

Bogotá, 12 de noviembre de 2020

Honorable magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Corte Constitucional

E.S.D

REFERENCIA: Concepto técnico del proceso de constitucionalidad contra el artículo 122 del Código Penal

EXPEDIENTE: D-0013956

Diana Esther Guzmán, Mauricio Albarracín Caballero, Rodrigo Uprimny Yepes, Maryluz Barragán González, Nina Chaparro González, Cristina Annear Camero, María Ximena Dávila Contreras y Sindy Castro Herrera, subdirectores e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), identificadas como aparece al pie de nuestras firmas y actuando como ciudadanas, presentamos el siguiente concepto técnico en el marco del proceso de constitucionalidad de la referencia. Este concepto se presenta enmarcado en la información solicitada por la Corte Constitucional en el auto de fecha 19 de octubre de 2020 relacionada con una demanda de inconstitucionalidad contra el delito de aborto contenido en el artículo 122 del Código Penal.

Dejusticia es un centro de investigación sociojurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y América Latina, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de quince años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia, con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos de las mujeres y de personas LGBTI, contribuyendo además a combatir la discriminación contra estos grupos. Dentro de la línea de trabajo de género, trabajamos en la promoción de los derechos de las mujeres, en particular los derechos

sexuales y reproductivos, como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE). En virtud de lo anterior, es tanto del interés como de la experticia de Dejusticia presentar concepto técnico en el proceso de la referencia, y en este sentido, respetuosamente solicitamos que los datos y argumentos que presentaremos a continuación sean tenidos en cuenta dentro del análisis del caso constitucional.

En la presente intervención mostramos que, a pesar de los avances que representó la sentencia C-355 de 2006 y la jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional en relación con la IVE, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres siguen siendo afectados de manera desproporcionada a causa del delito de aborto, tal y como está regulado. En nuestro análisis contenido en este concepto, tenemos en cuenta tanto los desarrollos normativos que se han dado en los últimos años a nivel internacional y nacional como la información empírica sobre el goce efectivo del derecho a la IVE en el país. Esta revisión nos permite afirmar que el artículo 122, tal y como fue modulado por la Corte Constitucional, pretende proteger tanto la vida en formación como la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Sin embargo, la actual regulación genera impactos desproporcionados sobre los derechos reproductivos de las mujeres sin que se pueda comprobar un beneficio proporcional en la protección de la vida del no nacido. En consecuencia, persiste un déficit de protección respecto a los derechos de las mujeres y por tanto le corresponde a la Corte desarrollar una serie de remedios judiciales que permitan superar esta desproporcionalidad y ampliar el mínimo de protección constitucional establecido en la sentencia C-355 de 2006 y que ha sido garantizado en jurisprudencia posterior ante las múltiples barreras que se presentan para la realización de la IVE¹.

La presente intervención se divide en tres partes. En la primera, exponemos las razones por las cuales consideramos que persiste un

¹ Varios de los argumentos expuestos en esta intervención ya han sido presentados a la Corte en los procesos de constitucionalidad contra el artículo 122 del Código Penal D-0013255 y D0013856. Así mismo, es importante tener en cuenta que tomamos información relevante de la demanda del proceso de la referencia interpuesta por el Movimiento Causa Justa.

déficit de protección constitucional para las mujeres que desean acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), especialmente aquellas que se encuentran en condiciones particulares de vulnerabilidad. En este sentido, identificamos los ámbitos en los cuales se evidencian con más fuerza los efectos desproporcionados de la regulación del aborto en Colombia, a la luz de los estándares normativos que se han desarrollado desde la C-355 de 2006 y a partir de la evidencia empírica disponible.

La segunda parte ofrece diversas alternativas que la Corte puede considerar al adoptar remedios judiciales. Para ello, esta parte reconstruye la forma como otros países han tendido a superar los efectos desproporcionados de regulaciones de la interrupción voluntaria del embarazo. Estas alternativas van desde la ampliación de las causales, pasando por regulaciones que establecen plazos, hasta llegar a regulaciones que combinan despenalización con normas sanitarias que intentan armonizar los derechos en juego. En la tercera sección reunimos una serie de criterios sustantivos y procedimentales que la Corte debería considerar a la hora de adoptar los remedios judiciales tendientes a fortalecer y ampliar el ámbito de protección en relación con la IVE. Por ejemplo, reiteramos que los remedios que adopte la Corte no pueden causar retrocesos en derechos ya reconocidos ni tampoco ignorar los mínimos de protección que su misma jurisprudencia ha establecido sólidamente.

1. PERSISTE UN DÉFICIT DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES QUE ES FUNDAMENTAL REMEDIAR

En el presente apartado desarrollamos los elementos normativos y fácticos que nos permiten afirmar que, aunque el artículo 122 del Código Penal modulado por la Corte tiene dos finalidades legítimas y concurrentes —garantizar la protección de la expectativa de vida y los derechos fundamentales de la mujer—, la regulación del aborto sigue teniendo efectos desproporcionados en los derechos fundamentales de las mujeres. Si bien el ordenamiento jurídico constitucional establece que estas finalidades deben ser

armonizadas, en la práctica, la implementación de la regulación actual desconoce el estándar que existe en el ordenamiento jurídico constitucional para la efectiva garantía de los derechos reproductivos, lo cual genera un déficit de protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

1.1 Ámbito de protección de la norma demandada: La protección concurrente de la expectativa de vida y de los derechos fundamentales de las mujeres

El artículo 122 del Código Penal tiene un lugar particular dentro del contexto jurídico colombiano, lo que se hace evidente en el hecho de que protege dos finalidades concurrentes. Antes de la sentencia C-355 de 2006, tradicionalmente, se afirmaba que este artículo tenía como finalidad la protección de la vida, un derecho fundamental garantizado por el artículo 11 de la Constitución y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad². Con la sentencia C-355 de 2006 se reconoce que el artículo 122 no protege la vida en sí misma, sino la vida en formación, lo cual constituye en sí mismo una modulación significativa. Más importante aún, la Corte concluyó que esta protección debe armonizarse con los derechos fundamentales de las mujeres.

Con respecto a la protección del nasciturus, la Corte Constitucional afirmó que la vida tiene diferentes tratamientos normativos. Así, puede distinguirse el derecho a la vida establecido en el artículo 11 constitucional de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución³. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición⁴. En ambos casos la protección jurídica es distinta. En el caso del nasciturus la protección no es del mismo grado ni de la misma intensidad que en el

² Corte Constitucional. Sentencia C 355 de 2006. MPs MPs Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez

³ Corte constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MPs MPs Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez

⁴ Ibid

caso de la vida de la persona humana, sino de la garantía de la vida como principio⁵.

Así mismo, en el año 2006 la Corte estableció que la prohibición absoluta del aborto resultaba contraria a los derechos de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida digna, a la salud física y mental, y a no estar sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁶. En ese sentido argumentó que el derecho de la mujer a la dignidad incluye tomar decisiones sobre su autonomía reproductiva, la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes o infringir sufrimientos morales deliberados. Respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte afirmó que la consideración de la maternidad como una "opción de vida" corresponde al fuero interno de cada mujer, por lo que no es constitucionalmente permitido que el *"Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad"*⁷. Sobre el derecho a la salud de la mujer, el alto tribunal estableció que el aborto espontáneo o provocado por múltiples circunstancias en las que pueda verse la madre, se extiende a su salud reproductiva⁸.

Conforme con lo anterior, la sentencia C-355 de 2006 concluyó que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de la vida del nasciturus y el sacrificio de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo cual desconoce *"completamente su dignidad y la reduce a un mero receptáculo de la*

⁵ Ibid

⁶ Corte constitucional. Sentencia C 355 de 2006. MPs Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez.

Otras sentencias que han reconocido la Interrupción Voluntaria del Embarazo como derecho fundamental son: Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2010. MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011. MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012. MP MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia C-754 de 2015. MP Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2016. MP Alejandro Linares Cantillo; Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2018. MP's José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MPs MPs Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez

⁸ Ibid

vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”⁹.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional estableció que el artículo 122 del Código Penal era exequible

“en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”¹⁰.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede concluir que el artículo 122 del Código Penal tiene dos finalidades legítimas y concurrentes: por un lado, la protección de la vida como principio y, por tanto, de la expectativa de vida del feto y, por el otro, la garantía efectiva de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida digna y a su salud física y mental. Durante los últimos años estas dos finalidades han tenido múltiples desarrollos y transformaciones, tanto en el ordenamiento jurídico constitucional como en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, que deben ser tenidas en cuenta en este proceso de constitucionalidad.

1.1.1 El alcance de la protección del no nacido: La sentencia de la Corte Interamericana Artavia Murillo Vs Costa Rica (2012) y la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

La protección de la expectativa de vida ha sido reconocida como un valor relativo de legítima protección que debe ser ponderado y armonizado cuando entre en tensión con otros derechos en situaciones específicas. La protección del no nacido debe ser, entonces, armonizada con los derechos de las mujeres, de acuerdo con la interpretación autorizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Con ocasión de la prohibición de la Fecundación In Vitro (en adelante FIV) en Costa Rica a través de la declaración de inconstitucional del Decreto Ejecutivo No 24029-S que la regulaba, la Corte IDH se pronunció acerca de la protección que tiene el no nacido conforme al artículo 4.1 de la Convención Americana. En esta sentencia, la Corte IDH conoció los efectos adversos de la decisión en la vida de parejas que querían hacer uso de la FIV y de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana y de otros tratados internacionales del sistema universal de derechos humanos, analizó la relación del embrión con el derecho a la vida, el alcance del artículo 4.1 de la CA y la protección que debe el Estado al embrión y de la madre gestante. Todo lo cual aclara el marco en el que se circunscribe la finalidad consistente en la protección del no nacido.

En cuanto a la relación del embrión con el derecho a la vida, la Corte IDH señaló que no es posible afirmar que el no nacido sea titular del derecho. De acuerdo con el tribunal, no existe una valoración consensuada sobre el comienzo de la vida, sino que, por el contrario, existen diferentes teorías que valoran desde distintas perspectivas este tema. Algunas de estas teorías ven en los óvulos fecundados una vida humana plena, pero otras no lo hacen. En este contexto, la Corte IDH afirmó que escoger la literatura que otorga vida humana a los óvulos fecundados es imponer un tipo de creencias a otras personas que no las comparten¹¹.

Sumado a lo anterior, afirmó que, conforme a una interpretación sistemática e histórica de diversos tratados de derechos humanos del

¹¹ Corte IDH. Sentencia de Fondo Artavia Murillo Vs Costa Rica. Párr 185.

sistema universal, no es factible sostener que el embrión sea titular del derecho a la vida. Así, la Corte señala que en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se utilizó el término “nacen” para excluir al no nacido de los derechos de la Declaración. En el caso del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que existieron varios intentos de proteger la vida desde la concepción que fueron rechazados pues no se quería dar la misma protección al no nacido que a las personas nacidas. Esto ha sido confirmado por la Observación General No. 6 (derecho a la vida)¹² y la Observación General No. 17 (Derechos del niño)¹³ en donde se ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir.

Asimismo, se refirió a la Convención de los Derechos del Niño, frente a lo cual afirmó que los artículos 1 y 6.1 no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. Esto fue confirmado con los trabajos preparatorios en donde, a pesar de los intentos de incorporar expresiones como la de “antes y después del nacimiento”, se determinó que la Convención callaría acerca de la interpretación del artículo 1.

Respecto del alcance del derecho a la vida establecido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte IDH interpretó el término “en general” incluido en la disposición, de acuerdo a los trabajos preparativos de la Convención. En ese sentido, afirmó que la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la “concepción”, como lo enuncia de manera literal el articulado. Es decir que, de acuerdo con el último intérprete de la Convención el objeto y fin del artículo 4.1 no puede entenderse a partir del derecho a la vida como un derecho absoluto, sino, como un derecho relativo que puede ser

¹² Comité de los Derechos del Niño. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Observación general No 6 (2005). En línea: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

¹³ Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 17 (1989). En línea: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf>

ponderado en situaciones de colisión. Por lo que, como consecuencia, no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos¹⁴.

