

Descripción de los retos jurídico – penales en el camino por la legalidad del aborto en Colombia

Luisa Fernanda Montoya Sáenz

*Oh! Santa Dora
espíritu guerrero y sensible por demás.
Indispensable en los momentos difíciles de un aborto.
(...)
En agradecimiento,
prometemos que con la enorme fuerza de tu lucha,
no bajaremos los brazos hasta conseguir
que el aborto sea libre, colectivo y popular.¹
Oración a Santa Dora Sanadora,
protectora de las mujeres que abortan.*

Resumen

El camino para la despenalización total del aborto en Colombia ha sido toda una lucha independentista, esto resulta lógico, por cuanto su debate en una sociedad conservadora con una población de pensamientos religiosos arraigados genera polarizaciones y opiniones adversarias.

Es conveniente reconocer que no han sido pocos los momentos en los que esta discusión se ha visto acordonada por la moral causando divisiones sociales; sin embargo, los movimientos que respaldan la lucha de la mujer para un ejercicio pleno y libre de sus derechos sexuales y reproductivos no cesa.

Por ende, el presente artículo pretende dilucidar la historicidad de la penalización del aborto en Colombia, adentrarse en los fundamentos que han avalado el movimiento despenalizador para culminar con la descripción de los retos jurídicos – penales que han acontecido en los diversos proyectos de ley y

¹ Consigna usada por el movimiento de la “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito” ante el Congreso Plaza de Mayo en Buenos Aires – Argentina en 2012, se explica que: *“Es la Santa que protege a las mujeres en situación de aborto y está basada en la figura de Dora Coledesky, abogada feminista y una de las personas más importantes en la pelea por el acceso al aborto”*. (Tomado de la plataforma Comunicación para la igualdad, artículo “Vamos por más” publicado el 2 de noviembre de 2012, disponible en <https://comunicarigualdad.com.ar/vamos-por-mas/> =

estudios jurisprudenciales en el recorrido por la legalidad desde una perspectiva crítica, reflexiva y orientadora.

Palabras claves

Aborto, Interrupción voluntaria del embarazo, Legalidad, Penalización, Derecho.

Abstract

The path to the total decriminalization of abortion in Colombia has been quite an independence struggle, this makes sense, because their debate in a conservative society with a population of entrenched religious thoughts generates polarizations and adverse opinions.

It is desirable to recognize that there have been few occasions when this debate has been agreed, because of the morality caused by social divisions however, the movements that support woman's struggle for a full and free exercise of her sexual and reproductive rights continue.

Therefore, this article aims to elucidate the history of the criminalization of abortion in Colombia, to delve into the fundamentals that have endorsed the decriminalizing movement to culminate in the description of legal, criminal challenges that have taken place in the various bills and jurisprudence studies in the journey through legality from a critical, reflective and guiding perspective.

Key words

Abortion, Voluntary interruption of pregnancy, Legality, Penalization, Right.

Introducción

Tal como lo mencionó Pantoja Castrillón, la prohibición del aborto puede ser fácilmente uno de los temas del Derecho en el que concurre el mayor acopio de normas, principios y valores constitucionales, porque a pesar de que las disposiciones jurídicas relacionadas con el aborto están consignadas en la codificación penal, no se niega que la fuente inmediata sea la Carta Fundamental, pues es ahí donde reside su etiología (2019, p. 68).

La nación colombiana y en general Latinoamérica tienen altamente marcado el sincretismo religioso² que se manifestó época de la colonia entre el culto católico practicado por los españoles, la cosmovisión politeísta indígena y el candomblé africano y que actualmente se manifiesta en gran parte de prácticas religiosas de la región en la que se denotan mayorías conservadoras derivadas de la adopción del culto católico como generalidad. Esto ha sido solo uno de los variados contratiempos para que la población asuma que se pretenda la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Los debates que surgen con relación a este tema no son pacíficos, estos siempre se desarrollan en medio de conceptos divergentes para lograr establecer el origen de la vida, sin que exista, aun, criterio unificado al respecto.

Por un lado, quienes son afines a la iglesia católica o han sido marcados por los parámetros de crianza de este dogma, afirman que la vida inicia con la concepción, instante desde el cual es sagrada y cualquier acto voluntario que implique la trasgresión del no nato es un pecado altamente reprochable. Por otro,

² Para ampliar información se sugiere consultar a Barbosa, Figueroa y López (2012) en su artículo “Sincretismo religioso en América Latina y su impacto en Colombia” en el que se expone que “el sincretismo religioso que fue producto de la fusión entre la santería negra, la religión católica, y las prácticas indígenas, ha surgido en los últimos años un nuevo componente: la así llamada “Nueva Era”. Para Chandler (1991), la Nueva Era es un resurgimiento moderno de antiguas tradiciones religiosas, junto con un conjunto de influencias: misticismo oriental, filosofía y psicología moderna, ciencia y ciencia ficción, y la contracultura de las décadas 1950 y 1960. Pero por debajo de todas estas influencias está la búsqueda del hombre de hallar algunas respuestas sobre quién es, de dónde ha venido y hacia dónde se dirige” (p. 28) Disponible en <https://www.unisbc.edu.co/wp-content/uploads/2020/04/Sincretismo2012.pdf>

en materia del derecho civil se considera que la vida tiene origen con el nacimiento, una vez la persona se ha desprendido de la madre y respira, aunque sea solo un segundo. En el marco del derecho penal, no se ha podido establecer el momento en el cual inicia la vida, esto en parte fundamentado en lo que indicó Posada, R. (2020)

(...) expresiones usuales en la literatura o en la política como, por ejemplo, el ‘no nato es una persona o un niño’, ‘los derechos del nasciturus son ilimitados o prevalentes’ o ‘la vida es vida sin importar su desarrollo a partir de la concepción’, podrán ser válidas para otras disciplinas o ciencias, pero no para el derecho penal, no solo porque no resultan conclusivas, sino también, porque implican generalizaciones autorreferentes del bien jurídico, que impiden explicar de manera adecuada las diferentes instituciones jurídicas reguladas por aquel (p. 16)

La indeterminación del momento en el cual inicia la vida dentro del derecho penal no ha acarreado la ausencia de protección de la misma tal como podemos notar en la protección constitucional prevista en el preámbulo y art. 2 superior conforme lo explicó la sentencia C-355 de 2006.

Los movimientos por la despenalización total del aborto no cesarán en su lucha, por lo menos, hasta garantizar que toda mujer que se encuentre dentro del territorio colombiano pueda acceder a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones salubres, higiénicas, gratuitas y seguras, máxime, si se tiene en cuenta que el movimiento feminista en Latinoamérica ha empezado a observar cómo se materializan sus peticiones³.

Como lo afirma Thomas, la expresión “interrupción voluntaria del embarazo (IVE)” ha sido muy difícil de socializar a pesar de su importancia, considera esta psicóloga y activista feminista que para lograr transformar el sentido no solo

³ Recientemente la República de Argentina a través del Congreso de la Nación de Argentina profirió la Ley 27.610 del 30 de diciembre de 2020 en el cual adoptó el sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo, señalándose, como plazo máximo para la legalidad de esta práctica en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, convirtiéndose en el tercer país Latinoamericano en despenalizar la práctica del aborto, siendo el primero Cuba en 1961 y Uruguay en 2012.

semántico sino sobre todo ético y simbólico de la decisión que tomen las mujeres en relación con su cuerpo y su vida. Ella estima que la declaración “yo aborté” y la otra, “yo interrumpí voluntariamente mi embarazo”, si bien denotan y apuntan a lo mismo, no connotan o implican imaginariamente la misma situación.

Para ella, la primera expresión: “yo aborté”, nos introduce en un ámbito de ilegalidad y clandestinidad de métodos sospechosos, de sondas, pociones, dolores, fiebres, infecciones y fetos sangrientos, nos llevan a un universo de lo indecible o de lo callado por mujeres vencidas por el dolor y la fatalidad. Afirma, que “con el aborto, nos encontramos en la antesala del infierno y de la misoginia”.

La segunda expresión: “yo interrumpí voluntariamente mi embarazo” trae consigo un punto de inflexión toda vez que el aborto se constituye en sí mismo un tipo penal, mientras que la interrupción voluntaria del embarazo se enmarca dentro de la conducta avalada por el precedente constitucional bajo las causales señaladas en la sentencia C-355 de 2006.

La despenalización del aborto pretende que las mujeres que acceden a esta práctica puedan declarar que interrumpieron voluntariamente su embarazo, expresión que nos lleva a la puerta de la ética porque nos permite encontrar libertad, autonomía, responsabilidad, conciencia de la decisión que se está asumiendo desde una posición legal. La interrupción voluntaria del embarazo en los países donde ya existe y es legal denota condiciones de limpieza, asépticas, y a actos médicos, pero sobre otro, a modernidad, solidaridad, generosidad y procesos democráticos que privilegian el derecho de las mujeres a decidir sobre su vida, su cuerpo, su sexualidad y materializa los fines del Estado Social de Derecho.

Así, en el inicio de la segunda década del siglo XXI, el derecho penal debe adecuarse a la realidad social, deben ser abolidas las tipificaciones poco eficaces y que únicamente llevan a la clandestinidad, ya que carecen de injerencia e interés en la vida de un tercero y, por el contrario, son ignorados tanto por el aparato administrador de justicia como por el órgano investigador que limitan sus intereses

a prácticas que se asemejan por su concurrencia al compararse con la cotidianidad.

Planteamiento del problema

El camino para la despenalización total del aborto en Colombia ha recorrido aproximadamente cuatro décadas: fueron los movimientos feministas los encargados, para los años 70, de emprender la lucha para obtener la libertad para decidir sobre el cuerpo, la reivindicación femenina y las maternidades no forzadas. (Thomas, Síntesis de una larga historia: La Interrupción Voluntaria del Embarazo - IVE-, 2010)

Actualmente, en el comienzo de la tercera década del siglo XXI la penalización parcial del aborto en la legislación penal colombiana perdura de la misma forma en el que lo hacen los debates en círculos académicos, feministas, sociales y religiosos, entre otros, y, dentro del abordaje jurídico, proyectos de ley y demandas de inconstitucionalidad que persiguen intereses y perspectivas chocantes: la despenalización absoluta y que se retorne a la situación jurídica que del asunto se tenía para el 10 de mayo de 2006: prohibición completa del aborto.

A partir del estudio de las condiciones jurídico penales que se refieren tanto a la penalización como la legalidad del aborto, es posible describir los desafíos que han envuelto los debates relacionados con la legalización plena del aborto que lleve a consagrar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia.

Dentro de los desafíos legales en el derecho penal se han presenciado circunstancias que se apartan de los fines del derecho penal pero que han inferido en la toma de decisión en el debate por la legalidad, entiéndanse: demandas de inconstitucionalidad y propuestas legislativas con tintes regresivos, movimientos religiosos acompañados de teorías conservadoras que fundamentan los juicios de valor en el ordenamiento jurídico-penal y el análisis sobre los bienes jurídicos

sujetos de protección con la penalización o legalización que en este tema se contraponen.

Por lo anterior, para efectuar la descripción de los retos jurídicos – penales que se presentan en la despenalización del aborto en Colombia es necesario apartarnos de preceptos morales, religiosos, conservadores y sociales patriarcales, los cuales han influido en la penalización de esta conducta y que han enmarcado la lucha por la despenalización desde el origen de la misma.

Formulación del problema

¿Cuál es el contenido sustantivo de los retos jurídico-penales que no han permitido la despenalización total del aborto en Colombia?

Justificación

Creer en Colombia para la mayoría de la población implica desarrollarse en el marco de construcciones sociales patriarcales fundamentadas por los movimientos religiosos y que a su vez cimientan las teorías conservadoras sobre el deber ser de las cosas, cosas que se traducen al comportamiento dentro del entorno social, familiar, educativo e incluso, individual.

Los anteriores elementos caracterizan gran parte de las estructuras sociales, en Colombia no son pocos los eventos en los que las familias se constituyen en el seno tradicional basado en la moral que se deviene en parte, aunque no de forma exclusiva de la moral religiosa, circunstancias que han fortalecido la academia escolar en ambientes de influencia religiosa. Lo anterior, acompañado del fenómeno del embarazo en adolescentes y jóvenes quienes, aunque su mayoría han sido criadas con fundamentos conservadores se permiten legítimamente cuestionarse por qué no es posible decidir continuar o no con la gestación.

