalidad de la penalización del aborto hemos sido atacados por supuestamente hacerlo con argumentos no jurídicos. Este libro también pretende dar respuesta a quienes desde orillas distintas consideran que no hay argumentos filosóficos, jurídicos, éticos, médicos, genéticos y biológicos para defender la integridad del derecho a la vida. Esta obra, por tanto, pretende contribuir, de la manera más razonable y razonada posible, a un debate que no podrá considerarse resuelto con la decisión que en un sentido u otro adopte la Corte Constitucional, porque aquélla, cualquiera que llegare a ser, podría ser even-

tualmente revisada por el Constituyente Primario, apelando a aquello que la misma Corte ha considerado expresión de la «Constitución viviente».

De alguna manera, las intervenciones ciudadanas que se han presentado en defensa de la inconstitucionalización del aborto y, por ende, en la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción, y que, según datos de los medios de comunicación, son apoyadas por dos millones de ciudadanos, parecen ratificar este aserto. En efecto, se trata de ciudadanos, unos con mayores habilidades sintácticas y semánticas que otros, que han asumido la defensa de la Constitución, precisamente en defensa de sus derechos. Ese antecedente real de la «Constitución viviente» es una forma de mostrarle a la Corte Constitucional que no hay cambios políticos, sociales o culturales que justifiquen una decisión a favor de la despenalización del aborto o de una declaración judicial sobre el derecho a abortar. Habrá que esperar la valoración que la Corte Constitucional haga de esas intervenciones, que son claro precedente de participación ciudadana en una temática que afecta en su núcleo esencial los derechos fundamentales.

### ***Un libro de derechos humanos***

Los siete escritos que se reúnen en este libro tienen como elemento común el hecho de abordar, según perspectivas diversas, la cuestión de los derechos humanos, que se constituye en la raíz de lo que algunos han denominado la «concepción argumentativa del derecho» o lo que podría decirse de manera clásica como la «concepción prudencial del derecho».

No es éste el momento de insistir en la importancia de los derechos humanos, ni de ahondar en la interpreta-

ción constitucional de esos derechos. Quizá sea suficiente afirmar que la problemática jurídica es, ante todo, una problemática de coexistencia humana y, en este sentido, una problemática antropológica, que es, precisamente, lo que le otorga al saber jurídico el carácter de racionalidad práctica, esto es, de racionalidad ordenada a establecer las relaciones justas entre las personas y los derechos, porque lo humano y lo jurídico se relacionan. Considero razonable afirmar que esa relación caracteriza toda controversia jurídica, en la que el operador jurídico ha de juzgar, corregir, aprobar, persuadir, en orden a la realización de acciones concretas que se ajusten o adecuen respecto de aquello que es lo justo o lo debido. La dimensión controversial del razonamiento judicial sobre los derechos humanos ha de indagar cuáles son los medios legítimos de proteger un derecho, lo que puede entenderse, según la terminología de la Constitución colombiana, como un fin esencial. El derecho es fin, precisamente, en referencia a la coexistencia justa entre las personas o, si se prefiere, al respeto de la dignidad debida a todo ser humano.

Esto explica por qué la cuestión iusconstitucional del aborto va más allá del formalismo jurídico, ya que, en su más radical sentido, afecta –y de qué manera!– a seres humanos concretos. Es comprensible, por tanto, afirmar que, en un caso como el del aborto, la decisión tendrá repercusión sobre seres humanos concretos, sean éstos la mujer embarazada que decida abortar o el ser humano que se elimine por la acción abortiva. Esa apelación a la racionalidad y a la realidad misma justifica que los autores defiendan ante la opinión pública, así como ante la academia, sus ideas con espíritu optimista.

