

La depenalizzazione dell'aborto in Colombia tra attivismo sociale e contenzioso strategico

Susanna Mancini*

THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN COLOMBIA: THE ROLE OF SOCIAL MOVEMENTS AND STRATEGIC LITIGATION

ABSTRACT: This article analyzes the progressive decriminalization of abortion in Colombia. It focuses on the case-law of the Colombian Constitutional Court, and in particular on its reliance on international human rights law and on dignity, as well as on proportionality as a judicial standard to strike down provisions criminalizing abortion. Moreover, the article emphasizes the role of transnational social movements in shaping the Court's case-law and in changing social perceptions on abortion. It argues that the Colombian case showcases how the Court's approach may ultimately diffuse tension and protect its own legitimacy.

KEYWORDS: Colombia; abortion; constitutional court; mobilization; vulnerability; intersectional equality; conscientious objection; dignity

ABSTRACT: Il lavoro tratteggia la progressiva depenalizzazione dell'aborto in Colombia, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale. Si mette in luce in particolare l'utilizzo l'uso da parte della Corte dei trattati sui diritti umani e della dignità, nonché del principio di proporzionalità, per affermare l'incostituzionalità delle norme penali che vietavano l'aborto. Il lavoro dà poi conto del ruolo dei movimenti sociali colombiani e transnazionali nel plasmare sia la giurisprudenza della Corte che la percezione sociale dell'aborto. La conclusione che si propone è che il caso colombiano dimostra come le corti, quando decidono su questioni profondamente divisive, possano adottare approcci che consentono di attenuare le tensioni e proteggere la propria legittimità.

PAROLE CHIAVE: Aborto; Corte costituzionale; mobilitazione; vulnerabilità; eguaglianza intersezionale; obiezione di coscienza, dignità

SOMMARIO: 1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana – 2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006 – 3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza – 4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022 – 5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione.

* *Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna. Mail: susanna.mancini@unibo.it. Contributo sottoposto a referaggio.*

1. Introduzione: dalla criminalizzazione all'onda verde: la traiettoria colombiana

Il panorama latino-americano è stato caratterizzato tradizionalmente da un massiccio uso del diritto penale come strumento primario di tutela della vita prenatale, nonché da un diffuso riconoscimento dei diritti del concepito. Innumerevoli sono state le condanne di stati latino-americani da parte dei comitati per i diritti umani (*in primis* il Comitato CEDAW), che hanno messo in luce le drammatiche conseguenze di queste misure repressive draconiane sui diritti delle donne, a partire dal diritto alla vita, alla salute e alla dignità.

Nell'ultimo ventennio, tuttavia, in tutto il continente latino-americano il movimento per depenalizzare l'aborto ha acquisito un impulso crescente, concretizzatosi, *inter alia*, nell'orchestrazione di strategie di contenzioso strategico transnazionale, volte all'affermazione dei diritti riproduttivi.

In questo contesto, la Colombia, che fino al 2006 criminalizzava l'aborto senza eccezioni, rappresenta una delle vittorie più spettacolari. Nel 2006, la Corte costituzionale colombiana, con la decisione C-355/2006, ha depenalizzato l'aborto nei casi di stupro e incesto e di rischio per la salute della gestante. Nonostante la sentenza del 2006 sia stata limitata nel suo campo di applicazione, non deve sottovalutarsi la sua portata autenticamente rivoluzionaria in termini di argomentazione giuridica. La sentenza, infatti, è stata una delle prime decisioni giudiziarie al mondo a radicare il diritto all'aborto nel principio di uguaglianza, e ad affermare che i trattati sui diritti umani obbligano gli stati che li hanno ratificati a garantirne l'accesso, almeno in alcune situazioni. La sentenza C-355/2006, poi, ha avuto ripercussioni di grande importanza al di fuori dei confini nazionali, ponendosi come modello di riferimento in altri contesti latino-americani, che hanno portato avanti progetti di depenalizzazione dell'aborto, in particolare in Messico, Brasile, Argentina e Uruguay.

I principi affermati dalla Corte colombiana nella sentenza del 2006 non sono però stati di facile attuazione. Gli anni immediatamente successivi alla decisione sono stati caratterizzati dall'impegno del governo, in particolare del Ministero della Salute, nell'emanazione di regolamenti di attuazione della decisione e nella organizzazione di strutture sanitarie pubbliche che offrono servizi di interruzione della gravidanza. Parallelamente, le organizzazioni *pro-choice* hanno continuato la loro battaglia giudiziaria, denunciando sistematicamente le violazioni dei diritti riconosciuti dalla sentenza della Corte. Dopo il 2009, tuttavia, è divenuta assai più percepibile la reazione dei segmenti più conservatori delle istituzioni e della società colombiane, volta ad ostacolare l'attuazione della sentenza C-355/2006, soprattutto, anche se non esclusivamente, attraverso il ricorso all'obiezione di coscienza.

A fronte di questo contraccolpo conservatore, comune del resto a molti paesi latino-americani, si è assistito in tutto il continente alla nascita dell' "onda verde", un movimento che prende il nome dai fazzoletti verdi indossati dalle attiviste argentine per i diritti riproduttivi, e dotato di un importante significato di continuità intergenerazionale: l'Onda di oggi, così, si riconnette alla memoria dei movimenti per i diritti umani degli anni '70, in cui le donne protestavano contro la violenza di stato.

La Colombia, per la seconda volta, ha dato prova di un'eccezionale ricettività agli argomenti dei movimenti sociali. Nel 2022, infatti, la Corte costituzionale, con la decisione C-055/2022, ha depenalizzato l'aborto fino alla ventiquattresima settimana di gravidanza, con argomentazioni che, nuovamente, la pongono in una posizione di eccezionale progressismo nel contesto della tutela dei diritti riproduttivi.

A questa traiettoria sono dedicate le pagine che seguono. La Sezione 2 ripercorre il percorso che ha portato alla decisione del 2006, e ne mette in luce le argomentazioni di diritto costituzionale ed internazionale. La Sezione 3 tratteggia invece la complessa attuazione della sentenza del 2006, con particolare riguardo agli interventi della Corte in materia di obiezione di coscienza. Successivamente, la Sezione 3 analizza le novità introdotte dalla pronuncia del 2022, mettendo in luce, in particolare, l'uso da parte della Corte della declinazione intersezionale del principio di eguaglianza, e le argomentazioni utilizzate per limitare l'ambito della legislazione penale. Infine, la Sezione 4 propone alcune riflessioni su come la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte colombiana abbia mitigato le difficoltà che le corti incontrano nella regolamentazione di questione profondamente divisive quali l'aborto.