De debe tener en cuenta como el conocimiento adoptado a través de los movimientos feministas que en cada línea de sus escritos parecían narrar los

inconformismos desde las experiencias propias y de las mujeres más allegadas agencian al fortalecimiento de la crítica con relación al derecho a decidir, en palabras de Thomas, encontrar el “sentido ético a la maternidad, este sentido que por fin permitirá que solo nazcan los hijos y las hijas del deseo.” (1996)

En escenarios de debate que se dan en los procesos de formación de pregrado en facultades de derecho es común advertir la formación de círculos académicos para el análisis de este asunto y constantemente las posturas penalizadoras se enfocaban en situaciones de índole religioso donde se estudiaba a la vida como un milagro y no como un derecho, el concepto de un inocente que no tiene la posibilidad de reclamar por la protección del ejercicio del derecho a la vida, no tengo recuerdo alguno de escuchar la justificación desde la necesidad de mantener la penalización como un asunto de salud pública por el riesgo a la salud mental o física de la gestante o porque la expectativa de vida del nasciturus resultada un bien de interés jurídico para el derecho penal y mereciera su especial protección, algunos, más osados, reflejaban sus conflictos morales y conductuales en el desarrollo de la mujer y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Del conocimiento de que mi experiencia no ha sido exclusiva y que, por el contrario, es una vivencia generalizada en Colombia, es indispensable describir los retos jurídicos penales que se han inmiscuido en el camino por la legalización del aborto en Colombia, desprendiéndose de los conflictos morales, religiosos y patriarcales que inundan el comportamiento social colombiano.

Objetivo General

Identificar los retos jurídico – penales en la despenalización total del aborto en Colombia

Objetivos específicos

1. Sintetizar el origen de la penalización del aborto en Colombia desde la tipificación en la Ley Penal Colombiana y la jurisprudencia: C-133 de 1994.
2. Indicar los fundamentos del movimiento despenalizador del aborto en Colombia que dieron como resultado la sentencia C-355 de 2006.
3. Describir los retos jurídico – penales en la despenalización total del aborto en Colombia.

Metodología

Dada la naturaleza descriptiva del presente artículo, el método a implementar será a través del enfoque cualitativo porque no se efectúa una medición numérica por lo que el análisis no es estadístico; y de carácter documental y descriptivo ya que pretende reseñar los retos jurídico – penales en el camino para la legalización del aborto en Colombia desde los referentes bibliográficos, el análisis de la jurisprudencia constitucional que dio paso a la despenalización parcial y el componente normativo penal con incidencia conductual y perspectiva social.

El método de investigación aplicado es la hermenéutica jurídica puesto que se basa en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia constitucional y el análisis de los referentes bibliográficos existentes.

La técnica de recolección se llevó a cabo en la consulta de bases de datos especializadas que la Universidad Santo Tomás ha dispuesto para sus estudiantes, V – lex, Lex base, Legal collection, así como de los repositorios de otros centros educativos, aunando el estudio de jurisprudencia y doctrina. Teniendo en cuenta que es una investigación de enfoque cualitativo no tiene un estudio de población y muestra, sino un estudio social con incidencia normativa.

Marco teórico

1. El origen de la penalización del aborto en Colombia

1.1. Tipificación del aborto en la Ley penal colombiana: aspecto histórico.

Para hablar de legalización⁴ es trascendental conocer los orígenes que llevaron al legislador penal a tipificar dentro el ordenamiento jurídico colombiano al aborto como punible.

Como fue mencionado por (Soto Perea, 2015), en Colombia el delito de aborto ha aparecido en los códigos penales que se han elaborado a largo de su historia. El común denominador de estas disposiciones normativas ha sido la defensa de la vida del nasciturus (p. 3).

Así, desde los orígenes de la nacionalidad, los habitantes de nuestro territorio han considerado la generación de la vida, la maternidad y la paternidad, al igual que la protección de la criatura humana en gestación, como un valor que merece el mayor amparo de la sociedad (Forero Medina & Sadoval Gaitán, 2007).

Estos autores nos citan como ejemplo al pueblo Kogi, habitante de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes reconocen el valor de la madre y la generación de la vida, para lo cual, cuentan con un mito llamado “El mito sobre la madre Shibalaneuman”⁵, en el cual la madre dio a luz en un comienzo todas las cosas: el mundo, los hombres, animales, plantas, el fuego, lagunas, cantos y bailes. Con esto, la madre entregó a los Kogi a través de sus hijos el código moral, social y espiritual, conocida por ellos como la Ley de la Madre, la cual debe ser observada para que el universo pueda continuar con su curso normal.

⁴ (Soto Perea, 2015) con relación a terminología de despenalización y legalización refiere que: “Con el término despenalización parcial del aborto, se hace referencia a la exención de la pena (dentro de determinados supuestos) de una conducta, que continúa siendo un delito; el término legalización parcial del aborto, hace referencia a que ya no es delito abortar bajo ciertas circunstancias y condiciones (en algunos casos, se asume como si fuera un derecho) y con el término legalización o legalización total del aborto, como lo nombran algunos autores, se hace referencia a que la práctica del aborto, se aplicaría en forma amplia e indiscriminada a petición de la embarazada.” (p. 52)

⁵ Es cuento fue relatado por el investigador alemán K. Th. Preuss y por el sacerdote de Palomino Miguel Nolavita en 1915.

La Ley madre del pueblo Kogi puede ser entendida como el proceso de evangelización llevado desde la inspiración humanista cristiana que llevó a la construcción civilización que conocemos hoy en día, una nación creyente en la vida y palabra de Cristo predominantemente perteneciente a la Iglesia católica cuyos valores promueven el respeto a la vida y la dignidad de la criatura humana, de toda la creación de Dios, aspectos que se fomentan a partir de la convicción de la experiencia en nombre Cristo, promoviendo la vida como don de Dios, y censurando gravemente todo atentado contra ella.

Pasando al ámbito meramente jurídico, la Constitución Política de 1886 ha sido tildada de profundamente antidemocrática⁶ (Camacho, J. 2008) al haber instauró la religión católica, apostólica y romana como el credo de la Nación colombiana y el deber institucional de protegerla por su importancia en el orden social, lo cual quedó expreso claramente en la disposición constitucional del art. 387 cuando además ordenaba que la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica.

Esta Carta Política dio vía a la firma del Concordato en 1887 entre el Estado y la Santa Sede, el cual permitió que la Iglesia impartiera los contenidos para la escuela pública basados en la religión católica, aprobó su intervención en temas matrimoniales y, por ende, en la legislación civil, se reconoció la exención de impuestos y la indemnización a la Iglesia católica por la confiscación de bienes eclesiásticos, los cuales en palabras de Camacho, J. son concesiones

⁶ Debe entenderse el contexto histórico que dio nacimiento a esta Constitución, Álvarez, A. narra que “Rafael Núñez quien asumirá directamente el poder en 1884 y a partir de ahí, se expresa su voluntad de utilizar la autoridad política, la cual se relaciona con el Orden, elemento esencial del estado colombiano. Lo anterior debido a la fragilidad política que caracteriza al poder ejecutivo y a los excesos de los Radicales, que según Núñez habían conllevado a la desintegración territorial del país. Considerado el centinela de la paz y de la legalidad, busca fundar una república liberal basada en los principios del orden y por la vía del centralismo político, es decir por la vía del Progreso. Así, mientras los liberales radicales evocaban la importancia de la implantación de una democracia social, laica y de libertades públicas, Núñez declara que su política consistirá en la imposición de un orden regenerador público y socialmente sólido, el cual se apoyará en una serie de principios elementales como: la centralización política, la restricción del sufragio y de las libertades públicas, y la recristianización del país con la ayuda de la Iglesia católica.” (p. 159)

⁷ Este artículo ordena que “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.”

adelantadas por la iglesia sobre sus derechos económicos a cambio del control del aparato educativo y de la institución matrimonial (p. 148)

Uno de los artículos más trascendentales que dio paso al poder de la iglesia católica de controlar la moral cristiana a través de instituciones estatales se encuentra en el art. 40 el cual facultaba a que “Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común”.

Cuatro apartados Constitucionales le permitían a la Iglesia Católica actuar como agente cohesionador de la sociedad, debido al poder y aceptación que esta tenía (Santamaría, J. 2013, p. 44), esta potestad se notó no solo en la adopción de un proyecto educativo regenerador sino en la legislación penal de entonces donde se encontraba enmarcado de legalidad que algunas normas jurídicas estuviesen influenciadas por criterios morales y religiosos.

Con base en lo anterior era posible tomar como equivalentes los conceptos de delito y pecado, paridad que ha sido defendida por Tomás y Valiente quien sostuvo que las nociones de delito y pecado fueron correlativas desde el siglo xvi hasta el xviii pese a que no existiera una completa identificación de estas categorías al haber muchos pecados que nunca fueron castigados como delitos lo cual conducía a cierta confusión.

En Colombia ocurrió un evento similar al del Imperio Romano donde Tras la Constitución Cunctos Populos sancionada por el emperador Teodosio I, en la que se declaró la fe cristiana como religión oficial del imperio haciendo que la moral cristiana empezara a ejercer una influencia gradual y progresiva sobre el poder político oriental y occidental (Masferrer, A. 2017, p. 711)

Lo anterior no pretende afirmar que la codificación penal colombiana se enmarcara en hacer juicios de moralidad con respecto a cada uno de los pecados consagrados en la fe católica. Lo que se examina es la incidencia que tuvo la declaración de la Religión Católica en Colombia, la adopción del Estado Confesional conducido por un régimen de cristiandad (Santamaría, J. ibídem, p. 44) en la tipificación de punibles.

No puede afirmarse que en Colombia se vivía una secularización del derecho penal absoluta, se comparte la afirmación de Masferrer (ibídem) al indicar que cuanto más absoluto devenía el poder político, más se estrechaba la relación entre delito y pecado, por ello, durante la vigencia de la Constitución de 1886 conductas consideradas como amenaza al orden social o moral y que a su vez se equiparan como contrarias a la moral cristiana se tipificaban, tal como ocurrió con el aborto.

Esta tipificación fue abordada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger en el salvamento de voto dentro de la sentencia C-089 de 2020 citando a Bernate, F (2016) en los siguientes términos:

En los Códigos Penales de 1837 y 1890 –este último que simplemente reprodujo a su antecesor- se establecían penas de 1 a 3 años de presidio para quien mediante violencia (empleando bebidas, alimentos, golpes o cualquier otro medio) procurara que una mujer embarazada abortara sin su consentimiento (art. 638 CP 1890), incrementando esta pena de 5 a 10 años cuando efectivamente se presentara el aborto (art. 639 CP 1890). En estos mismos estatutos, se disponía que la pena para la mujer en el aborto consentido era de 1 a 3 años de reclusión cuando el aborto se causare, y 6 meses a 1 año, cuando el mismo no resultaba, pena que se reducía para el aborto honoris causa de 3 a 6 meses de prisión cuando no se verificara el aborto, y de 5 a 10 meses si se consumaba (art. 642 CP 1890).

El Código Penal de 1936 – Ley 96 de 1936 tipificó con respecto al aborto en el art. 386 que “la mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurre en la prisión de uno a cuatro años, misma pena aplicable para quien lo procure con el consentimiento de la mujer embarazada”. En el art. 387 se estipuló que “el que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurre en la prisión de uno a seis años. si el aborto, por los

medios empleados para causarlo, ocasiona la muerte de la mujer, se aplica lo dispuesto en el artículo 368⁸.”

Esta misma norma rezaba en su art. 390 que “Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes o concederle el perdón judicial”⁹.

Por otro lado, el Decreto 100 de 1980 con respecto al aborto con consentimiento señaló que “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.” (art. 343) del aborto sin consentimiento “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.” (art. 344), esta disposición normativa incluso establecía pena privativa de la libertad para la mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, misma pena aplicable al que causare el aborto por estas circunstancias.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 Colombia se encontraba en medio de una profunda crisis política y social. Ospina Celis narró que la violencia asociada al fenómeno y el uso desmedido de los poderes de excepción para controlar el problema del narcotráfico hicieron necesaria la promulgación de una nueva Carta Política (p. 281)

Con la Asamblea Nacional Constituyente, el movimiento organizó diversos encuentros de discusión, reuniones con los constituyentes, redacción de documentos con solicitudes y presentación de firmas recolectadas en favor de las

⁸ Art. 368 Código Penal de 1936: “El que eficazmente induzca a otro al suicidio, está sujeto a la pena de tres meses a dos años de arresto. Cuando el agente haya procedido por motivos innobles o antisociales, se duplicará la pena.”

⁹ El autor Soto Perea refiere a este aborto como “honoris causa”, y relata que fue suprimido en los códigos posteriores en donde solo de nombra el aborto consentido y el aborto no consentido.

propuestas de esta corriente dentro de las que se encontraban la legalización del aborto.