## SEGUNDA PARTE:

### **LAS PRETENSIONES Y LOS ARGUMENTOS DE LAS DEMANDAS QUE PRETENDEN DESPENALIZAR EL ABORTO**

#### ***Los argumentos de la primera demanda***

El 14 de abril de 2005, la ciudadana Mónica Roa presentó ante la Corte Constitucional una demanda contra el artículo 122 del Código Penal, que tipifica el delito de aborto. Se iniciaba así uno de los más polémicos procesos de la historia de la jurisdicción constitucional en Colombia. A la de esta abogada hay que añadir la presentación de una demanda paralela contra el mismo artículo, que ha dado lugar a la existencia de dos procesos paralelos sobre el mismo tema, que en ocasiones aparecen ante la opinión pública como si se tratara de uno solo.

La primera demanda, que por su extensión y elaboración ha sido objeto de mayor difusión pública, solicita a la Corte Constitucional la declaratoria de la inexecutable total del artículo 122 de la ley 599 de 2000 (Código Penal) o que, en subsidio, declare la constitucionalidad condicionada del mismo bajo el entendido de que el tipo penal no cobije el aborto realizado en las siguientes circunstancias: «(i) que se encuentre en peligro la vida o la salud de la mujer; (ii) que el embarazo sea resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, y (iii) cuando exista una grave malformación del feto, incompatible con el desarrollo de la vida extrauterina».

En opinión de la demandante, la norma impugnada es violatoria de la Constitución Política por cuanto desconoce la obligación del Estado de cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, establecida en el artículo 93 de la Carta Política, y los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad, la igualdad y no discriminación, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad, así como el principio de respeto a la dignidad humana.

Antes de desarrollar los antedichos cargos contra el artículo 122 del Código Penal, la demandante se ocupa de algunas cuestiones de procedibilidad, específicamente de la relativa a la existencia o no de cosa juzgada material respecto de la norma demandada, toda vez que la Corte Constitucional declaró exequible, en sentencia c-133 de 1994, una norma idéntica a la ahora demandada. Para la actora no es posible predicar la existencia de cosa juzgada constitucional sobre el problema del aborto, ya que, a pesar de existir un pronunciamiento de fondo previo al respecto, las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento al pronunciamiento de la Corte no subsisten, por cuanto desde el momento del fallo (1994) se ha presentado un cambio de la jurisprudencia constitucional, tanto en materia de aborto como en materia de bloque de constitucionalidad.

Según la demandante, el cambio de jurisprudencia constitucional en materia de aborto estaría dado por el cambio «de percepción de la ponderación del derecho a la vida frente a los derechos de la mujer», que introduce la aclaración de voto a la sentencia c-647 de 2001, en la cual se declara exequible el parágrafo segundo del

artículo 124 del Código Penal. En efecto, en la citada aclaración los magistrados firmantes (Clara Inés Vargas, Manuel José Cepeda, Jaime Araújo y Alfredo Beltrán) consideraron que el derecho a la vida del *nasciturus* debía sopesarse y armonizarse con los derechos y la dignidad de la madre, de modo que, así como resultaba impensable llegar a extremos como la despenalización total del aborto, tampoco era admisible el desconocimiento de los derechos y la dignidad de la mujer mediante la prohibición total de la conducta, por lo que se imponía la aceptación de la misma en determinados casos y bajo ciertos supuestos, como, por ejemplo, la violación. Así mismo, los magistrados resaltaron en dicha oportunidad que la práctica de abortos clandestinos y poco higiénicos ponía en grave riesgo la salud y la integridad de las mujeres y que, al estar muy difundida, tal práctica constituía una realidad social que no podía desconocerse. Por último, los magistrados firmantes declararon que el factor temporal, esto es, el criterio que atiende al grado de desarrollo del feto, no podía ser desconocido en el proceso de ponderación de los derechos de la madre y del *nasciturus*.