2. Dalla criminalizzazione senza eccezioni alla pronuncia del 2006

Prima della sentenza costituzionale C-355/06, con la quale l'aborto è stato parzialmente decriminalizzato¹, la Colombia aveva, come si è detto, una delle legislazioni sull'aborto più restrittive al mondo, non prevedendo alcuna eccezione alla sua criminalizzazione. I numerosi ricorsi alla Corte costituzionale non avevano sortito alcun effetto. Nel 1997 la Corte non aveva rinvenuto alcuna violazione della dignità delle donne nella proibizione dell'aborto anche quando la gravidanza è il frutto di uno stupro, perché «la donna non è padrona del prodotto vivo della fecondazione, che è un essere separato, titolare di una vita umana in formazione, ma autonoma. Per questo, la donna non può disporne». A sostegno di questa tesi, la maggioranza della Corte aveva citato due encicliche papali².

Per l'assenza di eccezioni al divieto di abortire e l'altissima mortalità materna che ne conseguiva, la Colombia era stata oggetto di critiche durissime da parte dei comitati internazionali sui diritti umani. Nel 1997, il Comitato per i Diritti Umani aveva accusato la Colombia di non affrontare efficacemente l'emergenza rappresentata dalla violenza contro le donne ed aveva espresso grande preoccupazione per l'alto tasso di mortalità femminile provocato dagli aborti clandestini³. Nel 2005, il Comitato era tornato alla carica notando «con preoccupazione che la criminalizzazione senza eccezioni dell'aborto produce situazioni in cui le donne sono costrette a sottoporsi ad aborti clandestini ad alto rischio», che si traducono nella «possibilità che siano perseguite penalmente le vittime di stupro e di incesto e le donne che la gravidanza pone in una condizione di pericolo. Lo Stato deve quindi decriminalizzare l'aborto in questi casi»⁴. Nel 1999, il Comitato CEDAW aveva censurato la Colombia, affermando che «le disposizioni di legge in materia di aborto costituiscono una violazione dei diritti delle donne alla salute e alla vita e dell'articolo 12 della Convenzione»⁵. Lo stesso anno era intervenuto anche il Comitato Inter-Americano per i Diritti Umani, a chiedere alla Colombia di modificare la legislazione, sulla

¹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

² Corte costituzionale della Colombia, C-013/97 (1997). Le encicliche citate sono *Humanae Vitae* (p. 17) e *Evangelium Vitae* (p. 20).

³ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 24, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.76 (5 maggio 1997).

⁴ HRC, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Colombia*, 13, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (6 maggio 2004).

⁵ CEDAW, *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Colombia* (2 maggio 1999), A/54/38.

base di statistiche che raccontano storie di miseria e di morte: 450.000 aborti illegali all'anno, che rappresentano la seconda causa di mortalità materna: il 23% per l'esattezza⁶. Nel 2000 era arrivata anche la condanna del Comitato che vigila sull'applicazione della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, preoccupato per l'alta mortalità materna, l'alto tasso di gravidanze tra le adolescenti ed il loro insufficiente accesso ai servizi di salute e consulenza sessuale e riproduttiva⁷.

Nel 2005, a fronte della mutata composizione della Corte, l'avvocata e attivista Monica Roa, con l'appoggio della piattaforma colombiana *Mesa para la salud de la mujer* e di *Women's Link Worldwide*, un'organizzazione internazionale *no-profit* per l'avanzamento dell'eguaglianza di genere, costituì un'ampia coalizione di gruppi di attivisti, un *think tank* di esperti di diritti sessuali e riproduttivi ed eguaglianza di genere, e, con l'appoggio delle facoltà di Legge di Yale e Harvard, nonché di *Human Rights Watch*, sferrò un attacco frontale alla regolamentazione dell'aborto. Da un lato, Monica Roa e il suo network diedero inizio ad una radicale campagna di sensibilizzazione dell'opinione pubblica, che coinvolse, tra l'altro, molti operatori sanitari e media nazionali, tra cui il maggiore quotidiano colombiano, *El Tiempo*. Dall'altro lato, Roa impugnò gli articoli del codice penale che criminalizzavano senza eccezioni l'aborto, davanti alla Corte Costituzionale. Nel giro di un anno dall'inizio della campagna di Monica Roa, la posizione dei colombiani rispetto all'aborto era radicalmente mutata: dall'85% che si opponeva alla depenalizzazione parziale del 2005, si era passati al 60% a favore quando, nel 2006, una Corte spaccata cinque a quattro assunse la sua storica decisione, che, come prevedibile, ha scatenato tensioni fortissime e prodotto la scomunica dei giudici "colpevoli"⁸.

In sintesi, la Corte ha stabilito che la Costituzione colombiana e i trattati internazionali che proteggono i diritti umani ratificati dalla Colombia, proibiscono la totale criminalizzazione dell'aborto. In particolare, ha stabilito la Corte, la criminalizzazione è incostituzionale quando la gravidanza è il risultato di uno stupro o incesto, quando pone un rischio per la salute fisica o psichica della gestante e quando il feto è affetto da anomalie tanto gravi da non consentirne la sopravvivenza dopo la nascita. A sostegno di ognuna di queste circostanze, la Corte ha fatto leva sulla dignità come limite all'applicazione del diritto penale.

La Corte ha riconosciuto la molteplicità dei significati e delle funzioni della dignità nella Costituzione e nella giurisprudenza colombiana: dignità come principio fondamentale dell'ordinamento giuridico che ha quindi una dimensione assiologica come valore costituzionale; dignità come principio costituzionale e dignità come diritto fondamentale. Per la Corte, tutti questi significati vengono in gioco nell'effettivo operare della dignità nel sistema costituzionale. In particolare, il "principio" della, e il "diritto" alla, dignità umana non sono la stessa cosa. Essi, al contrario, sono «entità normative autonome, con caratteristiche distintive diverse, in particolare per quanto concerne la loro funzione all'interno del sistema giuridico». Quando la dignità è adoperata come parametro nelle decisioni giudiziarie, essa protegge: (i) l'autonomia, o la possibilità di decidere il corso della propria vita, e quindi

⁶ Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on Colombia 1999* OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (26 febbraio 1999).

⁷ CRC *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Colombia*, 48, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.137 (16 ottobre 2000).

