



Bogotá D.C., 28 de marzo de 2016.

Señor:

ALFREDO RAFAEL DELUQUE ZULETA

Presidente

Cámara de Representantes

Carrera 7 No. 8 – 68

Ciudad

Respetado Sr. Presidente,

De conformidad con lo establecido en el artículo 251 numeral 4 de la Constitución y el artículo 140 de la Ley 5 de 1992, presento a consideración de la Cámara de Representantes la iniciativa legislativa “Por medio de la cual se modifica el Artículo 122 del Código Penal”, que encontrará anexa.

Cordialmente,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Fiscal General de la Nación

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

PROYECTO DE ARTICULADO

Por medio de la cual se modifica el Artículo 122 del Código Penal



PROYECTO DE LEY ORDINARIA

Por medio de la cual se modifica el Artículo 122 del Código Penal

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1: El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause después de la semana veinticuatro (24) de gestación, incurrirá en prisión de (6) meses a un (1) año.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer y después de la semana veinticuatro (24) de gestación, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

El aborto no será punible en los términos y bajo las causales despenalizadas por la jurisprudencia constitucional.

El aborto no será imputable a la mujer ni a quien se lo practique después de la semana veinticuatro (24) de gestación, cuando su realización tardía se deba a causas ajenas a la voluntad de la mujer.

ARTÍCULO 2. Vigencia: Esta ley rige desde de su promulgación.



EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación

**Exposición de motivos:
Modificación del artículo 122 del Código Penal
sobre el delito de aborto**

Contenido del documento

I. Introducción del proyecto	4
II. La facultad del Fiscal General de la Nación para presentar esta iniciativa legislativa	5
III. La constitucionalidad de la despenalización del aborto en Colombia y las razones por las cuales esto profundiza los mandatos contenidos en la Constitución Política	¡Error! Marcador no definido.7
A. El cambio de las aristas del debate sobre la despenalización del aborto.....	7
B. La penalización parcial o total del aborto, resulta desproporcionada e irrazonable en relación con los derechos de las mujeres.....	11
1. Condiciones de penalización del aborto en el ordenamiento colombiano.....	11
2. Jurisprudencia sobre el juicio general de proporcionalidad y razonabilidad.....	13
3. Aplicación del juicio de proporcionalidad a la penalización parcial del aborto.....	14
IV. La constitucionalidad de la despenalización del aborto como parte del reconocimiento de los derechos de las mujeres.....	29
V. Fundamentos internacionales para despenalizar el aborto.....	33
VI. El aborto como un problema de salud pública.....	40
VII. El análisis de la criminalización de la IVE a la luz de los principios constitucionales y la política criminal.....	46
1. La penalización impacta a las mujeres en condiciones más vulnerables y constituye una forma de discriminación.....	48

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

2. La criminalización no influye en la práctica de abortos ilegales.....	50
3. Los principios de derecho penal que apoyan la despenalización del aborto.....	51
VIII. Explicación del artículo 122 del código penal propuesto por la Fiscalía General de la Nación	59
A. Permitir el aborto hasta la semana 24 de gestación garantiza en mayor medida los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad	60
IX. Las conclusiones de esta iniciativa legislativa.....	73

I. INTRODUCCIÓN DEL PROYECTO DE LEY

La presente iniciativa legislativa propone la despenalización del aborto dentro de las primeras 24 semanas de gestación. Este proyecto de ley tiene como fundamento un reconocimiento de que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte de los derechos fundamentales de las mujeres, pues el desarrollo de la sexualidad y la decisión de tener hijos está estrechamente ligada al derecho a la libertad, la igualdad, la autonomía, la dignidad, la intimidad, la salud, la integridad física o moral y el libre desarrollo de la personalidad.

Conforme a un estudio comparado de la práctica del aborto en el mundo, razones de política criminal, la garantía y la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y diversos argumentos de salud pública, la Fiscalía General de la Nación propone este Proyecto de Ley con el fin de despenalizar el aborto en todos los casos, mientras se practique hasta la semana 24 de gestación. Asimismo, recalca la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en el entendido de que las mujeres cuya situación se enmarque bajo alguna de las 3 causales despenalizadas por dicho Tribunal, pueden voluntariamente interrumpir su embarazo en cualquier tiempo.

En ese sentido, la propuesta está direccionada a evitar que a través del derecho penal se controle la sexualidad de las mujeres y a reiterar que el tratamiento del aborto es un tema de salud pública, en el que el rol del Estado no puede estar orientado a coartar las decisiones que los individuos toman autónomamente sobre lo que será su proyecto de vida.

La presente iniciativa reconoce también que “la penalización del aborto, tanto en Colombia como en los países que tienen un régimen punitivo severo, no parece tener mucha eficacia para prevenir los abortos”¹. Así que ampliar el marco normativo, parte de la necesidad de reevaluar la manera en la que opera actualmente la política criminal del Estado, especialmente, tomando en consideración que quienes se ven mayormente afectadas por la criminalización del aborto en Colombia son las mujeres de zonas

¹ Uprymny, Rodrigo, Aborto, pluralismo y política criminal, 30 de septiembre de 2012.

rurales y las de escasos recursos, lo cual reproduce un círculo de pobreza y marginación.

En la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional declaró que el aborto no podía ser penalizado: “cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer (...) (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida (...); 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”². Sin embargo, el Alto Tribunal dejó las puertas abiertas para que el legislador regule e incluso extienda la IVE.

A pesar de lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006, un gran porcentaje de mujeres en el país decide acudir a establecimientos clandestinos para realizarse este tipo de intervención³. Dadas las restricciones de las tres causales expuestas en la providencia, las mujeres optan por un procedimiento menos seguro y con menos requisitos. Estos procedimientos al margen de la ley implican un alto riesgo para la salud de las mujeres, pues no existen mecanismos de control para los equipamientos, procedimientos técnicos y condiciones higiénicas.

El presente Proyecto de Ley reitera además, que no existe ninguna norma de derecho internacional que exija la penalización del aborto en Colombia. Por el contrario, el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, indica que es necesario ampliar el marco normativo para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, su autonomía, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Además, la despenalización del aborto no implica una vulneración de los mandatos constitucionales de 1991, sino, por el contrario, una profundización de los mismos.

² Corte Constitucional, Sentencia C - 355 de 2006.

³ Elena Prada *et al.*, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011).

II. INICIATIVA LEGISLATIVA DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

De acuerdo con el artículo 251 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación puede “participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”. Esta posibilidad fue ratificada por la Corte Constitucional al afirmar que éste:

“tiene competencia expresa y suficiente, aunque no exclusiva, para proponer proyectos de ley que contribuyan al diseño de la política criminal. Esa es una de las formas en que puede "participar en el diseño" de la misma y de promover, a su turno, la participación de otros órganos estatales y organizaciones de la sociedad civil en su elaboración por el Congreso de la República.”⁴

Ahora bien, la política criminal comprende el conjunto de medidas adoptadas para hacer frente a conductas reprochables con el fin de garantizar la protección de los derechos de las personas y los intereses esenciales del Estado⁵. Así, la Corte Constitucional ha señalado que ésta debe entenderse en un sentido amplio, por lo que comprende las diversas clases de acciones sociales, económicas, jurídicas, culturales, administrativas y políticas encaminadas a la salvaguarda de los bienes jurídicos que

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001. Al respecto, señala ese Tribunal que también tienen iniciativa legislativa al respecto: “el Consejo Superior de la Judicatura, por la facultad que tiene para proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales (artículo 257, numeral 4, CP); con el Congreso de la República, debido a su competencia para expedir códigos en todos los ramos de la legislación, incluida la penal (artículo 150, numeral 2, CP); con el Gobierno Nacional, al concurrir al proceso de formación de las leyes (artículos 189, numeral 4 y 200, numeral 1); con la Corte Suprema de Justicia, por tener iniciativa legislativa en materias de su competencia (artículo 156); con el Procurador General de la Nación, al poder presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia (artículo 278, numeral 3); con el Defensor del Pueblo, por tener iniciativa legislativa en cuestiones relativas a su competencia, no sólo para la protección de los derechos fundamentales como el debido proceso y el habeas corpus, sino también para la organización y dirección de la defensoría pública (artículo 282, numerales 1, 3, 4 y 6); e incluso con los ciudadanos, como quiera que éstos pueden presentar proyectos de ley en ejercicio de la iniciativa legislativa popular reconocida en la Carta (artículos 40, numeral 5 y 103).”

⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-873 de 2003 y C-936 de 2010.



el Estado tiene el deber de proteger, de las cuales hace parte el diseño y utilización de instrumentos normativos que obliguen a su cumplimiento efectivo⁶.

Es por ello, que esa Corporación afirma que “la definición de los elementos de política criminal, su orientación e instrumentos son el resultado de un proceso colectivo como quiera que se trata de una política estatal y participativo”⁷. De esta manera, de un lado, el legislador define la orientación y contenido de la política criminal a través de leyes, y por el otro, los demás organismos del Estado participan en su diseño, construcción, desarrollo y ejecución. Son estas razones de orden constitucional, las que motivan a la Fiscalía General de la Nación para presentar este Proyecto de Ley para su debate democrático.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

La despenalización del aborto de acuerdo con el número de semanas de gestación, que va más allá de las excepciones contempladas por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-355 de 2006⁸, no constituye vulneración alguna de los mandatos constitucionales o tratados internacionales sobre derechos humanos. Por el contrario, existe una alta probabilidad de que un nuevo análisis de los tipos penales de aborto, en las actuales circunstancias jurídicas y fácticas, evidencie que esas normas que penalizan el aborto sean inconstitucionales.

Así, la propuesta formulada en el presente Proyecto de Ley parte del reconocimiento de que constitucionalmente existe la prohibición de la tipificación de delitos y penas que resulten excesivas frente al derecho a la libertad y los derechos fundamentales que sean restringidos como resultado de una sanción penal. Esto, denominado la interdicción del exceso, arroja el resultado de que la imposición de sanciones en los

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010.

⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

casos de aborto dentro de las primeras 24 semanas de gestación resulta una medida desproporcionada frente a los derechos de las mujeres.

Para sustentar esto, en primer lugar, se precisarán los elementos en juego dentro del debate alrededor del aborto. Y en segundo lugar, se desarrollarán los mandatos constitucionales, que no solo no se vulneran sino que, además, se profundizan con la despenalización del aborto.

C. El cambio de las aristas del debate sobre la despenalización del aborto

En un principio, el debate acerca de la licitud o no del aborto se anclaba en el debate sobre cuál es con exactitud el momento en el que el feto podía ser considerado persona humana, y por tanto, con los derechos propios de cualquier otro miembro de la especie. En la actualidad, dicho debate debe ampliarse para incorporar argumentos relacionados con los derechos de la mujer, que implica reconocer que al ser un sujeto de derechos, se le debe garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad e igualdad.

El alto Tribunal constitucional ha considerado que la vida en tanto valor y derecho no tiene carácter absoluto, sino que puede ser ponderado con otros derechos a efectos de establecer sus límites y alcances⁹. Por esta vía, se reconoció que el legislador, dentro de su margen de configuración normativa y las fronteras demarcada por la Constitución, puede determinar las diferentes formas o modalidades mediante las cuales se puede concretar este deber de protección general de la vida. Así, lo reafirmó la Corte:

“...dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas

⁹ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-013 de 1997.

apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del nasciturus”¹⁰.

Hasta aquí tenemos algunos factores que permiten sustentar la tesis central a la que se contrae este proyecto, a saber: la despenalización del aborto no representa una violación de los mandatos constitucionales. El máximo intérprete de la Constitución, ha reconocido que (i) la vida es un valor de gran magnitud y un derecho subjetivo fundamentales, pero que (ii) no es sí mismo absoluto e irrestricto, sino que admite limitaciones legítimas, (iii) las cuales pueden ser establecidas por el legislador en virtud del margen de configuración normativa que le asiste, en el marco de las democracias constitucionales.

En consecuencia, siempre que se respeten los límites trazados por la Constitución frente a la discrecionalidad del legislador, este puede introducir excepciones para modular el cumplimiento del deber general de protección de la vida. La despenalización del aborto supone una respuesta legítima a la invitación que la Corte le extendió al legislador para establecer políticas públicas, incluidas la penal, que permitan alcanzar un nivel adecuado de protección de los distintos derechos que entran en juego en este escenario¹¹.

Ahora bien, la despenalización no implica la disposición libre y absoluta de la vida del nasciturus, sino que se trata de una disposición moderada y restringida, encaminada a la protección equivalente de la forma de vida decidida por la mujer, sin subordinación o dominación alguna. Dicho de otro modo, se trata de reconocer el bien jurídico del nasciturus, cuya valía no se desconoce, como la calidad de sujeto de derechos de la mujer, quien tiene la potestad de decidir cómo vivir.

¹⁰ C-355 de 2006, ya citada.

¹¹ “De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres”. *Ibidem*, p. 235.

La Corte ha entendido también que:

“Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así¹², son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado”¹³.

Como se puede apreciar, las consideraciones que se derivan de los mandatos superiores, según la interpretación de la Corte Constitucional, remiten al derecho a la vida digna de las mujeres para la salvaguarda de la libertad de decidir sobre la procreación o la gestación, la crianza o el cuidado de los hijos, no solo de las mujeres sino también de los hombres.

Este derecho a la vida no responde a la estructura simple de un único de derecho, sino que se trata de un complejo entramado de derechos constitucionales que permiten el reconocimiento de la autonomía individual en materia de reproducción. Dentro de este

¹² El artículo 5 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para: “a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”. Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estado partes a adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” (subrayado fuera de texto).

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



complejo de derechos se encuentran: el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la salud física y mental, entre otros.

Por esta vía, la Corte Constitucional dispuso la despenalización del aborto en eventos específicos, en el entendido que en estas hipótesis se salvaguardaban los derechos de la mujer tanto como la protección de la vida potencial que conllevaba el feto. Así, definió la Corte estos eventos especiales de despenalización:

“...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”¹⁴.

En esta sentencia, el Tribunal no cerró en ninguna consideración, la posibilidad de ampliar el rango de despenalización para alcanzar un grado de protección mayor de los derechos a vida, siempre que se respeten las fronteras constitucionales. Por el contrario, como se señaló atrás, la Corte realizó un llamado al legislador para establecer políticas públicas que permitieran un nivel óptimo de protección de los derechos en cuestión.

Pues bien, la despenalización del aborto hasta el final de la semana 24 de gestación constituye una profundización de los derechos constitucionales que sirvieron de trasfondo para la decisión de la Corte de no considerar el aborto como un delito en determinadas condiciones, es decir, una intensificación de la protección del libre desarrollo de la personalidad, la salud mental y física y la dignidad humana de la

¹⁴ C-355 de 2006, ya referida. Esta postura jurisprudencial ha sido reiterada en distintas ocasiones. Ver Corte Constitucional, Sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011.



mujer, que representa la garantía constitucional de los proyectos de vida que se trazan desde la disposición libre y efectiva de sus derechos reproductivos.

Ahora bien, esta garantía no implica una desprotección correlativa del feto, toda vez que no se trata de una despenalización absoluta, sino condicionada, y sometida al cumplimiento de una serie de requerimientos que revisten de constitucionalidad la medida legislativa propuesta.

Luego, no queda opción distinta que concluir que la despenalización del aborto, bajo condiciones ciertas y precisas, pero más allá de los restringidos eventos contemplados por la jurisprudencia constitucional, no implica en ningún momento la vulneración de la Constitución, sino que constituye, como se ha demostrado hasta ahora, la optimización de bienes constitucionales de gran calado y en cuya base se asientan los pilares fundamentales de la arquitectura constitucional.

D. La penalización parcial o total del aborto, resulta desproporcionada e irrazonable en relación con los derechos de las mujeres

En el apartado precedente se señaló que la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación, que va más allá de las excepciones contempladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006¹⁵, no constituye vulneración alguna de los mandatos constitucionales.