En cuanto al supuesto «cambio de jurisprudencia en materia de bloque de constitucionalidad», la demandante señala que es necesario «tener en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que en virtud del bloque de constitucionalidad, son criterio de interpretación de los derechos fundamentales». Dentro de la referida «jurisprudencia» se encontrarían las recomendaciones de algunos organismos de monitoreo de tratados de derechos humanos, que, con posterioridad al fallo de 1994, han manifestado al Estado colombiano su preocupación por la elevada tasa de muertes maternas ocasionadas por el aborto ilegal

inseguro, y han sugerido, en consecuencia, liberalizar la legislación que penaliza el aborto en todas las circunstancias.

Por tal razón, estima la demandante que la nueva «jurisprudencia» de los organismos internacionales de monitoreo de los tratados de derechos humanos constituye un cambio de perspectiva, que debe tenerse en cuenta para valorar la penalización del aborto.

Aparte de los argumentos anteriormente planteados, para defender la tesis de la inexistencia de cosa juzgada absoluta sobre el problema del aborto, la demandante sugiere que frente a la sentencia c-133 de 1994 es probable que se configure una cosa juzgada relativa implícita, por cuanto en dicha ocasión el análisis de la Corte se limitó a examinar la constitucionalidad del artículo 343 del antiguo Código Penal, a la luz de los artículos 2, 5, 7, 11, 18, 19, 42, 43 y 44 de la Carta Política, lo cual supondría haber dejado abierto un espacio para la consideración de nuevos cargos, formulados con base en distintas normas.

En su opinión, «las recomendaciones que han formulado a Colombia los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos son nuevas y poderosas razones que justifican apartarse de la decisión anterior». Entre los organismos citados por la demanda cabe mencionar al Comité de Derechos Humanos, al Comité de Monitoreo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, al Comité de Monitoreo de la Convención de los Derechos del Niño y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La demanda concluye su pretensión de la inexistencia de la cosa juzgada en este caso concreto con el argumento de que, según lo confirma la jurisprudencia constitucional, «la Constitución tiene un carácter viviente y dinámico que le permite al juez pronunciarse de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa», con el fin de ajustar la jurisprudencia a las necesidades concretas de la vida colectiva. Con base en lo anterior, sería procedente, a juicio de la actora, que la Corte Constitucional volviera a examinar las disposiciones legales sobre el aborto para atender las exigencias de la realidad social.

Finalizadas las consideraciones sobre la procedibilidad de la demanda, se pasa a examinar las razones que sustentan la eventual inconstitucionalidad de la norma impugnada.

El primer cargo en contra de la norma es que, al desconocer las recomendaciones de los organismos de monitoreo de algunos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, el Legislador omite el deber de cumplir con los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos y desconoce normas que, en virtud del artículo 93 de la Carta Política, tienen rango constitucional. Al respecto, la demandante señala que la jurisprudencia constitucional ha considerado reiterativamente que la jurisprudencia y la doctrina de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos constituyen un criterio hermenéutico vinculante, en lo que respecta al sentido y al alcance de las normas constitucionales que reconocen derechos humanos. Así mismo, la demandante cita una copiosa cantidad de sentencias en las que la Corte Constitucional ha reconocido valor



hermenéutico a las recomendaciones de otros órganos de monitoreo de los tratados de derechos humanos, en especial de la OIR, en temas distintos al aborto. Debido a los motivos anteriormente expuestos, y en especial al hecho de que las recomendaciones de otros órganos de monitoreo han sido *efectivamente usadas por la Corte como criterio interpretativo en otros temas*, la demandante estima que negar la posibilidad de que ésta estudie las nuevas guías de interpretación contenidas en las recomendaciones constituiría una violación al derecho de igualdad.

El segundo cargo presentado por la demandante es que la prohibición absoluta del aborto desconoce los derechos a la vida e integridad física de las mujeres, por cuanto aboca a éstas a poner en riesgo su vida acudiendo a abortos que, debido a su ilegalidad, son inseguros. Por otra parte, el artículo 122 del Código Penal, al consagrar la prohibición absoluta del aborto, impide a las mujeres salvar su vida o su salud en aquellos casos en los que la condición del embarazo pone en peligro sus vidas o incrementa su riesgo de muerte.