Sin embargo, lo anterior no significa que el embrión no tenga ningún tipo de protección. Al contrario, la Corte afirma que la protección del embrión se debe dar a través de la mujer embarazada. Esto, teniendo en cuenta el artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “*conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto*”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales¹⁵.

En conclusión, la protección del embrión es una finalidad legítima que debe diferenciarse de la protección que se deriva del derecho a la vida. Por esa razón, de acuerdo a la Corte IDH, la vida prenatal está asociada al principio de protección gradual e incremental que debe armonizarse con los derechos de la madre¹⁶. Lo anterior, entendiendo que su protección no es absoluta de acuerdo con la interpretación del artículo 4.1 de la Convención, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general¹⁷.

1.1.2 El desarrollo jurisprudencial colombiano de la protección de los derechos fundamentales de la mujer implicados en los procesos de gestación

Así como la protección de la vida prenatal ha consolidado estándares de protección por parte de la Corte IDH en los últimos años, después de la sentencia C-355 de 2006 los derechos fundamentales de las mujeres también han sido desarrollados en el marco del ordenamiento jurídico constitucional colombiano. El desarrollo de estos derechos enmarca la finalidad legítima de la protección debida de la mujer que debe ser cumplida por parte del Estado. De acuerdo con lo anterior, en el presente apartado abordaremos en qué consisten los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en general, y los

¹⁴ Corte IDH. Sentencia de Fondo Artavia Murillo Vs Costa Rica. Párrs 220-221

¹⁵ Ibid. Párr 222

¹⁶ Ibid. Párr 256-260

¹⁷ Ibid. Párr 264

derechos fundamentales a la IVE y a la salud sexual y reproductiva, en particular. Hacemos énfasis en el alcance que tienen y en cuáles son las obligaciones que tiene el Estado respecto de estos.

1.1.2.1 Los derechos reproductivos de la mujer

Los derechos sexuales y reproductivos *"reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción"*¹⁸. Si bien todas las personas son titulares de estos derechos su emergencia en el constitucionalismo colombiano responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han enfrentado las mujeres¹⁹ y los estereotipos que tradicionalmente han restringido materialmente su autonomía y su libertad²⁰ y que determinan los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción²¹.

En este marco es importante señalar la diferencia entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos. Los primeros son aquellos que dan a todas las personas la facultad de *"decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién"*²² de manera libre y sin ningún tipo de discriminación²³. Por su lado, los derechos reproductivos han sido definidos como la *"facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo"*²⁴. Si bien ambas garantías constitucionales están relacionadas, los derechos reproductivos tienen una particular importancia para las mujeres, pues inciden de manera directa en la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo y, por tanto, en su proyecto de vida, *"pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la*

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-732 de 2009. MP Humberto Sierra Porto; Sentencia T-585 de 2010. MP Humberto Sierra Porto; Sentencia T-274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-697 de 2016. MP Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia C-093 de 2018. MP José Fernando Reyes Cuartas y Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 2016. MP Alberto Rojas Ríos

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia. C-754 de 2015. MP Gloria Stella Ortiz Delgado

²¹ Corte Constitucional. Sentencia. T-732 de 2009. MP Humberto Antonio Sierra Porto

²² Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP Rodrigo Gil Escobar; Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.

²³ *Ibíd*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012. MP Humberto Sierra Porto; Sentencia T-274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Bula; Sentencia T-306 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martello; Sentencia T-697 de 2016. MP Gloria Stella Ortiz Delgado

gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado”²⁵.

En tal sentido, la Corte ha indicado que el Estado tiene dos tipos de obligaciones respecto de los derechos reproductivos. La primera, relacionada con la libertad y autodeterminación reproductiva, “que supone la imposibilidad del Estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona”²⁶... “a través de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación”²⁷ y , con esta, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no. Y, la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos²⁸, correspondiente al acceso a los servicios de la salud reproductiva²⁹.

Sobre esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General número 22, destacó la importancia de adoptar medidas que contribuyan a eliminar las barreras sociales que limitan la materialización del plan de vida que posee cada mujer y que, con ello, se asegure su igualdad material³⁰ y resaltó la importancia de que “los **Estados deroguen**, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Esto incluye los requisitos de autorización de terceros, como los requisitos de

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia. T-732 de 2009. MP Humberto Antonio Sierra Porto

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012.MP Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-306 de 2016, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-697 de 2016. MP Gloria Stella Ortiz Delgado .

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012. MP Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-732 de 2009. MP Humberto Sierra Porto

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012.MP Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-274 de 2015. MP Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁰ Comité DESC. Observación General número 22 (2016).En línea: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN20

autorización de los padres, el cónyuge y los tribunales para acceder a los servicios y la información en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para el aborto y la anticoncepción³¹. Asimismo, el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General número 24, aseguró que "la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria"³².

Por último, es importante anotar que la Corte Constitucional ha señalado que la garantía de estos derechos reproductivos reconoce que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y constituyen estrategias para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social³³.

1.1.2.2 El derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en las causales establecidas por la Corte Constitucional

El derecho a la IVE pertenece a la categoría de derechos reproductivos y, por tanto, comparte su orientación, fundamento y contenido obligatorio³⁴. En particular, este derecho protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que quiere poner fin al proceso de gestación humana cuando se encuentra dentro de las tres causales despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006. La primera ocurre cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. La segunda, cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer. Y, la tercera, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida³⁵.

Al tratarse de una garantía *iusfundamental*, compromete en su respeto y realización a todos los servidores y órganos del Estado, a los

³¹ Ibid.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012. MP. Humberto Sierra Porto

³³ Corte Constitucional. Sentencia. C-804 de 2006. MP Humberto Sierra Porto

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia.T-585 de 2010. MP Humberto Sierra Porto

³⁵ Ibid

prestadores públicos y privados de seguridad social y a los particulares. De acuerdo con la Corte Constitucional³⁶, respecto de este derecho existen las siguientes obligaciones: el deber de suministrar información oportuna, suficiente y adecuada en materia reproductiva, en particular sobre el alcance y requisitos del derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo³⁷; el deber de disponibilidad de los medios necesarios para la materialización de la IVE en todo el territorio, en todos los niveles de complejidad y en cualquier etapa del embarazo³⁸; el deber de respetar la intimidad en materia reproductiva y de guardar confidencialidad por parte de los profesionales de la salud³⁹; la obligación de no determinar ni incidir en las mujeres sobre la toma de decisiones que tengan respecto de la IVE⁴⁰; el deber de dar un diagnóstico oportuno y actual a la mujer sobre el estado y condiciones de su embarazo⁴¹; y la obligación de practicar de manera oportuna y sin dilaciones la interrupción voluntaria del embarazo⁴². Tal y como lo unificó recientemente la Corte:

“En ese sentido, el derecho a la IVE no se agota en la realización de un procedimiento médico. Este derecho tiene también componentes referidos a la información adecuada sobre el derecho para la mujer; la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y de trabajo social, entre otros, necesarios para la realización del mismo; la disponibilidad de los servicios en caso de configurarse las causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, entre otros”⁴³.

³⁶ Ibid

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-697 de 2016. MP Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-388 de 2009. MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia T-627 de 2012. MP. Humberto Sierra Porto;

T-301 de 2016. MP Alejandro Linares Cantillo y Sentencia T-731 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ Ibid.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional.. Sentencia T-841 de 2011.MP Humberto Sierra Porto.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009.MP Humberto Sierra Porto

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011. MP Humberto Sierra Porto; T-585 de 2010.MP Humberto Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009 . MP Humberto Sierra Porto; Sentencia T-301 de 2016. MP Alejandro linares Cantillo

⁴² Corte constitucional. Sentencia T-209 de 2008. MP Clara Inés Vargas Hernández

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia SU-098 de 2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.

1.1.2.3 La garantía de la IVE debe guiarse por los principios establecidos en la Ley Estatutaria de Salud

En el año 2015, con la expedición de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1715 de 2015) también se amplió el contenido de la garantía del derecho fundamental a la IVE. Atendiendo a que el derecho fundamental a la IVE se garantiza a través de procedimientos de índole médica, es necesario tener en cuenta los principios rectores que rigen los procedimientos en salud para que se armonicen a la garantía del acceso a la IVE y se entienda de manera completa la finalidad de la norma estudiada.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1715 de 2015, el derecho fundamental a la salud comprende el acceso a sus servicios de forma oportuna, eficaz y con calidad. Dentro de este tipo de servicios se encuentran todos aquellos relacionados con la garantía de acceso a la IVE. De acuerdo con la Corte Constitucional, el goce efectivo del derecho implica también como mínimo, *"el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud"*⁴⁴.

Frente a la garantía de este derecho, el Estado tiene una serie de obligaciones que se encuentran referidas en el artículo 5 de la norma. Estas son las de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. Estas tres obligaciones no son taxativas, *"sino que hacen parte de un conjunto de obligaciones abierto y orientado por lo preceptuado en la observación 14 [del Comité PIDESC]"*⁴⁵.

Entre una serie de obligaciones específicas, de este artículo resaltan dos muy importantes. La primera es la de abstenerse de afectar el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas. Esta obligación implica la faceta negativa del derecho, que pone de presente *"que se trata de bastante más que de*

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁵ *Ibíd.*

un derecho de carácter prestacional. La garantía y goce efectivo de derechos como la salud, no solo supone hacer, sino no hacer”⁴⁶. La segunda es la de crear y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce del derecho en igualdad de trato y oportunidades. Por ende, “tratándose de grupos marginados o discriminados o, personas que por su condición económica, física o mental estén en condiciones de debilidad manifiesta, tendrá lugar el trato diferenciado que permita para ellos la garantía del goce efectivo del derecho”⁴⁷.

Estas obligaciones en materia de derechos sexuales y reproductivos, entre los que se encuentra enmarcada la IVE, tienen absoluta relevancia frente a cómo se modifica el fin del delito de aborto a partir de la regulación de la IVE en su faceta prestacional. De esta forma, el acceso a la IVE debe ser amplio, garantizarse a todas las mujeres en el país, y especialmente a aquellas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta (art. 13 Constitución Política). Por ende, la garantía de los servicios de salud asociados a este derecho deben ser prestados con suficiencia, celeridad y amplitud para todas las mujeres en el territorio colombiano.

Ahora bien, aún más importante, la Ley estatutaria establece unos principios asociados al derecho fundamental a la salud en su artículo 6. Al respecto, la Corte Constitucional ya había referido los mismos principios⁴⁸, y ha establecido que “la afectación de uno de los 4 elementos, pone en riesgo a los otros y, principalmente, al mismísimo derecho”⁴⁹. Estos principios son, entre otros, los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad y oportunidad. Al respecto, la universalidad implica la garantía del derecho en todas las etapas de la vida de las personas. Por otro lado, la equidad, como se refirió frente a la obligación de garantizar la prestación en igualdad, busca que se garantice el mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección. Por otro lado, frente a la

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-585 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

continuidad, en casos en que se ha iniciado un servicio de salud, no se puede ver interrumpido por razones administrativas o económicas.

De manera más específica, el principio *pro homine* su funda en el respeto de la dignidad humana y es una cláusula hermenéutica para la interpretación de los derechos fundamentales. Ella consiste en “*privilegiar la hermenéutica que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los mismos*”⁵⁰.