Entre los documentos de trabajo presentados, narra Pabón Mantilla

El tema que dio lugar a mayor debate y división fue el de la libre opción a la maternidad, (...) retirado de la Comisión I y luego de la Comisión V de la Asamblea Nacional Constituyente; no obstante, en la plenaria de julio 10 de 1991 el Constituyente Iván Marulanda, quien contaba con el apoyo del movimiento de mujeres, propuso nuevamente su inclusión, a lo que se opusieron el constituyente Augusto Ramírez Ocampo del Partido Social Conservador y el Ministro de Gobierno. (Pabón Mantilla cita a Quintero, 2005)

Finalmente se realizó una votación secreta en la que sólo se obtuvieron 25 votos a favor de la libre opción de la maternidad, frente a 40 en contra y tres abstenciones, lo que cerró el debate y evitó que este punto pasara a segunda vuelta de discusión. El resultado de la votación puede comprenderse a la luz de las afirmaciones de la activista Olga Amparo Sánchez, para quien los constituyentes de avanzada ya le habían manifestado al movimiento de mujeres que la libre opción de la maternidad no pasaría la votación, pues existía “un acuerdo con la iglesia católica donde pasa el divorcio, pero que, si nosotros incluimos lo de la libre opción de la maternidad, la Iglesia incluye el derecho a la vida desde el momento de la concepción”.

Ante esta perspectiva, las 206 organizaciones de mujeres optaron por dirigir su cabildeo en las Comisiones I y V, con el fin de evitar la incorporación del derecho a la vida desde la concepción. La Comisión I finalmente no incorporó el derecho a la vida desde la concepción, y la Comisión V consideró el debate sobre la libre opción de la maternidad como un debate inconveniente. (p. 205 – 206)

Años después, en 1994 con la expedición de la sentencia C-133 la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal Colombiano), esta jurisprudencia será objeto de estudio al

hacer referencia de los fundamentos jurisprudenciales de la penalización del aborto.

A partir de la constitucionalización del derecho penal y la promulgación de la Ley 599 de 2000 la penalización del aborto persistió manteniéndose la tipificación aborto con¹⁰ y sin consentimiento¹¹.

El art. 124 de esta legislación establecía circunstancias de atenuación punitiva en el siguiente orden:

La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. PARAGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Este párrafo fue sujeto de dos demandas de inexecutable: la primera en el año 2001 argumentando que el legislador transgredió lo consagrado en los Artículos 1 y 11 de la Constitución Política de Colombia

Arguyendo que se desconoce el derecho fundamental a la vida; dejando impunes crímenes cometidos contra un ser humano incapaz de defender su vida, además, si este niño no es querido no existe justificación para matarlo, ya que el Estado a través del ICBF cuenta con los medios para que sea dado en adopción. (Ibídem Soto Perea, p. 8)

Esta demanda culminó con la declaratoria de exequibilidad por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-647 de 2001 del 20 de junio de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra.)

¹⁰ Legislación original: Art. 122 Ley 599 del 2000: La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

¹¹ Legislación original: Art. 122 Ley 599 del 2000: El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

La segunda demanda se dio a tan solo un año, en el 2002, en esa oportunidad se aseveraba que el párrafo trasgredía los artículos 157, numerales 2 y 3 y el 161 de la Constitución Política de Colombia

En los que se exigen la aprobación de los proyectos de ley en primer debate en la respectiva comisión permanente de cada cámara y la aprobación en cada cámara en segundo debate los cuales no se dieron, por lo tanto, considera que hay extralimitación de funciones constitucionales. (Ibídem Soto Perea, p. 8)

Nuevamente es declarado exequible a través de la sentencia C-198 de 2002, con M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En vista que la legislación penal actual, la Ley 599 de 2000 no ha sido derogada pero sus disposiciones normativas con relación al aborto han evolucionado, resulta considerable hacer un breve análisis de los fundamentos jurisprudenciales alegados por la Corte Constitucional en la sentencia fundadora del estudio de la constitucionalidad del aborto en Colombia:

1.2. Fundamentos jurisprudenciales de la penalización: sentencia C-133 de 1994

En 1994, cuando aún se encontraba en vigencia el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) el ciudadano Alexandre Sochandamandou Ruiz¹² en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Carta Política, demandó la inconstitucionalidad del artículo 343 del entonces vigente Código Penal.

La demanda se fundamentó en ocho grandes preceptos descritos en la sentencia de revisión constitucional que se relacionaran textualmente:

1. Porque las autoridades de la República solamente están instituidas para proteger a todas las personas en su vida... y los no nacidos no son personas¹³".

¹² Conocido por demandas en el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad tales como la C-221/1994 que llevó a la despenalización del consumo de la dosis personal, la sentencia C-469/1997 que estudió las normas que adoptan el himno nacional, entre otras.

¹³ El actor señaló que existen diversas teorías acerca de la existencia de las personas: La de la Concepción, que afirma que, existiendo el hombre desde la concepción, desde entonces existe la

2. Porque las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus creencias y no todas las personas sustentan la misma creencia sobre las cualidades de las no personas, en las diferentes etapas de su gestación.
3. Porque el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito y comúnmente lo practican.
4. Porque todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad o sea al libre desarrollo del conjunto de caracteres intelectuales, afectivos y de acción que la distinguen desde el punto de vista psíquico y le dan una peculiaridad sin limitaciones impuestas por el orden jurídico¹⁴
5. Porque nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia o, cualidad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales, en las modificaciones que en sí mismo experimenta y en los distintos hechos de su vida, en el conocimiento del bien que desea hacer y del mal que desea evitar juzgando espontáneamente e inmediatamente sobre el valor moral¹⁵
6. Porque la Constitución garantiza la libertad de cultos y no todos los colombianos practican el culto Católico, Apostólico, Romano¹⁶.
7. Porque nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido por obrar bajo los dictámenes de su conciencia. Sean estos de carácter filosófico, político o de simple creencia¹⁷.

capacidad jurídica. La del Nacimiento, que predomina en la doctrina jurídica de la mayoría de las naciones, afirma que la persona existe desde el instante en que nace

¹⁴ De este aspecto, el demandante se fundamentó en que "Las no personas carecen de personalidad. En consecuencia, el aborto o expulsión del vientre materno por la voluntad de la gestante, de las no personas, no es delito porque constitucionalmente las no personas carecen de derechos y de protección legal. Los delitos solamente pueden cometerse contra los derechos de las personas".

¹⁵ Aseguró que el Estado, al garantizar la libertad de conciencia, la Constitución garantiza que es un acto potestativo de la mujer el poder determinar si se somete voluntariamente a un aborto, invocando para ello la certidumbre que se origina en las íntimas razones de su propia conciencia.

¹⁶ De la iglesia católica, apostólica y romana, responsabilizó a esta institución de ser la primera en haber condenado el aborto, fundándose en la creencia de que el feto, hombre o mujer, es un ser dotado de alma y la muerte lo priva de la gracia del bautismo.

8. Porque si la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y no todas las concepciones o embarazos son el producto de la voluntad de la pareja, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer en aras de su responsabilidad para con la sociedad, el que el producto de la concepción que no es persona, concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término. (Sentencia C-133 de 1994, subtítulo “La demanda)

Del estudio efectuado por la Corte Constitucional a través del magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell no se efectuará un mayor análisis al ser una providencia de la es factible emitir varios juicios de valor, en resumen, la sentencia declaró la exequibilidad de la norma demandada al afirmar que:

El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida (...) El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado¹⁸.

¹⁷ Explicó que la conciencia es un producto del hábito formado por la evolución de las costumbres, la moral y las circunstancias históricas.

¹⁸ Para complementar, dicha sentencia menciona que en atención a que la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado, la disposición constitucional en virtud de la cual "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos", debe ser entendida en el sentido de que la pareja puede ejercer este derecho sólo hasta antes del momento de la concepción; por consiguiente, dicha norma no le da derecho para provocar la interrupción del proceso de la gestación, pues la inviolabilidad del derecho a la vida, esto es, a la existencia humana, que reclama la tutela jurídica del Estado, asiste al ser humano durante todo el proceso biológico que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento.

En cambio, el salvamento de voto de esta providencia suscrito por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero es destacar por el estudio que le efectuaron al análisis de constitucionalidad de norma demanda y la decisión adoptada por la Corte.

El salvamento de voto inicia con los magistrados asegurando que comparten la posición mayoritaria en el sentido de que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección a la vida humana, no obstante, consideran que la corte debió haber adoptado la constitucionalidad condicionada del artículo 343 del Código Penal y la inexecutable del artículo 345 por cuanto la penalización absoluta del aborto es contraria a los preceptos constitucionales. Posteriormente, refieren que es tan profunda su discrepancia con la parte motiva de la sentencia que fragmentan la exposición del salvamento en seis grandes tesis:

1.1.1. Reconocimiento de la personalidad jurídica al no nacido:

Adulen los magistrados que la Corte no logró diferenciar la protección al derecho a la vida (preámbulo y art. 2 superior) del derecho fundamental a la vida (art. 11 constitucional), explicando que la consagración del derecho fundamental a la vida solo puede ser titular la persona humana nacida, al ser sujeto de derecho y contraer obligaciones, sin que esto signifique, que la vida humana latente en las diversas etapas de la gestación no sea merecedora de protección.

De esta errónea deducción, aseguran los magistrados, que lleva a la Corte a equiparar el aborto con un asesinato, al darle tratamiento por igual al no nacido con las personas nacidas y que son titulares de derechos y obligaciones. Disponen que la corte hace interpretación indebida de la Convención Americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica en el sentido que esta normativa estipula una “protección general” del derecho a la vida desde la concepción.

Explican que una correcta interpretación de la norma debe efectuarse a la luz del ordenamiento constitucional, lo que permite concluir que el derecho internacional protege la vida desde la concepción, pero permite frente a determinadas circunstancias especiales la no penalización de la conducta, en atención también a la vida de la madre y a su dignidad.

Concluyen argumentando que el recurso a la personificación jurídica del no nacido se convierte en un mecanismo de restricción de los derechos fundamentales en favor de que el conjunto de exigencia de protección se anticipa en el que va a ser sujeto de derechos y aun no lo es, lo que se traduce en una barrera al ejercicio de los derechos de las personas ya nacidas, para el caso en concreto, de la mujer embarazada.

1.1.2. El valor intrínseco de la vida y sus alcances

Sugieren, en la argumentación de esta tesis, que quienes se oponen incondicionalmente al aborto estiman que la vida humana es intrínsecamente valiosa; por lo que se hacen juicios de valor moral para poner término a una vida ya iniciada. Aseveran que esta tesis no equipara al nasciturus como un sujeto de derechos, sino que le otorga un valor a la vida, sin que esta se extienda hasta las exigencias de sacrificar valores que se equiparan en esenciales y mencionan: vida, salud, libertad o dignidad de la mujer gestante.

Hacen alusión al denominado sistema de plazos citando la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Roe vs Wade* que reconoce a la mujer el derecho a decidir durante el primer trimestre del embarazo.

Cuestionaron los magistrados si el Estado puede, en un ejercicio legítimo, defender determinada concepción moral sobre el valor intrínseco de la vida cuando su actuar debería ser el de conceder un espacio de libertad para la toma de decisiones morales de manera en que los individuos asuman responsabilidad,

circunstancia que armonizaría con la filosofía pluralista que en la Constitución se consagra.

1.1.3. Vulneración de las libertades de conciencia y religión

Exponen que el problema constitucional del aborto no versa sobre la naturaleza jurídica del nasciturus, si este constituye por sí mismo una persona o no, sujeto de derechos e intereses, sino sobre los límites del Estado para fijar e imponer el correcto significado de la santidad de la vida humana.

Alegan los magistrados que una Constitución respetuosa de los derechos fundamentales de la persona humana niega al Estado el poder de determinar por sí mismo el sentido o el valor intrínseco de la vida humana, coyuntura que no se desató en la decisión adoptada por cuando esta no difumina las fronteras entre iglesia y Estado al acoger la concepción religiosa del valor de la vida del no nacido.

Para los magistrados, la advertencia de la Corte de hacer abstracción de elementos que no sean estrictamente jurídicos, lejos de dirimir las dudas de la neutralidad de la corporación las acentúa a introducir la moralidad pública como parte del orden público y límite constitucional de los derechos estudiados.

Censuran que un Estado respetuoso no debe intervenir en una defensa especial de concepción de vida de forma que se restrinjan derechos de personas a adoptar decisiones basadas en sus conceptos morales.

1.1.4. Vulneración al derecho de autonomía procreativa

Para los magistrados, los presuntos motivos de orden político por los que el Constituyente se inhibió para pronunciarse directamente sobre el derecho al aborto no son de exhorto para que se excluya radicalmente el derecho a la autonomía procreativa. Cuestionan además que en el pronunciamiento de la corte no se haya

argumentado desde los fundamentos constitucionales por qué la distinción en el que la pareja únicamente puede ejercitar este derecho en las circunstancias previas a la concepción y no posterior a ella.

