

Una sentencia en Colombia anulando un reglamento de "abortos no punibles" con resonancias en la Argentina(*), Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 252-207

1

Introducción sobre la sentencia del Consejo

de Estado de Colombia

A través de una sentencia del 13-3-13, el Consejo de Estado de Colombia declaró la nulidad del decreto 4444 de 2006, expedido por el Presidente de la República de Colombia, que había reglamentado la prestación de algunos servicios de salud sexual y reproductiva. El caso se inició por el planteo de un ciudadano, Luis Rueda Gómez, quien actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción prevista en el art. 84 del Código Contencioso Administrativo de Colombia solicitó el 10-7-08 que se declare la nulidad del decreto mencionado. La norma fue suspendida provisionalmente en 2009 por decisión del Consejo de Estado.

Con base en la ponencia de la magistrada María Claudia Rojas Lasso, la Sección Primera del Tribunal entendió que el Gobierno nacional, al expedir dicha norma, trató de reglamentar la

sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos específicos, sin haber una ley de por medio. Para el Consejo de Estado, sólo cuando exista una ley previa que reglamentar el Gobierno puede ejercer la facultad reglamentaria que le otorga el art. 189, inc. 11, de la Constitución Política.

En el fallo no se hacen consideraciones sobre el fondo del asunto (aborto, objeción de conciencia, entre otros temas), sino que la sentencia se limita a declarar la ilegalidad del decreto cuestionado.

En el fallo se aclara que esta decisión no significa que el Gobierno o el Consejo Nacional de Seguridad Social no puedan posteriormente dictar medidas, reglamentar o definir las políticas de salud en relación con dichos temas, siempre y cuando se acaten los parámetros establecidos en materia de reglamentación legal.

Nos hemos pronunciado sobre la injusticia de la despenalización del aborto en todos los supuestos, incluyendo la sentencia de la Corte Suprema de la Argentina en el caso "F., A. L.". Nos remitimos a nuestros artículos anteriores para no abundar en argumentos en esta ocasión. En este breve comentario, nos concentraremos en analizar el decreto cuestionado en Colombia, los argumentos del Consejo de Estado para anular ese decreto y propondremos una comparación inicial entre la situación en Colombia y la Argentina.

2

El decreto invalidado

El decreto 4444 de 2006 establecía que las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas, las empresas de medicina prepagada, las entidades departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades responsables de los regímenes de excepción y los prestadores del servicio de salud de todo el territorio nacional debían tener disponibles los servicios de aborto (interrupción voluntaria del embarazo) para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud e impedía imponer barreras administrativas para postergar la prestación de dichos servicios.

En el decreto, el Presidente invoca textualmente "sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del art. 189 de la Constitución Política y los arts. 1º de la ley 10 de 1990, 154 y 227 de la ley 100 de 1993, y 42 de la ley 715 de 2001". Sin embargo, en el primer considerando se hace mención de la sentencia sobre aborto:

"Considerando: Que la honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C-355 del 10-5-2006, declaró exequible el art. 122 de la ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

En el considerando siguiente se vuelve sobre el tema en lo que constituye el núcleo de la decisión:

"Que la honorable Corte Constitucional consideró que, aunque para la inmediata aplicación de la Sentencia C-355 de 2006 no era necesaria una reglamentación, tal circunstancia no impide que el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de la órbita de su competencia, adopte decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud y, si lo considera conveniente, expida normas que fijen políticas públicas que permitan el goce de los derechos protegidos por la Sentencia".

En el art. 1º del decreto 4444/06 aparecía claramente este propósito reglamentario de la sentencia perseguido por la norma del Poder Ejecutivo:

"Art. 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto aplican, en lo pertinente, a las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada, a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, las entidades responsables de los regímenes de excepción de que tratan el art. 279 de la ley 100 de 1993 y la ley 647 de 2001, y a los Prestadores de Servicios de Salud.

"Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSSS...".

El art. 2º se refería a la "disponibilidad del servicio" de aborto en atención a "todos los grados de complejidad que requiera la gestante". El art. 3º facultaba al Ministerio de la Protección Social a dictar normas técnicas para la atención integral de las gestantes. El art. 4º se refería al financiamiento. El art. 5º regulaba la objeción de conciencia, invocando nuevamente la sentencia del Superior Tribunal como norma a ser reglamentada:

"Art. 5º. De la objeción de conciencia. Con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la Sentencia C-355 de 2006, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo".

Por su parte, el art. 6º establecía la "prohibición de prácticas discriminatorias" con relación a la gestante, los profesionales de la salud y los prestadores de servicios de salud. Finalmente, el art. 7º incluía un régimen sancionatorio.