⁸ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06. Sono così stati scomunicati i giudici Jaime Araujo, Alfredo Beltran, Manuel José Cepeda, Humberto Sierra e l'unica donna giudice della Corte Clara Inès Vargas.

il «vivere la vita come lo si desidera»; (ii) alcune condizioni materiali dell'esistenza, o il «vivere bene», e (iii) alcuni beni intangibili quali l'integrità fisica e morale, cioè il «vivere liberi dall'umiliazione».

Scegliere di «vivere come lo si desidera» include il diritto di pianificare la propria esistenza e quindi di effettuare scelte con il massimo della libertà, e cioè con il minimo dell'interferenza sia da parte dello Stato che dei privati. La dignità, in altri termini, garantisce a tutti una sfera di autonomia e integrità morale, che, nel caso delle donne, si specifica anche nella libertà di assumere le proprie scelte riproduttive e di non essere costrette dentro «ruoli di genere che stigmatizzano», né soggette a «sofferenze morali» deliberatamente imposte. La dignità, così intesa, «limita la discrezionalità del legislatore in materia penale, anche nelle circostanze in cui il legislatore voglia proteggere altri valori costituzionalmente rilevanti come la vita. Dunque, quando il legislatore adotta una norma penale, non può ignorare che le donne sono esseri umani, meritevoli della dignità, e di essere trattate come tali, e non come strumenti riproduttivi per la specie umana. Il legislatore non può imporre il ruolo di riproduttrice ad una donna contro la sua volontà».

Una delle caratteristiche più salienti della sentenza della Corte costituzionale colombiana è il massiccio ricorso che essa fa ai trattati internazionali sui diritti umani. La Corte, per smontare l'argomento di alcuni *amici curiae* secondo cui il sistema internazionale protegge il diritto alla vita del feto, chiarifica quali debbono essere i capisaldi dell'interpretazione dei trattati a tutela dei diritti umani. La Corte rigetta l'interpretazione letterale, affermando che è necessario tenere in considerazione altri fattori, quali il contesto e l'obiettivo delle disposizioni in questione, anche alla luce dei cambiamenti avvenuti. Questo implica anche che i trattati sui diritti umani non possono interpretarsi come se fossero strumenti indipendenti ed isolati l'uno dall'altro, ma debbono considerarsi alla luce di, e in armonia con, gli altri trattati, anche se fanno parte di un sistema diverso, così da poter tenere in conto i cambiamenti sociali e le nuove sfide che la comunità internazionale deve affrontare, e giungere ad una interpretazione coerente del diritto internazionale pubblico⁹.

La Corte cita, a sostegno di questa tecnica interpretativa, la Corte Interamericana dei Diritti, che, sulla base dell'articolo 29 del patto di San José, Costa Rica, ha stabilito, come pure ha fatto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che «i trattati sui diritti umani sono strumenti viventi. La loro interpretazione deve avvenire in accordo con l'evoluzione dei tempi e con le condizioni sociali correnti». La Corte Interamericana ha anche affermato che «un'interpretazione evolutiva di questo tipo, è in armonia con l'articolo 29 della Convenzione Americana nonché con i principi stabiliti dalla Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati». Quindi i trattati sui diritti umani non suggeriscono l'esistenza di un dovere assoluto e incondizionato, per gli Stati, di tutelare la vita prenatale. Quest'ultima, piuttosto, va bilanciata con altri diritti, principi e valori riconosciuti in molteplici strumenti internazionali. E per far ciò si devono identificare i diritti della gestante¹⁰.

La Corte nota, a questo proposito, che i diritti delle donne si sono sviluppati massicciamente nel sistema ONU, e cita nel dettaglio vari documenti internazionali, e in particolare il Programma di Azione del Cairo e la Piattaforma di Pechino, a cui ho fatto riferimento più sopra. Inoltre, la Corte fa leva su vari trattati internazionali, che costituiscono la base per il riconoscimento e la protezione dei diritti riproduttivi, i quali, a loro volta, scaturiscono da altri diritti: la vita, la salute, l'eguaglianza, il divieto di

⁹ Corte costituzionale della Colombia, C-355/06 (2006).

¹⁰ *Ibid.*

discriminazione, la libertà, l'integrità fisica e psichica e la libertà dalla violenza. Oltre a questi diritti, che costituiscono le fondamenta dei diritti riproduttivi, la Corte fa riferimento ad altri diritti ad essi strettamente connessi, come il diritto al lavoro e all'istruzione. Quest'ultimo, in particolare, promuove la condizione delle donne nella famiglia e nella comunità a cui esse appartengono, ed è essenziale per sviluppare la consapevolezza, nelle donne e nelle ragazze, di essere titolari di diritti. Più specificamente, l'istruzione dovrebbe comprendere l'educazione alla sessualità e alla salute riproduttiva, e quindi fornire le conoscenze sulla base delle quali le ragazze e le donne possono poi effettuare scelte consapevoli, autonome e responsabili. Altri diritti umani che vengono poi in considerazione sono quelli al matrimonio e alla vita familiare, e al rispetto della vita privata, che è violato quando lo Stato o i privati possono interferire con il diritto della donna di decidere sul suo corpo e sulla sua sfera riproduttiva.

Tutti questi diritti, che possono costituire il parametro per proteggere e garantire i diritti sessuali e riproduttivi, sono codificati nella Dichiarazione Universale del 1948, nei Patti Internazionali del 1966, e nella Convenzione Inter-Americana sui Diritti Umani. Una tutela ulteriore e più specifica è poi assicurata alle donne dalla CEDAW e dalla Convenzione Inter-Americana sulla prevenzione, il perseguimento e l'eradicazione della violenza contro le donne (c.d. Convenzione di Belém do Pará), che forniscono un parametro interpretativo fondamentale sia per il diritto internazionale che per quello nazionale.

L'interpretazione di tutti questi documenti conduce la Corte a costruire l'accessibilità ai servizi di salute sessuale e riproduttiva come elemento strutturale del diritto alla salute, in particolare in riferimento alle esigenze delle donne che appartengono a gruppi particolarmente vulnerabili: le adolescenti, le donne povere, poco istruite, e le donne che vivono nelle aree rurali. La criminalizzazione delle procedure mediche che interessano esclusivamente le donne, costituisce in questo senso, per la Corte colombiana, una barriera all'accesso alle cure mediche necessarie, che discrimina le donne sulla base del loro genere nell'area della salute e costituisce una violazione dell'obbligo internazionale dello Stato di assicurare il godimento dei diritti senza discriminazione sulla base, *inter alia*, del sesso. Il rispetto degli obblighi internazionali si traduce, in altre parole, anche nell'obbligo degli Stati di adottare una prospettiva di genere nell'elaborazione delle politiche di salute pubblica.