Con ese marco de referencia, este apartado indicará que la penalización del aborto, tal como está actualmente, no logra satisfacer en su totalidad los derechos de las mujeres. De allí, que la profundización de los mandatos de la Constitución demuestran la necesidad de ampliar el marco normativo.

¹⁵ M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

1. Condiciones de penalización del aborto en el ordenamiento colombiano

La legislación colombiana establece en el artículo 122 del Código Penal el delito de aborto, tanto para la mujer que lo cause o permita, como para la persona que lo practique. No obstante, la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-355 de 2006 que la penalización total del aborto es inconstitucional, por lo que determinó que es posible que las mujeres puedan interrumpir de manera voluntaria el embarazo en tres 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”¹⁶.

En esa ocasión, el Tribunal Constitucional consideró que el legislador optó por la protección incondicional del nasciturus sin tener en cuenta los derechos de las mujeres, lo que “implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”¹⁷.

Los argumentos reseñados por el mismo Tribunal son útiles para sostener que incluso la penalización parcial del aborto vulnera de manera desproporcionada los derechos de las mujeres, en particular los sexuales y reproductivos, que implican la determinación “de procrear o abstenerse de hacerlo [e] incide[n] directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación”¹⁸. Por

¹⁶ Corte Constitucional, Sentence C-355 de 2006.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2009.

lo anterior, imponer a las mujeres que continúen con un embarazo que no desean, conlleva la modificación arbitraria de su modelo de vida.

Es decir, las consideraciones sobre la maternidad, corresponden al fuero interno de las mujeres. En consecuencia, no es constitucionalmente admisible que se establezcan “normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad”¹⁹.

Por ende, teniendo en cuenta la tensión existente entre el bien jurídico tutelado del *nasciturus* y los derechos de las mujeres, en este apartado se expondrán los argumentos por los cuales es posible señalar que, incluso la penalización parcial del aborto vulnera estas garantías y, por lo tanto, viola las disposiciones de la Carta Política. Por ello, se realizará un juicio de proporcionalidad de la medida penal referida, conforme a la jurisprudencia constitucional.

2. Jurisprudencia sobre el juicio general de proporcionalidad y razonabilidad

La Corte Constitucional ha manifestado que el legislador está sometido a límites en el ejercicio del poder punitivo, tanto en la tipificación como en la sanción. En consecuencia, ha indicado que “no podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables”²⁰.

De acuerdo con el alto Tribunal, el juicio de proporcionalidad es una herramienta metodológica adecuada para realizar la ponderación entre principios constitucionales que entran en colisión en un caso concreto y permite establecer si la sanción penal es

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-939 de 2002.



proporcionada²¹. Conforme a la jurisprudencia constitucional, para determinar la proporcionalidad de una medida punitiva estatal es necesario establecer:

“(i) Si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales – en una relación de costo – beneficio”²².

Responder a los anteriores interrogantes permite determinar si una medida afecta de manera desproporcionada otros derechos constitucionales, lo que conduciría a su inconstitucionalidad.

3. Aplicación del juicio de proporcionalidad a la penalización parcial del aborto

El análisis de la penalización parcial del aborto por medio del artículo 122 del Código Penal tiene varios derechos en disputa: por un lado, está el bien jurídico del nasciturus y por el otro, los derechos de las mujeres a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, entre otros. En consecuencia, para determinar si la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo se ajusta a los parámetros constitucionales, es necesario ponderar dicho bien jurídico y los derechos de las mujeres.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2011.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 2009.

a. El fin perseguido por la penalización del aborto puede considerarse constitucionalmente legítimo

Las políticas de penalización del aborto implican, en la práctica, una limitación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que son derechos humanos y están íntimamente ligados al derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la autodeterminación y a la dignidad de las mujeres en Colombia tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006²³.

Para el presente análisis conviene preguntarnos si en nuestro país, el fin perseguido por la norma que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional, en este caso, si lo normado en el artículo 122 del Código Penal en relación con la penalización del aborto, ¿persigue un fin constitucionalmente legítimo?

De conformidad con lo establecido en el Preámbulo de la Constitución, y de acuerdo con lo señalado por el artículo 11 de la Carta Política, *el derecho a la vida es inviolable*, lo cual implica que el Estado colombiano en el marco de su legislación y en el ejercicio de sus actividades y políticas públicas, debe adoptar, respetar y garantizar todas las medidas necesarias para cumplir con dicho mandato constitucional.

En desarrollo de esta obligación, el legislador determinó la importancia de proteger el bien jurídico del nasciturus y convino castigar el aborto como un medio para garantizar dicha protección. Así, al establecerse normativamente una sanción, el Estado cumple con uno de los fines de la pena²⁴ en el sentido de prevenir a las mujeres

²³ MM.PP.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

²⁴ Sobre los fines de la pena, ha señalado la Corte que tiene “un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”. Corte Constitucional sentencia C-806 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

gestantes para que no desobedezcan la prohibición de abortar pues en caso contrario recibiría una sanción.

Lo expuesto nos lleva fácilmente a concluir la legitimidad de la legislación penal (artículo 122), ya que la Corte Constitucional ha señalado que es legítimo que el Estado adopte medidas penales para la defensa de la vida del que está por nacer, como manifestación del Preámbulo y de los artículos 2º y 5º de la Constitución. De acuerdo con la Corte, “el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas”²⁵.

Sin embargo, una de las primeras preguntas que surgen es si el castigo para las mujeres que abortan, realmente garantiza que todas las mujeres que se encuentran en esa condición y que tienen la intención de abortar, efectivamente no lo hagan. En otras palabras, ¿si la amenaza de castigo penal es una medida adecuada para evitar la práctica de abortos?

b. La penalización, parcial o total, del aborto es una medida inadecuada para el logro del fin perseguido

Para responder la pregunta formulada, se hace necesario determinar si la penalización del aborto resulta adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo, esto es, si efectivamente evita que las mujeres aborten y, correlativamente, si protege la vida del nasciturus. La respuesta a esta cuestión parece ser negativa, si se tienen en cuenta la situación del aborto en Colombia y la alarmante clandestinidad con que se presenta. Un ejemplo de ello es la investigación adelantada por el Instituto Guttmacher, la cual

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C133 de 1994.

concluyó que los abortos clandestinos en Colombia hacia el año 2008 superaban los 400.000 casos²⁶.

No solo es un hecho notorio que las muertes y las demás consecuencias para la salud de la mujer generadas por abortos clandestinos es preocupante, sino que las mismas cifras de entidades estatales, así lo confirman. De acuerdo con el DANE, es posible calcular que la mortalidad registrada por abortos durante el año 2010, representaba el 4,3% de todas las muertes maternas²⁷.

Además, estudios adelantados por expertos en la materia destacan que el porcentaje de abortos legales en relación con los clandestinos es mucho menor, lo que permite concluir que “solamente el 0,85% del total de los abortos realizados anualmente en Colombia se registran como legales. Esto quiere decir que, independientemente del cálculo, más del 99% de los abortos que se realizan anualmente en Colombia son clandestinos”²⁸.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir que la penalización del aborto no ha sido efectiva, por lo tanto, no puede ser considerada una medida adecuada y no pasaría este nivel del test. Es por esta inadecuación de la medida en relación con la protección de la vida del concebido, no nacido, que la ONU, desde hace varios años, viene abogando por la abolición de las medidas penales en razón del aborto. Desde 1999 la ONU recomendó que los Estados adoptasen medidas legislativas en relación con el aborto en el sentido de proscribir las sanciones punitivas en contra de las mujeres que decidan someterse a este procedimiento²⁹.

²⁶ Prada, E., et al. 2011. Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias. Nueva York: Guttmacher Institute. Ver además: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110921-06_%28las_cifras_del aborto%29/noti-110921-06_%28las_cifras_del aborto%29.asp?print=1

²⁷ DANE. 2010. Defunciones maternas por grupos de edad, según lista de causas a tres caracteres CIE-10. Año 2010. Expuesto también por Annika Dalén en *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*. DEJUSTICIA, Bogotá D.C., noviembre de 2013. Disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.362.pdf

²⁸ *Ibidem*, pág. 17.

²⁹ CEDAW - Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud. Artículo 12, Numeral 31 C.

Podemos afirmar, en consecuencia, que la penalización parcial del aborto no resulta adecuada en relación con el fin constitucionalmente legítimo que se persigue, como es la protección de vida del que está por nacer. La penalización del aborto no es funcional para evitar la práctica del aborto y la muerte de los fetos.

En este contexto, el Estado cuenta con la posibilidad de evitar la mayoría de las muertes relacionadas por abortos si, en primer lugar no castiga por este hecho y, en segundo lugar, permite el acceso a servicios legales seguros y oportunos para las mujeres que desean interrumpir la gestación. Con ello nos adentramos en el análisis de la existencia de otros medios alternativos, diferentes a la penalización, que permitan alcanzar el mismo objetivo, con un sacrificio mucho menor de los derechos de las mujeres en juego.

c. La existencia de medios alternativos diferentes a la penalización que permiten alcanzar el mismo fin legítimo propuesto

Pese a que se estableció que la penalización parcial del aborto no es una medida idónea para lograr el fin legítimo planteado, y las etapas del mandato general de proporcionalidad son progresivas y suponen un desarrollo gradual e incremental de evaluación, en esta oportunidad para abundar en razones acerca de la inconstitucionalidad de la medida legislativa bajo examen, se agotarán todas los análisis que requieren los subprincipios del juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

Así pues, luego del criterio de adecuación, es imperativo establecer la necesidad de la medida. De acuerdo con el mandato general de proporcionalidad, en esta etapa

“Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos” Subrayado fuera de texto.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

no se trata de establecer una relación de medio a fin, sino una relación de costos-beneficios. Es decir, se busca evaluar el medio, para determinar si utilizarlo resulta estrictamente necesario para alcanzar la finalidad legítima pretendida o, por el contrario, si existen medidas alternativas que pudieren ejercitarse obteniendo los mismos resultados, pero causando menos lesiones al derecho fundamental afectado³⁰.

En otras palabras, se trata de establecer si existe o no un medio alternativo menos gravoso para el derecho fundamental intervenido. En caso de que exista alguna alternativa que represente una intervención mínima o menos lesiva para los derechos fundamentales, la medida deberá declararse inválida o simplemente innecesaria. Y en consecuencia, deberá descartarse.

Al confrontar la medida con los criterios estrictos de necesidad, podemos determinar que existen otros medios alternativos para proteger al nasciturus, sin afectar gravemente los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la vida digna de las mujeres. Dicho de otro modo, es posible identificar medidas que conlleven la protección del feto, sin necesidad de penalizar las decisiones libres de las mujeres sobre la procreación y la formación de familia.

La evidencia que produce la no necesidad de la penalización parcial del aborto, obliga a mirar otras alternativas, menos gravosas, que permitan alcanzar el propósito inicial perseguido por el legislador. Una revisión de las recomendaciones de los organismos internacionales encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sobre derecho humanos, da luces sobre este asunto:

- i. El Comité de la CEDAW ha recomendado la despenalización del aborto en favor de otras medidas que reporten un mayor grado de satisfacción de los derechos en conflicto**

³⁰ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

El Comité de la CEDAW ha recomendado a los Estados Partes asegurar que se implementen medidas “impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”³¹.

Adicionalmente, este Comité en su recomendación No. 21 indicó que los embarazos o abortos forzados ocasionan graves afectaciones a los derechos de las mujeres puesto que esta es una decisión que hace parte de su autonomía. Por lo tanto, lo deseable es que conozcan de las medidas anticonceptivas seguras y fiables como parte de una formación integral respecto a la educación sexual y los servicios de planificación de la familia³².

Incluso sostuvo que los Estados deben -con el fin de proteger los derechos de las mujeres-, dar prelación a la prevención del embarazo no deseado por medio de la planificación, la educación sexual. Esto lleva a disminuir las tasas de mortalidad asociadas a la maternidad³³. Además, el Comité de la CEDAW ha pedido a los Estados, en la medida de lo posible, enmendar “la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”³⁴.

Lo anterior evidencia la preocupación internacional por el respeto de los derechos de las mujeres, quienes ven constantemente lesionadas sus garantías constitucionales cuando son obligadas a mantener un embarazo que atenta contra su autonomía personal. En consecuencia, los mismos organismos de vigilancia y monitoreo de derechos humanos plantean las alternativas menos lesivas que implican la

³¹ CEDAW, Recomendación general No. 19 (11º período de sesiones, 1992) La violencia contra la mujer, 24 m.

³² CEDAW, Recomendación No. 21 (13º período de sesiones, 1994), La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 22.

³³ CEDAW, Recomendación No. 24 (20º período de sesiones, 1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, 31 c.

³⁴ CEDAW, Recomendación No. 24 (20º período de sesiones, 1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, 31 c.

consecución de un objetivo legítimo como es la protección de la vida del que está por nacer, sin que sea necesaria las restricciones en los derechos de las mujeres sea intensa o alta, que haga nulos el goce y la efectividad de los mismos.

En el caso de CEDAW, el medio alternativo recomendado es la adopción de políticas públicas enfocadas en promover campañas educativas que generen conciencia en niños, niñas y adolescentes sobre la maternidad, la planificación familiar, las formas sanas y no contraproducentes de exploración y disfrute de la sexualidad. Estas políticas públicas con una perspectiva educativa propenden al mismo tiempo por la protección de vida, en potencia en el caso de nasciturus, y los modelos de vida buena de las mujeres que se erigen sobre decisiones vitales acerca de la reproducción y el desarrollo de los derechos reproductivos.

Por tanto, se reitera la misma conclusión que ya se ha puntualizado arriba: la penalización parcial del aborto no resulta ser una medida ni adecuada ni necesaria y mucho menos proporcional, tal como se desarrollará más adelante. A similares conclusiones respecto de la innecesariedad de la penalización del aborto, han llegado tribunales constitucionales de otras latitudes a la hora de evaluar medidas legislativas iguales, a través del test de proporcionalidad.

ii. La no necesidad de la penalización, parcial o absoluta, del aborto según los Tribunales Constitucionales de otros países

En el contexto mundial, los análisis de distintos tribunales constitucionales han concluido que existen otras medidas menos gravosas que no implican la afectación de los derechos de las mujeres. En el presente capítulo se hablará de México, Canadá y Estados Unidos.

La Corte Suprema de Justicia mexicana al revisar la constitucionalidad de una reforma de la Constitución Política del Estado libre y soberano de San Luis Potosí, en la que se establecía la protección de la vida de los seres humanos desde la concepción, señaló

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

que no es adecuado considerar que el producto de la gestación tiene derechos constitucionales, como la vida o la salud, al punto de limitar los derechos de otros individuos, tales como la mujer que no desea procrear.

Por esta razón, concluyó la Corte que el “bien constitucionalmente protegido relativo a la vida prenatal no podría tener una prevalencia absoluta e ilimitada en relación con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”³⁵.

Adicionalmente, el alto Tribunal mexicano indicó que la penalización del aborto como medida legislativa para la protección de la vida prenatal de forma incondicional, no es necesaria y además vulnera los derechos fundamentales de las mujeres, al existir otras medidas alternativas menos gravosas para las referidas garantías. Sobre el particular indicó:

“La medida legislativa bajo escrutinio no es necesaria, toda vez que, al establecer un pretendido derecho absoluto o ilimitado, específicamente en favor de la vida prenatal, afecta o vulnera, por sí mismo, los derechos fundamentales de las mujeres consagrados en la Constitución General de la República y en diversos tratados internacionales, cuando, para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo indicado, pueden existir medidas alternativas menos gravosas o restrictivas de los referidos derechos fundamentales, como pueden ser, entre otras, la promoción y aplicación de políticas públicas integrales de atención a la salud sexual y reproductiva, así como de educación y capacitación sobre la salud sexual y reproductiva, los derechos reproductivos y la maternidad y paternidad responsables, a fin de proteger la vida prenatal”³⁶.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia canadiense declaró inconstitucional una norma que permitía el aborto, solo si estaba en riesgo la vida de la mujer y un comité médico lo certificaba. De acuerdo con ese Tribunal, la disposición referida vulneraba los derechos a la integridad física y seguridad personal de las mujeres, ya que

³⁵ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, 74.