Nuevamente, con este argumento sin piso constitucional, los derechos a la autonomía procreativa y al libre desarrollo de la personalidad queda ligado a la protección del valor que se le signe a la vida, partiendo de la creencia religiosa adoptada.

Objetan que la mujer gestante puede disfrutar el derecho a la autonomía procreativa por lo que es deber del estado protegerlo para que este se haga efectivo. Afirman que la obligación de tener un hijo en ciertas ocasiones lo que impone es una carga desproporcionada a la mujer por la intromisión estatal en la esfera de su personalidad, ya que un embarazo no solo incide profundamente en su identidad y el acceso a la igualdad de oportunidades. Para los magistrados es importante romper con los estereotipos basados en género que fundamentan la creencia de que ser madre es natural y deseado, siendo egoísta la negación de ese instinto.

1.1.5. Diferenciación de fases y sopesación de derechos e intereses.

En esta tesis, los magistrados reprenden que la Corte hubiese resuelto a priori, el conflicto de derechos que se genera en la mujer por circunstancias diversas que desembocan en el embarazo de una mujer o durante su evolución, para ello, hacen alusión a circunstancias como la violación, incesto, malformación del feto, amenaza a la vida o salud de la madre.

La solución que proponen, de implementar el sistema gradualista o de plazos fundamentado en que la división del embarazo en trimestres no es arbitraria, permite superar una decisión absolutista que desconoce los derechos fundamentales. Explican como en el transcurso del primer trimestre el embarazo el aborto se aproxima a la anticoncepción, motivo por el cual en varios Estados se ha

adoptado el derecho a la autonomía procreativa únicamente durante este momento de la gestación, por ende, en el segundo trimestre, el interés consiste en evitar el sufrimiento del feto motivo por el que el derecho a la autonomía procreativa debería ceder frente al nasciturus, exceptuando derechos e intereses superiores como la vida o salud física o mental de la madre.

1.1.6. Razones de política criminal

Para sustentar este aparte, se inició asegurando que el delito de aborto es quizá el punible que más cifras de clandestinidad representa. Cuestionan que la prohibición absoluta constituye a la práctica oculta apelando métodos que ponen en riesgo la vida de la mujer. En este aparte, los magistrados hacen alusión a un buen número de métodos clandestinos que han sido utilizados para provocar la interrupción del embarazo.

Se hace alusión a circunstancias alternas que se han propuesto para contrarrestar el aborto como lo es adopción del hijo no deseado, señalan, que esta alternativa es altamente discutible en la teoría y la práctica. Para los magistrados el derecho fundamental a la vida y la protección a la vida no se centra únicamente en el existir, se trata de contar con condiciones óptimas que garanticen la vida digna.

Concluyen mencionando que el derecho penal no debe ser constituido con fundamento a las pautas morales de los adultos que pueden auto determinarse en su conducta, especialmente, cuando esta no afecta a terceros como en el caso del aborto dentro del primer trimestre cuando el nasciturus no es víctima de dolor o daño. Aluden que la prohibición contenida en la norma demandada no es obedecida y que es factible eludir la persecución de la pena, por ende, ante la presencia de un tipo penal ineficaz, lo que conlleva es al deterioro de la legalidad y legitimidad del estado.

Como puede leerse tanto en la sentencia que ha sido aludida en el presente subtítulo como en su salvamento de voto, la Corte Constitucional en esta

oportunidad no efectuó un estudio a profundidad basado en los fundamentos constitucionales de la protección a la vida del nasciturus y del estándar de protección a la libertad procreativa de la pareja, especialmente de la mujer, problemática que ha persistido en cada uno de los escenarios del debate frente a la legalidad de la interrupción voluntaria del embarazo, inclusive, hasta la fecha.

2. Movimiento despenalizador del aborto en Colombia: el paso para la sentencia C-355 de 2006, despenalización parcial.

2.1. Génesis del movimiento despenalizador en Colombia

El estudio de la legalidad del aborto no es un asunto novedoso, De la Rosa Guzmán afirma que “en Colombia siempre ha existido interés por el mismo e incluso han llegado a presentarse, desde el punto de vista legislativo, propuestas serias que plantearon posibilidades de regulación más coherentes con los hechos sociales y la realidad de cada época” (2011, p. 9).

La psicóloga y feminista Thomas en su artículo denominado “Síntesis de una larga historia: La Interrupción Voluntaria del Embarazo – IVE” (ibidem) nos narra que el camino que llevó a la despenalización parcial del aborto en Colombia tiene ya casi 40 años, un trayecto de las luchas del movimiento feminista que desde los años 70 empezó a reivindicar el derecho a las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y que buscan modificar la legislación del aborto¹⁹.

¹⁹ En este artículo, Florence Thomas hace un resumen del aspecto histórico que se ha rodeado a Colombia en el camino por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, la cual inicio en 1975 en un intento legislativo por reglamentar la interrupción terapéutica del embarazo cuyo autor fue Iván López Botero. Posteriormente proyectos como el de 1979 de Consuelo Lleras, 1987 de Eduardo Roza, 1989 de Emilio Urrea cuando ya Colombia había ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Contra la Mujer. Le siguen en 1993 dos proyectos: uno de Ana García de Petchtalt, otro de Vera Grabe y en 1995 y 1997 dos de Piedad Córdoba. En el marco de la Constitución de 1991, se desarrollaron cuatro últimos intentos de los que asevera Thomas “fueron velozmente archivados bajo presiones de los sectores más

Para concluir con la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional llevó a cabo el análisis de tres demandas de inconstitucionalidad; la primera de ella, presentada por Monica del Pilar Rosa quien consideraba que las normas demandadas violan el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad.

En seguida se encontraba la presentada por Pablo Jaramillo Valencia, quien aseguraba que la legislación penal trágica el derecho a la vida de la mujer, dignidad humana, salud en conexión a la vida, libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva y que, el aparte que relacionaba “mujer menor de dieciocho años” legitimaba conductas punitivas en contra de menores de edad.

Por último, la demanda de Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana quienes argüían que las normas acusadas violentaban el preámbulo constitucional, el derecho a la vida, a la no discriminación o igualdad, derecho a la salud, libre desarrollo de la personalidad, la autonomía reproductiva, intimidad y el principio y derecho a la dignidad humana.

Entre los sujetos que rechazaron los argumentos propuestos por los demandantes se encuentran personas naturales e instituciones, haciendo hincapié en la participación de la Iglesia Católica a través de varios de sus representantes: Monseñor Libardo Martínez Gómez, arzobispos de diferentes ciudades y la Conferencia Episcopal Colombiana que solicitó desestimar las pretensiones en virtud de que las normas demandadas no solo protegían la vida, salud e integridad del nasciturus sino también de la mujer gestante.

2.2. Problema jurídico, análisis y decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006

No se desconoce que la sentencia C- 355 de 2006 representa un avance bastante significativo en términos de reconocimiento de los derechos

conservadores de la Nación” Este artículo se encuentra disponible en https://issuu.com/revistaenotraspalabras/docs/revista_en_otras_palabras_18.

fundamentales de la mujer gestante, ello, teniendo en cuenta tanto el marco legislativo anterior (Decreto 100 de 1980) y la jurisprudencia que lo declaraba acorde a la Constitución (Sentencia C-133 de 1994) el cual, en los términos de Mercado Cantor “se traducía en una severidad desproporcionada incompatible con los preceptos constitucionales y con los tratados y convenios internacionales relacionados con derechos humanos” (2020, p. 13).

Sin embargo, este avance jurisprudencial no representa más que un mínimo de garantía a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y que con anterioridad se venían mencionando, incluso, por la misma Corporación²⁰. Instituciones como la Comisión Asesora de Política Criminal señaló que

Esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es 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. (2012, p. 75).

Adentrándose en lo que trata el presente subtítulo, dada la extensión de la providencia, me permito remitirme al análisis efectuado por Pantoja Castrillón (ibídem) donde se recogen los aspectos más relevantes de la sentencia el cual se efectuó con aras de esclarecer cuál debe ser el método interpretativo más apropiado. El problema jurídico a desatar consistía entonces en:

Determinar si el nasciturus es garante de protección del derecho fundamental de la vida, o si prevalecen los derechos fundamentales de la mujer: dignidad,

²⁰ Recuerde el salvamento de voto de la sentencia C-133 de 1994 en el que los magistrados señalan la importancia de establecer circunstancias de embarazo distintas como: embarazo en violación, incesto, malformación del feto, peligro a la vida y salud mental o física de la gestante; los cuales, fueron, en últimas, los avances jurisprudenciales de la sentencia C-355 de 2006.

vida, salud, integridad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía sexual y reproductiva.

¿Los tipos penales consagrados en los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal, atentan contra los derechos fundamentales de la mujer, o garantizan el cumplimiento y la protección de los derechos del nasciturus como expectativa de vida?

Para resolver el problema jurídico, la Corte inicia haciendo la distinción que se extrañó en la sentencia c-133/1994: argumentando que “dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución”. (Subtítulo No. 5 “La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida”).

Así, la Corte sin tinguere que el derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

Para los ponentes, no es objeto de discusión que el nasciturus sea objeto de protección por parte del Estado, inclusive, de la misma sociedad al ser el pilar que fundamenta la existencia del elemento humano que compone todos los Estado, no obstante, debe tenerse en cuenta también la condición de la mujer y los derechos fundamentales que la cobijan.

Recogiendo la disertación de Pantoja Castrillón (ibídem) el derecho a la vida es el eje central de una Constitución fundamentada en el principio de in Estado Social y democrático de derecho, al ser esta, el pilar fundamental de la sociedad (p. 71) Por ende, en la Carta Política de 1991 se cobija este valor supremo con la premisa de que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

Describen los magistrados que la mujer, al ser portadora de vida merece un trato especial, motivo por el que es inconcebible deliberar la situación el aborto sin tener en cuenta los derechos que le asisten a ella. Así, los derechos

fundamentales de la mujer en esta providencia son tomados como fundamento jurídico para solidificar la decisión.

La Corte reconoce que la mujer ha sido discriminada a lo largo de la historia, no solo en la dinámica social de nuestro país, sino que generalmente, en la mayoría de naciones, motivos por los que se crean las figuras de protección a la mujer²¹ sin que esto signifique una protección no limitada.

En este punto, se efectúa el estudio de principios rectores como el de la dignidad humana y la salud, en el entendido que la dignidad es un concepto juicio indeterminado que permite su acomodación a cualquier situación fáctica y el libre desarrollo de la personalidad es un principio que limita la configuración del legislador penal al imponer el margen de acción de la autonomía individual. En lo que respecta a la salud, refiere esta Corporación que es un derecho visto por extensión al derecho a la vida, razón por la cual se protege la salud reproductiva de las mujeres.

Así, esos tres principios rectores constitucionales fueron parte del cimiento de la Corte Constitucional para proferir la decisión: se dio prevalencia a los derechos fundamentales de la mujer sin desconocer la importancia de la protección a la vida del nasciturus, desatando el conflicto que se había originado anteriormente con respecto al derecho a la vida o protección de la vida del nasciturus.

Otros de los fundamentos para la toma de la decisión según Balcázar González fueron:

- (1) Que la vida es un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, pero que es distinto al derecho a la vida.
- (2) Que son límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal: a) el principio y el derecho fundamental a la dignidad humana, b) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, c) el bloque de constitucionalidad (tratados internacionales), d) la proporcionalidad y la razonabilidad.

²¹ La Corte no hace distinción a que disposiciones se refiere, pero, atendiendo al ordenamiento jurídico colombiano acompañado de las convenciones y tratados ratificados se entiende que hace alusión a la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, la protección constitucional prevista en los art. 40, 43 y 53.

(3) Que estos límites impiden la penalización absoluta del aborto. (2010, p.12)

Con fundamento en lo anteriormente descrito, la Corte adopta entonces la decisión de la penalización parcial del aborto, permitiéndolo bajo tres excepciones: considera esta corporación que no permitir a la mujer embarazada abortar bajo ningún tipo de circunstancia trasgrede sus derechos fundamentales. En consecuencia, declara condicionalmente exequible el art. 122 del código penal que prohibía el aborto al existir unas excepciones que eximen de responsabilidad penal al sujeto activo de la conducta:

i) cuando exista un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos resulta desproporcionado exigir que la vida de la mujer que es un ser ya formado ceda ante la vida del feto que se encuentra aún en formación, toda vez que si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no solo a la vida, sino también a la salud propia de la gestante respecto de la salvaguarda del embrión.

ii) Cuando existan malformaciones del feto. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso por estarse ante la situación de una vida inviable y los derechos de la mujer prevalecen, por lo que el legislador no puede obligarla, por medio de la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en condiciones de inviabilidad. Resulta desproporcionada la exigencia de, bajo sanción penal, soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su

grave malformación es inviable. El único requisito para solicitar la interrupción del embarazo consiste en aportar certificación de una persona profesional de la medicina en la que se determine “la existencia real de estas hipótesis”.

iii) En los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o

incesto, se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo. (Pulido Ortiz, 2014, p. 289)

Estas exoneraciones fueron acogidas por la Corte al considerar que pueden presentarse situaciones en las cuales la mujer debe contar con la posibilidad de decidir en su futuro como gestante, estimando que “el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a sumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general” (Subtítulo 10.1 La inexecutableidad de la prohibición total del aborto), en consecuencia, se declara condicionalmente executable el Art. 122 del Código Penal, para lo que también fue necesario declarar la inexecutableidad del Art. 124 referente a las atenuaciones punitivas. Del art. 123 que establecía el aborto sin consentimiento en mujer menor de catorce años, es declarado inexecutable bajo el mismo fundamento implementado para el art. 122 de la misma norma.