La Corte, sulla falsariga della CEDAW, sottolinea anche la stretta connessione tra violenza di genere e diritti riproduttivi. Nel diritto internazionale, la violenza contro le donne è riconosciuta come una particolare violazione dei diritti umani connotata da una forte dimensione di genere. Diverse forme di violenza che colpiscono la salute fisica e psichica delle donne e la loro autonomia sessuale e riproduttiva, costituiscono violazioni dei diritti riproduttivi, ma anche una forma di discriminazione che impedisce alle donne di godere dei diritti e delle libertà su di un piano di eguaglianza con gli uomini¹¹.

Infine, la Corte sottolinea come vi sia stato un progressivo riconoscimento della violenza sessuale e riproduttiva anche come particolare forma di tortura e genocidio, assimilando dunque questo tipo di violazione dei diritti umani ai crimini contro l'umanità.

¹¹ Cfr. da ultimo il Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, per cui la necessità di depenalizzare l'aborto è una forma di contrasto alla violenza di genere: CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*, 14 marzo del 2019, <https://bit.ly/3kRK9XN> (ultimo accesso 13 febbraio 2023).

Una delle componenti essenziali dei diritti sessuali e riproduttivi è il diritto delle donne di scegliere liberamente se e quando avere figli, quanti averne e a che distanza l'uno dall'altro. Questo diritto, secondo l'interpretazione della Corte colombiana, discende direttamente dal principio della dignità umana e dai diritti all'autonomia e al rispetto della vita privata, come li riconoscono le convenzioni internazionali. Come hanno stabilito sia il Comitato per i Diritti Umani¹² che il Comitato CEDAW¹³, quando una donna incontra ostacoli nel controllo della propria fertilità si ha dunque una violazione di questi diritti.

I diritti sessuali e riproduttivi delle donne sono stati riconosciuti come diritti umani e come tali sono diventati parte dei diritti costituzionali che costituiscono la base fondamentale di tutti gli Stati democratici. In particolare, diritti sessuali e riproduttivi sono strettamente connessi al pilastro fondamentale della democrazia, il riconoscimento dell'eguaglianza, con particolare riferimento all'eguaglianza di genere. Data la condizione subalterna che nonostante il riconoscimento di tale principio, le donne continuano a sperimentare, la loro emancipazione è essenziale in ogni società democratica. Proteggere i diritti sessuali e riproduttivi conduce direttamente alla promozione della dignità di tutti gli esseri umani ed è un passo verso l'avanzamento della giustizia sociale e della democrazia.

Dunque, conclude la Corte, nonostante il diritto internazionale non detti le regole che determinano se e in che misura il legislatore statale possa utilizzare lo strumento penale nella regolamentazione dell'aborto, ed il legislatore nazionale goda quindi di un'ampia discrezionalità nella scelta delle politiche sull'aborto, questa discrezionalità incontra dei limiti, primo tra i quali il non privare di protezione alcuni valori costituzionali, che sono strettamente interconnessi a valori internazionali. Ma a ciò deve aggiungersi che il diritto penale, dato il suo potenziale compressivo del godimento dei diritti umani, deve essere utilizzato solo come ultima risorsa.

3. La complessa attuazione della sentenza del 2006 e la giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza

Come si è accennato nell'Introduzione, l'attivismo femminista non si è esaurito in Colombia con la sentenza del 2006. Al contrario, esso ha conosciuto una prima nuova stagione, tesa a garantire l'effettiva attuazione della decisione, attraverso campagne mediatiche ed una capillare opera di informazione e di *training* degli esercenti le professioni sanitarie. Facendo leva sulla definizione della salute elaborata dall'OMS, che include sia la salute mentale che la dimensione sociale, le attiviste colombiane sono riuscite ad affermare la nozione per cui il concetto di «rischio per la salute» include anche rischi futuri, che possono verificarsi in conseguenza della maternità¹⁴. Ciò ha facilitato notevolmente l'accesso all'aborto, come dimostra il fatto che la stragrande maggioranza delle interruzioni di gravidanza avvenga, in Colombia, per proteggere la salute della gestante¹⁵.

¹² Comitato per i Diritti Umani, Comunicazione No. 1153/2003 *K.L. v. Peru*.

¹³ Comitato CEDAW, Comunicazione No. 22/2009, *L. C. v. Peru*.

¹⁴ B.M. STIFANI, GL. URBANO, A.C. GONZALEZ VELEZ, C. VILLARREAL VELÁSQUEZ, "bortion as a human right: The struggle to implement the abortion law in Colombia", in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 143, 2018, 12-18.

¹⁵ Secretaría de Salud de Bogotá. Cifras SDS Bogotá 2014-2016.

La mobilitazione degli attivisti *pro-choice* non ha però potuto scardinare alcune radicate difficoltà e resistenze, che hanno ostacolato notevolmente l'applicazione della sentenza C-355/06.

In primis, non va dimenticato che la Colombia è un paese di grande estensione e caratterizzato da una marcata diversità geografica, nonché da una popolazione assai eterogenea, con forti disuguaglianze socioeconomiche, acuitizzate dall'alto numero di persone sfollate in conseguenza della *guerrilla*. Tutti questi fattori hanno notevolmente complicato la diffusione delle informazioni sulla nuova normativa ai potenziali utenti¹⁶, soprattutto nelle aree rurali e presso i segmenti più marginali della popolazione, in cui è più forte la stigmatizzazione della pratica abortiva¹⁷, per cui gli aborti clandestini continuano a prevalere¹⁸.

Un discorso a parte merita il ricorso all'obiezione di coscienza sui cui, come in gran parte dei paesi in cui l'aborto è legale, è stata fatta ampia leva in Colombia per frustrare l'attuazione della sentenza C-355/06¹⁹. E ciò, in particolare, grazie a due meccanismi: la sua invocazione da parte di soggetti diversi dagli operatori sanitari (le strutture, i magistrati, il personale amministrativo) e la riluttanza dei medici a dichiarare formalmente di essere obiettori, salvo rifiutare poi di partecipare alle procedure abortive, per timore di essere stigmatizzati, discriminati o denunciati, o perché soggetti a pressioni politiche a livello locale²⁰. A fronte di queste storture, nel 2009 la Corte costituzionale è intervenuta per chiarire quali sono i limiti all'obiezione di coscienza, che, pur essendo tutelata in termini assai ampi dall'art. 18 della Costituzione²¹, non è un diritto assoluto ed incontra limiti assai precisi²².