En relación con lo anterior, la demandante señala que, en el Estado Social de Derecho, el derecho a la vida posee una dimensión objetiva, es decir, una exigencia de protección y cumplimiento efectivo, que obliga a las autoridades a tomar medidas positivas de protección a la vida, entre las cuales se encontrarían, a juicio de la actora, la despenalización del aborto y la garantía de que éste se realice en condiciones seguras.

Por otra parte, la prohibición absoluta del aborto desconoce derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, en especial el derecho a la salud de la

madre. La sustentación de este argumento radica en el hecho de que de la interpretación que el Comité de Monitoreo de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CCDaw, por sus siglas en inglés) ha hecho del artículo 12 de la misma, referente al derecho a la salud, se desprende que este derecho incluye la posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, entre los que estaría el aborto. Aparte de lo anterior, la prohibición total del aborto impide a las mujeres combatir enfermedades directamente relacionadas con el estado de embarazo o agravadas por éste.

Así mismo, señala la demandante que el artículo 122 del Código Penal es violatorio del derecho a la igualdad, por establecer «barreras legales que impiden el acceso a tratamientos médicos que sólo requieren las mujeres para proteger su vida o su salud» y porque, por otra parte, sólo las mujeres de bajos recursos se ven obligadas a acudir al aborto ilegal inseguro, puesto que las de recursos más elevados tienen la oportunidad de acudir a un médico particular o de practicarse el aborto en países extranjeros en los que esta conducta sí es permitida. Además, la prohibición total del aborto desconoce el derecho a la igualdad, por cuanto les impone a las mujeres roles de género (como el de madre) que resultan discriminatorios.

A juicio de la actora, la penalización total del aborto desconoce, además, el derecho a la dignidad humana de las mujeres, por cuanto, al no excluir de su órbita de aplicación los casos de violación e inseminación artificial no consentida, obliga a la mujer a llevar a término un embarazo no deseado por ella, sólo para satisfacer los deseos de *otros* (la sociedad, la familia o los gobier-

nos) a quienes sí interesa el fruto del embarazo. Esta actitud constituye, en opinión de la demandante, «una negación instrumental de la dignidad humana de la mujer y un abuso de sus capacidades reproductivas». A lo anterior hay que sumar que la penalización del aborto en caso de violación impone conductas realmente heroicas a las mujeres embarazadas, quienes en muchos casos son niñas o adolescentes. Por lo demás, la actora señala que no puede olvidarse que en Colombia la violación se ha utilizado como un arma de guerra por los diferentes actores del conflicto armado, y que esta conducta constituye, según lo han expresado diferentes tribunales internacionales, una forma de tortura, un crimen de guerra e, incluso, una forma de terrorismo.

Otro tipo de embarazos no deseados es el de los que se presentan cuando durante la gestación se detectan malformaciones incompatibles con la vida extrauterina. La actora sostiene que, en este caso, los derechos fundamentales de la mujer (a la vida, la libertad, la dignidad, la intimidad, la salud, etc.) se ven ilegítimamente restringidos, con el único fin de dar protección a una vida que no tiene futuro. Argumenta, además, que la referida violación de los derechos fundamentales de la mujer se incrementa cuando el embarazo logra culminar, y la mujer es obligada a amamantar y cuidar a una criatura monstruosa, que ha de morir al poco tiempo.

Por último, la demandante afirma que la prohibición total del aborto constituye una violación de los derechos de la mujer a la autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, por cuanto, por una parte, le impide decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y los intervalos

entre sus nacimientos y, por otro lado, restringe su derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo.

### **Los argumentos de la segunda demanda**

La segunda demanda, notablemente más corta que la anterior, después de referirse a las razones por las cuales no puede predicarse la existencia de una cosa juzgada material respecto de la sentencia 133 de 1994, expresa que la norma violada desconoce los derechos fundamentales a la vida (art. 11), la igualdad (arts.13 y 43) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), así como la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles o degradantes (art. 12).