Pese a que la sentencia C-355/2006 levanto parcialmente la prohibición del aborto señalando causales limitadas para la práctica del mismo, el problema para la ejecución de esta práctica sigue siendo un conflicto de orden cultural. En el artículo ya citado, Thomas (2010) ilustra algunas de las estrategias utilizadas por legisladores o funcionarios del estado para obstaculizar los derechos adquiridos vía jurisprudencial²².

3. Retos jurídico – penales en la despenalización total del aborto en Colombia

²² Refiere; “en octubre de 2009 el actual Procurador General de la Nación solicitó la nulidad de la sentencia de la Corte Constitucional, sentencia que ordenaba al Ministerio de la Protección Social, al Ministerio de Educación y a la Defensoría del Pueblo, diseñar y poner en marcha campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, especialmente, relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo. Y en ese mismo mes, el Consejo de Estado tomó la decisión de suspender provisionalmente el Decreto 444 de 2006 del Ministerio de Protección Social, por medio del cual se reglamentaba la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva para la IVE. Una muy buena reglamentación que acogía los lineamientos de la OMS y que se había convertido en un ejemplo para toda la región y en la cual había participado la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Recordar también el escándalo generado por el proyecto de una Clínica de la Mujer en la ciudad de Medellín: una clínica que se proponía centrar su atención en los principales problemas que afectan a la salud y a la vida de las mujeres.

Identificar y describir los retos jurídico – penales que se han presentado a lo largo del camino por la despenalización del aborto no ha sido sencillo; la mayoría de las corrientes opositoras se fundamentan en aspectos conservadores y morales cuya distinción de la religiosidad es nula.

En el marco del desarrollo de este artículo se ha pretendido identificar los principales retos a los que se ha presentado el movimiento por la causa que busca eliminar el aspecto punitivo de una práctica que exclusivamente favorece a la mujer, el derecho a decir cómo y cuándo ser madre, esto, sin distinción de clases social, aspectos culturales, religiosos o políticos para que finalmente se materialice el acceso pleno a la salud, a un procedimiento medico seguro, legal y gratuito y así podamos dejar en el pasado el aborto y entremos en el escenario de la interrupción voluntaria del embarazo.

3.1. Eficacia y eficiencia del tipo penal desde la práctica del aborto

De la Rosa Guzmán (ibídem) sugiere que para abordar la eficiencia de la normatividad sobre el aborto en Colombia se deben tener claro dos rutas normativas

Por un lado, la regla general que hace tradición, en tanto es la línea sostenida en la legislación penal, con algunos matices en cuanto a la pena y a las circunstancias que concurren a la conducta punible. Por otro lado, la excepción (o excepciones) establecidas por la sentencia C-355 de 2006 y que en alguna medida eclipsa, en los debates sobre el tema, a la regla general. (p. 22)

Estas dos rutas opuestas conllevan dos perfectivas divergentes acerca de la eficacia jurídica del tipo penal de aborto. En la primera, la prohibición de esta práctica con algunos atenuantes punitivos se analiza a partir de circunstancias personales y tipificadas contextualmente de cada caso para permitir la conducta, materializándose en la clandestinidad y en la poca capacidad del Estado para identificar y procesar a quienes la ejecutan. Se cuestiona De la Rosa Guzmán

(ibídem) que pese a la existencia de un notorio rechazo social que factores normativos o sociales dificultan la efectividad de la restricción.

En la segunda ruta, esto es, aquella donde la praxis está permitida únicamente en las causales autorizadas por el precedente jurisprudencial de la sentencia C-355 de 2006, la eficacia presenta inconvenientes para que sea solo y exclusivamente en virtud de las excepciones en que la conducta se materialice y sancionar a quienes impidan la correcta ejecución de la misma o, por el contrario, aquellos que la lleven a cabo sin encontrarse dentro de las prerrogativas indicadas.

Para el delito de aborto se encuentran dos grandes sistemas jurídicos: absolutos²³ y relativos²⁴, estos últimos se pueden clasificar por indicación²⁵ o por sistema de plazos²⁶ encontrándose el ordenamiento jurídico penal Colombiano según Bernate, F (2016) en la clasificación de relativo por indicación al tener una legislación que penaliza de forma las benigna el aborto que el homicidio permitiendo que se presenten variantes a favor de la atenuación.

²³ Bernate, F. (2016) explica que los sistemas *absolutos*, encontramos que, tienen una postura extrema en torno al aborto. En algunos casos, entienden que la vida inicia con el nacimiento de la persona humana, y, por ende, no penalizan el delito de aborto. Otros, por su parte, entienden que, a partir de la fecundación del óvulo, hay una vida, y por ende no diferencian entre el aborto y el homicidio, estableciendo una penalización idéntica entre estos dos delitos, justificando el primero en los mismos casos que el segundo (legítima defensa, y estado de necesidad).

²⁴ Dentro de los sistemas *relativos*, encontramos una diferenciación en torno al concepto de lo tutelado por el ordenamiento jurídico penal, como lo es la vida en formación (aborto) y la vida formada (homicidio). Así, en el delito de aborto no se habla de una vida como tal, sino que su penalización se explica por la tutela de la expectativa de vida, entendiendo que este es un valor de inferior rango al de la vida formada, por lo que el aborto se penaliza, pero con una sanción inferior al homicidio, y permite tener unos eventos de justificación diferentes a los establecidos para este último. Estos sistemas *relativos*, que -como lo indicamos- entienden que el objeto de tutela jurídica es diferente entre la vida formada y la vida en formación, permiten que las causales de justificación que excluyen la responsabilidad sean diferentes entre uno y otro delito. Es así, como encontramos en el planeta dos grandes tendencias dentro de estos sistemas relativos, en punto de los eventos en que no hay responsabilidad por este delito. (Ibídem Bernate)

²⁵ Los sistemas *por indicación* son aquellos en los que se señala que el aborto siempre será un delito salvo que medie una indicación médica –de allí su nombre- que recomiende el aborto para la salud mental o física de la madre. (Ibídem Bernate)

²⁶ Estos sistemas encuentran su origen en el famoso fallo Roe vs. Wade de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y que entienden el aborto como un derecho de la mujer, indicando que tiene libertad de decidir si continúa o no con el proceso de gestación, estableciendo que el aborto no es delito, en ninguna circunstancia, si se practica dentro de las primeras doce semanas – por ello se les llama sistemas a plazo- del embarazo (Ibídem Bernate)

Este sistema relativo por indicación no le ha facilitado la investigación penal al órgano de persecución criminal colombiano, ya que a pesar de la insistencia punitiva de las corrientes que se oponen a la despenalización y la existencia de causales determinadas en las que la conducta es legítima, la realidad es que la práctica clandestina de este delito se sigue presentando en Colombia, aunque, claramente, con menor índices que otros tipos penales de mayor criminalidad.

La investigación de Cárdenas, L (2013) denota que para el 2012 se presentaron 112 capturas por el delito de aborto (p. 72), algunas otras por el de aborto no consentido que no se detallaran al estimar que la ejecución de esta práctica si debe permanecer tipificada y conservar punibilidad al hacerse sin el beneplácito de la mujer.

El ordenamiento jurídico penal colombiano sanciona a la mujer que permita le sea practicado un aborto o a quien intervenga en el hecho, de lo que desprende de acuerdo con De la Rosa Guzmán que la eficacia de la norma dependa de la actividad policiva en la que el Estado despliega procedimientos para buscar la imposición de una sanción al sujeto activo de la conducta, lo cual, supone una grave injerencia del Estado en los derechos fundamentales de los potenciales autores del delito.

De la anterior premisa explica Laurenzo, P. (1990) que la función estatal de sanción limita los derechos fundamentales, especialmente, la libertad individual de la mujer al prohibir auto determinarse y tomar la decisión respecto de tener o no un hijo, pero, al mismo tiempo, la estigmatiza como delincuente sin distinguir las circunstancias que la motivan para ejecutar esta práctica.

La clandestinidad causa varios efectos como la certeza del número de abortos que se realizan en Colombia, los índices de reincidencia y si esta práctica es habitual o no, en tanto, la norma penal carece de efectividad y eficacia por cuanto la trasgresión a la tipificación de la conducta es perenne. El Estado es incapaz de evitar o disminuir la concurrencia delictiva del aborto, su efecto investigador no minimiza la ejecución y por el contrario solo hace que subsistan las realidades en las que llevan a cabo estas prácticas.

De lo anterior, no puede deducirse que una mujer recurra a la práctica del aborto con la intención de menoscabar la moral o sus conceptos éticos, mucho menos, las prácticas religiosas individuales o colectivas, como lo expone De la Rosa Guzmán

Una mujer toma la decisión de abortar porque hechos trascendentales en su vida la llevan a hacerlo; no es la moral la que se lo impide o la que la impulsa, por el contrario, es en este terreno justamente en donde las causas que ella tiene para terminar con su embarazo cobran validez. (Ibídem, p. 29)

En este sentido, la tipificación del aborto no pesa sobre la moral, quien se somete a estas prácticas en Colombia lo hace aun conociendo que está incurriendo en una conducta punible, ya que, la amenaza penal no ha tenido éxito en relación con las circunstancias que obligan a la mujer al desarrollo de esta práctica. Que el aborto se encuentre tipificado penalmente en Colombia no hace menos repetitiva ni riesgosa su comisión.

De la eficacia y eficiencia del aborto como tipo penal, Pabón, A. plantea que la experiencia en el contexto colombiano y en algunos lugares del mundo, ha mostrado que la penalización de la IVE carece de efectividad al no lograr disuadir a las mujeres de llevar a cabo la interrupción por lo que no se garantiza el fin de la prevención general y especial de la pena (ibídem, p. 251)

3.2. Demandas regresivas: análisis de la sentencia C-089 de 2020 y del A-393 de 2020

La postura de Navia, C con relación al aborto expone que nadie apoya el aborto por sí mismo, el verdadero dilema se juega entre la comprensión o no de una realidad humana compleja y desgarrante (p. 6), esta afirmación resulta pertinente para introducir el tema que corresponde al presente subtitulo.

La psicóloga Florence Thomas (Ibídem, 2010) pone de presente que, a pesar del trabajo constante de varios grupos, fundaciones, corporaciones u organizaciones tales como la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, el

contexto político actual de Colombia se encuentra muy distante de esta posibilidad (refiriéndose al despenalización absoluta del aborto), por el contrario, y a medida que el tiempo pasa, se multiplican proyectos de ley y esfuerzos de toda clase que tratan de contrarrestar los avances logrados.

Es lamentable que el artículo anteriormente referido tenga ya más de una década de publicado y las condiciones políticas y sociales en las que se originó persistan. Uno de los retos jurídico penales que se ha presentado en el camino para la despenalización total del aborto en Colombia son las demandas de orden regresivo que se han instaurado ante la Corte Constitucional en aras de reestablecer el statu quo anterior a la sentencia C-355 de 2006.

Para que no se extienda el presente abordando la totalidad de jurisprudencia constitucional referente al aborto, este subtítulo tratara de una de las demandas que dio origen a la sentencia C-089 de 2020.

La demanda de inconstitucionalidad se fundamentó en los artículos 90²⁷, 91²⁸ y 93²⁹ del Código Civil Colombiano, los argumentos esgrimidos en el libelo presentado fueron en su mayoría catalogados como subjetivos y basados en generalidades. La actora solicitaba la exclusión del ordenamiento jurídico de las disposiciones demandadas en el entendido que desconocían que los “*seres vivos inocentes capaces de sentir dolor y que son agredidos con métodos abortivos cuando se encuentran en el vientre materno porque no se les reconoce su condición de persona humana, titular de derechos y obligaciones*”.

²⁷ Artículo 90. Existencia legal de las personas. 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.