La Corte, frente a este ejercicio hermenéutico, deduce que

*“la interpretación de estas disposiciones no puede conducir a la restricción, disminución o limitación del contenido de estos derechos de forma ostensible y/o arbitraria; [...] el intérprete deberá elegir la norma que resulte más favorable a los intereses del individuo o que mejor optimice la garantías en controversia, siempre en favor de la protección a su dignidad; finalmente, la interpretación que se haga de estas disposiciones no podrá conducir a la exclusión de otros enunciados o normas que igualmente reconozcan, en favor del individuo, otras garantías fundamentales [...]”*⁵¹

Por último, el principio de oportunidad implica que los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones. Este principio ha sido referido por la Corte para establecer que diferir los servicios médicos, casi al punto de negarlos, pone en riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, que “*deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado*”⁵².

De todo lo anterior, la lectura de los principios y los derechos que se incluyen en la ley estatutaria implican un entendimiento de la garantía a la IVE acoplada e interpretada confirme a estos importantes postulados que amplían la garantía de este derecho y por ende del entendimiento de la finalidad del delito de aborto. Por

⁵⁰ Ibíd

⁵¹ Ibíd

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil

ello, la prestación de la IVE en los casos despenalizados implica que las tecnologías y servicios asociados a ella sean completos, accesibles a todas las mujeres en el país, y oportunos en cuanto a quienes lo soliciten. Aún más importante, en caso de dudas sobre la interpretación de la prestación del servicio, el principio *pro homine* es imprescindible. En los casos despenalizados, como derecho fundamental, el acceso a la IVE debe ser el parámetro interpretativo para que el personal de salud garantice su acceso efectivo.

La sanción de esta ley estatutaria impone cargas esenciales a prestadores de salud para que los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud, en este caso las mujeres que deseen acceder a la IVE, no vean sus derechos vulnerados por cuestiones diversas. Ninguna interpretación restrictiva, acceso limitado por el espacio geográfico, ni dilación en el servicio, deberían estar presentes en la ejecución de los servicios de salud sexual y reproductiva en lo que respecta a la IVE.

La garantía constitucional de los derechos reproductivos de las mujeres se ha consolidado, de un lado, reconociendo la discriminación histórica en su contra y la restricción material de su autonomía y su libertad sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción. Y, de otro, estableciendo un estándar de protección en la que los Estados tienen por lo menos dos obligaciones. La primera, de no implantar restricciones en contra de las determinaciones adoptadas por cada una de ellas sobre su cuerpo y, la segunda, de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de los servicios de la salud reproductiva. En este contexto la IVE se ha instituido como un derecho fundamental que para proteger los derechos fundamentales de la mujer le permite poner fin al proceso de gestación humana cuando se encuentra dentro de las tres causales despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006. Ante lo cual, el Estado, como ya se mencionó, tiene una serie de obligaciones, tales como: suministrar información oportuna, suficiente y adecuada, disponer de los medios necesarios para realizar la IVE en todo el territorio nacional, proteger la intimidad de la mujer, no presionar a las mujeres para tomar decisiones sobre su cuerpo, brindar

diagnósticos oportunos sobre el estado de embarazo y practicar sin dilaciones la IVE.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional e interamericana, las finalidades concurrentes de la norma modulada son legítimas y armónicas. De un lado, la protección del embrión es una finalidad que se ampara en la protección de la vida como valor y que debe diferenciarse de la protección derivada del derecho a la vida. Es decir, se trata de una protección que debe darse de manera gradual, incremental y de forma armónica con los derechos de la mujer o persona gestante. De otro lado, la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres se edifican como una finalidad legítima después de la modificación y modulación normativa que introdujo la sentencia C-355 de 2006. A su vez, tanto normas nacionales como internacionales muestran que se trata de derechos de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano.

1.2 El modelo de criminalización del aborto con causales excepcionales no está garantizando la materialización de los bienes jurídicos que busca proteger, generando así un grave déficit de protección

Si bien la penalización del aborto no es la única causa del fuerte estigma que existe en contra de la IVE, que el aborto sea un delito sí implica una posición clara que lo señala como algo moralmente condenable⁵³, lo cual permea tanto la atención dada en los servicios de salud como el ejercicio mismo de la IVE. El resultado de esto, es que el estándar presentado en el apartado anterior no se materializa y, como consecuencia, se identifica un déficit de protección que el Estado Colombiano debe remediar. Los abortos clandestinos y las denuncias penales son algunas de las situaciones que demuestran que la actual regulación no armoniza la protección de la expectativa de

⁵³ SZLUIK, Dalia; ZAMBERLIN Nina, La legalidad oculta: Percepciones de estigma en los recorridos de mujeres que descubren y acceden a la interrupción legal del embarazo por causal salud, 2020, En Sex., Salud Soc. (Rio J.) No.34. Disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872020000100046&tlng=es

vida y de los derechos reproductivos de las mujeres, pues desconoce estos últimos.

1.2.1 La penalización del aborto reafirma y alimenta el estigma que no permite el ejercicio del derecho fundamental a la IVE por parte de las mujeres

El estigma en relación con la ilegalidad se presenta a partir del miedo de las mujeres a ser denunciadas por estar cometiendo un delito y/o a ser señaladas desfavorablemente por los profesionales a quienes recurren, aunque estén amparadas por las causales⁵⁴. El delito conlleva un efecto simbólico de gran alcance que introduce al aborto dentro de un campo socialmente prohibido e inaccesible⁵⁵. Si bien en Colombia hay causales que permiten la práctica del aborto de manera legal, las brechas de información de las mujeres sobre el derecho a la IVE las hacen creer que abortar en cualquier situación es un delito. Así, se ha encontrado que las mujeres que buscan un aborto legal temen experimentar maltrato, estigma o enfrentar un proceso penal⁵⁶. De acuerdo con el informe *“Limitaciones en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia Aborto no seguro”*, la mayor barrera para el aborto en condiciones seguras es que las mujeres tienen temor de solicitar los servicios al sistema público, pues piensan que están haciendo algo ilegal⁵⁷.

De acuerdo con el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *“cuando el aborto solo está permitido en casos muy concretos (...) la penalización podría llegar a bloquear el acceso a la información sobre los servicios de aborto legales. Con frecuencia, las mujeres no conocen esas excepciones debido a que el estigma que rodea a la*

⁵⁴ Ibíd

⁵⁵ Ibíd

⁵⁶ BMC WOMEN'S HEALTH.. *Experience obtaining legal abortion in Uruguay: knowledge, attitudes, and stigma among abortion clients*. Diciembre 2019. En línea: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6902415/>.

⁵⁷ MÉDICOS SIN FRONTERAS. *Limitaciones en el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia Aborto no seguro*, mujeres en riesgo. Pg. 21 Disponible en: <https://www.msf.es/sites/default/files/documents/msf-informe-ive-colombia.pdf>

cuestión del aborto impide que una información tan necesaria como esa se difunda y reciba la debida consideración”⁵⁸.

En Colombia, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud y Demografía realizada por Profamilia en 2015, el 56% de mujeres entre 13 y 49 años tienen conocimiento sobre el estado actual de la despenalización parcial del aborto⁵⁹. Es decir, que pese a que un número importante de mujeres (poco más del 50%) conoce la sentencia, lo que obstaculiza el acceso a los servicios de salud en IVE se relaciona con “*desconocimiento generalizado en las mujeres respecto de la titularidad de los derechos, replicado en los actores del sistema de salud*”⁶⁰. Es decir que, muchas mujeres no comprenden la decisión judicial como un reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos, desconocen el conjunto preciso de facultades que les reconoce el fallo, los requisitos que son exigidos para acceder a su derecho y las obligaciones del Estado en la materia, especialmente la de brindarles servicios de salud seguros y oportunos para la atención de la IVE o de los abortos incompletos en las instituciones del Sistema de Salud.

La desinformación, además, se acentúa en zonas rurales y pobres del país, donde las mujeres tienen escaso acceso a la información sobre sus derechos y las tradiciones sobre los roles de género prevalecen aún más que en zonas urbanas de mayor afluencia económica, lo que las disuade de buscar soluciones como el aborto legal. Al respecto, la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2015 encontró que se presenta un mayor conocimiento de las causales por parte de mujeres menores de 20 años, solteras, de zonas urbanas, con mayor nivel educativo, y en los quintiles de riqueza alto y más alto⁶¹, lo que indica que las brechas económicas, etáreas y geográficas tienen un impacto importante en la satisfacción de sus derechos. Como lo mostramos en nuestra publicación *Un camino truncado: derechos*

⁵⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly” UN Doc. A/66/254, 2011. Párr 19.

⁵⁹ PROFAMILIA, Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Bogotá: Ministerio de Salud, 2015. p. 41. Disponible en: <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20%20TOMO%20I.pdf>

⁶⁰ GUZMÁN, Diana et al, Lejos del Derecho: la interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Bogotá: Ediciones Dejusticia, 2013, p. 62.

⁶¹ PROFAMILIA, Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Bogotá: Ministerio de Salud, 2015. p. 41. Disponible en: <http://profamilia.org.co/docs/ENDS%20%20TOMO%20I.pdf>

sexuales y reproductivos en Montes de María, las mujeres que viven en zonas rurales están expuestas, en mayor medida, a la desinformación de los centros de salud y a los imaginarios culturales que cierran los espacios a una educación sexual de calidad. Como se retrata en el documento, el nivel de desinformación en esta región es tal que muchas mujeres consideran la IVE, de facto, como una práctica ilegal⁶².

A todo lo anterior, se suman las distorsiones sobre los derechos sexuales y reproductivos por parte de los medios de comunicación y las fuerzas políticas, quienes informan muchas veces de forma sesgada sobre la despenalización del aborto e impiden considerar la posibilidad de acceder a un servicio seguro y oportuno de IVE⁶³.

En otras palabras, en países donde el aborto sigue penalizado, pero existen causales de despenalización, frecuentemente existe una brecha de información en la que prevalece la creencia de que la IVE en todo caso es ilegal. Esta creencia se reafirma a través de los medios de comunicación o de actores de poder que pueden reproducir la idea de ilegalidad, sobre todo, en los casos de las mujeres con mayores vulnerabilidades sociales y económicas. Por todo lo anterior, la creencia de la ilegalidad del aborto se ha convertido en una de las principales barreras para el disfrute efectivo del derecho fundamental a la IVE.

1.2.2 La penalización del aborto incide en los prestadores de salud de forma negativa, lo cual afecta el derecho fundamental a la IVE

Como ya lo señalamos, las mujeres sienten miedo de ir a los servicios de salud públicos por temor al rechazo y a la penalización. Aunque pareciera que este fuera un temor infundado, la actuación de los servicios de salud han demostrado todo lo contrario. A continuación, abordaremos cómo los prestadores de salud, incumpliendo lo establecido por la Corte Constitucional,

⁶² CHAPARRO, Nina; DÁVILA, María Ximena; MARTÍNEZ, Margarita. Un camino truncado: derechos sexuales y reproductivos en Montes de María. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2019

⁶³ GUZMÁN, Diana et al, Lejos del Derecho: la interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Bogotá: Ediciones Dejusticia, 2013

piden requisitos que son inconstitucionales y que generan demoras en los procesos de IVE y/o denuncian a las mujeres que ejercen su derecho fundamental violando la confidencialidad médica y el derecho a la intimidad de las mujeres.

De acuerdo con el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el delito del aborto incide en la prestación de la IVE por parte de los profesionales de salud, pues “ *impide a los profesionales tener acceso a información fidedigna y, cuando la legislación contempla excepciones, el efecto inhibitor generado por el estigma que acarrea el aborto puede disuadir al personal sanitario de solicitar información y capacitación al respecto... Debido al estigma que pesa sobre el aborto, los trabajadores del sector de la salud también han proporcionado información errónea a las mujeres...*”⁶⁴.