³⁶ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 62/2009, 105.

obligarlas a continuar con un embarazo a menos “de que cumpla[n] con unos criterios que son ajenos a sus prioridades y aspiraciones, es una profunda interferencia en su cuerpo y una vulneración al derecho a la seguridad personal”³⁷.

Adicionalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida estudiada, esa Corte manifestó:

“[E]n cualquier evento, el objetivo de proteger al feto no justificaría la severidad de la vulneración del derecho a la seguridad personal de la mujer embarazada que resultaría si la disposición exculpatoria de la sección 251 fuese completamente retirada del Código Penal. Sin embargo, es posible que una futura norma del parlamento que requiriera un mayor grado de peligro a la salud en los meses más tardíos del embarazo, por oposición a los primeros meses, para que un aborto fuera legal, puede llegar a alcanzar una proporcionalidad aceptable en los términos del artículo 1 de la Constitución”³⁸.

En el mismo sentido, el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos brinda herramientas para el presente debate. Así, la Corte Suprema de ese país, ha manifestado que el “Estado no puede prohibirle a una mujer tomar la

³⁷ Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006. Aclaración de voto Magistrado Manuel José Cepeda. El texto original dice “Section 251 clearly interferes with a woman’s physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman’s body and thus an infringement of security of the person”.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de Canadá. *Morgentaler v. The Queen*. 1988. “It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the fetus. In any event, the objective of protecting the fetus would not justify the severity of the breach of pregnant women’s right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the Criminal Code. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the Charter”. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006. Aclaración de voto Magistrado Manuel José Cepeda.

decisión final sobre la continuidad de su embarazo antes de su viabilidad”³⁹. De hecho, en el caso *Roe vs Wade* este Tribunal indicó que la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo genera un daño específico y directo ya que implica obligar a la mujer a la crianza de un hijo no deseado, lo que puede conducir a un daño psicológico⁴⁰.

También, en la clásica decisión del caso *Planned Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, proferida en 1992, el Tribunal Supremo de Estados Unidos introdujo la noción de las cargas indebidas en relación con los derechos de las mujeres⁴¹.

En ese precedente se concatenaron dos argumentos que permitieron respaldar el derecho legal de toda mujer al aborto, admitiéndose, como resulta obvio dado que no existen derechos absolutos, algunas limitaciones: el argumento de la intimidad, sobre la base de que no hay un derecho más privado que aquel faculta a cada uno de disponer de su propio cuerpo y “administrar” su aparato reproductivo⁴², y el argumento de la

³⁹ Ver: Aclaración de voto a la sentencia C-355 de 2006. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Planned Parenthood v. Casey*. 505 U.S. 833; 112 S.Ct. 2791; 120 L.Ed. 2d. 674 (1992). El texto original reza del siguiente modo: “a State may not prohibit any woman from making the ultimate decision to terminate her pregnancy before viability”.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos *ROE v. WADE*, (1973) No. 70-18. Así se expresó el Supremo Tribunal de Estados Unidos: “This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon the pregnant woman by denying this choice altogether is apparent. Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation”.

⁴¹ *Planned Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 505 U.S. 833, 1992. En esta ocasión, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de una ley de Pensilvania en tanto que imponía cargas indebidas al ejercicio efectivo del derecho al aborto de la mujer, al exigírsele, entre otras cosas, la constancia de una notificación formal del esposo acerca del procedimiento que se iba practicar.

⁴² Este argumento ya había sido desarrollado en un precedente anterior que constituyó el primer paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la protección del derecho al aborto: *Roe vs. Wade*, “Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



igualdad, que implica la protección equivalente de todas las garantías y prerrogativas en cabeza de los ciudadanos, sin que sean admisibles discriminaciones injustificadas.

Luego, parece existir un consenso jurisprudencial en torno a que la penalización del aborto no es una medida necesaria para asegurar la protección de la vida del feto, a costa de los derechos de las mujeres. Medios alternativos diferentes a la penalización, parcial o total, de las decisiones libres y autónomas sobre su aparato reproductivo, permiten alcanzar en un grado óptimo la protección de la vida de los no nacidos y los derechos sexuales de la mujer. Un medio alternativo relevante en este sentido, es la adopción de políticas públicas de salud, nacionales o regionales, para fortalecer la educación sexual de niñas, niños y adolescentes.

d. La penalización parcial del aborto no es una medida proporcional

Los derechos que resultan afectados por la penalización parcial del aborto son los derechos fundamentales de toda mujer que se han anotado en los apartes anteriores: el libre desarrollo de la personalidad, la salud mental y física, la vida y la dignidad humana. Por otra parte, el bien jurídico que resulta, en hipótesis, satisfecho en una mayor medida con la alternativa bajo juicio es del nasciturus.

Ahora bien, para que se repunte proporcional la medida se debe demostrar una correlación equilibrada entre los derechos en juego. Esto significa que debería constatarse la satisfacción alta de un derecho y la intervención mínima o media del derecho o del bien jurídico contrario. Pero en el presente caso, ninguna correlación óptima se puede establecer entre el bien jurídico del feto y los múltiples derechos de las mujeres.

Por el contrario, la penalización parcial del aborto tal como existe actualmente, es decir, únicamente de acuerdo con las causales, no permite alcanzar un grado

410 U.S. 113, 1973. En esa oportunidad, el Tribunal declaró inconstitucional una ley de Texas que tipificó como delito el aborto, a menos que la vida de la madre se pusiese en peligro con la continuación del embarazo.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

suficiente de protección y garantía de los derechos de las mujeres, motivo por el cual es necesario avanzar hacia su despenalización conforme al plazo de las 24 semanas de gestación.

La penalización parcial del aborto trae como consecuencia una intervención alta o intensa de los derechos de las mujeres y una satisfacción escasa y muy baja del bien jurídico en relación con el feto. De allí que puede afirmarse categóricamente que esta medida legislativa, aun con la excepciones contempladas por la jurisprudencia constitucional, no resulta ni adecuada, ni necesaria y, mucho menos, proporcional. La satisfacción insuficiente del nasciturus ya se demostró arriba al evidenciar la ausencia de idoneidad y la innecesariedad de la medida.

A continuación se presentarán los argumentos que permiten inferir la intervención intensa en los derechos de la mujer, para finalizar con la formulación de la regla de prevalencia condicionada que deriva de la aplicación de la ley de la colisión.

i. La interdicción del exceso

Esta variante de la proporcionalidad se refiere a la prohibición de la tipificación de delitos y penas que resulten excesivas frente al derecho a la libertad y los derechos fundamentales que sean restringidos como resultado de una sanción penal. La imposición de sanciones penales en los casos de aborto dentro de las primeras 24 semanas de embarazo resulta una medida desproporcionada frente a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como toda la gama de derechos fundamentales de las mujeres afectados, conforme a lo expuesto con anterioridad.

Así, vale la pena mencionar que conforme a la interdicción de exceso “no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y sea más benigno con el derecho afectado”⁴³. De allí,

⁴³ *Ibíd.*, 136.

que sea necesario plantear que, tal y como lo han establecido varios sectores de la sociedad civil, la problemática del aborto deba ser enfrentada a través de diversas medidas de política pública que permitan la garantía y respeto de los derechos de las mujeres por parte del Estado, en vez de limitar su intervención a la criminalización.

Igualmente, es necesario mencionar que, conforme a este criterio, el grado de protección del bien jurídico “debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”⁴⁴. De esta forma, resulta pertinente plantear que la protección de la vida dependiente dentro de las 24 primeras semanas de embarazo y en los casos despenalizados por la Corte Constitucional Colombiana se reduce, lo cual implica la necesidad de morigerar la posible afectación de la libertad personal por parte del derecho penal en estos casos.

ii. La prohibición de protección deficiente

Otra de las variantes de la proporcionalidad relevante para la determinación de normas penales es el de la prohibición de protección deficiente. Bajo este postulado, las “omisiones legislativas que no ofrezcan un máximo nivel aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”⁴⁵.

Así, el criterio de prohibición de protección deficiente impone examinar, en un primer lugar, si la abstención legislativa favorece o no la realización de un fin constitucional legítimo. Igualmente, vale examinar si “otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad”, lo que en materia penal significa examinar si “con una restricción alternativa de la libertad, igual o más benigna, se obtiene una protección mayor del bien jurídico relevante”⁴⁶. Y finalmente, es necesario constatar si “el grado de

⁴⁴ Ibid., 136.

⁴⁵ Ibid., 139.

⁴⁶ Ibid., 140.

favorecimiento del fin legislativo (la no- intervención en la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección”⁴⁷.

Ahora bien, la despenalización del aborto hasta el final de la semana 24 de gestación, en efecto, persigue la realización de un fin constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos de las mujeres, no sólo los referidos a su libertad sexual y reproductiva, sino también otros relacionados con las garantías fundamentales de cualquier ser humano como la autonomía personal y la dignidad humana. Igualmente, puede señalarse que la despenalización parcial propuesta y otras medidas legales alternativas pueden favorecer una protección a la vida dependiente en grados incluso superiores a la criminalización.

De todo lo anterior se puede desprender que penalizar el aborto antes de la semana 24 de gestación vulnera el principio de proporcionalidad en la legislación penal en sus modalidades de interdicción del exceso y proporcionalidad en sentido estricto.

iii. La penalización parcial del aborto implica una carga excesiva para las mujeres, comoquiera que restringe el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales

El derecho penal en el Estado Social de Derecho se fundamenta en la mínima intervención en los derechos de los ciudadanos. Esto implica que siempre deben intentarse las medidas menos lesivas para las prerrogativas de las personas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

“El derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas

⁴⁷ Ibíd., 140

antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer (...)”⁴⁸.

Así pues, no existe un mandato de origen constitucional para que obligue al Estado a proteger únicamente determinados bienes jurídicos mediante la legislación penal. De hecho, este debe ser el último medio a utilizar cuando no sean posibles otros medios de resguardo⁴⁹.

Luego, el hecho de que se recurra al castigo penal como único medio para garantizar la protección de ciertos bienes constitucionales, supone infringir un principio medular de las democracias constitucionales: el castigo penal como última ratio. La transgresión de este principio conlleva a aumentar la carga en contra de otros sujetos y la intervención o afectación de los derechos radicados en cabeza de estos agentes. Sobre el derecho penal como última ratio se hablará en capítulos subsiguientes.

En el caso concreto, la penalización parcial del aborto representa una carga excesiva para las mujeres toda vez que restringe los derechos de estas al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, al castigar decisiones propias del fuero interno de las mujeres acerca del proyecto vital que involucra la reproducción y la conformación de familia.

iv. La penalización del aborto representa un desconocimiento protuberante del derecho a la dignidad humana de las mujeres, por lo cual resulta ser una medida excesivamente gravosa

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2012.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 489 de 2002.



De acuerdo con el artículo 1o. de la Constitución, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. Esta cláusula, que orienta todo el texto constitucional, se refiere al trato que debe recibir todo ser humano por su condición de tal⁵⁰ y conlleva la posibilidad de que cada persona determine qué hacer con su vida de manera libre y voluntaria⁵¹.

En esa medida, el Código Penal, al reprimir la interrupción del embarazo, desconoce el principio de dignidad humana pues impone a las mujeres, la obligación de llevar hasta el final un embarazo no deseado. Ello implica desconocer que la naturaleza de la mujer es diferente a la de ser única y exclusivamente reproductora. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “la libertad de la mujer no se reduce por el hecho del embarazo”⁵². Además, ha indicado que:

“El ejercicio de la autonomía sexual de la mujer no puede reducirse a convertirse en instrumento o medio para lograr la conformación de familias; o para la procreación. Por el contrario, en tanto que manifestación de la libertad individual, que se reconoce por igual a hombres y mujeres, el sentido con el cual se ejerce dicha autonomía estará definido de manera individual, por su proyecto de vida”⁵³.

La penalización del aborto desvaloriza la libertad de escoger un proyecto de vida⁵⁴ y abre el camino para la reificación de la mujer como reproductora. Este atentado en contra de la dignidad de la mujer no halla justificación alguna en la Constitución ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, so pretexto de que con esta medida se obtiene la protección del derecho a la vida del feto.

⁵⁰ Sentencia SU-062 de 1999

⁵¹ Sentencia T-098 de 2011

⁵² Sentencia SU-1167 de 2001.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. “La Constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

Las serias restricciones que supone para los derechos de las mujeres no son admisibles por cuanto la satisfacción de los derechos opuestos, que se dicen salvaguardar, no resulta proporcional a las importantes limitaciones que se imponen. Entonces, no es posible afirmar que la penalización del aborto no genera una carga excesiva para el libre ejercicio de los derechos de las mujeres. Basta constatar que, además, de las restricciones para el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, la medida bajo examen puede impactar negativamente los derechos a la salud mental e integridad física de las mujeres, como se pasará a demostrar.

v. La penalización parcial del aborto aumenta los riesgos para la salud física y mental de las mujeres, dado que genera la proliferación de clínicas clandestinas y procedimientos médicos poco efectivos y nada seguros⁵⁵

El argumento según el cual la tipificación del aborto evita que las mujeres acudan a este tipo de medidas para terminar con sus embarazos, desconoce las dinámicas sociológicas que se generan ante cualquier tipo de prohibición injustificada.

Un estudio realizado por el Ministerio de Protección Social permite constatar las ideas que se ha expuesto en precedencia. Una de las conclusiones de esta investigación es la siguiente:

“Las mujeres que participaron en el estudio reportaron que la razón más frecuente para tomar la decisión de interrumpir el embarazo, tiene que ver con el proyecto de vida que se han trazado, en donde la edad, el tener que parar o aplazar los estudios que se están realizando, la independencia, la libertad y la autonomía, marcaron su decisión. Estas razones se presentaron con mayor

⁵⁵ Este acápite es complementario con las consideraciones efectuadas en relación la idoneidad de la penalización parcial del aborto.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



frecuencia en la región Pacífica y en Bogotá y fue la principal razón por la cual interrumpieron el embarazo en la región de Amazonía y Orinoquía”⁵⁶.

En consecuencia, siempre que la razón más frecuente para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo sea la afectación del proyecto de vida de las mujeres, para estas resulta indiferente la penalización de la conducta, por cuanto esta no prevalecerá sobre las razones personales que se asumen como determinantes para la decisión. De allí que se pueda afirmar que el efecto preventivo del derecho penal en este caso es totalmente ineficaz e ineficiente.

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO COMO PARTE DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

En el apartado anterior se explicaron las razones por las cuales mantener la penalización del aborto en los términos actuales es inconstitucional. Ahora, en este capítulo, se hablará de manera detallada de la relación existente entre la interrupción voluntaria del embarazo y los demás derechos de las mujeres.

1. Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Es necesario mencionar que los derechos reproductivos han sido definidos como “la capacidad que tiene toda persona sin distinción alguna, de decidir sobre su reproducción, y (...) de incorporar las condiciones y los medios adecuados para llevar a la práctica esas decisiones, y poder así, efectuar un proceso de autodeterminación reproductiva”⁵⁷.

⁵⁶ Ministerio de Salud y Protección Social, *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas* (Bogotá: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), 111.