²⁸ Artículo 91. Protección al que está por nacer. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

²⁹ Artículo 93. Derechos diferidos al que está por nacer. Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido

Para que el estudio de esta sentencia sea más comprensible, la subdividiré en argumentos que a partir de la perspectiva de la lectora pueden ser catalogados como pro-vida, pro-aborto, postura de la Corte Constitucional y una mínima referencia al salvamento de voto y por ultimo un análisis del A-393 de 2020.

3.2.1. Fundamentos pro-vida

Los argumentos que respaldan la demanda se centran en afirmar que los seres en gestación poseen rasgos físicos humanos y por ende merecen vida digna, protección, trato igual, derecho a la salud y asistencia médica. Alude que en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se aprecia que puedan ser abortados los seres humanos que padecen de discapacidad y que las normas demandadas contravienen la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura al ser el aborto legal una forma de violencia contra la mujer y contra su hijo o hija por nacer.

Adujo la actora que existen evidencias científicas y estudios que corroboran la existencia de signos vitales, sensibilidad al dolor y los rasgos físicos de la persona durante el proceso de gestación, por lo que solicita a la sala proferir una nueva sentencia sustitutiva y ordenar exhortar al legislador y ministerio de salud para que se organicen campañas nacionales de prevención del aborto.

Dentro de las intervenciones se presentaron algunas que solicitaron la inexecutable de las normas acusadas sosteniendo que las mismas desconocen que el hijo que está por nacer es un ser por completo distinto de su madre y que todo intento de distinguir entre el no nacido y el nacido (...) carece de fundamento y desconoce los convenios internacionales que prevén que se protege la vida desde el mismo momento de la concepción.

3.2.2. Fundamentos pro-aborto

En las intervenciones que solicitaron la declaratoria de exequibilidad o que sugirieron a la Corte estarse a lo resuelto en pronunciamientos previos se observan juicios como que fijar el inicio de la existencia legal de las personas desde el momento de su nacimiento no es contraria a los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos ya que el valor de la vida es un bien constitucional y convencionalmente relevante, pero no es absoluto y se debe proteger de forma gradual según su nivel de desarrollo.

Otras de las razones esgrimidas aseveraban que el procedimiento para llevar a cabo el aborto obstruye el servicio médico y atenta contra la tranquilidad de los médicos; constituye violencia contra la mujer o el feto; que la práctica se sustrae del juramento hipocrático; que se constituye como una práctica riesgosa que conlleva daño moral y emocional, afirmar que los fetos de más de 21 semanas son equivalentes a un recién nacido pre término extremo carecen de todo tipo de sustrato científico o legal, en lo que respecta a las convenciones internacionales indicaron que contrario a lo expuesto por la actora, las instancias internacionales recomiendan la eliminación de todas las leyes restrictivas en materia de aborto.

Subrayan que los argumentos de la accionante son impertinentes para llevar a cabo análisis de constitucionalidad ya que se basan exclusivamente en fuentes que no tienen relevancia jurídica y cuya validez científica e imparcialidad no es clara.

3.2.3. Postura y decisión de la Corte Constitucional

Algunas intervenciones le solicitaron a la corporación emitir fallo inhibitorio respecto de los cargos planteados por cuanto la demanda carece de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia para que exista un pronunciamiento de fondo respecto a la constitucionalidad de las normas acusadas.

El pronunciamiento del Ministerio Público adujo que la Corte en la sentencia C-591 de 1995 distinguió entre existencia natural y existencia legal e indicó que no es posible inferir de la Constitución el surgimiento de la existencia legal desde la concepción, razón por la cual carecía de fundamento la demanda en cuestión, adicionalmente, refirió que se configuraba cosa juzgada formal por tratarse del mismo objeto de control.

Adentrándonos en los argumentos de la Corte Constitucional con relación a los cargos estudio de exequibilidad se esgrimió que la consagración de la existencia legal de la persona desde el nacimiento era constitucional por cuanto el escrito de la Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. No existe una sola norma de la cual pueda sacarse tal conclusión. Esta premisa únicamente es de orden legal mas no constitucional por lo que tendría que demostrarse que la Constitución, por el contrario, establece que la existencia legal principia con la concepción.

Para la Corte los argumentos de la demandante en la que soporta la existencia de nuevas evidencias científicas y estudios que comprueban la existencia, signos vitales, sensibilidad al dolor y los rasgos físicos de la persona durante el proceso de gestación, per se no demuestran un cambio que debilite los efectos de la cosa juzgada.

Estima el magistrado que las demandas de inconstitucionalidad deben fundarse en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes por lo que los demandantes no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, de lo anterior, encontró que los cargos formulados no cumplían con estos requisitos.

Calificó los argumentos de la actora como genéricos y excesivamente vagos, soportados en una interpretación puramente subjetiva que no logran exponer las razones por las cuales es contrario a los derechos de los menores el hecho de que el legislador haya previsto que “la existencia legal de toda persona principia al nacer.

La corte adopta la decisión de estarse a lo resuelto en la sentencia C-591 de 1995 y declararse inhibida de pronunciarse, indicando, en cada uno de estas resoluciones el articulado constitucional objeto de la decisión.

3.2.4. Salvamento de voto

Los magistrados Carlos Bernal Pulido y Cristina Pardo Schlesinger presentaron salvamento de voto a la providencia, no obstante, para el objetivo del presente merece mayor referencia el expuesto por el doctor Bernal Pulido.

Para el magistrado la Corte debió dictar sentencia aditiva y de inexecutable parcial, en el sentido de declarar inexecutable la expresión “al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” y adicionar al texto demandado la expresión “desde la concepción”. De esta manera estimaba que este enunciado ha debido quedar así: “La existencia legal de toda persona principia desde la concepción”.

Aseguró el magistrado que la Corte Constitucional ha debido reconocer que el Legislador preconstitucional vulneró el principio de respeto a la dignidad humana y la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, a la salud y a la igualdad de los niños y niñas en gestación, al no reconocerles la titularidad de estos y otros derechos desde la concepción.

Lo anterior lo argumentó a partir de algunos de los supuestos alegados por la demandante en los que refiere que han surgido nuevos conocimientos científicos en donde se observa como desde la concepción los niños y niñas en gestación están dotados del genoma humano, tienen vida y por ende deben ser reconocidos como titulares de este derecho ya que cuentan con rasgos físicos y desarrollo de componentes anatómicos dignos de protección, son seres sensoriales, titulares del derecho fundamental a la salud, como niños y niñas en gestación son sujetos de especial protección constitucional al igual que los niños, niñas y adolescentes.

Para el sensor no existe un derecho fundamental a abortar y mucho menos un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, tampoco lo es el decidir con libertad acerca de la práctica del aborto, estimó que en el ordenamiento penal únicamente se presenta una inmunidad creada por la sentencia C-355 de 2006, en los tres supuestos excepcionales en los que destipificó el aborto lo que conlleva a excepcionalísimos para que esta conducta no sea del todo típica.

El magistrado expuso una serie de déficits que se presentan con relación a la práctica del aborto siendo algunos de ellos: el déficit de protección de la libertad de información de la mujer que planea llevar a cabo un aborto lo cual se subsanaría además de la exigencia de un consentimiento informado, con la advertencia a la mujer que quiera abortar, de los daños que se causan al niño o niña en gestación y los riesgos para su propia salud física y psicológica, procedimientos como la ecográfica o el suministro a la mujer de la información sobre apoyos a la maternidad y la oferta de alternativas distintas al aborto también fueron sugeridos.

Otro de los déficits expuesto es aquel que se refiere a los derechos de los hombres que son padres de un niño o niña en gestación cuya madre quiera llevar a cabo un aborto, para subsanarlo, el Estado debe definir la manera en que el padre puede hacerse parte, acompañar o consentir el procedimiento.

De la sentencia C-355 de 2006 criticó la despenalización cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida certificada por un médico, ya que, según sus estimaciones, esta malformación únicamente no es punible cuando la misma hace inviable la vida por lo que la interrupción del embarazo estaría prohibido cuando el niño o niña en gestación presenta discapacidad al ser este un argumento abiertamente discriminatorio lo cual es contrario a la Constitución y la Ley, además prefiere que citada condición de inviabilidad del feto en la vida extrauterina sea diagnosticada por una junta médica.

El anterior precepto es bastante interesante por cuanto las personas en condición de discapacidad han tenido una protección constitucional especial³⁰, no obstante, sugerir que a la gestante se impida la práctica del aborto cuando el nasciturus presente una discapacidad es una trasgresión a lo consagrado por la Corte Constitucional en la C-355 de 2006 por cuanto garantizar el nacimiento de un ser no debería ser el único fin de protección por parte de los persecutores de la penalización total del aborto, la calidad de vida de esta nueva persona es un aspecto realmente importante que ha de ser atendido, no debe ignorarse que existen condiciones de discapacidad que si bien son compatibles con la vida no permiten que se disfrute en condiciones óptimas y de calidad la misma por lo que representa un sufrimiento para este nuevo ser.

Ahora bien, en lo que respecta a la junta médica que ha de valorar y diagnosticar que la malformación del feto sea incompatible con la vida, el redactor del salvamento parece ignorar las condiciones sociales y médicas que se presentan en Colombia en las cuales una junta médica puede tardar semanas incluso meses, haciendo que se prolongue el embarazo en espera de una respuesta técnica que determine la viabilidad de la discapacidad con la vida extrauterina y en consecuencia el aborto se llegue a practicar en una etapa en el que el embarazo se encuentre avanzado, siendo esta una de las principales críticas por quienes apoyan la penalización.

Otra de las críticas del magistrado a la sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006 es que cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico se debe aumentar el umbral de evidencia para acreditar que realmente existe peligro; reforzarse el evento de extraordinaria gravedad en el cual desembarazar es indispensable para garantizar la vida de la madre, especialmente cuando se educe una amenaza letal

³⁰ La Corte Constitucional ha referido que “las personas en condición de discapacidad gozan de una especial protección constitucional y, por ende, son sujetos de un trato preferente por parte del Estado, en aras de superar las barreras que les impiden acceder al goce efectivo de sus derechos fundamentales.” (Sentencia T-662 de 2017)

a la salud mental de la mujer y que no basa la mera certificación de un médico para dar probada esta causal.

Es de precisar que el magistrado adopta algunas posturas que en la percepción despenalizadora ya han sido propuestas tales como que la nueva ponderación debe fijar un término temporal claro durante la gestación, a la inmunidad que deriva de las causales previstas por la Sentencia C-355 de 2006. Esto ha sido sugerido a través de la adopción del sistema de plazos en el ordenamiento de tipo relativo según lo expuesto por Bernate, F. ya mencionados.

Bajo la misma línea manifestó que existe un déficit de protección del derecho a la salud mental de la mujer, para subsanarlo, sugirió que el Estado debe asegurarse de proporcionar un acompañamiento psicológico pleno a las mujeres que planeen llevar a cabo un aborto. Este déficit ha sido observado por el movimiento despenalizador procurando que se garantice asistencia médica a la mujer que se practica un aborto en aras propender porque no se presenten afectaciones a la salud mental.

Sin ser menos importante, el salvamento de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó que la postura de la Corte Constitucional consagrada en la sentencia C-355 de 2006 varió su jurisprudencia para sostener que la vida humana en formación, es decir la vida del que está por nacer, es tan solo un “valor constitucionalmente relevante” y desconoció no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental en cabeza del nasciturus.

Para la censora esta decisión de la Corte Constitucional redujo la vida humana, o por lo menos, la vida humana en gestación, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser, reducido al mundo de las cosas.

Argumentó que los criterios de dicha sentencia se efectuaron a partir de una diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana con el objetivo de dar una pretendida fundamentación teórica a la desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de

terceros valiéndose del criterio de la personalidad jurídica como si de ello dependiera la existencia de la misma persona humana y de los derechos que le son inherentes.

3.2.5. Auto-393 de 2020

La actora de la demanda que culminó con el pronunciamiento de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-089 de 2020, inconforme con la decisión adoptada por la corporación interpuso nulidad en contra de la providencia.

Para la censora la decisión adoptada refleja la incapacidad de la Corte Constitucional para pronunciarse en un debate de trascendencia constitucional como lo es el aborto provocado. Dentro de los argumentos de nulidad se expusieron la violación al debido proceso por indebida valoración probatoria y la inexistencia de la cosa juzgada constitucional, advirtió que de no ser anulada la sentencia se acudiría a instancias de orden nacional como internacional. Acompañando los diversos libelos presentados por la demandante anexo pruebas y algunos documentos que ya componían el expediente dentro del proceso de inconstitucionalidad.

Las intervenciones ciudadanas que solicitaron a la Corte se negara la nulidad se enmarcan en que los argumentos expuestos se fundan en las interpretaciones y personales y subjetivas de la actora con relación a la norma demandada en inconstitucionalidad, también refieren que los juicios sobre la indebida valoración probatoria y la inexistencia de la cosa juzgada constitucional no se acreditan.