La decisione trae origine dall'obiezione di coscienza invocata da un magistrato, per ricusarsi dal procedimento in cui un ospedale aveva chiesto l'autorizzazione ad effettuare un aborto, e, successivamente, per negare l'accesso all'aborto alla ricorrente, che versava in una delle situazioni elencate dalla sentenza del 2006 per legittimare l'interruzione della gravidanza.

La Corte definisce l'obiezione di coscienza come un diritto fondamentale, che consente ad un individuo di perseguire la propria integrità morale, ma che non presuppone che altri debbano aderire alle credenze o alle azioni dell'obiettore (5.1.). Nonostante questo, tuttavia, l'obiezione di coscienza, quando si concretizza nel rifiuto di applicare la legge, impinge sul godimento dei diritti da parte dei terzi: per questo non è caratterizzabile come un diritto che affetta esclusivamente il soggetto che pretende di esercitarlo. Nel caso dell'interruzione della gravidanza, gli interessi in gioco sono tali da giustificare una restrizione della libertà di coscienza, la quale, se riconosciuta in via generale, violerebbe il diritto alla salute, l'integrità personale, il diritto a vivere in condizioni di qualità e dignità, nonché i diritti riproduttivi, che sono tutelati dalla Costituzione, ed infliggerebbe alle donne che ne fossero vittime un danno irreversibile.

¹⁶ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 14.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ A. MALONEY, *Unsafe abortions common in Colombia despite law change*, in *Lancet*, 373, 2009, 534.

¹⁹ Per una panoramica sull'espansione e sulle distorsioni nell'invocazione dell'obiezione di coscienza in chiave comparata cfr. S. MANCINI, M. ROSENFELD (cur.), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, Cambridge, 2018.

²⁰ B.M. STIFANI *et al.*, *op cit.*, 15.

²¹ Art. 18 Cost. Colombia: «Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia».

²² Corte Costituzionale della Colombia, sentenza T-388/2009 (2009).

In questa luce, secondo la Corte, se vi è solo un operatore sanitario in grado di praticare l'interruzione volontaria di gravidanza, questi è tenuto a farlo, indipendentemente dalla sua affiliazione ad una struttura sanitaria pubblica o privata, religiosa o laica. In queste circostanze, infatti, il diniego del servizio abortivo si risolve in un danno irreversibile alla gestante e nella violazione dei suoi diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Chiarito questo aspetto, la Corte passa poi alla fissazione dei limiti ai soggetti che possono esercitare l'obiezione di coscienza. Questa è invocabile solo dal personale medico direttamente coinvolto nella procedura di abortiva, mentre non lo è da parte del personale amministrativo e dai sanitari che esercitano mansioni di natura preparatoria all'intervento o assistono le pazienti nel post-operatorio. Inoltre, la Corte afferma a chiare lettere che l'obiezione di coscienza è un diritto strettamente individuale, che non può mai avere carattere istituzionale o collettivo, perché le persone giuridiche non sperimentano convinzioni intime e profondamente radicate (5.2.).²³

Su queste premesse, la Corte conclude affermando che l'obiezione di coscienza deve contribuire alla promozione e alla garanzia della diversità culturale e non ha natura assoluta. I medici che obiettano devono indicare la propria scelta per iscritto, corredando la dichiarazione con l'espletamento delle proprie ragioni. In tutti i modi, a questa scelta possono essere apposte limitazioni, quando essa si traduce in un ostacolo sproporzionato all'accesso all'aborto. L'autorità giudiziaria, dal canto suo, non può esercitare il diritto all'obiezione di coscienza per evitare di ottemperare a norme adottate in ossequio alla Costituzione. Questo, infatti, si tradurrebbe in un ostacolo illegittimo all'amministrazione della giustizia, nonché in una grave, arbitraria e sproporzionata restrizione dei diritti costituzionali fondamentali. E ciò anche perché molti dei diritti messi a repentaglio dall'esercizio dell'obiezione di coscienza sono il frutto delle battaglie condotte da settori della società storicamente discriminati, il cui riconoscimento è invisibile ad altri attori sociali che, facendosi schermo con l'obiezione di coscienza, cercano di proiettare le proprie convinzioni private nella sfera pubblica, utilizzando una logica prepotente ed escludente, del tutto contraria al dettato costituzionale (e in particolare agli artt. 1²⁴ e 7²⁵)²⁶.

²³ In questo la Corte colombiana diverge diametralmente dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che nei casi *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ____ (2014) e *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Burwell* 573 U.S. ____ (2014) pur non avendo affermato che le persone giuridiche godono della libertà religiosa protetta dal I Emendamento, ha comunque riconosciuto che la tutela prevista dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) è più ampia rispetto al dettato costituzionale e si estende alle imprese commerciali. Un'impresa, secondo la Corte, altro non è che una forma organizzativa utilizzata da individui per realizzare determinati obiettivi. Le garanzie del RFRA costituiscono dunque protezione indiretta della libertà religiosa dell'imprenditore.

²⁴ Art. 1 Cost. Colombia: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

²⁵ Ar. 7 Cost. Colombia: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana».

²⁶ Sull'evoluzione dei conflitti in materia di obiezione di coscienza dopo la sentenza del 2009 cfr. S. MEDINA, *La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*, in *Revista Academia & Derecho*, 18, 2019, 105-126.

4. La depenalizzazione: la pronuncia del 2022

Come sopra accennato, i movimenti *pro-choice*, galvanizzati dai successi dell' "onda verde" nel continente latino-americano, hanno reagito al contraccolpo degli attivisti *pro-life* orchestrando una nuova battaglia volta ad ampliare la depenalizzazione dell'aborto.

Anche in questo caso, la Corte costituzionale si è dimostrata recettiva agli argomenti invocati dai movimenti, accogliendo il ricorso proposto dalla piattaforma *Causa Justa*, e, con la sentenza C-055/2022, ha depenalizzato il reato di aborto, previsto all'art. 122 del codice penale²⁷, se effettuato entro le prime ventiquattro settimane di gravidanza, dopo le quali si applicano le restrizioni previste dalla pronuncia del 2006²⁸. In altre parole, quindi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 122 c.p. e stabilito che le sanzioni penali si applichino – alla paziente ed ai sanitari – solo quando l'interruzione di gravidanza avvenga dopo la ventiquattresima settimana, e non sia motivata da ragioni di salute, violenza sessuale, incesto, inseminazione forzata, o malformazioni fetali incompatibili con la vita²⁹. La decisione ha natura obbligatoria e applicazione generale ed immediata, grazie alla cornice legislativa predisposta dal Ministro della Sanità e dalla stessa Corte costituzionale a seguito della pronuncia del 2006.