En Colombia, los prestadores de servicios de salud exigen dictámenes de medicina forense; órdenes judiciales; exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos a las mujeres que quieren abortar, a pesar de que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esto⁶⁵. Esto tiene efectos directamente perjudiciales en las mujeres. Si una mujer no puede acceder a la IVE porque los prestadores de salud o los jueces solicitan requisitos adicionales, se ve obligada a llevar embarazos por tiempos prolongados que atentan contra su dignidad, su autonomía y su salud. La exigencia de este tipo de requisitos puede atribuirse al desconocimiento y las interpretaciones arbitrarias sobre acceso a IVE, pero también pueden derivar de imaginarios colectivos sobre el aborto y de una fuerte oposición cultural por parte de funcionarios de salud, servidores públicos y jueces.

⁶⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Physical & Mental Health to the General Assembly” UN Doc. A/66/254, 2011. Párr 19.

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Como lo documentan dos informes de 2009 y 2016 de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres⁶⁶, en el caso de mujeres embarazadas como resultado de violación sexual, se han presentado situaciones en las que, además de la copia de la denuncia penal, se les ha solicitado a las mujeres exámenes sexológicos que comprueben que efectivamente son víctimas de violación o, incluso, solicitan orden judicial o sentencia condenatoria. Asimismo, frente a la causal de malformación incompatible con la vida, muchos médicos se abstienen de certificar las malformaciones y remiten constantemente a las mujeres a distintos centros de salud y especialistas, lo que hace que el tiempo del embarazo continúe prolongándose⁶⁷. Situación similar pasan las mujeres que solicitan la realización de la IVE bajo la causal de peligro para la salud o la vida. Aunque la jurisprudencia vigente no lo requiere, es frecuente que el ginecólogo les exija que su condición sea valorada y certificada por un especialista o por una junta médica; las EPS también suelen exigir que los especialistas sean médicos adscritos a ellas y que las valoraciones sean realizadas por sus propias IPS⁶⁸.

Además de lo anterior, en algunas ocasiones los médicos incumplen con su deber de confidencialidad y denuncian a las mujeres que han practicado abortos con consentimiento. Según la Fiscalía General de la Nación en el 73% de los casos entre 1998 y 2019 se inició la investigación con ocasión de reportes realizados por personal de centros hospitalarios⁶⁹. Además, en los casos de capturas por aborto consentido, la información para la investigación penal se da por investigadores que hacen presencia en un centro hospitalario y logran obtener la confesión por parte de la mujer que abortó o por parte de los médicos, quienes indican que las pruebas sugieren la

⁶⁶ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia*, Bogotá, 2009; LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, *Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*, (Bogotá, 2016)

⁶⁷ DALÉN, Annika, *La despenalización parcial del aborto en Colombia*, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013

⁶⁸ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, *Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo*, Bogotá, 2016, p. 28

⁶⁹ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe sobre judicialización del aborto en Colombia. Concepto técnico enviado a la Corte Constitucional en el proceso con número de radicación D0013255. Pág. 12.

realización de un aborto voluntario⁷⁰. De hecho, el 65,85% de las condenas, la información relevante fue suministrada por el personal de centros médicos⁷¹. Todo lo anterior, sin tener la claridad si el aborto fue legal por estar dentro de las causales de despenalización. De conformidad con el estudio *"La Criminalización del aborto en Colombia"*, de 4560 registros por aborto con consentimiento que cuentan con alguna actuación entre 1998 y 2019, 1914 (41.97%) se han archivado por atipicidad de la conducta⁷².

Asimismo, el estudio *"Cárcel o muerte. El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto"*, encontró evidencia en la prensa de 16 casos ocurridos entre 2011 y 2016 de mujeres denunciadas por los médicos por el delito de aborto, sin que se tuviera en cuenta si el caso estaba amparado o no por las causales de despenalización establecidas por la Corte Constitucional⁷³. De acuerdo con las conclusiones de este estudio, es tan común que las mujeres sean denunciadas si quieren acceder a la IVE, que el miedo a las investigaciones penales se ha establecido como una de las principales barreras que impide que estas ejerzan su derecho fundamental⁷⁴.

Como consecuencia de lo anterior, el estudio *"I felt the world crash down on me': Women's experiences being denied legal abortion in Colombia"*, demuestra que las mujeres evitan acceder a los servicios de aborto legales y aquellas que consiguieron acceder a estos sufrieron abuso físico y psicológico por parte de los proveedores de salud y personal hospitalario⁷⁵.

⁷⁰ Isabel C. Jaramillo Sierra, Nicolás Santamaría Uribe, Wilson Forero Mesa. La Criminalización del aborto en Colombia. 2020. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. En proceso de publicación.

⁷¹ Ibíd

⁷² Ibíd

⁷³ BAUTISTA, Ana, JOSEPH Anna, MARTINEZ Margarita. Cárcel o muerte. El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2017

⁷⁴ Ibíd

⁷⁵ US National Library of Medicine National Institutes of Health. BMC Reproductive Health. I felt the world crash down on me': Women's experiences being denied legal abortion in Colombia. 2017 Disponible en : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5651606/>

En suma, el delito genera actuaciones de los prestadores de servicios de salud en contra de las mujeres que quieren ejercer su derecho a la IVE. Estas actuaciones consisten, por un lado, en la exigencia de requisitos desproporcionados que alargan el proceso y las hacen soportar un embarazo por tiempos prolongados. Y, por el otro, en la violación del deber de confidencialidad, pues denuncian los casos de aborto consentido, sin tener en cuenta si existía o no causal de despenalización bajo la sentencia C 355 de 2006. Para una discusión más detallada de las barreras que enfrentan las mujeres dentro del sistema de regulación actual, remitirse al *anexo 1* de esta intervención.

1.2.3 Los abortos inseguros en Colombia como estrategia para eludir el estigma y la criminalización

Debido a las múltiples barreras que enfrentan las mujeres para acceder a la IVE, muchas de ellas recurren a abortos clandestinos⁷⁶. Es decir, la negación del servicio lleva a las mujeres a sitios inseguros para abortar. Las mujeres que buscan el aborto clandestino como una solución al restringido acceso al aborto legal están expuestas a graves riesgos a su salud y a su vida. Si bien es difícil encontrar cifras exactas y confiables sobre la práctica de abortos, pues aún prevalece una cultura de clandestinidad y tabú frente a este tema, las que existen muestran la poca garantía en el ejercicio del derecho y obligan a pensar en la adopción de nuevas regulaciones que resulten efectivas. Según datos del DANE, es posible calcular que la mortalidad registrada por aborto en 2010 representaba el 4,3% de todas las muertes maternas⁷⁷.

Estas cifras son alarmantes, pues las muertes que se registran por abortos serían evitables con acceso a servicios legales, seguros y oportunos⁷⁸. Además, cada año hasta 2011, se registró que un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de

⁷⁶ PRADA, Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias, Nueva York: Guttmacher Institute, 2011.

⁷⁷ DANE, Defunciones maternas por grupos de edad. Año 2010, 2011.

⁷⁸ DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013. p. 16.

las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres⁷⁹. Las mujeres de escasos recursos o que viven en zonas rurales son quienes están expuestas a los peligros más graves de este tipo de abortos, puesto que deben recurrir a los métodos más inseguros, tienen menos oferta a su disposición y usualmente tienen un restringido acceso a la información sobre IVE⁸⁰.

Estos datos indican dos fenómenos. Primero, que el porcentaje de abortos legales respecto de los clandestinos es aún muy bajo. Aunque el aborto se haya despenalizado en tres causales, muchas mujeres siguen acudiendo a abortos clandestinos, incluso cuando se encuentran inmersas en los casos de despenalización. No necesariamente todos los abortos que se practican clandestinamente caben dentro de tales causales, pero se puede suponer que una parte de ellos sí, pues el marco que ha desarrollado la Corte Constitucional contempla una aplicación garantista para la gama de situaciones en las cuales las mujeres podrían legalmente acceder a la IVE⁸¹. Segundo, que, debido a las barreras de acceso, muchas mujeres acuden a procedimientos ilegales que ponen en riesgo su vida y su salud. Según la estimación del Instituto Guttmacher los abortos legales corresponderían al 0,08% del total de los abortos en el país. Esto quiere decir que más del 99% de los abortos que se realizan anualmente en Colombia son clandestinos.

1.2.4. Existencia de afectaciones desproporcionadas a los derechos de las mujeres

De conformidad con lo expuesto, la regulación actual derivada del artículo 122 del Código Penal, no armoniza en la práctica la protección de la expectativa de vida del feto con los derechos

⁷⁹ PRADA, Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias, Nueva York: Guttmacher Institute, 2011.

⁸⁰ CHAPARRO, Nina; DÁVILA, María Ximena; MARTÍNEZ, Margarita. Un camino truncado: derechos sexuales y reproductivos en Montes de María. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2019.

⁸¹ DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia, Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013. p. 17.

reproductivos de las mujeres de acuerdo al estándar constitucional existente, sino que, por el contrario, vulnera de manera grave los derechos de las mujeres. Esto se evidencia, en por lo menos tres hechos. Primero, las mujeres no ejercen su derecho a la IVE, pues se sienten presionadas por la idea dominante de la ilegalidad del aborto. Segundo, en efecto se criminaliza el ejercicio del derecho a la IVE y se emprenden procesos penales contra las mujeres que abortan con consentimiento en servicios de salud públicos sin tener en cuenta las causales establecidas por la sentencia C-355 de 2006. Tercero, prima la estigmatización, los requisitos excesivos y las barreras para acceder al procedimiento en los servicios de salud, lo cual afecta la decisión de las mujeres de reclamar las obligaciones prestacionales del Estado en el ámbito de la salud reproductiva y, como consecuencia, muchas se someten a abortos clandestinos en donde su vida e integridad se ven expuestas a un grave riesgo.

Así, la criminalización del aborto incide de manera negativa en el disfrute del derecho fundamental a la IVE, pues crea un contexto que estigmatiza, criminaliza y reprueba la autodeterminación de la mujer, sin que, en muchas ocasiones, se distinga cuando la práctica del aborto es legal o no. Se trata pues de afectaciones desproporcionadas a los derechos de las mujeres que la propia sentencia C-355 de 2006 buscaba proteger. Esto evidencia la existencia y persistencia de un déficit de protección de los derechos de las mujeres que es inaceptable a la luz del artículo 43 de la Constitución y que debe remediarse de inmediato. En este sentido, la Corte juega un papel fundamental, como garante de la Constitución (artículo 241 de la Constitución), para asegurar que la regulación del aborto se encuentre acorde con el estándar de protección constitucional actual de los derechos reproductivos como derechos fundamentales.

2. ALTERNATIVAS QUE OFRECE EL DERECHO COMPARADO PARA ENFRENTAR AFECTACIONES DESPROPORCIONADAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES: FÓRMULAS PARA PENSAR REMEDIOS JUDICIALES

Al analizar la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la Corte cuenta con un repertorio de posibilidades para declarar remedios judiciales que superen el déficit de protección del modelo actual. Por esa razón, en este apartado exponemos algunos modelos de regulación de la IVE en el marco internacional y regional. Este panorama comparado de regulación del aborto es útil para entender cómo los países han sopesado distintos bienes jurídicos y las soluciones a las que han llegado. En las últimas décadas se ha identificado un proceso de liberalización del aborto a nivel global (y, especialmente, a nivel regional) que ha llevado a los países a ofrecer reformas orientadas no solo a la despenalización —total o parcial—, sino también a la regulación y al reconocimiento de esta práctica como un derecho de las mujeres. Actualmente, es posible identificar tres modelos de regulación que varían con respecto al margen de protección que ofrecen a los derechos de las mujeres: i) modelo de causales de despenalización; ii) modelo mixto y iii) modelo de despenalización total y regulación sanitaria. En este apartado presentamos la descripción de estos tres modelos.