En particular, la intervención del ciudadano Fradique-Méndez controvierte el escrito de nulidad bajo el precepto que la realidad de aborto libre en Colombia es inexistente y reitera su postura en el pronunciamiento dado en sede de inconstitucionalidad indicando que es equivocado equiparar las tres causales de aborto despenalizadas a un aborto libre y sin condiciones; una sentencia de constitucionalidad (refiriéndose a la sentencia C-355 de 2006) no se puede demandar por inconstitucionalidad; y que el aborto no se puede prevenir con su

penalización sino con una política pública de educación sexual y prevención del embarazo.

De la solicitud de nulidad la Corte precisó que dicha petición no podía ser utilizada como un mecanismo para reabrirse el debate ya resuelto en sede de inconstitucionalidad y, por otra parte, no debe ser entendida como una nueva oportunidad procesal donde se surta distinto debate probatorio o se pretenda ventilar desacuerdos o controvertir aspectos de la decisión adoptada.

La Corte llevó a cabo el estudio de los requisitos para que nulidad de sentencias de constitucionalidad prospere, concluyendo que no se acredita el correspondiente a la argumentación toda vez que la cantidad de argumentos no equivale a la calidad en el sentido exigido y que no es plausible estructurar una nulidad a partir de las apreciaciones y el desacuerdo de la solicitante con la sentencia.

En igual forma, observó la Corte que la solicitud y en especial, el nuevo material probatorio allegado por parte de la demandante es incapaz para abordar el aborto como problema de salud pública y para reconocer la existencia de la vida en el vientre materno desde la concepción.

En este auto se hace una crítica de especial contenido para el desarrollo de este artículo y es que afianza que los reproches presentados en la nulidad se circunscriben a que la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional, con una primaria inclinación hacia la protección de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, es incompatible con su aproximación personal sobre el derecho a la vida.

La anterior precisión materializa el reto jurídico-penal que se ha procurado poner de presente en el actual subtítulo, y es que, las apreciaciones de connotación personal, a título de ejemplo, la formulada por la demandante en la sentencia C-089 de 2020 y el auto A-393 de la misma anualidad, han sido protagonistas en el debate con respecto a la despenalización del aborto.

Los criterios de valoración individual no solo han tenido que ser evaluados en instancias judiciales como la Corte Constitucional, sino que han servido como excusa para impedir la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo,

inclusive, cuando esta se enmarca dentro de las causales despenalizadas en la sentencia C-355 de 2006 y que se abordará posteriormente.

Si bien, tener una apreciación subjetiva con respecto al inicio de la vida no es por sí mismo un reto de orden jurídico o penal, si ha encuadrado el debate jurídico por quienes prefieren aunar en lo que, según su moral, es el deber ser del comportamiento de la mujer con respecto a la gestación y maternidad, e ignorar que se está deliberando sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos femeninos.

3.3. La objeción de conciencia

Los fundamentos constitucionales de la objeción de conciencia se encuentran consagrados en los artículos 16³¹, 18, 19 y 20³², 93 y 94³³. Se hace hincapié el art. 18 en el cual se establece que en el Estado Colombiano “se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Al respecto, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-108 de 2016 indicó que

El reconocimiento a la objeción de conciencia se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la libertad de conciencia y no se constituye en una evasión al ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, toda sociedad democrática debe estar interesada en el respeto de los derechos individuales de cada uno de los ciudadanos. No se trata de hacer prevalecer el interés de uno o unos pocos frente a muchos o la inmensa mayoría. Es un problema de calidad democrática y respeto a los derechos individuales básicos: cuando el Estado admite la objeción de conciencia de un particular, está potenciando en beneficio de toda la sociedad ese valor fundamental.

³¹ Libre desarrollo de la personalidad

³² Libertad de cultos, pensamiento y expresión

³³ Bloque de constitucionalidad, que es la figura que incorpora al derecho nacional las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Colombiano en materia de derechos humanos.

Este derecho, en palabras de Meneses, J. se ha convertido en asunto controversial con relación al aborto por cuanto los profesionales en salud al ejercerlo desconocen el derecho que tienen las mujeres e incluso, las excepciones jurisprudenciales que dan aval para interrumpir el embarazo en ciertos casos.

Existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales con relación a los límites del ejercicio de la objeción de conciencia con relación al aborto, en primer lugar, se encuentra la sentencia C-355 de 2006 en la cual la Corte expuso que la objeción es un derecho del cual no son titulares las personas jurídicas o el Estado, únicamente, es posible

Reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia.

Continuando la misma línea, con la sentencia T-209 de 2008 se estudió el caso de una menor de catorce años que denunció como a pesar de que su embarazo se enmarcaba en una de las tres causales previstas en la sentencia C-355 de 2006 para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, los médicos de la EPS en la que se encontraba afiliada se negaron a practicarle el aborto invocando como argumento la objeción de conciencia. En esta sentencia se reitera que

No pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia

Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.

Por último y para no hacer extenso el referente jurisprudencial, se trae a colación la sentencia T-388 de 2009 en la que la Corte Constitucional indicó que los médicos pueden negarse, por consideraciones de conciencia, a la práctica de abortos, incluso, en las excepciones previstas en la sentencia C-355 de 2006, sin embargo, tienen el deber de remitir a la paciente a un profesional que esté en condiciones de practicar el procedimiento.

El salvamento de voto de esta sentencia dictado por el magistrado Juan Carlos Henao Pérez hace notar que en ciertos Estados la objeción de conciencia a la práctica del aborto se admite en relación con instituciones hospitalarias de carácter religioso, siempre y cuando en el lugar exista otro establecimiento que pueda responder a las necesidades de las personas en ese sentido.

De la Rosa Guzmán (ibídem) precisó que no es desconocido que el sector social se promueve en sentido de la objeción de conciencia a partir de la tradición doctrinal de la iglesia católica la cual posee dos enseñanzas a partir de los poderes divino y secular. Señala que para la iglesia la conciencia es ese espacio santo donde Dios habla con el hombre y en el que ningún poder humano, entiéndase civil o social, puede o debe interferir, por ende, es que prácticas como el aborto no son bien vistas. Autores de orden religioso manifiestan que

La sociedad plural en que vivimos se orienta con frecuencia en sentido contrario a la moral cristiana; por su parte, las llamadas leyes permisivas tantas veces no se muestran tales en la práctica, sino que, de hecho, imponen (a pesar de la tolerancia en que dicen inspirarse) acciones que van contra la conciencia. Los católicos tienen el deber de respetar la conciencia de los demás, pero al mismo tiempo tienen el deber de servirse de los medios legítimos a su alcance para salvar su conciencia. (Martin, J., 1998, p. 244)

Puede concluirse de la lectura de los fallos de tutela que la Corte Constitucional ha revisado en materia de objeción de conciencia que el ejercicio de este derecho no tendría por qué convertirse en un obstáculo para el proceso de despenalización

del aborto, pese a ello la realidad jurídica y social es diferente. El conflicto entre moral, religión y prácticas profesionales invade a una gran parte de la población aun arraigada por sus conceptos morales mayormente derivados de la educación para la fe.

Resulta extraño como la Iglesia Católica se opone tan intensamente a la despenalización del aborto fundamentándose en la objeción de conciencia pese a que ha establecido corrientes de objeción: obligatorias y facultativas.

En lo que respecta a las objeciones obligatorias explica Martin, J (ibídem) que es aquella que viene exigida para todos por la doctrina moral cristiana, en cuanto corresponde a un precepto básico y unívoco de la ley divina, como el no matarás, tal es, por ejemplo, la objeción al aborto o a cualquier práctica contra la vida de un inocente (p. 242), por otro lado, sería facultativa la objeción de conciencia al servicio militar, porque el bien de la paz y el rechazo en principio de la violencia no prohíben el recurso a la misma cuando no haya más remedio (p. 243).

Ignorando la inconsecuencia que se denota de la cita anterior, preocupa que una extensión del derecho a la libertad de conciencia y su correlato objeción, se conviertan en la forma de obstaculizar el derecho de las mujeres, incluso de las que no son religiosas, por parte de quienes han sido autorizados por el Estado, bajo sus leyes y supervisión a prestar un servicio público esencial.

Es de ponderar la labor efectuada por organizaciones tales como “Católicas por el derecho a decidir”, el cual es un movimiento autónomo de feministas creyentes y practicantes comprometidas con la defensa de los derechos de las mujeres, especialmente, los que se refieren a la sexualidad y a la reproducción humana, y a una vida libre de violencias y discriminación.

Esta organización trabaja por la defensa y promoción de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, la equidad en las relaciones de género, por el ejercicio de la ciudadanía de las mujeres desde una perspectiva de derechos humanos, justicia social, teología feminista y de laicidad para contribuir a cambios socio culturales y al ejercicio pleno del derecho a decidir.

La práctica laica del feminismo católico aporta una perspectiva diferente sobre el aborto, nos enseña cómo es factible llevar a cabo una vida religiosa con el ejercicio de los derechos laicos en donde se promueva la libertad, el respeto, la equidad, sororidad, protección y garantías a las mujeres que deciden practicarse un aborto.

3.4. Política criminal y aborto

La Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015 explicó los deberes que deben ser observados por la política criminal en Colombia:

La política criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como última ratio. Debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada. Debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales. Debe ser coherente. Debe estar sustentada en elementos empíricos. Debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos. Debe proteger los derechos humanos de los presos.

Como se mencionó anteriormente cuando se trató el análisis de la sentencia de C-355 de 2006, organismos como la Comisión Asesora en Materia de Política Criminal en Colombia habían propuesto para el año 2012 la ampliación de la despenalización del delito de aborto argumentando que esta era Constitucionalmente factible y que la penalización severa del aborto, sobre todo:

Cuando no se acompaña campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad. (ibídem, p. 75)

La intervención punitiva por parte del Estado según Posada, R. (ibídem) debe cumplir con cuatro exigencias: se debe actuar la necesidad de recurrir al derecho penal y castigar los supuestos menos graves de aborto con consentimiento de la

mujer, la prohibición del aborto debe ser mínima y proporcional, el Estado debe garantizar que la penalización del aborto no estimule a las mujeres a recurrir a prácticas que ponen en peligro sistemático su vida o salud y no se debe mantener un modelo de criminalización del aborto que, restringiendo los derechos fundamentales de la mujer en la práctica, en realidad promueva y cotice mercados macro criminales como el aborto clandestino.

En lo que respecta a la primera exigencia, estima el autor que El Estado Social y Democrático de Derecho tiene como propósito prevenir la realización de ataques graves contra la vida humana en gestación sin que esto implique anular el ejercicio de los derechos de la mujer.

Afirmaciones como la contenida en la demanda de inconstitucionalidad que trajo como resultado la sentencia C-089 de 2020 y posteriormente la nulidad presentada dejando como resultado el auto A-393 de 2020 denota un amplio desconocimiento científico de las fuentes, condiciones y el contexto del aborto en Colombia, llevando a distanciar la norma penal de la realidad social y generando divergencia entre los derechos a proteger punitivamente (la vida del nasciturus) y el ejercicio otras garantías (derechos sexuales y reproductivos de la mujer).

Cuando no existe coherencia entre lo punitivo y la realidad social el tipo penal no puede cumplir de forma satisfactoria los fines para los que fue creado, en el aborto, separarnos de la realidad social en la que diariamente se llevan a cabo estas prácticas de forma clandestina no ha minimizado y mucho menos protegido la vida del nasciturus, convirtiéndose la advertencia carcelaria en un aspecto inobservado por las mujeres que deciden interrumpir su embarazo.

El siguiente punto trata frente a la prohibición del aborto debe ser mínima y proporcional. No existe un fundamento jurídico o social que conlleve a que la justicia cree cargas excesivas o irrazonables a la mujer. El recorrido por la despenalización del aborto en Colombia ha sido extenso, no obstante, este persiste recayendo en la barrera del ejercicio de los derechos de la mujer, especialmente, en sus libertades sexuales, reproductivas y de autodeterminación. Al mismo tiempo, hay que integrar la indiferencia de tipo legislativo para regular

este asunto ya que han sido múltiples las ocasiones en las que la Corte Constitucional ha exhortado al Congreso de la República y el Ministerio de salud a fin que regulen de forma explícita lo correspondiente al aborto en los casos que hay despenalización de acuerdo a la sentencia C-355 de 2006:

La Sala Plena exhortará al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule la materia, avanzando en la protección de los derechos fundamentales de la mujer y buscando eliminar las barreras aún existentes para el acceso a la IVE. Adicionalmente, ordenará al Ministerio de Salud y de protección Social, emitir una regulación para todas las EPS del país, relacionando las reglas dispuestas por esta Corporación con relación al derecho fundamental a la IVE y las sanciones ante su incumplimiento³⁴. (Ibídem, Corte Constitucional, SU-096 de 2018)

Pasando a la garantía que el Estado debe otorgar para que la penalización del aborto no estimule practicas riesgosas, se puede elucidar que el derecho penal debe actuar como un medio control excepcional y subsidiario a las políticas que el Estado estructure para mitigar las causas que conllevan a la práctica del aborto, por citar: programas de salud sexual y reproductiva desde la primera infancia que permitan atenuar los conflictos morales en ocasiones derivados de las practicas religiosas con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, el acceso rápido, fácil y oportuno a métodos de planificación familiar de calidad, disminuir la brecha económica social, la mejora de las condiciones en las que la mujer se desarrolla, el acceso a oportunidades, entre otros.