La Corte costituzionale colombiana utilizza – come già la Corte Suprema del Messico nel 2021³⁰ – un linguaggio inclusivo, facendo riferimento alle donne, alle ragazze e a tutte le *persone* incinte. I pilastri su cui la decisione si fonda l'eguaglianza, la dignità, la libertà di coscienza, il diritto alla salute, e il principio per cui il diritto penale deve costituire l'ultima risorsa per plasmare i comportamenti. Vediamo dunque come la Corte ha declinato questi diritti e principi.

La Costituzione colombiana del 1991 ha fatto propria una concettualizzazione dell'eguaglianza sia nella sua dimensione formale che sostanziale, e ha sancito il dovere dello stato di adottare misure positive per sopperire alla discriminazione e alla marginalizzazione di cui soffrono tradizionalmente determinati segmenti della popolazione, nonché di approntare particolari tutele a sostegno di chi versa in condizioni di particolare vulnerabilità³¹. Su queste premesse, e sulla falsariga di quanto già

²⁷ Art. 122 Legge 599/2000 che istituisce il Codice Penale in Colombia (Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio de 2000.):– Aborto «La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior». La sentenza C-355 del 2006 ha modificato la norma prevedendo tre condizioni in cui è possibile prati-care una interruzione volontaria della gravidanza «en el entendido que no se incurrir 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».

²⁸ I.C. JARAMILLO SIERRA, *The New Colombian Law on Abortion*, in *Int J Gynecol Obstet.*, 160, 2023, 345-350.

²⁹ Corte costituzionale della Colombia, sentenza C-055/2022 (2022).

³⁰ Corte Suprema del Messico, *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017* (2021).

³¹ Art. 13 Cost. Colombia 1991: «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de

affermato nel 2006, la Corte ha fatto propria una concettualizzazione intersezionale della discriminazione, che colpisce le donne per motivi di genere, condizione economica e origine etnica, per affermare che misure formalmente neutrali hanno un diverso impatto sui segmenti più vulnerabili della popolazione. La criminalizzazione dell'aborto, in particolare, ha un effetto indirettamente discriminatorio sulle donne più svantaggiate – indigene, immigrate, afro-colombiane e che vivono in zone rurali –, le quali non solo incontrano maggiori ostacoli all'accesso all'aborto, ma fronteggiano anche maggiori possibilità di incorrere nella sanzione penale (337).

A ciò la Corte aggiunge considerazioni più generali in materia di eguaglianza di genere. L'articolo 122 c.p. stabilisce infatti un reato che sanziona le donne in quanto tali, non solo perché per costituzione biologica solo le donne sono capaci di gestazione, ma anche perché il reato di aborto punisce una donna che «provoca il proprio aborto» o che, con il proprio consenso, «consente ad altri di provocarlo». Così, non solo il reato di aborto volontario si fonda su di una qualificazione sospetta, ma la sua stessa configurazione come reato si radica nello stereotipo tradizionale, che riduce il corpo della donna alla sua funzione riproduttiva (535). In questa luce, il reato di aborto, come configurato dalla norma impugnata, accentua la differenza di genere su cui si fonda e, quindi, perpetua la discriminazione che le donne storicamente hanno subito (536).

Alla violazione dell'eguaglianza, la Corte associa quella della dignità, sulla quale, come si è visto, aveva fatto ampiamente leva nella sentenza del 2006. Ricorrere alla criminalizzazione dell'aborto consensuale come meccanismo primario di tutela della vita gestazionale, infatti, riduce le donne a mero strumento «di riproduzione della specie umana», il che è incompatibile con la dignità (505), così come lo sono i molteplici ostacoli all'accesso alle procedure abortive, che hanno di fatto reso inoperanti le eccezioni volte a salvaguardare la dignità e gli altri diritti delle donne, previste dalla sentenza del 2006 (480).

Il secondo pilastro della decisione del 2022, il diritto alla salute, è tutelato dall'art. 49 della Costituzione³², e nonostante figuri tra i diritti sociali, è stato costantemente interpretato dalla Corte in connessione con i diritti alla vita e alla dignità. In particolare, a partire da una pronuncia del 2008, la Corte ha affermato che il diritto alla salute ha natura fondamentale, e che quindi è soggetto alla *acción de tutela*, il meccanismo previsto dall'art. 86 Cost., che consente a tutti i soggetti di rivendicare da-

grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

³² Art. 49 Cost. Colombia, 1991: «La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad».

vanti all'autorità giudiziaria la protezione immediata dei diritti fondamentali³³. Nella pronuncia del 2022, la Corte ha affermato che la negazione dell'accesso all'aborto costituisce una violazione del diritto alla salute, anche sulla base dei dati relativi alla mortalità materno-infantile prodotti da vari organismi e comitati internazionali, nonché dal Ministero della Salute. La Corte ha così potuto affermare che la Colombia ha fallito nel suo dovere di tutelare il diritto alla salute, mantenendo in vigore normative di natura penale che di fatto hanno agito da barriere al godimento dei diritti riproduttivi.

Come si è detto, la Corte fa leva anche sulla libertà di coscienza delle donne, quale componente fondamentale della dignità. In questa chiave, le donne hanno diritto ad effettuare decisioni in accordo con le proprie convinzioni morali, e questa libertà viene violata se esse sono costrette a portare avanti una gravidanza contro la loro volontà. Secondo la Corte, la decisione di divenire madre ha infatti natura personalissima e strettamente individuale, e non è quindi trasferibile ad altri individui. Così, nelle parole della Corte: «la legge impugnata consente allo Stato di giudicare e punire una donna che, durante la gravidanza, decida di agire secondo i propri giudizi morali o convinzioni intime, il che genera un'evidente tensione di rilevanza costituzionale con la libertà [di coscienza], poiché [richiede alla donna] di diventare madre, anche contro la sua stessa volontà» (375).

Chiarita la portata dei diritti violati dall'art. 122 c.p., la Corte passa a trattare quello che è forse l'aspetto di maggiore interesse della pronuncia C-055 del 2022, e cioè l'analisi dei limiti che il legislatore incontra nell'uso del diritto penale per tutelare la vita prenatale³⁴.