Sobre la cuestión relativa a la cosa juzgada, los demandantes comparten el criterio expresado en la primera demanda, al afirmar que la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 introduce una variación en la jurisprudencia sobre el aborto. Aparte de lo anterior, sostienen que en la misma sentencia c-133 de 1994 se hace mención del derecho a decidir el número de hijos que existe en cabeza de la pareja.

Por otra parte, y en palabras no exentas de cierto grado de confusión, los demandantes expresan que el artículo 122 del Código Penal desconoce el derecho a la vida de la madre, por cuanto «está enfocado a la protección del *nasciturus*, excluyendo a la madre de esta protección constitucional».

Así mismo, según ellos, el artículo impugnado desconoce el artículo 12 de la Constitución Política, por cuanto, en la medida en que se castiga a la mujer por la terminación del embarazo no deseado, especialmen-

te en los casos de violación, se la está «estigmatizando [...] al imputarle un delito sin tener en cuenta las circunstancias extraordinarias de la concepción que posteriormente indujeron al aborto». En este punto, existe cierta confusión en la redacción original de la demanda, puesto que en ella no se señala expresamente que la violación del artículo 12 tiene lugar exclusivamente en los casos de embarazo por violación.

El artículo 122 del Código Penal desconocería, así mismo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, al disponer que «el aborto se penalice así sea el fruto de un acto en el cual no se expresó la voluntad de la mujer. Entendiendo así [*sic*], la restricción del libre desarrollo de la personalidad sin darle cabida al libre albedrío de la mujer para con el fruto de dicho acto involuntario». En este punto es necesario resaltar que la demanda es confusa, pues tampoco establece si el supuesto de hecho en el que se tendría lugar este desconocimiento es cualquier embarazo no deseado o únicamente aquel en el que no hubo consentimiento desde el momento de la concepción.

La demanda sostiene, por otra parte, que el artículo en cuestión desconoce el derecho a la igualdad y, más específicamente, a la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer, y a la protección especial de esta última durante el embarazo, por cuanto la obliga a «acudir a sitios clandestinos para la práctica del aborto cuando esta no puede o no considera conveniente el nacimiento de su hijo», y porque además se constituye, para las mujeres, en una forma de «sometimiento a la discriminación cuando, coaccionadas por estas razones, se les atribuye una conducta punible».

### TERCERA PARTE:

#### DE LOS AUTORES Y DE SUS TESIS

El prólogo de la obra lo realiza Richard Stith bajo el sugestivo título “Un camino equivocado”. En su escrito, él plantea algunos de los pilares de las decisiones sobre el aborto de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del correspondiente tribunal alemán. A juicio del autor, la antijuridicidad del aborto no implica que el Estado pueda adoptar algunas medidas alternativas que, sin dejar de proteger la vida humana desde el momento de la concepción, protejan de manera más efectiva algunos de los derechos de la mujer.

El profesor Stith es abogado y doctor en Ética por la Universidad de Yale. Ha realizado estudios de Teoría Política en las universidades de Harvard, California y Berkeley. Ha sido director del Programa de Bioética de la Escuela de Medicina de Universidad de San Luis, es miembro del Consejo Consultivo de la National Lawyers Association de Estados Unidos y es miembro del Comité Editor del *American Journal of Comparative Law*. Ha intervenido en el Subcomité de cuestiones bioéticas del Senado de Estados Unidos en temas de su especialidad, y actualmente es profesor de la Escuela de Leyes en la Universidad Valparaíso, en Indiana. Entre sus obras han de citarse el artículo publicado en el 2003 bajo el título «Location and Life: How *Stenberg v. Carhart* Undercut *Roe v. Wade*», en el que expone las contradicciones sobre la legislación y la jurisprudencia del aborto en los Estados Unidos; «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law»; «The Rule of Law vs. the Rule of Judges: A Plea for Legal Pluralism»; «On Death and

Dworkin»; «A Critique of his Theory of Inviolability»; «The Priority of Persons», y «La vida considerada como cosa».