3

Los argumentos del Consejo de Estado

A lo largo de la sentencia, la Sección Primera del Consejo de Estado desarrolla los siguientes argumentos:

a) El aborto no es un derecho. En la sentencia del Consejo de Estado se afirma rotundamente: "No cabe duda que la sentencia C-355 de 2006 no tuvo por objeto consagrar el derecho al aborto, sino despenalizar tres eventos en los cuales su práctica no es constitutiva de delito".

b) La potestad reglamentaria del Presidente supone la existencia de una ley. El Consejo de Estado consideró que la Constitución Política confiere al Presidente de la República la facultad de ejercer la potestad reglamentaria sólo "para la cumplida ejecución de las leyes". Al respecto afirma: "Cabe precisar entonces que una cosa es expedir un decreto en uso de las facultades que confiere determinada disposición constitucional o legal, como ocurre en el presente caso y otra, muy diferente, reglamentar las leyes para lo cual se requiere, sin duda, la identificación de la ley que se está reglamentando". Igualmente, cita a la propia Corte Constitucional que "mediante sentencia C-512 de 1997 precisó que la facultad reglamentaria del Presidente de la República no es absoluta, toda vez que ella se ejerce en la medida que exista ley, la cual se convierte en el límite de la potestad reglamentaria". En síntesis, "es presupuesto sine qua non para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una ley o decreto-ley que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento". Así, se concluye: "Como no había ley para reglamentar, o por lo menos no se indicó, llegándose al punto de estar reglamentando una sentencia judicial, se configuró una indebida injerencia en la autonomía de la rama judicial".

c) No se pronuncia sobre el fondo. Igualmente, en la sentencia, "la sala advierte que la decisión adoptada en este fallo en modo alguno comprende pronunciamiento sobre la legalidad del contenido normativo del acto acusado, puesto que la razón que acarrea su nulidad es, según quedó expuesto, la vulneración del art. 189, numeral 11, de la C.P. Tampoco significa que el Gobierno Nacional o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien haga sus veces, según sus competencias, no puedan definir las políticas públicas en materia de salud y seguridad social en especial en cuanto al POS, en relación con los aspectos que fueron objeto de la decisión de despenalización del aborto".

4

Algunas semejanzas y diferencias con la situación en la Argentina

La sentencia permite establecer algunas primeras semejanzas y diferencias entre la situación en Colombia y en la Argentina, que ciertamente habrá que seguir analizando y ponderando, respetando las lógicas diversidades entre los ordenamientos jurídicos de ambos países.

En Colombia, la despenalización del aborto se concretó a través de una sentencia del Tribunal Constitucional del 10-5-06 (sentencia C-355/2006), que se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 122 del cód. penal, en los siguientes términos:

"Tercero. Declarar exequible el art. 122 de la ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

El artículo del Código Penal en juego era el siguiente:

"Art. 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Pues bien, luego de esta despenalización del aborto para ciertos supuestos, no hubo ninguna ley que legalizara el aborto y que, por tanto, diera lugar a la posibilidad de reglamentación. Sin embargo, el Poder Ejecutivo avanzó con el decreto 4444/06 que ahora ha sido cuestionado y es el Consejo de Estado el tribunal que anula el decreto.

En síntesis, en Colombia, no hubo ley de aborto, hubo sentencia del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad del Código Penal, hubo un decreto del Poder Ejecutivo reglamentando el aborto y una sentencia del Consejo de Estado anulando el decreto del Ejecutivo. Es decir, intervinieron dos instancias judiciales distintas y no intervino el Poder Legislativo, lo que inhabilita al Poder Ejecutivo a intervenir.

En la Argentina, el aborto es un delito contemplado en el Código Penal que cuenta con dos supuestos de no punibilidad (art. 86). El 13-3-12 la Corte Suprema dictó una sentencia en el caso "F., A. L." sobre aborto que difiere en varios aspectos con la sentencia del Tribunal Constitucional

de Colombia (C-355/2006). En el caso "F., A. L.", la Corte no declaró la inconstitucionalidad del delito de aborto, sino que se limitó a interpretar el Código Penal en torno a los alcances de la no punibilidad prevista en el art. 86, inc. 2º.

En esa sentencia ("F., A. L.", 13-3-12), la Corte Suprema incluyó un considerando recomendando la aprobación de "protocolos" en los siguientes términos:

"29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual".

A su vez, en la parte resolutive de la sentencia se dispone:

"2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual".