⁵⁷ Casa de la Mujer, *Tensiones en la discusión sobre los derechos sexuales y los derechos reproductivos*, Bogotá.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

En relación con este asunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”⁵⁸.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que el desarrollo de la sexualidad y la decisión de tener hijos está íntimamente ligada al derecho a la libertad, la igualdad, la autonomía, la dignidad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Además, el derecho a la atención en salud reproductiva se encuentra conectado con el derecho a la salud, a la vida y a la integridad física y moral.

2. El derecho a la libertad y a la igualdad de las mujeres

La práctica del aborto involucra la garantía del derecho a la libertad pues “las restricciones de legislaciones que penalizan total o parcialmente el aborto son una limitación de la libertad de las mujeres para tomar decisiones frente a su vida, a su cuerpo, a su sexualidad y reproducción”⁵⁹.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

⁵⁹ Universidad Nacional y Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, p. 27.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

En el programa de acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 se reconoció que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia.”⁶⁰

Lo anterior genera una consecuencia adicional, y es que al coartar la libertad de las mujeres de interrumpir su embarazo, se vulnera también su derecho a la igualdad, ya que la penalización del aborto es “una expresión de la discriminación en razón del sexo, debido a que criminaliza una práctica médica que únicamente necesitan las mujeres”⁶¹. Así, al penalizar el aborto –un delito que recae sobre un procedimiento que solo se practica en el cuerpo de las mujeres- se reafirman los estereotipos de que ellas tienen la obligación de ser madres.

3. El derecho a la dignidad humana y a la autonomía personal

El derecho a la dignidad humana es un principio constitucional y un derecho fundamental. La Corte Constitucional ha explicado que la dignidad Humana: “protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”⁶².

El derecho a la dignidad humana se encuentra íntimamente ligado al derecho a la autonomía personal, pues garantiza que las personas tengan derecho autónomamente a diseñar su proyecto con un mínimo de restricciones y un máximo de libertad. Así, la dignidad humana y la libertad deben ser respetadas por el Estado y los particulares.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C355 de 2006.

⁶¹ Universidad Nacional y Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, p. 28.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia c-355 de 2006.

La Corte Constitucional ha recordado en relación con los derechos de las mujeres que “respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infligirle sufrimientos morales deliberados”⁶³.

En consecuencia, para respetar el derecho a la dignidad humana y a la autonomía personal, los Estados deben permitir que las mujeres tomen una decisión autónoma con respecto a su plan de vida, lo cual incluye la posibilidad de interrumpir su embarazo.

4. El derecho a la salud, la vida y la integridad de la mujer

El derecho a la salud es un bien constitucionalmente protegido. Por su parte, la Corte Constitucional ha entendido el derecho a la vida no solo en términos biológicos sino como vida digna. Por eso, es “un todo trascendente y complejo, que incorpora tanto los aspectos puramente material, físicos y biológicos como de orden espiritual, mental y psíquico”⁶⁴.

El artículo 49 de la Constitución impone el deber de “adoptar medidas para el cuidado de la propia salud”. De manera que, resulta irracional que mientras el ordenamiento superior salvaguarda tanto la salud física como mental de las personas, sea el mismo Estado el que le imponga a las mujeres que lleven hasta término su embarazo, a pesar del riesgo que dicho estado implique para su calidad de vida y dignidad.

De hecho, la jurisprudencia de la Corte encontró desproporcionada la obligación de sacrificar la propia vida y salud por los intereses superiores del que está por nacer.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C 355 de 2006.



Esta desproporción fue explicada por el Tribunal Constitucional como a continuación se sigue:

“(…) no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

(…) el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud...”
(Subraya fuera del texto original)⁶⁵.

Por otro lado, frente al derecho a la salud reproductiva, ligado al derecho a la salud y la vida, se ha afirmado que “dado que la atención en salud reproductiva resulta fundamental para el bienestar de las mujeres, los Estados deben tomar medidas positivas para asegurar que dicha atención se encuentre disponible y resulte accesible a todas las mujeres”⁶⁶. Eso se debe a que a través de su garantía, podrá asegurarse que las mujeres puedan acceder a servicios de salud seguros, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de abortar, el uso de anticonceptivos, el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, entre otros⁶⁷.

V. FUNDAMENTOS INTERNACIONALES PARA DESPENALIZAR EL ABORTO

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.

⁶⁶ Centro de Derechos Sexuales y Reproductivos, derechos reproductivos a la vanguardia, Nueva York, 2008, p. 14.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 14.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

El derecho internacional de los derechos humanos propende por la garantía del derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo. Así lo demuestran diversos pronunciamientos de tribunales internacionales, no únicamente en el marco de los tratados ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino incluso de otras instancias como el Tribunal Europeo. A continuación se entrará a desarrollar de manera más detallada lo dicho por tales organismos.

1. Las recomendaciones de organismos internacionales y los tratados internacionales de derechos humanos exigen medidas legislativas enfocadas en la protección de los derechos reproductivos de la mujer

En la medida que la despenalización del aborto no representa vulneración alguna para la Constitución, puede alegarse válidamente que tampoco constituye una afectación de tratados internacionales de derechos humanos en tanto que estos hacen parte del ordenamiento constitucional, por vía del bloque de constitucionalidad⁶⁸.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos no contienen ningún derecho absoluto de protección de la vida del nasciturus, sino simplemente un deber de protección general que debe ponderarse con otros derechos e intereses del mismo rango para establecer la prevalencia correspondiente. El Tribunal constitucional lo expresó con las siguientes palabras:

“Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “*en general*” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida

⁶⁸ Sobre la noción amplia y restringida de bloque de constitucionalidad, se puede ver Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998.

desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción. [...]

“Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social”⁶⁹.

A iguales conclusiones ha llegado la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante Corte IHD) en el caso Fecundación In Vitro vs. Costa Rica. En esa oportunidad, dicho Tribunal aseguró que el derecho a la vida no tiene carácter absoluto, por lo que no resulta acorde con la Convención pretender otorgar protección absoluta a la vida del embrión⁷⁰.

La Corte IDH consideró además que, a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, partiendo de una interpretación conforme al sentido corriente de los términos de esta disposición y a una interpretación sistemática e histórica de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el embrión no puede ser entendido como una persona.

⁶⁹ C-355 de 2006, ya citada

⁷⁰ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Sobre esto el Tribunal Interamericano resaltó que la expresión “en general”, contenida en el artículo 4.1 de la Convención tiene como consecuencia que la protección del derecho a la vida no sea absoluta, sino “gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁷¹.

En el mismo caso, el Tribunal resaltó que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se encuentran directa e inmediatamente vinculados con el derecho a la autonomía reproductiva (contenido igualmente en el artículo 16 de la CEDAW) y el derecho a la atención de la salud.

Frente al derecho a la atención en salud, resaltó la Corte que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”⁷². Igualmente la falta de accesibilidad a procedimientos de salud puede generar niveles de angustia y ansiedad que afectan la integridad personal.

La interpretación señalada anteriormente habilitó a la Corte IDH para decretar medidas provisionales a favor de señora Beatriz, una ciudadana del Salvador que padecía de una grave enfermedad que se complicaba por un embarazo en curso, que las instituciones médicas de dicho país, se negaban a interrumpir, a pesar de los serios indicios que señalaban que la vida de Beatriz se encontraba en peligro. Ante tal situación, la Corte IDH privilegió el derecho de la vida y la integridad personal de la señora Beatriz y ordeno al Estado de El Salvador que:

“...adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos

⁷¹ Ibíd.

⁷² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

consagrados en los artículo 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y a la integridad personal y a la salud de las señora B...”⁷³.

Si bien la Corte IDH no resolvió el problema de fondo, sino que verificó la configuración de los requisitos de urgencia, la extrema gravedad y el posible daño irreparable necesarios para decretar la medidas provisionales, puede afirmarse que la decisión se sostiene sobre la base de que los derechos consagrados en la CADH no son absolutos y que, además, la consagración en el artículo 4.1 de la Convención no implica ningún derecho irrevocable a la vida en cabeza del feto.

Por su parte, el Sistema Universal de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la IVE. Para citar un caso, el Comité de Derechos Humanos que se encarga del seguimiento y observancia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recomendó a Colombia resolver el problema de la criminalización de los abortos, dado que ello implicaba una discriminación y violencia injustificada en contra de las mujeres. Así lo planteó el Comité:

“El Comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido a tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal”⁷⁴.

⁷³ Corte IDH. Asunto B., medidas provisionales respecto de El Salvador, 29 de mayo de 2013. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf> (23/11/2015).

⁷⁴ U.N. Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia”, 26 de mayo de 2004, pár. 13.

Además, ampliar la despenalización del aborto para considerar otras hipótesis diferentes a las contempladas por la jurisprudencia constitucional, se acompasa con otras disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y recomendaciones de los distintos organismos internacionales que velan por la protección y observancia de estos derechos, por los Estados-parte de los diferentes tratados.

Así, por ejemplo, el artículo 12.2 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) estipula que “los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Asimismo, dicho instrumento estipula en el artículo 16 la obligación de los Estados de tomar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las relaciones familiares y el matrimonio, el derecho a la autonomía reproductiva consistente en el derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (Subrayado fuera del texto).

En ese sentido, el Comité de la CEDAW ha recomendado a nivel mundial que los Estados permitan la interrupción voluntaria del embarazo segura y que eliminen barreras discriminatorias en relación con el acceso a servicios de atención en salud que solo afectan a las mujeres, como en el caso del aborto. En palabras de dicho organismo:

“El acceso de la mujer a una adecuada atención médica también se enfrenta con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a las mujeres y castigan a las que se someten a dichas intervenciones”⁷⁵.

⁷⁵U.N. Comité de la CEDAW, Recomendación general 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Adicionalmente, específicamente en el caso de nuestro país, el Comité de la CEDAW le recomendó a Colombia en julio de 1999, antes de la sentencia C-355 de 2006, la adopción de medidas legislativas que disminuyan el impacto negativo del aborto en situaciones apremiantes para las mujeres, debido a una ausencia de regulación especial para la materia:

“El Comité nota con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado como un acto ilegal. No existen excepciones a esta prohibición, ni siquiera cuando la vida de la madre está en peligro, es necesario para salvaguardar la salud física o mental de la madre, o en casos en que la madre ha sido violada. Al Comité también le preocupa que las mujeres que buscan tratamientos de aborto inducido, las mujeres que buscan un aborto ilegal y los doctores que las practican sean procesadas penalmente. El comité cree que la normatividad sobre aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres y al artículo 12 de la Convención. El Comité hace un llamado al gobierno para que tome las acciones inmediatas que deroguen esta legislación”⁷⁶ (Subraya fuera del texto).

También, en decisiones más recientes como el caso L.C Vs. Perú⁷⁷, el Comité de la CEDAW consideró que el Estado había incurrido en una violación del artículo 5 de la Convención, relativa a la obligación de modificar patrones para eliminar prácticas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres, teniendo en cuenta que el prestador del servicio médico aplazó la realización de una cirugía a una mujer embarazada, por considerar que la protección del feto prevalecía sobre la salud de la madre. Esta decisión, en opinión del Comité, estuvo influenciada por un estereotipo de inferioridad de las mujeres.

⁷⁶ U.N. Comité de la CEDAW, “Informe del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer”, 1 de julio de 1999, parte 1, pár. 393.

⁷⁷ Caso L.C. vs. Perú, Comité de la CEDAW, Com. No. 22/2009, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011)
“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Incluso, hay pronunciamientos de organismos de las Naciones Unidas, como por ejemplo el Informe del Relator Especial sobre Tortura, que señalan que negar el acceso a servicios de salud a las mujeres que quieren voluntariamente poner fin a su embarazo puede constituir un acto de tortura⁷⁸. El Relator resaltó algunos casos, como los siguientes:

“(E)l maltrato y la humillación en entornos institucionales; las esterilizaciones involuntarias; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto; las esterilizaciones y abortos forzosos; la mutilación genital femenina; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto”⁷⁹ (Subraya fuera del texto).

En el mismo sentido, el Comité contra la Tortura ha reiterado que impedir el acceso al aborto, así como el hecho de que la leyes penales de algunos Estados no contemplen excepciones sino que formulen prohibiciones absolutas, genera que las mujeres sean víctimas de malos tratos y de actos de tortura⁸⁰.

Ahora bien, la garantía del acceso a la IVE no únicamente ha sido abordada por el Sistema Interamericano y el Sistema Universal de Derechos Humanos, sino que hay otros tribunales que tienen una línea consolidada al respecto. Ese es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos que ha expresado que existen límites a la protección del derecho a la vida del feto, pues el derecho a la vida contenido en el artículo 2 de la Convención no incluye al no nacido.

⁷⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 2013.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Precisamente, el Comité de Derechos Humanos consideró en el caso de *K. N. L. H. c. el Perú* que la denegación del aborto terapéutico una violación del derecho de la persona a no ser víctima de malos tratos

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Así, en el caso *Paton vs. Reino Unido*, la Comisión Europea consideró que el art. 2 no incluye al que está por nacer, teniendo en cuenta las expresiones utilizadas en la versión francesa de la Convención (“toute personne”), que hace referencia a toda persona⁸¹. En este sentido, resaltó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”⁸².

Igualmente, en el caso *Boso vs. Italia*⁸³, la Corte Europea encontró que el aborto se podía practicar en los casos en los que estuviera acorde con la legislación nacional y se lograra un balance entre los intereses de la mujer y los del feto. En este caso también consideró que no se había incurrido en una violación del derecho a la vida, contenido en el artículo 2 de la Convención.

En el caso *R.R vs. Polonia*⁸⁴, la Corte resaltó que los Estados cuentan con un margen de apreciación para determinar la posibilidad de legalizar el aborto. A pesar de esto, los Estados europeos deben balancear los derechos de la mujer y los del no nacido al momento de tomar decisiones sobre este tema.

Sobre la aparente tensión entre los derechos del no nacido y los derechos de las mujeres, con respecto al derecho a la autonomía y a la intimidad de las mujeres, la Corte Europea en el caso *VO vs. Francia* resaltó que, a pesar de la necesidad de brindar protección al feto en nombre de la dignidad humana, a los efectos del artículo 2 de la Convención, el feto no puede ser considerado una persona con derecho a la vida⁸⁵. Adicionalmente, resaltó que bajo el artículo 8 de la Convención Europea, la regulación, en el sentido de prohibir el aborto, interfiere con el derecho de la mujer a la vida privada⁸⁶.

⁸¹ Caso *Paton vs. Reino Unido*, solicitud No. 8416/79, Comisión Europea de Derechos humanos, Dec. & Rep. 244 (1980).

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Caso *Boso Vs. Italia* App. No. 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

⁸⁴ TEDH Caso *R.R Vs. Polonia*, (Nº 27617/04), Sentencia de 26 de mayo de 2011.

⁸⁵ TEDH, Caso *Vo. Vs. Francia*, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004.

⁸⁶ *Ibíd.*

Finalmente, en el caso R.R vs. Polonia⁸⁷, la Corte resaltó que la vida privada abarca la autonomía y el desarrollo personal. Así que, como consecuencia de esto, las disposiciones del artículo 8 de la Convención también aplican para la decisión de tener o no tener hijos o hijas.

Luego, no existe ninguna disposición internacional que haga parte del bloque de constitucionalidad, que impida la despenalización del aborto. Por esa razón, lejos de infringir tratados internacionales de derechos humanos, su despenalización los refuerza y busca hacerlos efectivos, a través de una política pública que propenda por los derechos de las mujeres.

VI. EL ABORTO COMO UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA

En el marco de la reivindicación de los derechos reproductivos de las mujeres, se ha suscitado un gran debate en torno a la legalización de la IVE. En efecto, a pesar de lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006, un gran porcentaje de mujeres en el país decide acudir a establecimientos clandestinos para realizarse este tipo de intervención⁸⁸.