La primera parte del libro que presentamos, titulada *Respuesta a las falacias en el caso colombiano*, reúne cuatro escritos, que se relacionan de manera directa con las demandas presentadas ante la Corte Constitucional contra el artículo 122 de la ley 599 de 2000. Los tres primeros corresponden a las intervenciones ciudadanas que cada uno de los autores presentó ante el Alto Tribunal para impugnar una de las demandas sobre el aborto y conservan una redacción de memoriales. El cuarto corresponde a una crítica al concepto que el Procurador General de la Nación rindió sobre la primera demanda presentada.

«Entre el delito del aborto y el derecho a abortar» es el escrito de la profesora Ilva Hoyos, quien presenta algunos resultados de una de las líneas de investigación en las que actualmente trabaja: Derechos Humanos y Ciencia Política. Este escrito es la intervención ciudadana que presentó ante la Corte Constitucional para impugnar la primera demanda sobre el aborto y en la que desarrolla una crítica de los aspectos formales y sustanciales de la demanda. En la primera parte estudia seis problemas jurídicos previos:

- si hay ineptitud de demanda,
- si existe cosa juzgada material y cosa juzgada relativa implícita,
- si las recomendaciones de los comités de monitoreo de derechos humanos tienen carácter vinculante,
- si el Congreso de la República, al aprobar el artículo 122 de la ley 599 de 2000, discutió los casos de despenalización previstos en la demanda, y

- si los magistrados que suscribieron la aclaración de voto de la sentencia C-647 de 2001 prejuzgaron sobre el aborto.

En la segunda parte estudia dos problemas jurídicos de fondo:

- si la norma que tipifica el delito del aborto desconoce el artículo 93 constitucional, así como los derechos de la mujer reconocidos en la Constitución, y
- si el artículo 122 de la ley 599 de 2000, en protección del valor *vida* y del derecho fundamental a la vida, genera un conflicto sobre la protección de los derechos de la mujer embarazada.

La profesora Hoyos es doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Ha realizado cursos sobre Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid, en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Ha sido directora del Centro de Investigaciones Jurídicas, decana de la Facultad de Derecho y directora del Instituto de Humanidades (1996-2000), todos de la Universidad de La Sabana. Es autora, entre otros, de los siguientes libros: *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico* (2005), *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas* (2000), *El concepto de persona y los derechos humanos* (1991) y *El concepto jurídico de persona* (1989). Ha publicado artículos científicos sobre los temas de su especialidad, en diversas revistas nacionales y extranjeras. Es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; del Consejo Directivo de Plural; de la Cátedra Ciro Angarita para la Infancia, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los

Andes; de la Bibliothèque de Philosophie Comparée; de la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, y de la Corporación Complexus. Actualmente es profesora investigadora del Departamento de Ciencia Política y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, y en su condición de tal dirige la investigación institucional «El principio de la dignidad como criterio de justificación o fundamentación de las decisiones constitucionales sobre derechos humanos».

Claudia Helena Forero Forero es la autora del capítulo titulado «¿Jerarquización, ponderación o proporcionalidad? Dilema metodológico en la problemática del aborto». La autora estudia en él la resolución del posible conflicto entre los derechos del *nasciturus* y los derechos de la mujer embarazada, a través del estudio de la finalidad de la disposición penal demandada. A su juicio, más que un conflicto de derechos lo que puede darse es un conflicto de «pretensiones» enfrentadas, que se amparan –ambas– en una norma de derecho fundamental semántica y de estructura abierta. Plantea la solución a ese conflicto a partir de la jerarquización de la ponderación y el *test* de razonabilidad de los derechos.