La Corte giudica *prima facie* la criminalizzazione dell'aborto per tutelare la vita prenatale compatibile con la Costituzione. Tuttavia, anche fatte salve le eccezioni previste dalla sentenza C-355/2006, la criminalizzazione assoluta, e relativa a tutte le fasi della gravidanza, dell'aborto, determina una tensione tra la tutela della vita gestazionale ed altri valori e principi di rango costituzionale (261). La vita prenatale è un bene giuridico che deve essere tutelato in tutte le fasi del suo sviluppo, ma non necessariamente sempre con la stessa intensità, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti (266). Pertanto, l'uso del diritto penale a tutela della vita gestazionale è necessariamente limitato dalla gravità della natura della sanzione penale e della sua potenzialità di gravare su altre garanzie costituzionali (270). In particolare, afferma la Corte, la criminalizzazione dell'aborto, nei termini categorici dell'art.122 c.p., è responsabile della proliferazione del ricorso all'aborto clandestino, con gravi conseguenze di salute pubblica, *in primis* gli alti tassi di mortalità e morbilità materna (288).

L'uso del diritto penale, continua la Corte, incontra limiti costituzionali formali e materiali, scaturenti dalle prescrizioni del preambolo costituzionale e degli articoli 1 e 2 della Carta, che pongono la dignità umana a fondamento dello Stato e la tutela dei diritti della persona a suo fine essenziale (401). La natura del diritto penale impone al legislatore il ricorso ad altri strumenti «meno gravosi» e ad «altri mezzi preventivi ugualmente idonei e meno restrittivi della libertà». L'intervento del legislatore penale, in altri termini, deve essere configurato come ultima *ratio*, mentre nel caso di specie, la norma censurata, pur mirando al raggiungimento di una finalità costituzionale imperativa, confligge con il

³³ A.E. YAMIN, O. PARRA VERA, *Judicial protection of the right to health in Colombia: from social demands to individual claims to public debates*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 33, 2010, 101-129.

³⁴ La Corte ha sviluppato un'ampia giurisprudenza in materia di limitazioni all'uso del diritto penale, in particolare nel contesto dei diritti dei detenuti, a partire dalla sentenza C-388/2013 (2013).

dettato costituzionale perché utilizza il diritto penale come strumento primario di contrasto all'aborto (404).

A queste considerazioni, la Corte ne aggiunge altre, fondate sull'assunto per cui l'uso indiscriminato del diritto penale è arbitrario e contrario alle esigenze dello stato sociale di diritto (445). Vengono in considerazione in questa luce l'inerzia del legislatore nel proporre soluzioni concrete alla situazione in cui versano centinaia di donne che affrontano gravidanze indesiderate, oltre alla insufficiente protezione della maternità, per cui il diritto penale si traduce nell'unico strumento a tutela della vita prenatale. Così, però, lo Stato viene meno all'obbligo previsto dall'art. 42 Cost. di garantire assistenza e protezione alla donna durante la gravidanza e dopo il parto (477). È quindi compito dello Stato elaborare ed attuare, con una prospettiva intersezionale, politiche pubbliche, volte alla protezione della vita prenatale – incluse politiche in materia di educazione sessuale e riproduttiva – meno lesive dei diritti delle donne (574).

La tensione costituzionale tra la tutela della vita prenatale e i diritti delle donne, conclude la Corte, non può risolversi privilegiando l'una o gli altri, poiché ciò comprometterebbe l'efficacia materiale della Costituzione (578). Questa tensione si risolve accogliendo il principio per cui la protezione della vita gestazionale deve essere graduale e incrementale fino al momento in cui vi è una maggiore probabilità che il nascituro sopravviva al di fuori del corpo della gestante. Questa considerazione, del resto, si allinea alla giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani, che pure ha affermato il carattere non assoluto della tutela della vita prenatale e sposato il concetto per cui essa gode di una protezione graduale ed incrementale, per cui debbono necessariamente essere previsti alcuni termini entro i quali l'interruzione della gravidanza è legale³⁵.

In questa luce, l'aborto, come definito nella legge impugnata, è punibile solo quando viene eseguito dopo la ventiquattresima settimana di gestazione, dopo di che continuano ad applicarsi le tre eccezioni stabilite dalla sentenza C-355/2006 (636).

5. La lezione della Corte colombiana: proporzionalità e pluralismo contro il rischio di delegittimazione

La sentenza C-055 del 2022 ha suscitato, come vi era da attendersi, reazioni difensive da parte delle forze conservatrici colombiane. Il Presidente in carica al momento della decisione, Iván Duque, ha accusato la corte di eccessivo attivismo e di aver usurpato il ruolo del legislatore, ed annunciato il ricorso allo strumento referendario per ripristinare le sanzioni penali. La situazione è però cambiata con l'elezione del nuovo Presidente Gustavo Petro, che si è impegnato a rispettare la decisione.

Queste dinamiche non debbono sorprendere. L'analisi comparata dimostra come la regolamentazione dell'aborto, quale che sia il contesto nazionale, pone alle corti sfide di particolare complessità³⁶. La indeterminazione delle disposizioni costituzionali in materia, la divisività dell'aborto, la sua dimensione morale, e l'impossibilità di raggiungere un compromesso sostanziale, rendono l'interruzione di

³⁵ Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*, 28 novembre 2012. Cfr. Per una panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza in materia B. FRASER, *Tide begins to turn on abortion access in South America*, in *The Lancet*, 383, 9935, 2014, 2113 – 2114.

³⁶ S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Padova, 2012.

gravidanza un terreno scivoloso, su cui le corti rischiano di perdere legittimità. L'esempio più ovvio è quello degli Stati Uniti, in cui, dalla decisione in *Roe v. Wade*³⁷ a quella in *Dobbs v. Jackson*³⁸, l'aborto ha catapultato la Corte al centro delle guerre culturali, ne ha drammaticamente acuito la politicizzazione, e ha pesantemente compromesso la fiducia dei cittadini nella professionalità dei giudici³⁹.

Nella sua giurisprudenza sull'aborto, la Corte costituzionale colombiana ha saputo mitigare queste difficoltà, utilizzando la tecnica decisionale ed i parametri di costituzionalità più appropriati, ed un approccio sensibile al contesto nazionale.

Il primo aspetto interessante è quello del linguaggio utilizzato dalla Corte. La sentenza del 2006 fa uso di un linguaggio e di una retorica in sintonia con la teoria femminista, nonostante di fatto la Corte abbia poi depenalizzato l'aborto solo in tre circostanze estreme. La sproporzione tra il linguaggio dei giudici e il risultato conseguito si spiega però se tiene conto del contesto colombiano, caratterizzato tradizionalmente da una pesante influenza della Chiesa cattolica nella vita pubblica, da una fortissima storia di opposizione all'aborto, e da una legislazione eccezionalmente repressiva, per cui anche un abbassamento minimo degli standard normativi ha richiesto l'uso di un linguaggio particolarmente forte e convincente a sostegno dei diritti fondamentali delle donne. A fronte, cioè, di un contesto storicamente straordinariamente ostile all'aborto, è stato necessario impiegare un arsenale per aprire una peraltro modesta breccia nel muro che tradizionalmente aveva impedito alle donne di abortire legalmente anche nei casi più estremi. Non a caso, nella sentenza del 2022, in un contesto assai più plurale, plasmato da decenni di conflitti e calato in una realtà regionale dinamica (l' "onda verde"), il linguaggio della Corte si è arricchito della dimensione *queer*, incorporando nel discorso sui diritti riproduttivi il riconoscimento dell'identità di genere.