Luego de la sentencia, en algunas provincias se han dictado "leyes" de reglamentación de los abortos no punibles, mientras que en otras provincias ha sido el Poder Ejecutivo el que ha impulsado normas técnicas para la realización de los abortos.

En comparación con la situación planteada en Colombia, en la Argentina el control de constitucionalidad de las normas no está asignado a un cuerpo judicial especialmente investido de esa competencia, como en Colombia, sino que es difuso (recae en todos los tribunales), de modo que cualquier planteo que se haga contra un protocolo de aborto en razón de la inexistencia de una "ley" encontrará como instancia final de control judicial a la misma Corte Suprema que dictó la sentencia "F., A. L." (2012) y recomendó la sanción de protocolos.

El punto será saber si con la expresión "normas del más alto nivel" incluida en el consid. 29 y en el pto. 2 de la parte resolutive de la sentencia en el caso "F., A. L." la Corte se está refiriendo de manera inexcusable a "leyes", o bien si podrían admitirse protocolos dictados directamente por el Poder Ejecutivo nacional o local. Este punto sería el eje de una comparación con la sentencia del Consejo de Estado de Colombia comentada.

De este modo, a la luz del caso colombiano que estamos comentando, podría pensarse en una nulidad de los decretos y otras normas del Poder Ejecutivo que dispusieron procedimientos para la realización de abortos no punibles, en tanto no habría habido intervención del Poder Legislativo.

Por otra parte, en la Argentina, la Corte Suprema se arrogó una cierta potestad legislativa al ordenar la realización de "protocolos" e indicar su contenido, cuando en realidad no existe un "derecho al aborto" y la situación contemplada en el caso "F., A. L." refería a un supuesto de no punibilidad. Así, la sentencia que estamos comentando también podría dar lugar a un cuestionamiento de todo protocolo de abortos no punibles en tanto no existe un tal derecho al aborto. Desde ya, parecería difícil que la misma Corte que dictó la sentencia "F., A. L." revise su contenido, pero podría darse en un futuro con otra composición.

5

Conclusiones

Como hemos dicho, la sentencia no se pronuncia sobre el fondo del asunto, que es la injusticia del aborto procurado que violenta el derecho a la vida del niño por nacer. Sin perjuicio de ello, en lo que concierne a sus contenidos, podemos señalar tres conclusiones de cara a los debates sobre aborto:

a) En primer lugar, la sentencia devuelve el debate al ámbito parlamentario, de modo que sea en ese marco donde se discuta la problemática del respeto de la vida humana naciente y del apoyo a la maternidad.

b) En segundo lugar, pone un límite al Poder Ejecutivo en su pretensión de incursionar en facultades legislativas, en tanto anula el decreto que, con el solo fundamento en la sentencia y una vaga referencia a otras leyes, pretendía disponer sobre la forma de realizar el aborto.

c) Señala que la sentencia de la Corte Constitucional (C-355/2006) no creó un supuesto derecho al aborto y, por tanto, la cuestión todavía permanece como un supuesto de "no punibilidad".

VOCES: PODER JUDICIAL - ABORTO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DELITOS CONTRA LAS PERSONAS - BIOÉTICA - PERSONA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - JURISPRUDENCIA - DERECHOS HUMANOS - TRATADOS Y CONVENIOS - MÉDICO - DISCAPACITADOS - MEDIDAS PRECAUTORIAS - FILOSOFÍA DEL DERECHO - MENORES - DERECHO PENAL - DERECHO COMPARADO

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Cuando la ideología desplaza al derecho. A propósito del fallo de la CS sobre aborto no punible, por Alberto M. Sánchez, ED, 247-591; In dubio pro homine y dignidad humana. A propósito de la interpretación de la CS sobre los alcances del art. 86, inc. 2º, del cód. penal, por Leonardo L. Pucheta, EDCrim, 247-876; Caso "F., A. L.". Cuando la injusticia es suprema, por Ricardo Bach de Chazal, EDCrim, 247-914; Los proyectos de aborto no punible y los políticos católicos, por Inés Franck, ED, 248-1135; Visión jurisprudencial del aborto y las técnicas procreáticas desde el bioderecho, por Elisabet Agustina Vidal, ED, 249-753; La Corte Suprema podría haber salvado las dos vidas, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 250-985; El activismo judicial en Latinoamérica. Análisis a raíz de la reciente jurisprudencia argentina proaborto, por Sebastián Marcilese, Rossana Muga Gonzáles y Piero A. Tozzi, ED, diario nº 13.192 del 5-3-13. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.