La profesora Forero es abogada de la Universidad de La Sabana y profesora de su Facultad de Derecho en las asignaturas de Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho e Introducción al Derecho. Ha trabajado la interpretación constitucional a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Desarrolla su tesis doctoral con la asesoría de la doctora Ilva Myriam Hoyos Castañeda, bajo el título provisional de «Propuestas de la nueva racionalidad jurídica frente al aparente conflicto entre el derecho a la vida y los derechos de libertad.

Estudio realizado según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana». Además, participa en la investigación institucional «El principio de la dignidad como criterio de justificación o fundamentación de las decisiones constitucionales sobre derechos humanos», que adelanta el grupo de investigación *Razonamiento Constitucional y Fundamento del Derecho*, del cual hace parte.

A juicio del jurista Rafael Nieto Navia, sólo los tratados internacionales sobre derechos humanos –y no clase alguna de informes, sugerencias o recomendaciones, por importantes y respetables que sean– sirven de pauta en la interpretación de los derechos y deberes reconocidos en la Constitución. Las «recomendaciones» de los comités de monitoreo no tienen carácter vinculante: sólo recomiendan. Esas «recomendaciones» sólo van dirigidas al Gobierno y al Congreso, no a la Corte Constitucional. Estas tesis las presenta en el capítulo titulado «Aspectos internacionales de la demanda contra la penalización del aborto».

Rafael Nieto Navia es abogado de la Universidad Javeriana, experto en Derecho Internacional. Ha sido juez *ad litem* del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, juez de la Cámara de Apelaciones de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, juez y presidente del Tribunal Arbitral Internacional Argentino-Chileno para el trazado del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, miembro del Grupo Nacional Colombiano de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, miembro de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de Colombia y conjuer de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



Entre sus libros pueden mencionarse los siguientes: *Derecho internacional público* (1990); *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: su jurisprudencia como mecanismo de avance en la protección de los derechos humanos y sus limitaciones* (1991); *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos* (1993), y *Estudios sobre derecho internacional público* (1993). Pertenece al Institut de Droit International y a la American Society of International Law.

Bajo el título «El dictamen del Procurador: ideología vs. derecho», el jurista argentino Jorge Scala considera que el concepto del Procurador General de la Nación sobre una de las demandas contra el artículo 122 de la ley 599 de 2000, aunque reúne cierta coherencia lógica, se basa en una serie de afirmaciones dogmáticas que no son debidamente probadas y lo convierten en un documento que recoge un conjunto de falacias, cuya herramienta común es la «manipulación del lenguaje». Del mismo modo, considera que el concepto, contra toda evidencia, crea una categoría de colombianos –las personas por nacer– que carecen de los más elementales derechos, ya que su vida depende de la arbitraria «tolerancia» materna. Con esa tesis se desconoce el principio *pro homine* sobre el que se estructuran los derechos humanos.

Jorge Scala es abogado, profesor de Bioética en la Maestría en Desarrollo Humano de la Universidad Libre Internacional de las Américas (ULIA) y miembro adherente de la Organización Internacional para el Desarrollo de la Libertad de Enseñanza (Oidel), con Estatuto Consultivo ante el Ecosoc (categoría III), la Unesco y la

OEA. Integró el equipo interdisciplinario que ganó el caso «Portal de Belén» en la Corte Suprema de Justicia argentina, por el cual se reconoció con valor constitucional la inviolabilidad del derecho a la vida de todo ser humano «desde el momento de la concepción». Recibió el Premio Tomás Moro 2004, en la categoría «Justicia», entregado por el Instituto Tomás Moro de la República del Paraguay. Es autor de los libros *Género y Derechos Humanos*, *Matrimonio o divorcio*, *La familia en el siglo XXI* e *IPPF: la multinacional de la muerte*, que recibió el premio Primera Faja de Honor Leonardo Castellani, cuya segunda edición se publicó en Costa Rica en el 2001 y cuya tercera edición se publicó en Brasil, en portugués, en el 2004; además, es coautor, entre otros, de los siguientes libros: *La mujer hoy - Después de Pekín* y *Valor de la vida - Cultura de la muerte*.