Antes de empezar con la descripción de cada modelo de regulación, debe mencionarse que durante varias décadas la penalización total sin considerar excepciones fue un modelo predominante en el mundo. Sin embargo, actualmente se considera no solo un modelo obsoleto, sino uno que va en contra de los derechos de las mujeres a la salud, la dignidad y a la vida libre de tratos inhumanos y degradantes. Este modelo fue aplicado, entre otros, por España hasta 1985, Colombia hasta 2006, Chile hasta 2017, Irlanda hasta 2018 y aún predomina en países como El Salvador y Nicaragua.

La penalización sin excepciones es un modelo que va en contra de los estándares internacionales de derechos humanos y de las recomendaciones de organismos internacionales. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que la penalización de los servicios en salud únicamente para las mujeres, incluido el aborto, es una forma de discriminación en razón del

género⁸². Este organismo también ha manifestado que para proteger los derechos de las mujeres es necesario garantizar el acceso al aborto en casos en los que exista una amenaza para la vida o la salud de la mujer, incompatibilidad del feto con la vida extrauterina o cuando el embarazo sea el resultado de una violación o incesto⁸³. De la misma forma, sus dictámenes han sido enfáticos en solicitar a diversos Estados la legalización del aborto en ciertas circunstancias extremas⁸⁴. Por ese motivo, la mayoría de países que penalizaban completamente el aborto han cambiado sus legislaciones en las últimas décadas para dar lugar a regulaciones que sean consecuentes con los derechos de las mujeres. En este sentido, el proceso de liberalización del aborto, especialmente en países de América Latina, obedece a la exigencia de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos y garantizar los derechos de las mujeres.

Dicho esto, varios países han implementado modelos de regulación basados en *causales de despenalización*. Bajo este modelo se prevén algunas excepciones a la criminalización en razón de causales y, por lo tanto, define situaciones en las que la práctica del aborto deja de ser castigada. Las causales de excepción usualmente aceptadas son el peligro para la vida de la mujer, el riesgo de su salud física y/o mental, la incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, embarazo producto de violación o incesto y, en algunos países, se acepta por condiciones socioeconómicas de la mujer. Este modelo es adoptado por la mayoría de los países de América Latina (Argentina, Chile, Ecuador, Perú, entre otros) y fue avalado en Colombia en 2006 por la Corte Constitucional en sentencia C-355 de 2006.

Como ya lo han explicado algunas académicas latinoamericanas, se ha demostrado que el sistema de causales no ha resultado efectivo para garantizar los derechos a la salud, la autodeterminación reproductiva y la vida de las mujeres. En el libro *El aborto en*

⁸² COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud, 1999. párr. 11.

⁸³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Caso L.C. v. Perú, 2009. párr. 9.

⁸⁴ Ibid.

América Latina (2018) editado por Paola Bergallo, Isabel Cristina Jaramillo y Juan Marco Vaggione se explica que el modelo de causales ha generado al menos tres déficits en países de la región como Chile, Argentina y Colombia⁸⁵.

Primero, ha provocado un déficit regulatorio⁸⁶. La incertidumbre sobre la naturaleza y el estatus jurídico del aborto (que oscila entre derecho y crimen) ha provocado dificultades para regular la interrupción del embarazo, ya sea por la ausencia de una regulación marco o por la desregulación o subregulación de algunos campos. Segundo, las autoras atribuyen al sistema de causales un déficit de información⁸⁷. Según los hallazgos del libro, los países que adoptan estos modelos tienen mayores dificultades para generar información pública, completa, sistemática y accesible sobre la prestación de servicios de interrupción del embarazo. Además, la incertidumbre regulatoria que genera el sistema de causales contribuye, a su vez, a la desinformación de médicos, pacientes y prestadores de salud. Y, tercero, las autoras sostienen que en los países que abrazan un modelo de causales existe un déficit de desjudicialización⁸⁸. Es decir, que los Estados con modelos de causales enfrentan mayores retos para garantizar el derecho a la IVE sin la intervención del sistema judicial. En efecto, se ha demostrado que, ante las recurrentes barreras del sistema de salud, las pacientes deben acudir constantemente a los jueces para poder acceder a este derecho. La judicialización de este derecho tiene efectos nocivos al menos en dos sentidos. Por un lado, sobrecarga el sistema judicial y, por otro lado, obliga a las mujeres a esperar a la decisión de un juez para poder acceder a un servicio fundamental.

El segundo modelo de despenalización que ha sido adoptado es conocido como el *modelo de plazos o mixto*⁸⁹. Este modelo se

⁸⁵ BERGALLO, Paola; JARAMILLO, Isabel Cristina; VAGGIONE, Juan Marco. El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018, p. 155-167

⁸⁶ Ibid, P. 161.

⁸⁷ Ibid, P. 162.

⁸⁸ Ibid, P. 163.

⁸⁹ BERGALLO, Paola. Aborto y Justicia Reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado, En: Revista Cuestión de Derechos, 2011, No. 1, p. 25.

caracteriza, en principio, por utilizar como criterio para determinar la legalidad el tiempo de gestación y no los 'casos extremos 'que guían la despenalización por causales. Las jurisdicciones que han adoptado este modelo generalmente permiten el aborto voluntario en las etapas iniciales del embarazo y en las etapas más avanzadas adoptan un modelo de causales. Así, por ejemplo, países como Uruguay, Sudáfrica y la mayoría de los estados de Europa, entre otros, permiten el aborto a demanda durante las primeras semanas (generalmente durante el primer y/o segundo trimestre). Superado el plazo que determine cada sistema jurídico, solo se permite el aborto en situaciones específicas que también varían en cada legislación, como el riesgo a la vida y a la salud de la mujer, la violencia sexual o la inviabilidad del feto⁹⁰. Los países que adoptan este modelo, por lo tanto, se encuentran en un punto más cercano a la liberalización, pues no condicionan el acceso al aborto a ningún requisito, al menos por un periodo de tiempo.

Algunos países, como Alemania, han adoptado una variación de este modelo de plazos al que algunas autoras y juristas llaman el modelo de asesoramiento⁹¹. Su particularidad radica en que las mujeres deben pasar por un servicio de asesoramiento en el que un trabajador social que provee el Estado informa de las alternativas que tienen en caso de que decidan no interrumpir su embarazo⁹². Sin embargo, este asesoramiento no es vinculante y la decisión final está ligada a la autonomía de la mujer. Algunos Estados que han adoptado el modelo de plazos han incorporado el sistema de asesoramiento como medio para conciliar la protección de la expectativa de vida y la garantía de los derechos de la mujer.

El modelo de plazos, de acuerdo con la limitada evidencia disponible, permite mejorar el acceso a ciertos servicios de salud necesarios para la práctica de la IVE. Esto es imprescindible en la garantía de los derechos de las mujeres para poder disminuir abortos ilegales y tasas de mortalidad materna, entre otros

⁹⁰ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. The World's Abortion Laws. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/World-Abortion-Map.pdf>

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

problemas. A pesar de ser un modelo que también puede generar barreras, los datos muestran que cada vez más países y estados federales deciden reemplazar el modelo de causales por el modelo de plazos. En México, por ejemplo, persiste un modelo de causales en la mayoría de los Estados. Sin embargo, desde 2007, la Ciudad de México se desvió de esta tendencia e implementó un modelo de plazos. Según datos del Instituto Guttmacher,⁹³ el acceso a la IVE sigue siendo limitado en la mayoría de los Estados mexicanos que continúan con el modelo de causales, pero la prestación del servicio en la Ciudad de México mejoró sustancialmente desde la adopción del modelo de plazos.

Otro caso que muestra la tendencia a la liberalización es el de España. En este país, desde 1985 hasta 2010 se adoptó un modelo de causales. Sin embargo, después de enfrentar los obstáculos propios de este sistema, en 2010 se adoptó un modelo de plazos que permite acceder a la IVE de manera libre -sin causales- hasta la semana 18. Desde esta semana, las mujeres pueden solicitar la interrupción del embarazo si se encuentran dentro de determinadas causales. Así, desde hace diez años, España cuenta con un sistema similar al de sus naciones vecinas de Europa.

En la misma línea, el caso de Alemania es interesante porque puede ilustrar de forma adecuada el sistema de plazos en su versión de asesoramiento⁹⁴. En este país, el Tribunal Constitucional ha protegido el derecho a la vida desde la concepción; no obstante, esta condición no ha sido un obstáculo para que este mismo tribunal haya reconocido un sistema garantista de legalización del aborto⁹⁵. En 1992, luego de la reunificación y después de ver los obstáculos a los que se enfrentaban las mujeres, el Tribunal aceptó que, incluso por fuera de las causales en que una mujer podía abortar en ese momento (violencia sexual, riesgo a la vida y salud de e

⁹³ INSTITUTO GUTTMACHER. El aborto inducido en México DF. Disponible en: https://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/FIB_IA_Mexico_sp.pdf

⁹⁴ El modelo de asesoramiento es compatible tanto con el modelo de plazos o aborto voluntario como con el modelo de causales. Estados Unidos y Alemania, por ejemplo, lo han adaptado al modelo de plazos o aborto voluntario

⁹⁵ BERGALLO, Paola. Aborto y Justicia Reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado, En: Revista Cuestión de Derechos, 2011, No. 1, p. 25.

incompatibilidad del feto), la ley podía autorizar la interrupción del embarazo, de forma libre, durante las primeras 12 semanas. El Tribunal condicionó los procedimientos a que el Estado brindara a las mujeres la asistencia y el apoyo social que les permitiera reconsiderar su decisión de interrumpir el embarazo, sin que esto signifique ningún tipo de coerción o desconocimiento de la voluntad de las mujeres. Así, el Tribunal reconoció que el asesoramiento y la oferta de alternativas y apoyos sociales y psicosociales es más efectiva que la penalización al momento de proteger la idea de que la vida empieza desde la concepción.

Finalmente, el tercer modelo relevante para este análisis es el *modelo de despenalización total y regulación sanitaria*. Aunque la mayoría de países en el mundo tienen una regulación sanitaria destinada a operativizar la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, en muchos casos estos sistemas de regulación conviven con la existencia de un delito. Como lo hemos mostrado en esta intervención, esta doble existencia —la de un derecho regulado y la de un delito criminalizado— es en muchos casos la fuente de las mayores barreras en el acceso a servicios oportunos y de calidad. El último modelo que presentamos trata de superar esta tensión al eliminar el delito del ordenamiento penal y regular la conducta exclusivamente a través de leyes que reglamenten la prestación del servicio en el ámbito del sistema de salud.

Este modelo ha sido adoptado en lugares como el estado de Nueva York, en Estados Unidos, los estados Queensland y el Distrito Capital de Australia (ACT por sus siglas en inglés), en Australia, y Canadá. En todos los casos, se cuenta con regulaciones sanitarias comprehensivas, en las cuales se determinan las condiciones y mecanismos de acceso al servicio de interrupción del embarazo. En Queensland, por ejemplo, se ha implementado un modelo de plazos o aborto a demanda. Hasta las 22 semanas de gestación no existe ninguna restricción a la prestación del servicio. Desde ese momento, se contempla un sistema de causales amplio que tiene en cuenta la salud y la vida de las mujeres, los casos de violencia sexual y la inviabilidad fetal. Sin embargo, además de tener estas reglas

sanitarias, Queensland eliminó el delito de aborto de su Código Penal en 2018 a través del *Termination of Pregnancy Act*.

Un caso similar es el del Estado de Nueva York. En 2019, este estado emitió el *Reproductive Health Act* (RHA), el cual eliminó el delito de aborto del Código Penal y dejó únicamente la regulación referente al acceso en términos de garantías de salud pública. En este momento, el estado de Nueva York no castiga con penalidad alguna a las mujeres o médicos que busquen o practiquen un aborto. Esta despenalización, además, convive con un sistema de plazos o aborto a demanda, en el que las mujeres pueden interrumpir sus embarazos de manera libre hasta la semana 24 y, desde ese momento, a partir de un modelo de causales.