Algunas posturas han aducido que debe mantenerse la penalización del aborto a fin que las mujeres se sometan procedimientos traumáticos y que afecten su salud mental, como si esto se tratara de salvar a la mujer de su decisión con respecto al número de hijos y el momento en el que desea tenerlos, otras han referido que la necesidad punitiva dimana de la irresponsabilidad práctica de la

³⁴ La Corte señaló que estas órdenes buscaban garantizar el derecho fundamental de las mujeres que, cumpliendo con los presupuestos dispuestos en la sentencia C-355 de 2006, no pueden hacer efectivo su derecho.

mujer para auto determinar el ejercicio de sus sexualidad y derechos reproductivos.

De lo anterior, Hopp, C. (2008) cuestionó que el embarazo, es una consecuencia de la naturaleza, algo totalmente ajeno al Derecho, en consecuencia, el nacimiento tampoco puede ser decidido por un juez, es algo que sucede, sobre lo que el Derecho no puede incidir, por ende,

El Derecho no necesariamente debe obligar a la mujer a aceptar las consecuencias de tener relaciones sexuales sin cuidarse de no resultar embarazada, como si hubiera firmado un contrato imaginario. (...) Tener relaciones sexuales o estar embarazada son hechos de la naturaleza; el embarazo no es una consecuencia normativa de tener relaciones sexuales; de modo que el Estado no tiene ninguna necesidad de refirmar esa consecuencia, el embarazo no es una sanción (p. 120)

El derecho penal como medida de contención social en un Estado Democrático y de Derecho contravía principios como el de la dignidad humana, cuando se persigue a través de normas carentes de eficacia y que resultan ser únicamente simbólicas que se defina a la mujer a fin de favorecer un colectivo social o de mantener privilegios para otros sectores de la población. No puede desconocerse que la interrupción voluntaria del embarazo no distingue posiciones sociales y mantener el margen punitivo únicamente las acrecienta la desigualdad entre quienes pueden acceder a un procedimiento salubre, aunque clandestino a quienes deben realizarlo en el marco de la soledad, pobreza e ilusorias condiciones de asepsia en la misma clandestinidad.

Por último, la criminalización del aborto trasgrede los derechos fundamentales de la mujer que en la práctica debe sumergirse en los mercados criminales que manejan esta práctica de forma clandestina. No es desconocido que, aunque esta conducta se encuentra tipificada tiene un amplio margen de ejecución en la privacidad haciendo uso de los diferentes procedimientos que existen para tal en condiciones insalubres e inseguras.

La práctica clandestina del aborto favorece organizaciones que se lucran de la necesidad femenina para interrumpir un embarazo, incluso, de la exclusión social ya que se permiten modificar los precios de los procedimientos de forma subjetiva sin que el derecho penal y las políticas de criminalidad en Colombia puedan ejercer un control real en la materia.

Algunas corrientes argumentan que el mercado criminal que se lucra de la penalización del aborto

Pone en evidencia los conflictos de clase que se presentan al interior de esta problemática, en la medida en que las madres privilegiadas por su posición social pueden practicarse abortos en condiciones de asepsia mayores, incluso en el extranjero, en desmedro de las mujeres provenientes de los estratos más pobres de la población. La ley penal, pues, castiga un comportamiento que el tejido social fomenta y legitima, llegándose a lo que algún autor denomina “una esquizofrenia en las relaciones jurídico sociales. (Velásquez Velásquez, 2013 como se citó en Posada, R. ibídem)

Puede evidenciarse como el Estado Colombiano ha sido incapaz de establecer una política criminal real y material en materia del aborto sin que esta se emerja en castigar a las mujeres por el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, por ende, es que se cobija en el derecho penal como la primera instancia y medida más trascendental para proteger la vida que se está gestando.

Estadísticas, como las Cárdenas, L (ibídem) demuestran que la penalización no reduce el número de abortos que se ejecutan en la práctica, en cambio sí conllevan efectos en la salud física y mental de las mujeres, especialmente de aquellas que no pueden acceder al mercado clandestino de abortos salubres.

Proponer y llevar a cabo campañas de salud sexual y reproductiva con contenido de calidad separado de la moralidad religiosa contrarresta el número de embarazos no deseados y es más efectivo en la prevención del aborto que el derecho penal; lo anterior, debe llevarse de forma conjunta, esto es, ampliar la

despenalización del aborto a partir de una ley de plazos³⁵ que permita a la mujer decidir en un periodo de tiempo de gestación oportuno si desea interrumpir su embarazo a la vez que se desarrollan campañas de educación para prevenir los embarazos no deseados.

Conclusiones

1. La decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 si bien representa un avance en la despenalización del aborto no es del todo suficiente para garantizar derechos como la igualdad, dignidad y salud a las mujeres. La Corte no se pronunció con relación a la igualdad que se coteja con relación a la sanción penal por un procedimiento médico que es exclusivamente orientado para las mujeres, circunstancia que debió ser objeto de debate y que por omisión de la Corporación sigue siendo parte de la problemática para la despenalización absoluta.
2. Los intentos para implementar un sistema regresivo de penalización absoluta del aborto solo conllevan un retroceso histórico en el derecho penal colombiano y un desconocimiento a los pronunciamientos jurisprudenciales que en materia de constitucionalidad se han proferido al largo de más de quince años. Acceder a las pretensiones de las demandas de orden regresivo como la que dio origen a la sentencia C-089 de 2020 traería consigo graves repercusiones los derechos y garantías fundamentales de la mujer tales como la vida, integridad personal, dignidad, salud física y mental, el libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y reproductivos, autonomía personal.
3. Si bien los pronunciamientos jurisprudenciales indican que la objeción de conciencia no puede entrometerse en la práctica del aborto cuando esta se enmarque en las causales despenalizadas en la sentencia C-355 de 2006,

³⁵ Este sistema ha sido adoptado en ordenamientos jurídicos latinoamericanos como Cuba (1968), Guyana Francesa (1975 al haberse despenalizado en Francia), Puerto Rico (1976), Uruguay (2012) y recientemente Argentina (2020).

esta, al ser una garantía de orden individual que protege a los profesionales en salud y no es factible de ser alegada en centros médicos, incluso, los religiosos cuando estos sean los únicos en el lugar donde debe llevarse a cabo la práctica, esta no es del todo una garantía de protección a la mujer ya que se han presentado situaciones en las que la gestante ha tenido que recurrir a la administración de justicia para que vía acción de tutela para que se le garanticen sus derechos sexuales y reproductivos a la par que el derecho a la salud y se ordene forzosamente la práctica del aborto.

4. Analizar el aborto como una problemática de salud pública en vez que un conducto moral debe ser principal objetivo para la despenalización de esta práctica. La persistente penalización no solo afecta la salud pública, en ella se ven perjudicados derechos de la mujer, por ende, se requiere que el Estado articule políticas publicas reales, con contenidos de calidad y acceso integral en el territorio nacional para prevenir los embarazos no deseados y aumentar el acceso a la planificación familiar, a la par, que se amplía el margen de despenalización en pro de las garantías fundamentales de la mujer.
 5. La implementación de la Ley de plazos en la despenalización del aborto es una excelente garantía para el ejercicio de los derechos de la mujer y la protección de la vida que se está gestando, no se cuestiona que la práctica de un aborto en una etapa del embarazo adelantada no solo pone en riesgo la vida y salud mental de la mujer, sino que trasgrede la protección a la vida en gestación cuando lo que pretende es evitar el sufrimiento del nasciturus. El movimiento despenalizador procura por el derecho de la mujer a decidir, sin embargo, esto no significa que se busque una práctica indiscriminada de abortos a través del territorio, inclusive, cuando la gestación ya ha alcanzado un umbral en el que el feto posee capacidades sensoriales o que le permiten la vida extrauterina.
- La despenalización del aborto no es sinónimo de obligación para que las mujeres interrumpan sus embarazos, no se deja de lado que este es un

procedimiento que puede conllevar graves afecciones a la salud física y mental de la mujer, únicamente esta operaría como una alternativa para quien no desea convertirse en madre o no le apetecen más hijos.

Referencias

Normativa

Código Penal de 1936 – Ley 96 de 1936 .

Código Penal de 1980 - Decreto 100 de 1980.

Código Penal del 2000 - Ley 599 de 2000.

Constitución Política 1886.

Constitución Política 1991.

Jurisprudencia

C-198/02 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

C-133/1994 (Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

C-335/2006 (Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería - Clara Inés Vargas Hernández).

C-089/2020 (Corte Constitucional, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

SU-108/2016 (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos).

T-209/2008 (Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

T-762/2015 (Corte Constitucional, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Doctrina

Balcazar González, A. (2010). *La despenalización del aborto en una sociedad liberal: El caso Colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario - Escuela de Ciencias Humanas.

- Bernate Ochoa, F. (Febrero de 2016). A propósito de una nueva reforma al delito de aborto. *Revista Nova et Vetera*, 2(12).
- Camacho Molano, J. A. (2008). Estado y religión católica en Colombia. *Derecho y realidad*(12), 145-152.
- Cardenas Guzman, L. H. (2013). Comportamiento de la criminalidad en Colombia, 2012. *Revista criminalidad*, 55(3), 11-150.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá.
- De la Rosa Guzman, C. P. (2011). *Reflexiones Sobre el Aborto: Eficacia de las Normas que lo Regular en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de San Buenaventura, Políticas, Programa de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Forero Medina, A., & Sadoval Gaitán, P. A. (2007). La defensa de la vida humana en Colombia: una visión laica, jurídica y cultural. (U. d. Sabana, Ed.) *Persona y Bioética*, 9(18), 43-71.
- Hopp, C. (2008). La penalización del aborto: un tipo penal injusto. *Revista Lecciones y Ensayos*, 113-133.
- Laurenzo Copello, P. (1990). El aborto no punible. *Bosch*.
- Martin de Agar, J. T. (1998). *La iglesia católica y la objeción de conciencia*. Mexico D.F.: UNAM.
- Masferrer , A. (2017). La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna: Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona. *Anuario de historia del derecho español*, 693-756.
- Meneses Pedormo, J. (2016). *Tensión entre aborto y la objeción de conciencia*. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

- Mercado Cantor, L. S. (2020). *Análisis de la problemática del aborto desde una perspectiva sociojurídica*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia - Facultad de Derecho.
- Narvia Velazco , C. (Enero - diciembre de 2010). Un abrazo sororo a la mujer que aborta. (R. saberes, Ed.) *En otras palabras...mujeres cuerpo y autonomía*(18), 33-40.
- Ospina Celis, D. F. (2019). El consenso en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: el aborto y la definición de familia. (F. d. Jurídicas, Ed.) *Universitas Estudiantes*, 129-150.
- Pabón Mantilla, A. P. (2016). *El debate en torno a la liberalización de la interrupción voluntaria del embarazo: una propuesta desde la democracia consensual*. (F. d. derecho, Ed.) Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- Pantoja Castrillon, A. F. (2019). Análisis de la sentencia C-355 de 2006. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 67-79.
- Posada Maya, R. (enero-junio de 2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de ultima ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación. *Revista Nuevo Foro Penal*, 16(94), 13-44.
- Pulido Ortiz, F. E. (2014). Análisis de la interpretación y construcción del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Dikajon*, 277-298.
- Santamaria Riapira, J. A. (2013). *Religión y política en Colombia: La transformación de líderes políticos después de la Constitución de 1991*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Soto Perea, C. A. (2015). *Historia de la Despenalización del Aborto en Colombia y sus Implicaciones Bioteicas y Sociales*. Chía, Colombia: Universidad de la Sabana.
- Thomas, F. (Julio - Diciembre de 1996). Maternidad y gestación de vida: su problematización al final del siglo. (U. N. Colombia, Ed.) *En otras palabras... Mujeres, Salud y Sociedad*(1), 35-42.

Thomas, F. (Enero - diciembre de 2010). Síntesis de una larga historia: La Interrupción Voluntaria del Embarazo - IVE-. (R. Saberes, Ed.) *En otras palabras... mujeres, cuerpo y autonomía*(18), 41-46.