Por consiguiente, la penalización actual del aborto cuando no se practica bajo las tres causales señaladas por la Corte Constitucional, propicia que las condiciones bajo las cuales las pacientes van a interrumpir su embarazo, por un lado, afecten gravemente su salud física y emocional, y por el otro, generen complicaciones posteriores, como hemorragias, infecciones en el tracto reproductivo o esterilidad.

⁸⁷ TEDH Caso R.R Vs. Polonia, (Nº 27617/04), Sentencia de 26 de mayo de 2011.

⁸⁸ Elena Prada *et al.*, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011).

De hecho, la Organización Mundial de la Salud (OMS) encontró que el 13 % de las muertes maternas se deben a complicaciones por abortos clandestinos. Este porcentaje se traduce en 67.000 fallecimientos anuales, aproximadamente⁸⁹.

Sobre ese mismo asunto, en Colombia hay estadísticas que señalan que “más del 80% de las muertes maternas serían evitables si las instituciones aplicaran eficientemente las normas y protocolos conocidos”⁹⁰. Además, y si bien es difícil encontrar cifras consolidadas en la materia por el alto subregistro de la práctica de la IVE, existen estudios que sostienen que “los abortos inseguros son la tercera causa de mortalidad materna en el país”⁹¹.

Este contexto refleja una problemática relevante: un sector de la población acude a la ilegalidad para la práctica del aborto, incluso dentro de las primeras semanas de gestación, debido a que todavía puede acarrear sanciones penales. Además, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en Colombia no existe una ley que lo regule claramente, a pesar de que la tendencia mundial demuestra que el aborto debe ser abordado desde una perspectiva de salud pública. Allí, es importante señalar que “prácticamente todos los países con leyes sumamente restrictivas son países en desarrollo”⁹².

De manera que, bajo tales condiciones, el riesgo de afectación para la salud de las mujeres crece y, simultáneamente, se generan costos adicionales para el sistema de salud por las consecuencias que se desprenden de las intervenciones ilícitas. De acuerdo con la encuesta de *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas*, en 2010 se comprobó que 132.000 mujeres colombianas sufren

⁸⁹ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica de políticas para sistemas de salud* (Ginebra: 2003)

⁹⁰ Universidad Nacional y Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, p. 21.

⁹¹ *Ibíd.* P. 22.

⁹² Singh S et al., *Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress*, New York: Guttmacher Institute, 2009.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

complicaciones por abortos inducidos o realizados bajo condiciones inseguras⁹³. Por lo tanto, esta situación constituye un problema de salud pública, implica gastos adicionales a los sistemas de salud colombianos y fomenta malas prácticas médicas.

Con base en lo anterior, a continuación se analizarán las consecuencias de la despenalización del aborto en tres dimensiones, (i) como problema de salud pública; (ii) las consecuencias que genera en el ámbito social; y (iii) como un gasto adicional para los sistemas de salud.

1. La salud pública: muertes por procedimientos de interrupción del embarazo inseguros

En principio, las mujeres acuden a alternativas ilegales por diversos motivos: poca información, escasos recursos y dificultad para reunir los requisitos adicionales, como certificaciones médicas, consentimientos psiquiátricos⁹⁴, etc. Precisamente, en 2008, el Instituto Guttmacher estimó que el 99,92 % de las interrupciones de embarazo realizadas fueron practicadas en la clandestinidad⁹⁵.

Incluso, pudo comprobarse que los abortos más riesgosos, inducidos por la mujer sin ayuda o realizados por parteras sin capacitación, corresponden al 16 % del total de abortos en Colombia⁹⁶. De la misma manera, otro 16 % hace referencia a los abortos relativamente seguros, es decir, los que son efectuados por farmacéuticos o personal de enfermería⁹⁷. Y un 56-61 % constituye los abortos efectuados a través de misoprostol –medicamento que induce a la expulsión del feto–.

⁹³ Ministerio de Salud y Protección Social, *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas* (Bogotá: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA).

⁹⁴ Fundación Oriéntame, *Nueve años de despenalización del aborto en Colombia*.

⁹⁵ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011).

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ El porcentaje de los abortos más riesgosos y el de los relativamente seguros no incluyen los abortos realizados por misoprostol, medicamento que induce a la expulsión del feto.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Ello implica un alto riesgo para la salud de las mujeres, puesto que cualquier clase de aborto es un procedimiento delicado, tanto a nivel físico como psicológico, que requiere un espacio con condiciones higiénicas adecuadas y personal capacitado para resolver las posibles complicaciones que puedan presentarse. Sin embargo, los centros clandestinos no tienen una preparación adecuada ni mecanismos que regulen y controlen sus prácticas. Así, la práctica de la IVE fuera de centros de salud autorizados, además de representar una causa importante de muertes maternas⁹⁸, puede dejar secuelas permanentes en la vida de las mujeres, ya sean físicas o psicológicas⁹⁹.

La afectación alcanza dimensiones considerables debido a la gran cantidad de embarazos no deseados. En 2010, se registraron 1.357.659 embarazos, de los cuales 911.897 no fueron planeados. Así mismo, pudo comprobarse que el 43,9 % de estos embarazos terminó en aborto inducido¹⁰⁰, lo cual demuestra el alto riesgo de que se acuda a establecimientos que estén al margen de la ley.

Al respecto, también influye que la interrupción voluntaria del embarazo esté condicionada a las tres causales definidas por la Sentencia C-355 de 2007, pues fomenta el acceso a centros clandestinos por parte de las mujeres que no se ciñen a lo expuesto en la providencia. Por ende, la magnitud de la afectación alcanza a un gran porcentaje de la población femenina, en especial, a las adolescentes jóvenes en edad reproductiva de 15 a 19 años, quienes tienen una tasa de fecundidad del 84 %¹⁰¹.

Adicionalmente, como se mencionó líneas atrás, estos sitios no están sujetos a normas de verificación y cumplimiento, ni sometidos a acciones vigilancia o control que garanticen procedimientos con características de calidad y seguridad para las mujeres

⁹⁸ Ruth Pearson y Carolina Sweetman. *Abortion, reproductive rights and maternal mortality*. *Gender & Development* p, 45-50.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011) p, 33.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 36.

que acuden a ellos. Elena Prada *et al.*¹⁰² argumenta que “aproximadamente 70 mujeres mueren cada año debido a abortos inseguros, siendo esta quizá la causa más evitable de mortalidad materna”¹⁰³.

En ese estado de cosas, la salud y la vida de este grupo poblacional están en riesgo, toda vez que estas complicaciones pueden acarrear consecuencias graves, como infecciones localizadas, esterilidad, afectaciones sistémicas, sepsis, e incluso, la muerte. Este conjunto de riesgos demuestra que es un problema de salud pública que debe atenderse prioritariamente.

2. Consecuencias del aborto ilegal en el ámbito social

Si bien este tipo de intervenciones se ubican en la esfera privada, la afectación de las mujeres que interrumpen su embarazo puede trascender al núcleo familiar, y por tanto, también a la sociedad. La vida de la mujer afectada se trastoca en todas sus dimensiones, personal y familiar.

Los efectos negativos de las intervenciones inseguras transgreden la dimensión individual e implican un riesgo que afecta especialmente a ciertos sectores de la sociedad. Lo anterior, se refleja en el hecho de que las consecuencias más graves en relación con la penalización del aborto, las afrontan las mujeres de escasos recursos económicos.

Diversos estudios sostienen que “las mujeres pobres, especialmente aquellas que viven en áreas rurales y que no pueden pagar un procedimiento seguro de alta calidad, tienen mayor probabilidad de desarrollar complicaciones [cuando abortan] que las

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Cabe señalar que estas son aproximaciones por parte de los autores de acuerdo con un cálculo de las cifras demográficas de la OMS. Elena Prada *et al.*, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011), p 17.



mujeres no pobres”¹⁰⁴. En ese orden de ideas, “no son las mujeres de la clase media alta quienes pagan con su salud, o peor aún con sus vidas, la clandestinidad del aborto”¹⁰⁵, ya que:

“La proporción de mujeres que sufre complicaciones depende de su lugar de residencia y de su condición socioeconómica; y los expertos opinan que esta proporción varía entre 24% en mujeres urbanas no pobres y 53% en mujeres rurales pobres”¹⁰⁶.

En consecuencia, la práctica del aborto no es sólo un problema de salud pública que afecta mayormente a las mujeres de escasos recursos económicos, sino también de justicia social, ya que son ellas las que terminan procesadas penalmente. Sobre esto último se hablará más adelante.

3. Costos para el sistema de salud por muertes a causa de intervenciones inseguras

Lo descrito hasta acá también tiene un impacto económico negativo para los sistemas de salud a causa del alto costo de los procedimientos derivados de estas prácticas. La fundación Guttmacher estima que una de cada cuatro mujeres colombianas que se realizan un aborto inducido debe recibir atención por complicaciones en una IPS¹⁰⁷. Ello también implica la disminución en días y años de la vida productiva de las mujeres por incapacidad, es decir, aumento en los costos para las empresas prestadoras de salud.

¹⁰⁴ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011), p.18.

¹⁰⁵ Annika Delén, *El Aborto en Colombia: cambios legales y transformaciones sociales*. Maestría tesis, Universidad Nacional de Colombia, p. 48.

¹⁰⁶ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011), p.18.

¹⁰⁷ *Ibíd.*



En términos presupuestales, las afectaciones se traducen en un incremento del gasto público y en un recargo para el sistema de salud, como consecuencia de la inversión requerida para solventar sus necesidades. Dicha situación podría evitarse de existir mecanismos de IVE que sean legales, eficaces y seguros.

Un estudio arrojó que si un aborto se realiza en condiciones adecuadas, la posibilidad de experimentar complicaciones es del 0,3 %¹⁰⁸. Tal como sostiene la OMS:

“El acceso rápido al aborto temprano sin riesgos reduce significativamente las altas tasas de mortalidad y morbilidad materna, previene los costos impuestos a los sistemas de salud por los abortos inseguros y provee cuidados a aquellas mujeres que aún no están suficientemente cubiertas por programas de planificación familiar o en quienes ha fallado la anticoncepción”¹⁰⁹.

Dadas las circunstancias, es prioritario ampliar el acceso de las mujeres a la IVE y garantizar que se realice en condiciones seguras, de modo que prevalezca su bienestar físico y emocional. Ello no solo tendrá una influencia positiva en la calidad de vida de miles de mujeres, sino que solucionará efectivamente una problemática pública de salud. Más aún, porque las consecuencias negativas se intensifican en países que no cuenta con recursos suficientes para prestar un adecuado servicio de salud¹¹⁰.

Del mismo modo, resulta evidente que la despenalización parcial del aborto por causales, tal como existe actualmente, no se ha materializado en la disminución de los abortos clandestinos inseguros. De allí la necesidad de ampliarlo hasta el plazo de la semana 24, con independencia del motivo que aduzcan las mujeres, ya que las diversas consecuencias de una intervención ilegal podrían evitarse mediante la práctica de la IVE legal, en condiciones seguras, salubres y oportunas¹¹¹.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica de políticas para sistemas de salud* (Ginebra: 2003).

¹¹⁰ Ruth Pearson y Carolina Sweetman. *Abortion, reproductive rights and maternal mortality. Gender & Development* (2007), p, 45-50.

¹¹¹ De acuerdo con los *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas*: “A pesar del peligro que representa para la **“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”**

En síntesis, despenalizar el aborto hasta la semana 24 de gestación implica reconocer que es un asunto que debe ser tratado bajo la perspectiva de política pública, y no a través de la persecución penal. De hecho, estudios de la OMS evidencian que en los países que hay una despenalización efectiva de la IVE y cuentan con acceso a un procedimiento seguro, únicamente 1 de cada 100.000 mujeres tiene algún tipo de complicación¹¹², mientras que en países donde son ilegales o parcialmente legales, como es el caso de Colombia, la cifra asciende a 70 mujeres por cada 100.000 procedimientos¹¹³.

VII. EL ANÁLISIS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA IVE A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En el año 2011, mediante la Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011, el Ministro del Interior y de Justicia, conformó la “Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano”, que tuvo como finalidad “apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones en torno a ella”¹¹⁴.

Este órgano colegiado fue conformado por expertos en materia penal y tuvo, entre otros, los siguientes encargos: “i) evaluar y estudiar la normatividad existente en

vida y la salud, el aborto inseguro sigue siendo un recurso utilizado para terminar con embarazos no deseados por muchas mujeres, por lo que cada año fallecen en el mundo aproximadamente 47.000 mujeres por causas relacionadas con embarazo, parto o puerperio, de las cuales el 13% fallece como resultado de abortos inseguros (OMS, 2003). Estas muertes solo representan una fracción de la carga de enfermedad causada por el aborto inseguro, son muchas más las mujeres que sobreviven, pero la mayoría sufre de morbilidad aguda y crónica; es decir que, además de las 70.000 mujeres que mueren por año, decenas de miles sufren consecuencias a largo plazo, incluyendo infertilidad (OMS, 2003)”.

¹¹² Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica de políticas para sistemas de salud* (Ginebra: 2003).

¹¹³ Profamilia, *¿Mitos y verdades sobre el embarazo?*

¹¹⁴ Comisión Asesora de Política Criminal, “Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano” 12 de junio de 2012. Pág. 10.

materia de política criminal; ii) analizar las iniciativas académicas que se formulen sobre la materia; iii) elaborar documentos para el diseño de la Política Criminal colombiana; y iv) realizar consultas con las entidades estatales, universidades, asociaciones de abogados y abogadas, y las personas u organismos que la Comisión considerara pertinentes, sobre las reformas que sugieran deben introducirse”¹¹⁵.

Con este panorama en mente, y reconociendo la imposibilidad de confeccionar una política criminal¹¹⁶ integral, fueron propuestos por la Comisión los “Lineamientos generales de política criminal del Estado Colombiano”, con las recomendaciones que presentaron, un año después de su conformación, al Gobierno como producto final. El documento es sin duda un interesante y completo ejercicio de análisis de las necesidades, medios y finalidades de la política criminal colombiana.

Una de las recomendaciones hechas por la Comisión estuvo dirigida a sugerir al Gobierno Nacional la necesidad de despenalizar todos aquellos hechos que redunden “en afectaciones de los derechos de las mujeres, como la interrupción voluntaria del embarazo”¹¹⁷.

¹¹⁵ Ibíd. P. 10. La Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011 fue reformada a través de las Resoluciones Nos. 0451 del 3 de marzo de 2011 y 038 del 15 de septiembre del mismo año, expedida esta última por el Ministro de Justicia y del Derecho Doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

¹¹⁶ La Comisión adoptó al concepto de “política criminal” desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-646 de 2001, que la definió en los siguientes términos: “Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”

¹¹⁷ Ibíd. P. 74.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

El informe también resaltó que Colombia ha ratificado tratados internacionales que señalan estándares orientados a aumentar el ámbito de protección de los derechos de las mujeres, y agregó que si bien en los tratados ratificados por Colombia:

“No existe la obligación expresa de despenalizar el aborto, lo cierto es que los estándares internacionales se orientan a la eliminación de las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y que generen situaciones discriminatorias”¹¹⁸.

En este contexto, la despenalización “es constitucionalmente posible”¹¹⁹, lo que no solo la hace viable sino que aparece como una alternativa recomendable:

“Puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo”¹²⁰ (Subraya fuera del texto).

1. La penalización impacta a las mujeres en condiciones más vulnerables y constituye una forma de discriminación

En su informe, la Comisión coincidió con los estudios y desarrollos internacionales que han demostrado que la penalización severa “no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid. P. 75.

de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad”¹²¹.

Así, en un análisis comparado de datos de países donde existen leyes altamente restrictivas, la penalización del aborto no está asociada a la disminución de las cifras sobre su práctica. Por el contrario, continuar con su criminalización “hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad”¹²².