En el Distrito Capital de Australia (ACT por sus siglas en inglés) y en Canadá la regulación es ligeramente distinta, pero mantiene el mismo espíritu. En Canadá, por un lado, el aborto está completamente despenalizado (es decir, no hace parte de las leyes penales) desde 1988, cuando la Corte Suprema de este país emitió el fallo R. v. Morgentaler. Desde ese momento, la forma de regularlo ha sido desde la salud pública, a través de leyes que determinan la prestación del servicio. Sin embargo, a diferencia de Queensland o del estado de Nueva York, en Canadá no existe un sistema de plazos ni causales. Por el contrario, el aborto es un servicio de libre acceso durante los nueve meses. Este también es el caso del Distrito Capital de Australia, donde desde 1993 se ha regulado el aborto mediante el Health Act, una ley sanitaria que permite a las mujeres abortar sin restricciones de tiempo o circunstancia. Sin embargo, durante varios años, esta regulación subsistió con el delito de aborto tipificado en el Código Penal, lo que causaba confusión, desconocimiento y barreras tanto para las mujeres como para los médicos. Por esa razón, en 2002 se decidió derogar el artículo que consagraba el aborto como un crimen y, de esa forma, darle coherencia al sistema jurídico.

Este recuento sintetiza los distintos modelos de despenalización (parcial o total) y regulación del aborto a nivel comparado. De forma particular, el *modelo mixto* y el *modelo de despenalización total y regulación sanitaria* ofrecen algunas claves sobre

alternativas posibles para ampliar el ámbito de protección

Modelo de causales de despenalización	Modelo mixto de despenalización	Modelo de despenalización total y regulación sanitaria
---------------------------------------	---------------------------------	--

constitucional ofrecido por el modelo de causales establecido en la sentencia C-355 de 2006. Adicionalmente, la descripción de los modelos es útil para ver cómo, de forma paulatina, el derecho penal ha dejado de tener un rol protagónico en la regulación del aborto y, por el contrario, se ha dado lugar a una reglamentación que alude en mayor medida al marco de la salud pública.

Argentina	Alemania	Queensland
Colombia	Estados Unidos	(Australia)
Brasil	Uruguay	Distrito Capital de
Ecuador	México DF	Australia
Perú	Francia	(Australia)
(entre otros)	Austria	Estado de Nueva
	Bélgica	York (Estados
	(entre otros)	Unidos)
		Canadá

Tabla 1. Modelos de despenalización a nivel global

3. CRITERIOS SUSTANCIALES Y PROCEDIMENTALES QUE LA CORTE DEBE TENER EN CUENTA EN EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 599 DE 2000

En los anteriores apartados hemos abordado dos discusiones constitucionales sobre el contexto del aborto en Colombia. En primer lugar, señalamos que la sentencia C-355 de 2006 y sus posteriores pronunciamientos han consolidado la protección de unos mínimos constitucionalmente relevantes que son coherentes con los derechos reproductivos de las mujeres. La evidencia empírica que presentamos, a partir del análisis de las barreras a las que se enfrentan las mujeres actualmente, ha demostrado que ese mínimo no se protege en la práctica, por lo que existe un déficit de protección constitucional en la medida en que las barreras desconocen

"un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores,

*como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad*⁹⁶.

En segundo lugar, mostramos que la experiencia comparada ofrece una serie de remedios regulatorios que resultan útiles para paliar los efectos que genera un déficit de protección como el que presentamos. Estos remedios, según la síntesis que presentamos previamente, pueden ir desde una regulación del aborto por causales, hasta una regulación de dicha práctica que involucre la combinación de medidas sanitarias con la despenalización. Como consecuencia de lo anterior, solicitamos que la Corte Constitucional considere en su decisión la adopción de un modelo que responda a las necesidades actuales de las mujeres y que pueda ampliar el actual ámbito de protección, pues la criminalización de las mujeres que autoriza el sistema de causales introducido por la sentencia C-355 de 2006 resulta desproporcionada y lesiva de sus derechos constitucionales.

En este apartado presentaremos algunas consideraciones que la Corte debería tener en cuenta en su estudio de constitucionalidad. Si bien la información que fue presentada puede ser analizada por parte de la Corte de diferentes formas para armonizar su fallo de acuerdo con los postulados constitucionales, existen dos consideraciones sustanciales y una procedimental que deben estar presentes en cualquier análisis que la Corte realice sobre la norma demandada. Por ende, nos referiremos en primer lugar a las consideraciones materiales que se deben tener en cuenta a la hora de evaluar la norma, las cuales son (i) la necesidad de evaluar la constitucionalidad de la norma armonizando el contenido de otras normas y regulaciones en materia de derechos sexuales y reproductivos e IVE y (ii) la obligación de que el fallo de constitucionalidad no genere un retroceso. En segundo lugar, nos referiremos a la consideración procedimental que se debe atender en el análisis hecho por la Corte, a partir de (iii) la incorporación de un test estricto de proporcionalidad en el estudio de la norma.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-196 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

3.1 La Corte Constitucional debe analizar la constitucionalidad del delito de aborto armonizado con otras medidas que protegen derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Como ya ha sido expuesto en este concepto, el delito de aborto, a la luz de los desarrollos constitucionales más recientes, tiene dos finalidades legítimas y concurrentes: por un lado, proteger la expectativa de vida (en coherencia con las interpretaciones nacionales e internacionales al respecto) y, por otro lado, proteger la autonomía reproductiva de las mujeres.

En esta sección presentamos una serie de normas que protegen estas finalidades sin causar consecuencias desproporcionadas en los derechos de las mujeres. Es imprescindible que la Corte, en su estudio de constitucionalidad, tenga en cuenta la existencia de dos grupos de medidas que logran proteger de forma adecuada la garantía de la autonomía de la mujer en el ámbito sexual y reproductivo. En primer lugar, describimos el aborto sin consentimiento (artículo 123 del Código Penal) como una medida que, dentro del sistema penal, resulta armonizada con las dos finalidades concurrentes descritas. En segundo lugar, hacemos el recuento de algunas medidas que se orientan a proteger la autonomía sexual y reproductiva sin hacer uso del derecho penal y, en particular, que están enfocadas en proteger a las mujeres gestantes en el ejercicio de su voluntad.

3.1.1 El delito de aborto sin consentimiento como una medida que demuestra la consecución de las finalidades legítimas y concurrentes en el ámbito penal

El sistema jurídico colombiano contempla medidas que, haciendo uso del derecho penal, protegen las finalidades concurrentes que persigue el artículo 122. Este es el caso del tipo penal de aborto sin consentimiento, consagrado en el artículo 123 del Código Penal. El aborto sin consentimiento, como lo ha definido la Corte Constitucional en sentencias recientes⁹⁷, es una forma de violencia contra las mujeres, pues atenta contra la libre autodeterminación de

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 2019. M.P. Cristina Pardo.

las mujeres y personas gestantes. Es preciso recordar que el aborto sin consentimiento fue uno de los delitos estudiados en la sentencia C-355 de 2006⁹⁸. En esa ocasión, la Corte analizó la norma a la luz de su redacción previa: “*El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer **menor de catorce años**, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses*” (negrilla fuera de texto). A partir de los cargos presentados por las demandantes, la Corte decidió declarar la inexequibilidad de la expresión “*en mujer menor de catorce años*”, pues consideró que vulneraba la autodeterminación reproductiva de las menores de catorce años al inferir que cualquier aborto que se le practicara a una mujer menor de esa edad implicaba una ausencia de consentimiento.

El recuento de este cambio en la redacción de la norma es relevante para observar cómo la Corte moduló tanto las finalidades como los efectos de este tipo penal, con el fin de hacerlo más coherente con los estándares mínimos de derechos fundamentales⁹⁹. De ese modo, en la actualidad, el tipo penal de aborto sin consentimiento busca proteger la autodeterminación reproductiva de las mujeres y, a la vez, de salvaguardar la expectativa de vida en gestación, como lo demuestra su inclusión en el Título I del Libro III del Código Penal, el cual incluye todos aquellos delitos que atentan contra la vida (o su expectativa) y contra la integridad personal. Según el tipo penal, quienes son criminalizadas no son las mujeres gestantes que deciden, con base en su autodeterminación, si desean terminar su embarazo. Por el contrario, son los médicos quienes deciden realizar un aborto a mujeres que no han dado su consentimiento para ello.

La existencia del tipo penal de aborto sin consentimiento demuestra, en su literalidad, que la protección de la vida en gestación debe interpretarse a la luz de los derechos de las mujeres, como han sido establecido tanto por tribunales nacionales¹⁰⁰ como por tribunales

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas

internacionales¹⁰¹. Su existencia dentro del ordenamiento jurídico también indica que en la actualidad existen medidas que destinadas a proteger, al mismo tiempo, la expectativa de vida y la autodeterminación reproductiva sin tener efectos perjudiciales sobre las mujeres.

Esta conclusión se ve acentuada, además, por los recientes y emblemáticos desarrollos de la Corte Constitucional frente a la conducta de aborto forzado durante el conflicto armado. A pesar de que el aborto forzado no está tipificado en el Código Penal, sigue una lógica similar a la del aborto sin consentimiento: se trata de actos que niegan la autodeterminación reproductiva de las mujeres, así como la expectativa de vida. En la sentencia SU-599 de 2019¹⁰², la Corte estudió el caso de Helena, una excombatiente de las FARC que fue sometida a aborto y anticoncepción forzada durante su participación en el grupo armado. En esta ocasión, la Corte decidió proteger los derechos de Helena y reconoció que el aborto forzado es una expresión de la violencia que se ejerce contra las mujeres en contextos de guerra, pues no les permite decidir sobre la vivencia de su reproducción. Esta decisión muestra no solo la importancia de reconocer estas violencias, sino también las diferentes alternativas que existen para proteger las dos finalidades concurrentes del artículo 122, las cuales, lejos de ser opuestas, pueden armonizarse a partir de una lectura enfocada en proteger los derechos de las mujeres.¹⁰³

3.1.2. Las normas sanitarias que protegen a las mujeres gestantes

Un segundo grupo de medidas que debe tenerse en cuenta y armonizarse en el estudio de constitucionalidad del delito de aborto del artículo 122 es el de las normas existentes en materia de salud que brindan una protección diferencial a las mujeres gestantes. Estas

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 2019. M.P. Cristina Pardo.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

medidas reconocen que hay un interés en proteger la expectativa de vida que se materializa en la protección de la integridad de las mujeres gestantes. Las normas que hacen parte de este conjunto están diseminadas a lo largo y ancho del sistema jurídico colombiano, por lo que resulta ilustrativo realizar un recuento de las mismas.

La Constitución Política, en su artículo 43 señala que *“durante el embarazo y después del parto [las mujeres] gozarán de especial protección del Estado, y recibirán de este un subsidio alimentario si estuviere desempleada o desamparada”*¹⁰⁴. Este deber fue desarrollado en la Ley Estatutaria de Salud que establece la protección especial de las mujeres en estado de embarazo¹⁰⁵, enfatizando que *“se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud”*. De allí se desprende un mandato que ha sido desarrollado tanto por los jueces como por el legislador: que las mujeres en estado de gestación cuentan con una protección reforzada y prioritaria, la cual recae en cabeza del Estado y la sociedad.

Como lo recuerda la Corte Constitucional en la Sentencia C-005 de 2017, esta protección reforzada se basa en al menos tres razones: i) *“impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa del embarazo”*¹⁰⁶; ii) cumplir con **“los preceptos constitucionales que califican la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional”** (negrilla fuera de texto); y iii) *“la particular relevancia de la familia en el orden constitucional colombiano”*. Estas tres razones dejan ver que la protección reforzada no solo se desprende del reconocimiento de los procesos biológicos que tienen lugar en el cuerpo de las mujeres, sino también del interés de proteger la expectativa de vida. Sin embargo, la protección de este

¹⁰⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 43.