La segunda parte, *Respuestas a las falacias desde el derecho internacional*, reúne dos artículos de juristas estadounidenses. El primero es «La crucial conexión entre el derecho internacional y la vida», de Richard Wilkins, en el que se defiende la tesis de que a nivel internacional no existe el «derecho al aborto». Del mismo modo, el autor resalta que algunos documentos y reglas de la ONU están cubiertos de un ropaje de elegante retórica y, amparados en el tema de los derechos humanos, generan disposiciones sin significado, vacuidad que se oscurece mediante el uso premeditado de términos vagos e indefinidos, con los cuales se acuñan expresiones como «acceso a servicios de salud reproductiva» o «embarazos forzados».

Richard G. Wilkins es doctor en Derecho (J. D.) (*summa cum laude*) de la Escuela de Leyes «J. Reuben



Clark», de la Universidad Brigham Young (Utah); Director General del World Family Policy Center, de la Universidad Brigham Young, y profesor asociado de la Escuela de Derecho de esta misma universidad, en la que ha regentado cátedras y escrito ampliamente sobre derecho constitucional, derecho internacional, derecho de familia, derecho federal y asesoría legal. Se desempeñó como asistente del Procurador General del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ha asesorado a la Asamblea General de la ONU, la Comisión para el Desarrollo Social y la Comisión de Arreglos Humanitarios en temas de su especialidad.

«Violencia en contra de los niños: la protección de los niños nacidos y los no nacidos en el marco de la Convención de los Derechos del Niño» es el último capítulo de este libro. Su autor, el profesor Bruce Abramson, defiende la tesis de que entre los grupos demográficos que requieren mayor atención están los niños no nacidos y los niños recién nacidos, porque son los más vulnerables de todos. A su juicio, es difícil encontrar un grupo de seres humanos que haya sufrido la muerte en tan aterrador número. Su escrito estudia, de manera detallada, la violencia que se ejerce contra el niño en el infanticidio, la eutanasia y el aborto.

Bruce Abramson es doctor en Derecho por la Universidad de California, experto en Derechos Humanos. Trabaja para agencias de la ONU y para ONG'S en temas de niñez y adolescencia y de la Convención de los Derechos del Niño. Ha escrito y publicado más de cuarenta documentos, entre los que se encuentran *Refugee Children: Guidelines on Protection and Care* (UNHCR, Geneva, 1994) y muchos otros sobre

interpretación de la Convención de los Derechos del Niño. Ha asistido a todas las sesiones del Comité para la Convención de los Derechos del Niño y ha participado en todas las discusiones generales de este comité.

El lector tiene en sus manos, entonces, una obra de investigación dedicada a la cuestión del aborto, enmarcada en el contexto de las demandas que cursan ante la Corte Constitucional colombiana, así como en el del derecho internacional. Es de desear que este libro contribuya a dar respuestas a las falacias que han caracterizado el debate del aborto en Colombia.

En mi condición de editora, agradezco a cada uno de los autores por haber aceptado que sus intervenciones ante la Corte o sus escritos formaran parte de esta obra monográfica, que es una investigación seria y actual sobre el derecho a la vida. No dudo en afirmar que *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, además de ser un libro de lógica jurídica, de derecho constitucional y de derechos humanos, es una auténtica obra de investigación, escrita por reconocidos profesores, que tienen, además, la calidad de ser autores en su sentido más escrito. Estos escritos han llegado a conformar este libro gracias al interés del gerente de la Editorial Temis, Erwin Guerrero, quien ha aceptado, por considerarlo de especial interés, que tres de los capítulos conservaran el estilo de un memorial de impugnación ante la Corte Constitucional. Espero que el esfuerzo de los autores y de la editorial se vea recompensado por la difusión de esta obra, que está llamada a contribuir a los debates que se adelantan en Colombia en torno a la despenalización del aborto.