Entonces, la decisión de penalización severa no solo impacta la vida y la salud de las mujeres, sino que afecta en mayor proporción a un grupo determinado, convirtiéndose en un factor de discriminación, pues quienes sufren mayoritariamente embarazos no deseados en Colombia y recurren al aborto en condiciones precarias son las mujeres de pocos recursos económicos¹²³.

El análisis sobre la penalización del aborto y su impacto como factor de discriminación, antecede el informe de la Comisión Asesora de Política Criminal. Uno de estos estudios data del año 2007 cuando, un año después de la expedición de la Sentencia C-355, el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia emitieron el informe “Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas”. Allí se analizó el aborto desde múltiples dimensiones, reconociendo sus impactos sociales diferenciados, tanto desde la perspectiva de salud pública, como desde una dimensión social en la que se erige como una forma de injusticia social y como un asunto de derechos humanos.

¹²¹ Ibíd.

¹²² Ibíd.

¹²³ Ibíd. Cita la Comisión el informe del Instituto Guttmacher colaborador oficial en salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud), que señala “cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (“sólo” 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres” Ver Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal. 2011. Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Nueva York: Guttmacher Institute, p. 17 y 18.

Dicho informe señaló que la penalización del aborto también se intersecta con variables de carácter económico, educativo, de vivienda rural o urbana, entre otras, que generan discriminación sobre las mujeres, y que, son precisamente las mujeres más pobres las que “por falta de medios o condiciones suficientes se ven obligadas a recurrir a un aborto inseguro, con lo cual se viola el principio de justicia e igualdad”¹²⁴. Esto, sumado a que la realización del procedimiento de aborto en condiciones precarias es una consecuencia directa de la ilegalidad y de la clandestinidad derivada de la penalización de su práctica¹²⁵.

Ese hecho, con las consecuencias penales e individuales que genera “lleva a reconocer que la penalización del aborto es una forma de injusticia e inequidad social”¹²⁶, producto de la sumatoria, entre otros, de los siguientes factores: (i) la práctica clandestina derivada de la ilegalidad del procedimiento, (ii) el impacto soportado en mayor medida por mujeres en condiciones de pobreza, (iii) la intersección de condiciones particulares de marginalidad y vulnerabilidad, que generarán un crecimiento exponencial del riesgo y (iv) afectaciones, en muchos casos permanentes, tanto sobre su salud reproductiva, como sobre otros derechos fundamentales, como la salud, en sus dimensiones, mental y física, e incluso la vida, en caso de daños derivados de la práctica del procedimiento.

A grandes rasgos, este fue el panorama analizado por la Comisión para concluir que “es indudable que para evitar los abortos clandestinos y amparar los derechos de las mujeres, Colombia requiere una despenalización mucho más amplia que la que actualmente existe de la interrupción voluntaria del embarazo”¹²⁷. Así, la discusión vira en una nueva dirección e incorpora la dimensión social de la salud, la integridad

¹²⁴ “Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas”, Convenio Interadministrativo No. 405 de 2006, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y la Universidad Nacional de Colombia. 2007. Pág. 24.

¹²⁵ *Ibíd.* P. 25

¹²⁶ *Ibíd.* P. 24.

¹²⁷ *Ibíd.* P. 25.

y las condiciones de vida dignas, como factores determinantes para la vida de las mujeres en pleno goce de sus derechos y en condiciones de bienestar.

2. La criminalización no influye en la práctica de abortos ilegales

El panorama descrito en los acápites anteriores es más fácil de ilustrar a través de cifras. Se estima que en el año 2008 el 99,92% de las interrupciones de embarazo realizadas fueron practicadas en la clandestinidad¹²⁸ y que en el año 2010, 132.000 mujeres colombianas sufrieron complicaciones por abortos inducidos o realizados bajo condiciones inseguras¹²⁹. Igualmente, que en ese mismo año se registraron 1.357.659 embarazos, de los cuales 911.897 no fueron planeados y de los que el 43,9 % terminó en aborto inducido¹³⁰. Así como que “los abortos inseguros son la tercera causa de mortalidad materna en el país”¹³¹.

Esto evidencia que la tasa de abortos clandestinos practicados en el país no se ha visto efectivamente influenciada por la criminalización de la conducta y que por el contrario la penalización es un factor que ha incidido en la mortalidad materna. Estos elementos cuestionan la persecución penal como la única herramienta jurídica para el tratamiento de la conducta.

3. Principios de derecho penal que apoyan la despenalización del aborto

¹²⁸ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011).

¹²⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas* (Bogotá: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA).

¹³⁰ Elena Prada et al., *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York: Guttmacher Institute, 2011), p. 33.

¹³¹ Universidad Nacional y Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, p. 22.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



Las conclusiones de la Comisión Asesora de Política Criminal también se ven reforzadas por los principios mismos del derecho penal en un Estado Social de Derecho.

a) El derecho penal como *última ratio*

La Comisión también fue enfática en señalar que “una política criminal apropiada no solo debe estar enmarcada normativamente y respetar en particular los principios de *última ratio* y no discriminación”¹³² sino que también debe “ser una política adecuada en términos de racionalidad instrumental”¹³³.

Es precisamente por ello que es necesario recordar que el derecho penal debe ser la *última ratio* en un Estado Social de Derecho. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que el derecho penal está regido por el principio de subsidiariedad, según el cual, el empleo de las penas y las medidas de seguridad únicamente son legítimas cuando han fallado otros medios de control social para prevenir determinadas conductas.

Así, la aplicación de penas se torna desproporcionada cuando la protección a un bien jurídico puede conseguirse mediante otros medios menos lesivos de los derechos fundamentales. Por ello, vale tener en cuenta que:

“Como la constitución quiere garantizar la libertad de acción de las personas, el Derecho penal únicamente puede disponer limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad. <<La norma penal representa en cierta medida la “*última ratio*” en el instrumental del legislador>>”¹³⁴.

¹³² Comisión Asesora de Política Criminal, “Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano” 12 de junio de 2012. P. 74.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Jescheck, Hans Heinrich, Wiegand, Thomas, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Comares, Granada, 2002, p. 3.

Esta razón de ser ha sido ratificada por la jurisprudencia constitucional colombiana al afirmar que la actuación punitiva del estado debe ser la última salida para la protección de bienes jurídicos. De este modo, la Corte Constitucional afirmó que:

“En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como última ratio”¹³⁵ (Subraya fuera del texto).

Ahora bien, debido a que el derecho penal protege sólo a determinados bienes jurídicos, y aún bajo este supuesto, su intervención solo se encuentra justificada cuando otros medios de control social y jurídico han fallado. Así, su regulación resulta aplicable exclusivamente a determinadas zonas de la vida en sociedad, de forma que la criminalización únicamente se ocupa de determinados “fragmentos” o “residuos” de la totalidad de los comportamientos que pueden ser cubiertos por el derecho.

Por esa razón, se ha afirmado que el derecho penal tiene un carácter fragmentario ya que sólo regula las modalidades de ataque más peligrosas de los bienes jurídicos más importantes. En otras palabras:

“Entra en juego así el <<principio de subsidiariedad>>, según el cual el Derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado <<carácter fragmentario del Derecho penal>> constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integral el llamado <<principio de intervención mínima>>.”¹³⁶

En iguales términos lo reconoció la Corte Constitucional al afirmar que:

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 2002. Reiterada en la Sentencia C-363 de 2009.

¹³⁶ Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Reppertor, Barcelona, 2005, 127.

“De manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *última ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico; por tanto, el recurso al derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del nasciturus. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales “...respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución”¹³⁷ (Subrayas fuera del texto).

Es por esto, que la Fiscalía General de la Nación desea hacer un llamado al Congreso de la República para reflexionar acerca de la legitimidad y utilidad de la penalización del aborto. Esto, ya que las cifras mostradas con antelación permiten entrever que la tasa de abortos clandestinos practicados en el país no se ha visto efectivamente influenciada por la criminalización de la conducta. Por el contrario, la penalización es un factor que ha incidido en la mortalidad materna en el país.

De esta manera, cabe entonces preguntarse si el derecho penal es el mecanismo jurídico para proteger la vida humana dependiente, o si por el contrario, es preferible la implementación de otras medidas para afrontar el aborto como un asunto de salud pública, que no sólo está atado a la protección del *nasciturus* sino también a los derechos de las mujeres en nuestra sociedad. Esta solución, fuera del derecho penal, tendría que pasar por la construcción de mecanismos jurídicos que afronten al aborto desde otra perspectiva.

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

b) Principio de necesidad de la pena

En consonancia con la exposición del derecho penal como última ratio, hecha en el acápite anterior, las preguntas sobre la penalización del aborto deben también analizar el principio de necesidad que orienta la criminalización de la conducta. Para la Corte Constitucional, el principio de necesidad de la pena puede ser comprendido en los siguientes términos:

“La potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y para “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. A través del derecho penal el Estado brinda una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a determinados bienes jurídicos o valores constitucionales, mediante la imposición de penas, cuando estima que es necesario acudir a este mecanismo para brindarles una protección eficaz. Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es la última ratio de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil. De lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena”¹³⁸.

Conforme con esta aproximación conceptual, la existencia de la pena encuentra vigencia en la utilidad que provea al ordenamiento para preservar aquellos preceptos constitucionales de importancia superior en el ordenamiento. Así, la pena “ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos”¹³⁹.

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-312 de 2002.

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 1993.

c) La prevención en el derecho penal

El derecho penal desempeña un doble rol en su dimensión preventiva: la prevención general y la prevención especial. Estas a su vez cuentan con una doble dimensión: puede ser positiva o negativa.

En relación con la prevención general, su dimensión negativa, se refiere a su capacidad intimidatoria y de amenaza para los delincuentes¹⁴⁰, y su dimensión positiva, al aspecto estabilizador de la pena como “socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad”¹⁴¹.

El análisis de esta dimensión de la pena en relación con el aborto, demuestra que la prevención general en sus dos dimensiones está descartada, ya que la vivencia individual de una decisión en torno al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos nunca puede ser entendida como una promoción a otras mujeres para su ejercicio, ni a favor ni en contra. Es decir, la decisión libre y voluntaria de una mujer sobre sus derechos sexuales y reproductivos no puede ser calificada como una invitación a otras mujeres a abortar y, por lo tanto, su penalización tampoco se convierte, automáticamente y como lo evidencian las cifras, en un factor intimidatorio para que otras mujeres no accedan a la interrupción. Lo único que logra su criminalización es someter la práctica de la IVE a condiciones riesgosas.

En relación con el análisis de prevención especial, este atiende a la finalidad que la pena reportará respecto de la infractora de la ley penal. En el marco constitucional colombiano, se reconoce la finalidad resocializadora de la pena en la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁴². Por ello, “sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2002.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-757 de 2014.

incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece”¹⁴³. Así, la prevención especial positiva:

“Debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo”¹⁴⁴.

Quiere decir lo anterior que el análisis de la finalidad preventiva sobre la infractora estaría orientado a suprimir su reincidencia. Sin embargo, hablar de reincidencia frente a una conducta como el aborto, deja de lado las consecuencias que un aborto puede dejar sobre la mujer.

Además, el estudio “Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas”¹⁴⁵ del 2014 sostiene lo siguiente:

“A pesar del peligro que representa para la vida y la salud, el aborto inseguro sigue siendo un recurso utilizado para terminar con embarazos no deseados por muchas mujeres, por lo que cada año fallecen en el mundo aproximadamente 47.000 mujeres por causas relacionadas con embarazo, parto o puerperio, de las cuales el 13% fallece como resultado de abortos inseguros (OMS, 2003). Estas muertes solo representan una fracción de la carga de enfermedad causada por el aborto inseguro, son muchas más las mujeres que sobreviven, pero la mayoría sufre de morbilidad aguda y crónica; es decir que, además de las 70.000 mujeres que mueren por año, decenas de miles sufren consecuencias a largo plazo, incluyendo infertilidad (OMS, 2003)”.

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 1997.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2002.

¹⁴⁵ “Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas”, Ministerio de Salud y Protección Social, Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNFPA), Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (Profamilia), 2014. Pág. 27.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

d) Los límites máximos y mínimos del poder punitivo del Estado

En los capítulos anteriores se habló sobre la necesidad de la pena, el carácter de *última ratio* del derecho penal y la función preventiva de este. Todo ello, está íntimamente ligado con libertad de configuración legislativa en materia punitiva y específicamente, los límites máximos y mínimos del poder punitivo del Estado.

Al respecto, es importante recordar que si bien el legislador goza de un amplio margen para establecer cuál será la política criminal del Estado, existen límites a dicha actividad, especialmente en el marco de un Estado Social de Derecho como el colombiano. En ese sentido, el Congreso:

“No tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”¹⁴⁶ (Subraya fuera del texto).

Así, y tomando en consideración que la Constitución Política y los derechos de las personas constituyen los límites que el derecho penal no puede desconocer, la teoría de los máximos y los mínimos del poder punitivo establece que,

“El ejercicio del poder punitivo del Estado se desarrolla entre dos grandes extremos: la obligación de tipificar ciertas conductas como las graves violaciones a los derechos humanos (límites mínimos) y la prohibición de intervenir penalmente en ciertos ámbitos que son producto del legítimo ejercicio de un derecho constitucional (límites máximos)”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Aclaración de voto, Sentencia C-226 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴⁷ Aclaración de voto, Sentencia C-226 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

De acuerdo con lo anterior, y en relación con el aborto, es importante hacer dos consideraciones. Primero, es claro que dicha conducta no se enmarca dentro de las graves violaciones a los derechos humanos. De hecho, resulta ilustrativo mencionar que, en sentido estricto, dicha categoría a nivel internacional se ha reservado para delitos muy específicos y de suma gravedad como la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos humanos en diversos casos, como por ejemplo, *Barrios Altos v. Perú*, en el cual afirmó que,

“Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁴⁸.

De manera que, si bien no corresponde entrar a definir en este escrito cuáles son las graves violaciones a los derechos humanos, se debe señalar que ningún tribunal nacional ni internacional ha sostenido que el aborto se enmarca dentro de dicha categoría. Por el contrario, como se ha visto a través de este Proyecto, la tendencia mundial avanza actualmente hacia su legalización, ya que hace parte del ejercicio de los derechos de las mujeres a la autonomía, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y en general, el respeto por su dignidad humana.

Así, proponer que se despenalice el aborto en Colombia no contraviene los límites mínimos del poder punitivo, ya que no existe ninguna obligación de perseguir penalmente esa conducta. De hecho, los pronunciamientos de instancias nacionales (por ejemplo la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal) y de organismos internacionales como el Comité de la CEDAW insisten en lo contrario.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.



Esto se debe a que, tal como se ha explicado anteriormente, tales organismos consideran que su criminalización genera un trato discriminatorio hacia las mujeres, que se acentúa frente a las que cuentan con menores recursos económicos.

El supuesto explicado anteriormente nos lleva a la segunda consideración que indica que el “*ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales”¹⁴⁹. Precisamente perseguir penalmente el aborto genera una limitación indebida a la posibilidad que deben tener las mujeres de decidir sobre su propio cuerpo y en general, sobre su proyecto de vida.

En relación con lo anterior, es importante señalar que la Corte Constitucional consideró que la penalización total del aborto:

“(S)e trata de una intromisión estatal de tal magnitud que anula el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de las mujeres en cuanto termina considerándolas como mero receptáculo para la reproducción, y no consulta su consentimiento para, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, asumir un compromiso u obligación que afectará profundamente su proyecto de vida en todos los sentidos”¹⁵⁰.

Por consiguiente, y tomando en consideración que “el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana”¹⁵¹, es indispensable reconocer que la penalización del aborto lo único que genera es una intromisión indebida del Estado en el ejercicio de los derechos de las mujeres y en la manera en la que ellas quieren realizar su proyecto de vida.

¹⁴⁹ Aclaración de voto, Sentencia C-226 de 2002.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008.