¹⁰⁵ Congreso de la República. Ley 1751 de 2015. Artículo 6, literal n, párrafo.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-005 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas.

interés no puede dársele una lectura general y abstracta desligada de la mujer gestante ni mucho menos imponer este interés para lesionar o afectar la garantía plena de los derechos de las mujeres.

Este mandato de protección reforzada se ha hecho evidente en distintas normas del ordenamiento jurídico en Colombia. En varias disposiciones legales se ha consagrado la obligación de garantizar a las mujeres embarazadas una protección especial en el ámbito del sistema de salud. Son especialmente relevantes las normas que hablan sobre el deber de no discriminación en materia de atención médica. El Decreto 1398 de 1990, por ejemplo, señala que *"no habrá discriminación en materia de acceso de la mujer a los sistemas de atención médica"*¹⁰⁷ y que *"durante el embarazo"* gozará de una *"especial protección"*¹⁰⁸. En la misma línea, el artículo 7 de la Ley 823 de 2003 indica que *"conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto"*¹⁰⁹. Para materializar este mandato, el mismo artículo señala que el Gobierno Nacional tiene la obligación de crear planes especiales de atención a las mujeres embarazadas¹¹⁰.

Este mismo deber también se ha hecho evidente en otras leyes, como la Ley 1438 de 2011, la cual establece como uno de sus principios la prevalencia de la mujer en estado de embarazo. En concreto, el artículo 3 de esta ley indica que *"es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva"*¹¹¹. El mandato de prevalencia y protección reforzada de la mujer gestante es visible, además, en las normas operativas del sistema de salud y

¹⁰⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO.. Decreto 1398 de 1990, "por el cual se desarrolla la Ley 51 de 1981, que aprueba la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por las Naciones Unidas".

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 823 de 2003, "por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres".

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1438 de 2011, "por medio de la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud".

protección social. Este deber se expresa materialmente en acciones como la garantía del acceso inmediato a servicios de salud para mujeres embarazadas por parte del Estado y las Entidades Prestadoras de Salud (EPS)¹¹² o el cubrimiento especial y obligatorio de las mujeres gestantes en el Plan Obligatorio de Salud (POS)¹¹³. En particular, no debe olvidarse que según la Ley 100 de 1993, el Estado tiene la obligación de afiliar a las personas sin capacidad de pago al régimen subsidiado de salud, haciendo especial énfasis en las mujeres gestantes. Asimismo, deben tenerse en cuenta disposiciones normativas como el Decreto 806 de 1998, el cual consagra la obligación de brindar atención prioritaria, integral e inmediata a mujeres embarazadas, con el fin de evitar cualquier tipo de complicación durante el embarazo.

Otro grupo de medidas que muestran la protección legal que se le otorga a la vida en gestación dentro del ordenamiento colombiano son aquellas que se refieren a la asistencia estatal, la cual se traduce en la entrega de beneficios económicos como subsidios. Normas como Ley 823 de 2003 y el Acuerdo 009 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social y Salud establecen que las mujeres embarazadas que se encuentren en situación de pobreza deben ser consideradas como grupos vulnerables y, por lo tanto, el Estado debe establecer un programa de subsidio alimentario y económico a su favor.

Este breve recuento, que de ninguna forma intenta ser exhaustivo, tiene el propósito de ilustrar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe un gran número de disposiciones normativas orientadas a amparar la expectativa de vida mediante la protección reforzada y especial de la mujer gestante y que no implica vulnerar los derechos reproductivos de las mujeres. Todo lo contrario: estas normas también protegen estos derechos y buscan salvaguardar las decisiones de las mujeres que han buscado una maternidad como parte de su proyecto de vida. Los beneficios económicos, médicos y de seguridad social buscan beneficiar a estas mujeres y, ante todo,

¹¹² SUPERINTENDENCIA DE SALUD. Circular Externa 051 de 2008.

¹¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

priorizar su bienestar y atención en salud durante el embarazo y parto. En ese sentido, las medidas acá expuestas no son más que un retrato de la defensa que el sistema jurídico le brinda a la protección de la expectativa de vida por medio de mecanismos sanitarios y no únicamente penales.

La exposición de los dos tipos de medidas aquí reseñadas deja ver la necesidad de que la Corte Constitucional, al analizar la protección de las finalidades concurrentes del artículo 122 del Código Penal, tenga en cuenta que existen normas tendientes a esta armonización y protección de ambas finalidades. Estas normas, tanto penales como sanitarias, garantizan tanto los derechos reproductivos como la expectativa de vida en gestación y pueden ser fácilmente incluidas por la Corte a la hora de evaluar si la norma demandada es necesaria o si se encuentra armonizada con el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el estudio de constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 debe tener en cuenta este recuento normativo y leerlo a luz de nuestra primera conclusión sobre panorama normativo actual: que la regulación existente no es suficiente para proteger a las mujeres y todo lo contrario es la fuente de la lesión de los derechos. Por esta razón, las mujeres se encuentran ante un evidente déficit de protección constitucional que debe ser subsanado de inmediato por la Corte Constitucional.

Finalmente, la existencia de este tipo de medidas sanitarias también da luces sobre las posibles alternativas regulatorias que pueden existir para proteger el interés por la vida en gestación y materializar en la práctica los derechos reproductivos de las mujeres. Frente a esto, debe recordarse lo señalado por la Comisión Asesora de Política Criminal en su informe *Diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*. En este informe, la comisión indicó que, aunque “la doctrina de la Corte Constitucional sea el piso mínimo de protección de los derechos de la mujer frente a la penalización del aborto”¹¹⁴, eso no quiere decir que, “en términos de política criminal, el Estado

¹¹⁴ Comisión Asesora de Política Criminal. *Diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano*. 2012.

colombiano no pueda ni deba avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto”¹¹⁵. Para la Comisión, esta despenalización es constitucionalmente posible además recomendable, pues según la experiencia comparada y las barreras existentes en la realidad colombiana, la mejor alternativa tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres es 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”¹¹⁶.

3.2. La Corte Constitucional tiene la obligación de no generar un retroceso

Al realizar el examen de constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, la Corte debe tener en cuenta los límites interpretativos que han sido planteados en varias de sus decisiones. En particular, debe recordarse que la Corte señaló, en la sentencia C-355 de 2006, que las tres causales de despenalización constituyen un mínimo de protección y que cualquier regulación que las restrinja es violatoria de la dignidad de las mujeres y personas gestantes. En particular, la Corte indicó que se trata de “*las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución*”¹¹⁷, lo que significa que ningún tipo de legislación, decisión o reglamentación debe pasar por encima de este umbral de protección. Esta interpretación fue reiterada en sentencias posteriores, como la C-754 de 2015, en la cual señaló que los derechos de las víctimas de violencia sexual, como la interrupción voluntaria del embarazo, deben ser garantizados como un mínimo de protección constitucional¹¹⁸. Por lo tanto, cualquier decisión que tome la Corte debe respetar estos mínimos y,

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-754 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de ninguna forma, causar un retroceso a los derechos ya reconocidos como parte del panorama constitucional.

Restringir la interpretación y el alcance de las tres causales despenalizadas podría tener efectos nocivos en la salud, la autonomía y la vida de las mujeres. Como bien lo menciona la demanda del movimiento Causa Justa, si la causal relativa a la protección de la salud y la vida de las mujeres y personas gestantes se interpreta de una forma más restrictiva a la actual, el mensaje que se enviaría es que el derecho a la salud tiene una garantía más limitada cuando se trata de mujeres gestantes, lo cual sería abiertamente discriminatorio con una población de especial protección constitucional¹¹⁹. Adicionalmente, en los últimos catorce años, la Corte ha reiterado que la salud debe interpretarse no solo como salud física, sino como algo que *"trasciende lo corporal, lo meramente biológico, para reconocerse como un estado de bienestar bio-sico-social de cada ser humano"*¹²⁰. De ese modo, ninguna decisión puede causar retrocesos interpretativos con respecto a este punto.

En la misma línea, es importante considerar que la Corte Constitucional también ha dedicado la mayoría de sus decisiones sobre aborto a discutir a profundidad las múltiples barreras de acceso a este servicio. Como ya lo mostramos en esta intervención, durante los últimos catorce años las mujeres han tenido un derecho que se cumple solo parcialmente, pues aún perviven obstáculos institucionales, legales y culturales que restringen el ejercicio de la autonomía reproductiva. Frente a esto, la Corte ha señalado que estas barreras constituyen violaciones a los derechos de las mujeres y ha hecho varios llamados a las instituciones prestadoras de salud para que trabajen en la eliminación de obstáculos de cualquier tipo¹²¹. Esta jurisprudencia, que ha sido ampliamente reseñada en esta intervención, es útil para ver el compromiso de la Corte por

¹¹⁹ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 del Código Penal. Movimiento Causa Justa.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

garantizar el acceso digno y legal a la interrupción del embarazo, un acceso que se volvería imposible en un escenario más restrictivo.

En ese sentido, imponer requisitos o condiciones de acceso adicionales también implicaría un grave retroceso. Como lo dicen las demandantes, un escenario tal *"lo que haría es recortar de facto el mínimo de garantía de la IVE en un contexto de barreras estructurales de acceso para las mujeres en situación de vulnerabilidad (...) con consecuencias negativas para la mortalidad y morbilidad materna"*¹²². Lo anterior, debido a que las barreras de acceso tienen dos consecuencias igualmente negativas. Por un lado, pueden obligar a las mujeres a llevar maternidades forzadas o que atentan contra su salud, su dignidad o su vida. Por otro lado, pueden empujar a las mujeres a acudir a métodos de aborto inseguros, debido a la falta de información y disponibilidad en el sistema formal de salud.

Es evidente, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha dejado claros al menos dos aspectos con respecto a la garantía de la interrupción voluntaria del embarazo. Primero, que las causales de despenalización actuales constituyen un mínimo de protección que no puede ser desconocido por ninguna regulación. Segundo, que la obligación del Estado y los privados debe ser desmontar las barreras existentes para el debido acceso a la interrupción del embarazo. Todo lo que esté en contra de estas dos premisas básicas vulneraría los derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes. Es por eso que, al analizar la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, la Corte está llamada a ofrecer alternativas garantistas para las titulares de este derecho sin causar ningún tipo de retroceso en los aspectos ya ganados.

3.3. La Corte Constitucional debe realizar un análisis adecuado de la Ley 599 de 2000 mediante un test estricto de proporcionalidad

¹²² Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 del Código Penal. Movimiento Causa Justa.

La penalización del aborto es una medida que pone en aparente contradicción la garantía de dos bienes jurídicos. Por un lado, la protección de la expectativa de vida y, por el otro, los derechos fundamentales de las mujeres, entre estos la IVE y la autonomía reproductiva. Esta tensión de derechos debe ser evaluada por parte del juez constitucional para establecer si la medida es razonable y proporcional y, por tanto, si está conforme con el ordenamiento jurídico constitucional. En el presente apartado, argumentamos que la Corte Constitucional debe, como mínimo, evaluar la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal a través de un test estricto de proporcionalidad, pues se están afectando derechos fundamentales de las mujeres como sujetos de especial protección constitucional.

La Corte Constitucional ha afirmado que el principio de proporcionalidad es un derrotero que busca poner en relación de equilibrio dos o más derechos o principios que han entrado en contradicción. Lo anterior, con el fin de asegurar que el poder público actúe dentro de sus competencias y sin excederse en el ejercicio de sus funciones¹²³ y establecer cuándo una determinada norma genera una afectación *iusfundamental* que resulta excesiva para el beneficio que reporta¹²⁴.

A través de la proporcionalidad, la Corte Constitucional pondera: (i) que la finalidad de la medida sea constitucionalmente admisible, deseable o válida; (ii) la afectación que pueden generar las medida estudiada a los derechos; y, (iii) la necesidad que existe de incurrir en dicha afectación, así como la imposibilidad de lograr esa finalidad por otros medios menos lesivos¹²⁵. Todo lo cual, permite verificar si en relación con la finalidad pretendida, la medida contemplada no termina afectando, en forma desmedida o

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-838 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional. Sentencia C- 144 de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005. MP Manuel José Cepeda. Corte Constitucional; Sentencia C 144 de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.

excesiva, derechos o intereses jurídicos de gran importancia en el ordenamiento superior¹²⁶.