Un secondo aspetto di notevole interesse è l'adozione da parte della Corte di una posizione di pluralismo morale. Il pluralismo morale richiede che il giudice lasci spazio alla coesistenza di quante più diverse concezioni del bene sono compatibili con il mantenimento di eguali condizioni di rispetto per ogni singolo proponente di una particolare concezione, e perché ogni proponente possa perseguire la propria concezione⁴⁰. Questo richiede naturalmente alcune limitazioni, nella misura in cui perseguire una concezione implica interferire con, o frustrare il, perseguimento di altre concezioni. All'interno dei vincoli imposti dal quadro di riferimento normativo e valoriale internazionale e nazionale, la Corte si adopera per accomodare le diverse e confliggenti posizioni. Lo fa, ad esempio, stabilendo che *prima facie* l'uso del diritto penale sia costituzionalmente legittimo per tutelare la vita prenatale, e ribadendo il valore costituzionale di quest'ultima, a fronte di una decisione che limita però la discre-

³⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

³⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. ____ (2022).

³⁹ In connessione con la decisione nel caso *Dobbs*, la fiducia del pubblico nella Corte Suprema è scesa a un minimo storico, insieme alla sua reputazione di professionalità e correttezza. Un sondaggio condotto nell'agosto 2022 dall'Annenberg Public Policy Center ha rilevato che il 53% degli adulti statunitensi disapprova il modo in cui il tribunale gestisce il proprio lavoro. Il sondaggio rivela anche un abisso tra le qualità che il popolo americano afferma di apprezzare maggiormente nei giudici, come l'equità e l'imparzialità, e le caratteristiche che percepiscono nei giudici della Corte Suprema. *Over Half of Americans Disapprove of Supreme Court as Trust Plummetts*, <https://www.asc.upenn.edu/news-events/news/over-half-americans-disapprove-supreme-court-trust-plummetts> (ultimo accesso 20 gennaio 2023).

⁴⁰ Per una elaborazione della posizione del pluralismo morale v. M. ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, Berkeley, 1998, 199–233.

zionalità del legislatore penale e adotta la concezione del valore gradualistico ed incrementale della vita del nascituro. Un altro esempio è il passaggio, sopra citato, in cui la Corte chiarisce che i limiti all'esercizio dell'obiezione di coscienza sono intrinseci alla *ratio* del suo riconoscimento, che è quella di contribuire alla tutela della diversità culturale.

Per raggiungere questo risultato, non sorprende che la tecnica decisionale utilizzata dalla Corte sia il principio di proporzionalità, con il test di bilanciamento che ad esso è associato. La proporzionalità non è, ovviamente, un test senza connotazioni di valore. Al contrario, il test effettuato quando si usa il principio di proporzionalità richiede in ogni caso un giudizio di valore, sia quando il giudice deve decidere se una misura persegue un obiettivo legittimo, sia nel momento in cui effettua il bilanciamento finale. Tuttavia, proporzionalità e bilanciamento possono mitigare l'impatto di una decisione moralmente contestabile in due modi. In primo luogo, con l'analisi proporzionale e il bilanciamento il giudice spesso riesce a restringere l'ambito della decisione giudiziale moralmente contestabile. In secondo luogo, quali che siano gli elementi moralmente contestabili che rimangono dopo l'applicazione del principio di proporzionalità e del test del bilanciamento, si tratta di elementi che non si possono evitare, perché costituiscono un "minimo" di autonomia decisionale sotto la soglia del quale il giudice non può scendere senza abdicare al suo ruolo morale, ma anche istituzionale, di organo di giustizia costituzionale.

Quando, come nel caso dell'aborto, il conflitto è sostanzialmente insanabile, la migliore strategia per salvaguardare il pluralismo morale può consistere nell'appellarsi alla retorica dell'universalismo e dei valori condivisi. In questo senso la scelta della Corte colombiana del 2006 di fare massiccio ricorso alle fonti internazionali e in particolar modo alla dignità appare particolarmente accorta. Proprio per la sua malleabilità, il ricorso alla dignità può avere infatti un'importante funzione non tanto sostanziale, ma piuttosto *istituzionale*⁴¹, contribuendo alla legittimazione dei giudici come arbitri morali nelle decisioni controverse e consentendo quindi di attenuare l'intensità della cosiddetta difficoltà contro-maggioritaria⁴². La dignità ha fornito alla Corte un linguaggio con cui indicare il peso attribuito a determinati diritti e valori. Quando, infatti, un diritto o valore si fonda sulla dignità, questo indica che la corte valuta il peso da attribuirvi considerevole o addirittura decisivo, indipendentemente dalla portata pratica della decisione. Nel caso colombiano, poi, la dignità ha costituito il canale di comunicazione tra l'esterno e l'interno dei sistemi giuridici. Come si è visto, la Corte ha fatto leva sui trattati internazionali a tutela dei diritti umani per dimostrare come la lettura, nella Costituzione colombiana, di un accesso legittimo all'aborto fosse in armonia con norme e valori universali. Il ricorso alla dignità ha permesso alla Corte di sviluppare la propria dottrina, incorporando il contesto locale sotto l'apparenza di usare un principio universale.

Un'ultima considerazione concerne la lungimiranza dei movimenti sociali colombiani, che hanno perseguito l'obiettivo della progressiva depenalizzazione dell'aborto in parallelo con campagne mirate a far mutare la percezione sociale dell'aborto. Questo ha permesso alla Corte di decidere in contesti maggiormente recettivi all'esigenza di conciliazione tra diritti e valori confliggenti, evitando di porsi in una situazione irrimediabilmente contro-maggioritaria.

⁴¹ C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 19, 4, 2008, 713 ss.

⁴² *Id.*, 715.

In conclusione, l'esperienza colombiana insegna che è possibile per i giudici pronunciarsi su questioni fortemente divisive, salvaguardando la propria legittimità, e rafforzando la tutela del pluralismo che caratterizza le società complesse.