¹⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006

En síntesis, la penalización del aborto ignora que el derecho penal está diseñado únicamente para proteger ciertos bienes y no para criminalizar los derechos de una parte de la población. Así, la “opción constitucional por un derecho penal mínimo explica que la Carta sólo haya previsto deberes de penalización absolutamente excepcionales”¹⁵². Esto se debe a que “el Constituyente, congruente con su opción por la libertad y la dignidad humanas, se preocupó más por controlar el poder punitivo, que por expandirlo”¹⁵³.

VIII. EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL PROPUUESTO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El presente capítulo se dividirá en tres partes. Primero, se reiterará el artículo 122 propuesto para modificar el tratamiento penal del aborto en Colombia. Segundo, se explicará la razón por la cual el término para practicar la IVE será hasta la semana 24 de gestación, con base en razones de derecho constitucional y científico. Y tercero, se demostrará porqué los 3 casos despenalizados por la Corte Constitucional no deben estar sujetos al término de las 24 semanas.

1. Modificación del artículo 122 del Código Penal

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause después de la semana veinticuatro (24) de gestación, incurrirá en prisión de (6) meses a un (1) año.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer y después de la semana veinticuatro (24) de gestación, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

¹⁵² Aclaración de voto, Sentencia C-226 de 2002.

¹⁵³ Ibid.



El aborto no será punible en los términos y bajo las causales despenalizadas por la jurisprudencia constitucional.

El aborto no será imputable a la mujer ni a quien se lo practique después de la semana veinticuatro (24) de gestación, cuando su realización tardía se deba a causas ajenas a la voluntad de la mujer

2. El aborto no será punible dentro de las primeras 24 semanas de gestación

Tal como se ha dicho hasta acá, existen diversas razones tanto de derecho constitucional como sociales y de salud pública, e incluso de política criminal que justifican la despenalización del aborto en Colombia. Precisamente por esos motivos es necesario que el término hasta el cual las mujeres puedan abortar vaya más allá del primer trimestre, sin que ello implique la necesidad de acudir a procedimientos inseguros que pongan en riesgo su salud o vida.

De acuerdo con lo anterior, el artículo propuesto establece que el aborto no será considerado una conducta delictiva mientras se practique dentro de las primeras 24 semanas de gestación. Existen diversas razones que sustentan la conveniencia de esto.

Las primeras demuestran que si bien la mayoría de IVE se realizan durante el primer trimestre, existe un porcentaje de mujeres que enfrentan distintas vulnerabilidades, de tipo económico o social, que lo hacen en el segundo trimestre. Las segundas, son de orden constitucional. Y las terceras, hacen referencia a argumentos científicos en materia de viabilidad fetal. A continuación se abordarán brevemente esos tres aspectos.

B. Permitir el aborto hasta la semana 24 de gestación garantiza en mayor medida los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Una de las principales razones por las cuales la Comisión Asesora de Política Criminal advirtió la importancia de despenalizar el aborto en Colombia, era que la criminalización de esta conducta recae en su mayoría en las mujeres más vulnerables, es decir, mujeres pobres, rurales, víctimas del conflicto armado o de la violencia sexual, o aquellas que enfrentan otras situaciones extremas y en quienes la continuación del embarazo representaría una carga desproporcionada. Esto se debe a que ellas acceden a abortos clandestinos en condiciones precarias que terminan comúnmente en complicaciones de salud, y a su vez, en noticias criminales que conllevan a su judicialización.

Otros estudios así lo confirman, ya que tal como se refirió en un capítulo anterior, “cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (“sólo” 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres”¹⁵⁴.

En ese sentido, y tomando en consideración que el derecho penal no puede convertirse en un mecanismo que promueva la injusticia social, es necesario que el término bajo el cual el aborto se despenalice sea suficientemente amplio. De lo contrario, la propuesta carecería de sentido, precisamente porque la mayoría de mujeres que abortan durante el segundo trimestre son las que enfrentan las situaciones más complejas y exponen su salud como resultado de abortos inseguros. A continuación se explicarán algunas razones:

- a) Si bien la mayoría de interrupciones voluntarias del embarazo se practican durante el primer trimestre, es necesario permitir las en edades gestacionales avanzadas**

¹⁵⁴ Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal. 2011. Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Nueva York: Guttmacher Institute, p. 17 y 18.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

Según diversos estudios, “la mayoría de las IVE suceden en el primer trimestre y las cifras a nivel mundial confirman que sólo entre 10% y 15% suceden más allá del primer trimestre, con un 2% que ocurre más allá de las veinte semanas de edad gestacional”¹⁵⁵. Así, las estadísticas demuestran a nivel global que usualmente los abortos se practican en periodos tempranos del embarazo.

Por su parte, en Colombia a pesar del subregistro que existe, se estima que se practican cerca de 400.400 interrupciones voluntarias del embarazo al año, de las cuales 40.000 ocurren luego del primer trimestre y 8.000 mil después de la semana veinte¹⁵⁶. Las cifras entonces, demuestran que la tendencia en nuestro país es similar a lo que ocurre mundialmente, ya que la mayoría de abortos se realizan durante el primer trimestre.

Ahora bien, las estadísticas también demuestran que es innegable que existe un porcentaje de mujeres que requieren la IVE en etapas más avanzadas del embarazo. Así, criminalizar esta conducta generaría que ellas se expongan a abortos inseguros resultado de la clandestinidad, con mayor riesgo de morbilidad y mortalidad¹⁵⁷.

Es importante señalar que la mayoría de mujeres que solicitan la IVE durante el segundo trimestre suelen ser aquellas que pasan por situaciones de mayor precariedad económica o que presentan cuadros complejos en términos emocionales y psicosociales. Las razones de las mujeres son múltiples, pero de conformidad con ciertos estudios, están asociadas a cambios significativos en sus condiciones laborales, económicas, educativas, etc. Por ejemplo, a que son despedidas del trabajo, sacadas de su casa, abandonadas por su pareja, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otras circunstancias¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Global doctors for choice, *Interrupción voluntaria del embarazo y edad gestacional: Razones y ventajas de un marco legal garantista*, diciembre de 2014.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Abortion-related Morbidity and Mortality in Benin City, Nigeria: 1973-85. Unuigbo JA et al. Junio de 1998, *International Journal Gynaecologic Obstetrics*, Vol. 26, págs. 435-9.

¹⁵⁸ Global doctors for choice, *Interrupción voluntaria del embarazo y edad gestacional: Razones y ventajas de un marco legal garantista*, diciembre de 2014.

Lo anterior, se acentúa en un contexto como el colombiano, en el que no solamente gran parte de la población vive en escenarios de pobreza, sino en el que además las mujeres se enfrentan con mayores barreras para acceder al sistema de salud. Hay estudios que soportan los anteriores argumentos:

“Cuando el derecho a la IVE se limita al primer trimestre, se limita también el acceso al servicio por parte de las mujeres más pobres, más jóvenes, menos educadas o sin empleo, según un estudio realizado en Mozambique. Estas condiciones posiblemente se replicarían en Colombia y serían una barrera adicional para las mujeres que viven en zonas de conflicto armado, apartadas geográficamente o pertenecen a comunidades indígenas, para quienes el acceso al sistema de salud es, de por sí, limitado. Las mujeres con mayores recursos y mayor educación tienen más posibilidad de conocer sus derechos y exigirlos, pagar un servicio clandestino pero seguro o simplemente están menos expuestas a las razones para consultar tardíamente debido a que tienen un mayor acceso a la información y a los servicios de salud”¹⁵⁹.

Lo dicho anteriormente también ha sido evidenciado en otros países. Para citar un caso, en Inglaterra se realizó un estudio que demuestra que las razones por las cuales las mujeres solicitan la IVE hasta el segundo trimestre de gestación son diversas. Un motivo recurrente, se debe a la lucha interna por la que atraviesan para tomar la decisión de interrumpir su embarazo. Los conflictos éticos y morales generan que soliciten la IVE en periodos gestacionales más tardíos¹⁶⁰. Ocurre algo similar cuando las mujeres viven lejos de los centros de salud o en aquellos casos en los que esconden por mucho tiempo su embarazo por miedo a la reacción de sus padres o de su pareja¹⁶¹.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Reasons for Second Trimester Abortions in England and Wales. Ingham R. 2008, Reproductive Health Matters.

¹⁶¹ Ibid.

En el mismo sentido, y con independencia de los motivos por los cuales las mujeres abortan tardíamente, la Conferencia Internacional de Aborto, organizada por el Consorcio Internacional de Aborto con Medicamentos – ICMA, sostiene que:

“La imposición de un límite de tiempo menor de las 24 semanas de gestación para abortar para las pocas mujeres que necesitan un aborto tardío, genera consecuencias negativas. Usualmente quienes acceden a los abortos entre la semana 20 y la 24 son las mujeres más pobres, más jóvenes y más vulnerables, y las mujeres que si bien inicialmente deseaban un embarazo, se enteran posteriormente de serias anomalías del feto. Todas ellas merecen apoyo y acceso a los servicios, y no ser condenadas”¹⁶² (Traducción libre).

Así, se evidencia que la práctica de la IVE durante el primer trimestre corresponde a las mujeres que gozan de mejores condiciones económicas. Mientras que, de no aprobarse la presente iniciativa legislativa, las más jóvenes y vulnerables, que son las que suelen solicitarla entre la 20 y 24 semana, seguirían, no únicamente exponiendo su vida y salud al abortar en la clandestinidad, sino que además, podrían ser objeto de la persecución penal.

b) En ocasiones los embarazos se detectan de manera tardía y esto genera que las mujeres soliciten la IVE en periodos posteriores al primer trimestre de gestación

Hay razones también de tipo médico que justifican la solicitud de las mujeres de abortos durante el segundo trimestre gestacional. Esto se debe a que generalmente se enteran tarde de que están embarazadas. Es pertinente resaltar tres situaciones en las que es frecuente que esto ocurra. La primera, que se presenta comúnmente en las áreas rurales, es que debido al bajo nivel educativo, ellas no identifican tempranamente los signos de embarazo. La segunda, son las mujeres farmacodependientes y/o en

¹⁶² International Conference on Second Trimester Abortion: Recommendations 29-31 March 2007, Londres UK.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



situación de calle. La tercera, se presenta cuando se usan métodos de anticoncepción, en cuyo caso es común que la menstruación siga llegando a pesar de estar en embarazos¹⁶³.

c) Las mujeres que solicitan la IVE en periodos de gestación posteriores al primer trimestre enfrentan mayores barreras

Un estudio denominado “Dilación y barreras al acceso al aborto en mujeres quienes acuden a un IVE en el primer y segundo trimestre de embarazo” señala que conforme va aumentando la edad gestacional se aumentan las barreras de acceso a la IVE.

De acuerdo con lo anterior, el 81% de las mujeres que solicitaron una IVE después de la semana 12 señalaron que tuvieron por lo menos una barrera en el acceso, comparado con un 49% de las mujeres que la solicitaron en el primer trimestre¹⁶⁴. Esto quiere decir que la situación de las mujeres que acceden tardíamente es aún más grave, pues terminan interrumpiendo sus embarazos a través de métodos más invasivos.

Igualmente, se debe mencionar que las mujeres que solicitan el aborto durante el segundo trimestre del embarazo se enfrentan a mayores estigmas dentro del sistema de salud, porque los prestadores del servicio invalidan y cuestionan sus razones para acceder a la IVE. Así lo reconoce un estudio que señala que:

“Una de las barreras más importantes para la prestación de los servicios de IVE, en particular en edades gestacionales avanzadas, es el no reconocimiento de las razones de las mujeres para interrumpir el embarazo y la ponderación de las mismas por parte de los profesionales de la salud según su propio marco de valores y su código de conducta moral. Suele considerarse que las razones de

¹⁶³ Global doctors for choice, *Interrupción voluntaria del embarazo y edad gestacional: Razones y ventajas de un marco legal garantista*, diciembre de 2014.

¹⁶⁴ Boland R. Second trimester abortion laws globally: actuality, trends and recommendations. *Reprod Health Matters*. 2010 Nov.

las mujeres no son serias, válidas o suficientes, y se realizan juicios morales sobre la decisión de interrumpir el embarazo y sobre la demora en solicitar el procedimiento”¹⁶⁵.

Por consiguiente, además de las barreras con las que normalmente las mujeres se enfrentan cuando solicitan la IVE, esos obstáculos se incrementan si lo hacen durante el segundo trimestre del embarazo. A lo anterior, se le suman factores de discriminación en relación con por ejemplo: la raza, etnia, orientación sexual, discapacidad, entre otras.

d) El aborto inseguro después de la semana 12 de gestación constituye un grave problema de salud pública

La OMS ha resaltado en múltiples ocasiones la importancia de que los sistemas de salud a lo largo del mundo den respuestas efectivas al aborto desde una perspectiva de salud pública. Con el propósito de reducir la mortalidad materna, dicho organismo aseguró que la solución para las muertes residía en realizar abortos seguros para las pacientes, con todas las garantías cubiertas, personal capacitado y recursos disponibles para remitir a las pacientes que puedan tener complicaciones.

Concretamente, la OMS ha propuesto una serie de recomendaciones para la práctica de abortos y establece dos ejes centrales. En primer lugar, la capacitación adecuada del personal de salud en conocimiento de leyes, regulaciones nacionales y procedimientos técnicos. Y en segundo lugar, el aseguramiento de “equipamientos e insumos (...), protocolos, regulaciones y políticas que promuevan el acceso a servicios de aborto de calidad”¹⁶⁶ (Subraya fuera del texto).

¹⁶⁵ Global doctors for choice, *Interrupción voluntaria del embarazo y edad gestacional: Razones y ventajas de un marco legal garantista*, diciembre de 2014.

¹⁶⁶ Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica de políticas para sistemas de salud* (Ginebra: 2003), 16, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43391/1/9275324824_spa.pdf

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



En ese sentido, la principal manera de abordar desde una perspectiva de salud pública la IVE es garantizar el acceso seguro a este procedimiento, con independencia del periodo gestacional en el cual la mujer lo solicite.

Por esa razón, para estudiar la despenalización del aborto en periodos posteriores al primer trimestre, es indispensable reconocer que los abortos inseguros realizados en esas etapas constituyen un grave problema de salud pública que no puede obviarse.

Así lo demuestran diversos estudios que señalan que dos terceras partes de los cinco millones de admisiones anuales a los hospitales se deben a complicaciones por abortos inseguros en ese periodo¹⁶⁷. Esto evidencia que hay un porcentaje importante de mujeres que ven afectada su salud por abortar durante etapas posteriores al primer trimestre del embarazo, lo que a su vez, le genera costos significativos al sistema de salud.

Además, dichas prácticas son las responsables de un número desproporcionado de muertes maternas, así en ocasiones se traten de atribuir erróneamente a causas diferentes¹⁶⁸. De forma tal que, si no se permite que el aborto se practique hasta el segundo trimestre del embarazo, la respuesta a la necesidad de las mujeres estaría incompleta, pues hay un gran número de esos procedimientos que redundan en el alza de la mortalidad materna.

En síntesis, desde una perspectiva de salud pública, es indispensable despenalizar la conducta para garantizar que las mujeres no tengan que acceder a abortos que les generen complicaciones para su salud física y/o mental.

e) Garantizar el acceso a la IVE durante el primer trimestre gestacional no es suficiente

¹⁶⁷ Second trimester abortion laws globally: actuality, trends and recommendations. Reed Boland Research Associate, Harvard School of Public Health, Boston MA, USA.

¹⁶⁸ Ibid.

A pesar de que es cierto que una manera de propender por que las mujeres no aborten dentro del segundo trimestre es garantizar el acceso adecuado durante el primer trimestre, esto no es suficiente.