Para llevar a cabo lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido cuatro elementos que deben ser considerados por el juez al momento de hacer un test de proporcionalidad. El primer elemento, es la **finalidad de la medida**. Con este se considera si la medida persigue la consecución de un objetivo constitucionalmente admisible, deseable o válido¹²⁷. El segundo elemento es la **idoneidad o adecuación**, por medio del cual se evalúa si la medida es apta o adecuada para lograr el fin que se propone¹²⁸. El tercero es la **necesidad**, elemento que hace referencia a la evaluación de si la limitación de un derecho fundamental es indispensable para la obtención de la finalidad legítima y si es la forma menos lesiva respecto de la efectividad del derecho intervenido¹²⁹. Y, el cuarto y último elemento, es la **proporcionalidad en sentido estricto**, el cual pondera si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida resulta equivalente a los beneficios que reporta o, si, por el contrario, genera una afectación mayor y, por lo tanto, la medida es desproporcionada. Es decir, que se evalúan los beneficios de las medidas en contraste con los costos de acuerdo al ordenamiento constitucional¹³⁰.

Según la Corte Constitucional existen tres niveles de intensidad del test de proporcionalidad: leve, intermedio y estricto, en los que se aplican de manera distinta los elementos antes señalados, de acuerdo con la clase de medidas puestas en consideración al juez constitucional. Así, con el **nivel leve** se estudian a "*las medidas de índole económica, tributaria o de política internacional, a asuntos que implican una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o a casos en los que del contexto normativo de la disposición demandada no se aprecie prima*

¹²⁶ Corte Constitucional; Sentencia C 144 de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 144 de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez; Corte Constitucional, Sentencia C 104 de 2016. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional, Sentencia C 470 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

facie una amenaza para el derecho o principio que se alega lesionado"¹³¹. En estos casos, el legislador tiene un amplio margen de configuración legislativa y el papel del juez debe estar orientado a establecer *"si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos, y si el medio escogido es idóneo para alcanzar el fin propuesto"*¹³².

El **nivel intermedio** es aplicable para *"casos en los que existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, o acciones afirmativas, entre otros casos"*¹³³, eventos en los cuales se debe constatar que el fin perseguido *"sea constitucionalmente importante y que el medio elegido "sea efectivamente conducente a alcanzar el fin"*¹³⁴

Finalmente, el **nivel estricto** se aplica a casos en los que está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en el inciso 1º del artículo 13 superior, o en los que *"la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas"* y a *"casos en los que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie **afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental** o casos en los que la medida que se examina crea un privilegio"*¹³⁵. En casos de aplicación del test estricto, se debía verificar que (i) el fin de la medida es **legítimo, importante e imperioso**; (ii) que el medio empleado es **adecuado, efectivamente conducente y necesario**; y (iii) que **los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas** sobre otros principios y valores constitucionales¹³⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestro concepto el estudio de la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por medio

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C 470 de 2016. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional, Sentencia C 144 de 2015. MP Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 551 de 2015. MP Mauricio González Cuervo

de cual se penaliza el aborto, debe hacerse por medio del nivel estricto del test de proporcionalidad. Esto, por dos razones: de un lado, las mujeres han sido reconocidas por la jurisprudencia constitucional como sujetos de especial protección constitucional en tanto es un grupo sometido a una discriminación generalizada e histórica¹³⁷ y, de otro, la medida establecida en el artículo 122 de la ley 599 de 2000 limita el derecho fundamental a IVE, un derecho que como lo ha dicho la Corte Constitucional “se vincula estrechamente con los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social (Art. 48 C. Pol.), a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol.) y a la educación (Art. 67 C. Pol.)”¹³⁸.

La propia Corte ha reconocido la discriminación de las mujeres en los diferentes ámbitos de la sociedad. En particular ha identificado las siguientes situaciones de desventaja: (i) el reforzamiento del paradigma de la mujer como débil y sumisa¹³⁹; (ii) su escasa participación en los espacios decisorios del Estado¹⁴⁰; (iii) la designación de roles de género, donde se desvaloriza su papel como sostén económico de la familia¹⁴¹; (iv) su **cosificación como elemento direccionado al hogar, a su esposo y a la procreación**¹⁴²; (v) su invisibilización en los distintos estamentos normativos¹⁴³ y; (vi) la discriminación y la violencia de género, junto con la consecuente impunidad de estas conductas¹⁴⁴. Todo lo cual tiene como consecuencia tanto el uso de acciones afirmativas en su favor por parte del Estado, como que no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieran de “atención fija por parte de todo el poder

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia. C-667-06. MP Jaime Araujo Rentería

¹³⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.

¹³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz

¹⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz

¹⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-500 de 2002. MP Eduardo Montealegre Lynett

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004. MP Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2006. MP Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2013. MP Jose Igancio Pretelt Chaljub; Corte Constitucional. Sentencia T-967 de 2014. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

público, donde se incluyen los operadores jurídicos”¹⁴⁵ (énfasis fuera de texto).

En suma, podemos concluir que, al comprometer la efectividad de derechos fundamentales de las mujeres como sujetos de especial protección constitucional, la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal debe darse a través de un test estricto de proporcionalidad. La Corte Constitucional debe entonces implementar metodológicamente en su estudio de la constitucionalidad del artículo 122 de la ley 599 de 2000 dicho test, evaluando las finalidades del artículo, la idoneidad de este delito para alcanzar dichas finalidades, si se trata de la medida menos lesiva y, por último, si los beneficios de la medida exceden las restricciones impuestas a otros derechos establecidos en la Constitución.

4. CONCLUSIONES

La sentencia C-355 de 2006 y sus desarrollos posteriores constituyen un avance indudable para los derechos de las mujeres, que antes de esta sentencia sufrían los efectos claramente lesivos de un régimen totalmente prohibitivo. Sin embargo, el modelo regulatorio que surgió a partir de la sentencia y la jurisprudencia posterior no ha logrado eliminar los efectos desproporcionados del modelo actual de regulación del aborto sobre los derechos reproductivos de las mujeres. Aunque el artículo demandado contempla finalidades constitucionalmente legítimas e importantes —protege la vida como valor y garantiza la autonomía reproductiva y la IVE como derechos fundamentales de las mujeres— crea un contexto que estigmatiza, criminaliza y reprueba el aborto, sin que en la práctica se distinga claramente cuándo su práctica es legal o no.

El contexto de criminalización y estigmatización del aborto que describimos en esta intervención, además de estar asociado con la regulación actual del aborto en el país, impacta de manera directa el disfrute de los derechos reproductivos de las mujeres. En efecto,

¹⁴⁵Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MPs Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

la brecha de información en la que prevalece la creencia de que la IVE en todo caso es ilegal, las actuaciones discriminatorias de los prestadores de servicios de salud (que exigen requisitos desproporcionados que alargan el proceso y obligan a las mujeres a soportar un embarazo por tiempos prolongados) y la criminalización que hace que las mujeres enfrenten denuncias que pueden tener consecuencias penales, entre otros factores, llevan a las mujeres a someterse a abortos clandestinos que ponen en riesgo su vida e integridad física y emocional. Estos factores, además de ser barreras que enfrentan las mujeres para gozar efectivamente de sus derechos en condiciones de igualdad y seguridad, constituyen afectaciones desproporcionadas a su autonomía, su salud reproductiva y su dignidad.

Las barreras aquí identificadas evidencian que el actual modelo de regulación mantiene un déficit de protección constitucional. Como lo muestra la jurisprudencia y la investigación social, más allá del reconocimiento de las causales de despenalización, las mujeres siguen estando expuestas a abortos ilegales, sin que existan suficientes medidas sanitarias y sociales para apoyarlas cuando se encuentran frente a un embarazo, y en particular frente a uno no deseado. Este déficit de protección se ve agravado para las mujeres más discriminadas y en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 Constitución) quienes tienen muchas más barreras para acceder a la IVE y que sufren en mayor medida los efectos de la criminalización, lo cual viola el artículo 43 de la Constitución, que contempla una doble obligación: por una parte, la garantía de igualdad entre hombres y mujeres y, por otra, la prohibición de *"ninguna clase de discriminación"*.

Como consecuencia de lo argumentado en esta intervención, consideramos que la regulación actual del aborto viola los derechos de las mujeres. Por esa razón, solicitamos a la Corte Constitucional que considere, en su decisión, la adopción de un modelo que responda a las necesidades actuales de las mujeres y que garantice plenamente sus derechos constitucionales. La criminalización de las mujeres que autoriza el actual sistema resulta desproporcionada y lesiva de sus derechos constitucionales como se evidencia en la abundante

evidencia y en los diferentes argumentos que tiene la Corte en este expediente y que ha logrado acumular a lo largo del estudio de diversos casos constitucionales.

En este sentido, consideramos que la Corte debe avanzar en la protección constitucional de los derechos de las mujeres bajo cuatro criterios que se encuentran relacionados y que solicitamos sean tenidos en cuenta en el presente análisis de constitucionalidad. En primer lugar, bajo ninguna circunstancia la Corte debe retroceder respecto a la protección constitucional que se ha alcanzado hasta ahora en materia de reconocimiento de causales porque se trata de *"tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución"*¹⁴⁶. Este modelo de causales ha mostrado sus límites respecto a la garantía plena de los derechos de las mujeres porque existen múltiples barreras institucionales que impiden incluso que las hipótesis despenalizadas por la Corte se implementen debidamente.

En segundo lugar, la Corte debe analizar el delito de aborto mediante un test estricto de proporcionalidad porque la norma criminaliza a las mujeres que ejercen sus derechos reproductivos amparados por la Constitución. Este análisis debe incorporar de manera objetiva la información sobre la realidad que viven las mujeres que buscan libremente interrumpir su embarazo. Junto a ello la Corte debe tomarse en serio y sin discriminación alguna los derechos fundamentales de las mujeres que han sido históricamente negados tanto por el derecho como por la sociedad.

En tercer lugar, luego de aplicar el test estricto de proporcionalidad e identificado el déficit de protección que enfrentan las mujeres para garantizar sus derechos reproductivos, solicitamos a la Corte que amplie el ámbito de protección constitucional de la IVE y así permita a las mujeres acceder al aborto en ejercicio de su autonomía reproductiva sin la consecuencia o el riesgo a ser criminalizadas.

5. ANEXOS

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MMPP Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez.

Adjuntamos en formato digital los siguientes anexos en caso de que el despacho decida profundizar en los argumentos presentados en este concepto técnico:

1. Recuento de las barreras institucionales, culturales y legales en el acceso a la IVE dentro del sistema actual de regulación
2. Libro *Lejos del Derecho: La Interrupción Voluntaria del Embarazo en el Sistema de Seguridad Social en Salud* (publicado por Dejusticia)
3. Libro *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia* (publicado por Dejusticia)
4. Libro *Los remedios que da el derecho: el papel del juez constitucional cuando la interrupción del embarazo no se garantiza* (publicado por Dejusticia)
5. Libro *Un Camino Truncado: derechos sexuales y reproductivos en Montes de María* (publicado por Dejusticia)
6. Libro *Carcel o Muerte. El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto* (publicado por Dejusticia)

Atentamente,

DIANA ESTHER GUZMAN

NINA CHAPARRO GONZÁLEZ

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO

ISABEL CRISTINA ANNEAR CAMERO

RODRIGO UPRIMNY YEPES

MARIA XIMENA DAVILA CONTRERAS

MARYLUZ BARRAGÀN GONZÁLEZ

SINDY CASTRO HERRERA