Así lo confirma un estudio realizado en Inglaterra, que demostró que sólo el 13% de los abortos que ocurren después del primer trimestre se pueden evitar mejorando el acceso a los servicios de primer trimestre¹⁶⁹. Lo anterior quiere decir, por un lado, que las razones por las cuales las mujeres deciden interrumpir el embarazo son muy variadas, y por el otro, que siempre existirán motivos por los cuales las mujeres lo hagan después de la semana 12 de gestación.

En consecuencia, la IVE se debe acompañar de políticas integrales de servicios en salud sexual y reproductiva, métodos de anticoncepción, entre otras. Además, todas las razones por las cuales ellas abortan son perfectamente válidas y pueden presentarse en periodos posteriores al primer trimestre de gestación.

f) En cualquier caso, un parto siempre es más riesgoso que la práctica de la IVE, incluso después del primer trimestre de gestación

Es importante señalar que “la IVE segura, incluso después del primer trimestre, es un procedimiento con menores riesgos para la mujer que la continuación del embarazo hasta el término”¹⁷⁰.

De forma tal que, si bien la mayoría de IVE se practican durante el primer trimestre, no es verdad que permitir que ocurra lo mismo durante el segundo pone en riesgo la vida o la salud de las mujeres. Esto únicamente ocurre cuando los abortos se realizan

¹⁶⁹ Late Presentation for Abortion. George A et al. 1996, British Journal of Family Planning, págs. 22: 12-15.

¹⁷⁰ Global doctors for choice, *Interrupción voluntaria del embarazo y edad gestacional: Razones y ventajas de un marco legal garantista*, diciembre de 2014.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



en condiciones inseguras y, como consecuencia de éstos, aumentan las complicaciones¹⁷¹.

C. Argumentos constitucionales para permitir la IVE, por lo menos, hasta la semana 24 de gestación

Tal como se ha dicho a lo largo de la presente iniciativa legislativa, para hablar del aborto es importante saber qué se entiende por “persona” en nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en concordancia con el Código Civil, todo ser humano es persona¹⁷², pero “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”¹⁷³.

Por esta razón, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-355 de 2006 que “la protección del *nasciturus* no tiene el mismo grado e intensidad que la protección que se debe dar a la persona humana, es decir a la mujer. Situación a tener en cuenta en materia de despenalización del aborto”¹⁷⁴.

Siguiendo esta misma línea, la Corte Constitucional aclaró que la protección al no nacido es diferente a la protección de la persona humana. Así explicó que:

“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*,

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Artículo 74. Código Civil.

¹⁷³ Artículo 90. Código Civil. “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

¹⁷⁴ Universidad Nacional y Ministerio de la Protección Social, *Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia c-355 de la Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*, p. 49.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres”¹⁷⁵ (Subraya fuera del texto).

Así, la Corte exhortó al legislador a tener en cuenta la protección jurídica diferente entre la persona humana y el no nacido al momento de fijar la política criminal sobre la interrupción voluntaria del embarazo, la cual, según palabras de la Corte, siempre debe ser respetuosa de los derechos de las mujeres.

En ese sentido, y tal como se demostró en el primer apartado del presente documento, en el caso del aborto se encuentran enfrentados dos supuestos. Por un lado, el bien jurídico que protege al no nacido y, por el otro, los derechos a la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la mujer. Para lo cual, en aras de ponderar dichos supuestos es necesario realizar un test de proporcionalidad. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al decir que:

“Corresponde al juez constitucional realizar el test de proporcionalidad adecuado y reconocer que con el aborto no sólo está en juego la potencia o la esperanza de vida, sino la propia vida de la mujer, su salud, su libertad o su dignidad, derecho y valores que igualmente deben ser protegidos.”¹⁷⁶

Por esa razón, si bien no corresponde hacer nuevamente el juicio de proporcionalidad que ya se desarrolló en el primer acápite, es necesario reiterar que si se acepta que el

¹⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 355 de 2006.

¹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C -355 de 2006.

feto no es persona, sino que se trata de una vida en formación, el resultado del ejercicio de ponderación debe ser la prevalencia de los derechos de las mujeres. Todo esto, considerando que “la obligación de tener un hijo no implica la mera decisión de engendrarlo por un período de nueve meses en el vientre de la madres, implica una serie de cargas y responsabilidades económicas, sociales y psicológicas, que afecta la integridad y la vida de la mujer”¹⁷⁷.

Las implicaciones de toda índole en relación con la continuación de un embarazo recaen en su totalidad sobre el proyecto de vida de las mujeres que se verá seriamente afectado por dicha situación. No ocurre lo mismo frente al *nasciturus*, pues en nuestro ordenamiento jurídico este aún no alcanza la categoría de sujeto de derechos.

Además, es importante tener en cuenta que la Corte señaló que “la situación desde la perspectiva constitucional durante los primeros meses de embarazo, es que en ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más”¹⁷⁸ (Subraya fuera del texto).

La Corte Constitucional reconoce también, que el concepto de dignidad humana¹⁷⁹ prevalece en la ponderación porque involucra la complejidad de la persona, en la que lo biológico constituye sólo un aspecto. De manera que, el término de la semana 24 de gestación logra ponderar, por un lado, los derechos de las mujeres a autodeterminarse, y por el otro, la protección al bien jurídico del *nasciturus* que después de ese periodo tiene más peso. Esto se debe a que conforme transcurre el tiempo, el *nasciturus* comienza a adquirir ciertas características que tienen mayor

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 3-55 de 2006.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 355 de 2006.

¹⁷⁹ La dignidad humana es un principio constitucional reconocido en la Constitución Política de Colombia (arts. 2 y 94). Es también un derecho innominado según reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia a la par con el derecho al mínimo vital y a la seguridad personal. Para la Corte, estos derechos también gozan de protección a nivel del derecho internacional de los derechos humanos; son derechos básicos e interdependientes necesarios para garantizar las mínimas condiciones de respeto del derecho a la vida y, como tales, “inherentes a la persona humana” en el sentido del artículo 94 de la Constitución Bohórquez Viviana, Aguirre Javier, Revista Sur, No 11, 2010.

relevancia dentro de nuestro orden constitucional, como por ejemplo lo referente a la viabilidad. En términos similares ha sido aceptado por la doctrina al decir que:

“Esa vida en formación, que es el óvulo fecundado implantado en el útero y que atraviesa distintas fases de desarrollo, tiene un valor creciente, esto es, que no le otorgamos el mismo valor al óvulo recién fecundado que al feto de siete meses. Y esto tiene que ver con el hecho de que, a medida que se desarrolla, el cigoto, el embrión y luego el feto van adquiriendo los atributos propios de una persona humana, mientras que antes carecen de muchos de ellos”¹⁸⁰.

D. Viabilidad del feto

Hay diversos estudios que señalan que “el concepto de “umbral de viabilidad”, se establece entre 22 y 26 semanas en países con altos estándares en los sistemas de salud. El Consejo Nuffield sobre Bioética en su reciente informe usa el mismo período de tiempo y lo describe como “límite de viabilidad”¹⁸¹.

Lo anterior, quiere decir que el feto no es viable hasta antes de un periodo de 24 semanas. Dicho término varía además dependiendo de si se trata de países con bajos estándares en sistemas de salud.

Un estudio en Inglaterra, que fue realizado por el Comité de Ciencia y Tecnología que designó la Cámara de los Comunes, reportó que dentro de las semanas 20 y 22 de gestación, el 89% de los bebés nacen muertos¹⁸². Esto quiere decir que, incluso en países con altos estándares en el sistema de salud, no existe evidencia científica que demuestre la viabilidad fetal antes de ese lapso de tiempo.

¹⁸⁰ Uprimny, Rodrigo, Aborto, pluralismo y política criminal, 30 de septiembre de 2012.

¹⁸¹ Comité de Ciencia y Tecnología, Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967, Twelfth Report of Session 2006–07.

¹⁸² Comité de Ciencia y Tecnología, Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967, Twelfth Report of Session 2006–07.



A la misma conclusión llegó en noviembre de 2014 la Asociación Médica Británica, que de forma expresa señaló lo siguiente:

“De acuerdo con la Asociación Médica Británica, según análisis de la información publicada en el Reino Unido, no existe evidencia científica de que haya avances en la ciencia significativos que permitan la supervivencia de fetos antes de la semana 24 de gestación”¹⁸³ (Traducción libre).

En ese sentido, y tomando en consideración que existen estudios que soportan científicamente que el feto no es viable antes de la semana 24, es claro que los derechos de las mujeres deben primar, especialmente, durante ese término. En ese lapso de tiempo, que es evidente que el feto no tiene posibilidad de sobrevivir de forma independiente, las implicaciones de lo que ocurra con el embarazo están íntima y exclusivamente relacionadas con la mujer. Eso genera que solamente ellas puedan decidir si desean o no continuar con el embarazo, y no, que se tomen decisiones, sobre todo que tendrán implicaciones penales, con base en un feto que no es aún viable.

Por supuesto, y tal como se explicará en el siguiente capítulo, esa premisa no aplicará cuando exista riesgo para la vida o la salud de la mujer, el feto presente graves malformaciones incompatibles con la vida o el embarazo sea producto de una conducta delictiva, en cuyo caso las mujeres podrán abortar en cualquier tiempo.

3. Explicación de porqué los 3 casos despenalizados por la Corte Constitucional no deben estar sujetos al término de las 24 semanas

Como se explicó anteriormente, en el 2006 la Corte Constitucional despenalizó la IVE en tres casos: (i) peligro para la vida o salud de la mujer, (ii) grave malformación del feto que haga inviable su vida, (iii) cuando el embarazo sea resultado de una conducta

¹⁸³ Asociación Médica Británica, The Law and Ethics of Abortion, noviembre de 2014.

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”

de acceso carnal o acto sexual, inseminación artificial o transferencia de ovulo sin consentimiento”.

En la Sentencia C -355 de 2006, la Corte no especificó un término en el cual las mujeres que se encontraran cubiertas bajo alguna de las causales, debían practicarse la IVE. En efecto, “como ha tenido oportunidad de indicarlo esta Corporación en algunos pronunciamientos posteriores al citado fallo, no existe en esa providencia un análisis expreso de este asunto, ni tampoco la fijación de una regla de decisión en relación con ese tema”¹⁸⁴.

Recientemente, en el 2014, la Corte Constitucional explicó que en el derecho comparado existen diferentes regulaciones en relación con el tema “las cuales oscilan entre aquellas que no prevén la existencia de ningún límite temporal, hasta algunas otras que fijan un término referido a la semana de gestación en la que se encuentra la mujer”¹⁸⁵.

Como se dijo anteriormente, generalmente en el derecho comparado, cuando se trata de grave malformación del feto que haga inviable su vida fuera del útero, es posible practicarse un aborto en cualquier término de la gestación. Este es por ejemplo el caso de España y Uruguay¹⁸⁶.

Así, cuando existen malformaciones del feto que haga inviable su vida, la Corte Constitucional ha dicho que el deber de proteger la vida del que está por nacer pierde fuerza jurídica porque se trata de una vida que no es viable, por lo cual se torna irrazonable exigirle a la mujer llevar a término el embarazo. En estos casos también se protege el derecho a la salud y la dignidad de la mujer, porque continuar con el embarazo implicaría complicaciones de su salud que se agregarían al sufrimiento por la muerte de su hijo.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 532 de 2014.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ver apartado de derecho comparado de este proyecto de ley.

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que negarse a practicar un aborto cuando la vida del feto es inviable constituye un trato cruel, inhumano o degradante. Este tipo de malformaciones generalmente permiten una vida intrauterina relativamente normal, lo que implica que a la mujer le es impuesto un embarazo (que a partir del diagnóstico empieza a ser indeseado). Los derechos de las mujeres en estas ocasiones se verían en extremo sacrificados, y esto no es proporcional con el bien protegido, (la vida en formación del feto) pues de antemano se sabe que no sobrevivirá¹⁸⁷.

En consecuencia, bajo las tres hipótesis despenalizadas por el Tribunal Constitucional no debe regir el sistema de plazos de las 24 semanas, sino que de acuerdo con cada caso, y en el tiempo que se requiera, se deberá practicar la IVE, por ejemplo, para salvar la vida de la mujer. En esos supuestos es claro que bajo ninguna circunstancia, dicha conducta deberá ser penalizada.

IX. CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El cambio del debate en relación con la IVE se puede rastrear en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Dicho Tribunal ha admitido que no solo se trata del nasciturus, sino de los derechos constitucionales de la mujer que le permiten estructurar su proyecto de vida: el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, los derechos sexuales y reproductivos, y por supuesto, la vida entendida no solo como derecho, sino también como valor de relevancia constitucional.

De allí, que una legislación que amplíe el marco de la despenalización del aborto responde al mandato constitucional de profundizar los derechos de las mujeres y permite desarrollar adecuadamente los compromisos internacionales adquiridos por Colombia para eliminar la discriminación injustificada en su contra. Lo último se

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C 355 de 2006.



reafirma en que las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos no contienen ningún mandato absoluto de protección del nasciturus, sino simplemente un deber de protección general que debe ponderarse con los derechos de las mujeres para establecer la prevalencia correspondiente.

En tal sentido, los beneficios que puede reportar la penalización del aborto no superan, en ninguna medida, las restricciones que conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales. Dicho de modo diferente, la penalización del aborto es excesivamente gravosa para los derechos de las mujeres y no evita su comisión, sino que por el contrario, genera prácticas clandestinas que afectan su salud y aumentan la mortalidad materna.

Además, el análisis de la dimensión de la pena en relación con el aborto demuestra que la prevención general está descartada, ya que la vivencia individual de una decisión en torno al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como la IVE, nunca puede ser entendida como una promoción a otras mujeres para su ejercicio, ni a favor ni en contra.

Por esta razón, la persecución penal del aborto resulta a todas luces desproporcionada y, en consecuencia, debería ser eliminada del ordenamiento jurídico. Entre otras, porque recurrir a la sanción penal existiendo otros medios para proteger ciertos bienes constitucionales, como el desarrollo de políticas públicas, ignora la última ratio del castigo penal.

Por su parte, en relación con la semana 24 de gestación para despenalizar la IVE, existen diversos motivos para establecer dicho plazo, ya que si bien la mayoría de interrupciones voluntarias del embarazo se practican durante el primer trimestre, hay un porcentaje importante de mujeres que requieren de este procedimiento en etapas posteriores.

Eso se debe a varias razones, como por ejemplo, al acceso deficiente a los servicios de salud que genera que las mujeres soliciten tardíamente la IVE, el cambio de

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”



condiciones de vida de las mujeres cuando son despedidas del trabajo o abandonadas por su pareja, la detección tardía del embarazo debido al bajo nivel educativo de las mujeres rurales, la situación de calle de quienes son farmacodependientes y varios estudios que determinan que antes de la semana 24, incluso en países desarrollados, no hay evidencia científica que demuestre la viabilidad fetal.

A lo anterior, se suma, por un lado, el hecho de que el aborto después del primer trimestre de gestación es un grave problema de salud pública, pues las prácticas clandestinas generan un gran número de muertes de mujeres, y por el otro, que constitucionalmente la protección del feto no es absoluta, sino que es gradual e incremental según su desarrollo.

En síntesis, impedir que la IVE sea perseguida penalmente hasta la semana 24 de gestación es la manera más adecuada de garantizar los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que atraviesan por situaciones financieras, sociales y culturales complejas. Limitar la IVE a un periodo gestacional menor no lograría reducir la criminalización de las mujeres más vulnerables, ya que precisamente son ellas las que resultan investigadas penalmente a causa de su exposición a abortos clandestinos que ponen en riesgo su salud y vida. En ese sentido, una despenalización como la propuesta por la Fiscalía General de la Nación es respetuosa de los mandatos constitucionales y de los valores de toda sociedad democrática, en los que la autonomía de las mujeres como sujetos de derechos libres e iguales debe ser respetada.

De los H. Congresistas,

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

“Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió”