

Despenalización del aborto en Colombia por protección de derechos de las mujeres.

Juliana Gálvez Cordero

Asesor:

Dr. Andrés Felipe Duque Pedroza

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad

12 de Mayo de 2021.

Juliana Gálvez Cordero:

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

Despenalización del aborto en Colombia por protección de derechos de las mujeres.

Decriminalization of abortion in Colombia for the protection of women's rights.

Sumario

Resumen	4
Abstract	4
Introducción	6
Capítulo I: El delito de aborto en Colombia: análisis legal y regulación jurisprudencial.	10
Capítulo II: Derechos sexuales y reproductivos de la mujer y derecho a la salud en Colombia.	16
Capítulo III: Despenalización del aborto por protección a los derechos de las mujeres en Colombia.	22
Conclusiones	28
Referencias.	30

Resumen

El aborto es un tema polémico que genera debates que en la mayoría de los casos dejan por fuera una de las cuestiones más importantes: el derecho que tiene la mujer de tomar decisiones sobre su propio cuerpo.

Se pretende obtener un análisis de tipo teórico y descriptivo observando el desarrollo académico del tema. En un primer momento se realizará un breve recuento de la regulación legal y el recorrido jurisprudencial que ha tenido el delito de aborto en el ordenamiento jurídico colombiano para lograr la despenalización parcial existente. Luego se estudiará lo referente a los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud para finalmente identificar cuál es la relación existente entre la protección de esos derechos de las mujeres en Colombia en observancia su autonomía reproductiva y la despenalización del aborto, realizando un análisis del estado de necesidad en el que se encuentra la mujer embarazada.

Abstract

Abortion is a controversial issue that generates debates that in most cases leave out one of the most important matters: the right of women to make decisions about their own bodies.

It is intended to obtain a theoretical and descriptive analysis observing the academic development of the subject. At first, there will be a brief account of the legal regulation and the jurisprudential path that the crime of abortion has had in the Colombian legal system to achieve the existing partial decriminalization. Then, the treatment that sexual and reproductive rights and the right to health have had will be studied to finally identify what is the relationship between the protection of these rights of women in Colombia in observance of their reproductive autonomy

and the decriminalization of abortion carrying out an analysis of the state of need in which the pregnant woman is.

Palabras clave

Aborto, despenalización, autonomía reproductiva, derechos sexuales y reproductivos, salud.

Key words

Abortion, decriminalization, reproductive autonomy, sexual and reproductive rights, health.

Introducción

Las mujeres en Colombia y en todo el mundo han tenido una ardua tarea a lo largo de los años para lograr conseguir el respeto y la garantía de sus derechos, todo ha sido una lucha lenta que ha traído consigo grandes resultados: derecho a la educación, al voto, participación en la política, entre otros. Pero, hay un derecho que ha sido muy complejo, discutido y criticado por la colectividad y es el derecho de las mujeres para poder decidir sobre su propio cuerpo en cualquier circunstancia y en cualquier tiempo.

El problema radica en que, en caso de que se despenalizara completamente la conducta de aborto en Colombia, ¿beneficiaría a las mujeres en cuanto a la garantía de sus derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud?

Ciertamente se debe dar una especial protección a los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud que no han sido tema de mucha trascendencia y hay gran cantidad de personas que no saben de qué se tratan estos, cuáles son o para qué sirven. Es por ello que cuando se trata un tema tan polarizado como el aborto, las personas se inclinan a atacarlo y no a comprenderlo. ¿Por qué la mujer no puede tomar la decisión por sí misma sobre si quiere ser madre o no? El no permitirle esto es completamente violatorio al ejercicio de la sexualidad de manera independiente a la reproducción y no es solo eso, sino que hay casos en donde hay mucha desinformación incluso frente a las prácticas sexuales, métodos anticonceptivos, enfermedades de transmisión sexual, que no le permiten a la persona entender en realidad la magnitud y alcance de estos derechos.

En cuanto al derecho a la salud, hay que decir que abortos siempre ha habido y siempre habrá sea que la conducta esté o no penalizada, ello es inevitable. Lo que se busca lograr con la despenalización es brindar una opción, la opción de decidir,

de asistir a un centro de salud con las mejores condiciones de salubridad y seguridad para así evitar que las mujeres en su desesperación, acudan a los abortos clandestinos o abortos caseros que traen consigo graves problemas en la salud como son: sangrados severos, infecciones, lesiones vaginales o incluso la muerte.

Si bien el aborto pasó de ser la primera causa de mortalidad materna en Colombia en los años setenta a ser la cuarta causa en la actualidad, aún mueren 70 mujeres anualmente y cerca de 132.000 sufren complicaciones por esta razón. Las cifras son inaceptables si se tiene en cuenta que los riesgos del aborto realizado en condiciones seguras son mínimos, por lo tanto, se trata de muertes y complicaciones evitables (Women's link worldwide, 2020).

La interrupción voluntaria del embarazo, también conocida como aborto, es un derecho que fue reconocido en la sentencia C-355 de 2006 y reiterado en la sentencia T-585 de 2010, que ha de ser garantizado a la mujer para que ello traiga como efecto el respeto a sus derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho a la salud. El hecho de penalizar la práctica del aborto constituye una gran limitación para el ejercicio de las libertades del género femenino, que no ha tenido voz ni voto para decidir lo que quieren hacer con su cuerpo, sino que se les condiciona bajo tres causales permisivas que no son lo suficientemente amplias y que deberían eliminarse, dando paso a la despenalización total del aborto; esto llevaría a Colombia a lograr un avance en la protección de un derecho tan importante como lo es la salud y apoyar unos de los que no resuenan tanto como lo son la salud sexual y reproductiva.

El aborto siempre ha sido un tema controversial, lleno de señalamientos hacia las mujeres que se lo han practicado, lo apoyan o desean practicárselo y han surgido argumentos que van direccionados a defender el derecho a la vida del feto que se

encuentra en el vientre de la mujer, pero, todas esas discusiones excluyen la protección a la mujer, que ya es una persona con capacidad para manifestar sus deseos y poder decidir por sí misma. Hay que tener en cuenta entonces que, si bien es cierto, hay dos bienes jurídicos en contradicción-vida dependiente del feto y la libertad, integridad y formación sexual dentro del marco de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, además del derecho a la salud-, se debe pensar primordialmente en la mujer, la vida independiente y lo que ella quiera hacer con su propio cuerpo.

Con la sentencia C-355 de 2006, la Corte constitucional trajo la posibilidad para que la mujer se pueda practicar un aborto en solo tres causales: 1. Cuando el embarazo constituya peligro para la salud o la vida de la mujer. 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida. 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento (violación), abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto. Estas causales no son suficientes y no bastan para garantizar la protección que requiere la mujer en muchos casos en los que su embarazo no es deseado.

Si se despenaliza totalmente el aborto en Colombia, el respeto y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, se verán verdaderamente protegidos, pues le permitirían tomar decisiones sobre su propio cuerpo cuando se presenten embarazos no deseados y que no se encuentren bajo las tres causales de despenalización hoy consagradas (por ejemplo, falla del método anticonceptivo, no deseo de convertirse en madre, situación económica precaria, bajo nivel de escolaridad, presión por parte de la pareja, entre otras).

También, el derecho a la salud, derecho fundamental, se verá especialmente protegido en la medida en que, si en Colombia se elimina la prohibición del aborto, las mujeres no se verían expuestas a riesgos innecesarios que traen las prácticas de abortos clandestinos y abortos caseros.

Para lo anterior, en un primer momento se desarrollará el delito de aborto en Colombia, se hará un análisis legal y se revisará un poco sobre su desarrollo jurisprudencial; en el segundo capítulo se tratará el tema de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y el derecho a la salud en Colombia y finalmente, en un tercer capítulo se desarrollará la relación existente entre la despenalización del aborto por la protección a esos derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud de las mujeres en Colombia.

Este trabajo tiene un enfoque mayoritariamente teórico y descriptivo, en la medida en que los referentes a utilizar son trabajos de investigación, informes, artículos publicados, entre otras fuentes de tipo teórico que guardan relación directa con el tema de la interrupción voluntaria del embarazo desde la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, al igual que el derecho a la salud y cómo la despenalización del aborto puede beneficiar la protección de estos derechos.

Capítulo I: El delito de aborto en Colombia: análisis legal y regulación jurisprudencial.

El delito de aborto en Colombia se encuentra consagrado en el artículo 122 del Código penal (ley 599 de 2000): “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

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

En la sentencia C-355 de 2006 se señala que la base de la razón de ser de la existencia de este delito radicó en el deber de protección del Estado a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida (Como se cita en Salgado, 2008, p. 6). Por lo tanto, el feto se encuentra protegido porque tiene viabilidad de vida y no porque sea visto como una vida humana independiente, como si es el caso de la mujer embarazada.

Vale la pena revisar la evolución normativa y jurisprudencial más relevante que ha tenido el delito a lo largo de los años para llegar a la regulación que tenemos hoy en día.

Desde 1936 el aborto es contemplado como un delito contra la vida y la integridad personal y luego de muchos años de intentos de reformas que trajeran excepciones y permisibilidad frente al tema, en 1980 se expide un nuevo Código Penal (Colombia, Congreso de la República, 1980) que igualmente penaliza el aborto, esta vez solo mitigando esta conducta en embarazos producto de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo (Aldana, 2016, p. 6).

Lo anterior no resulta suficiente pero fue un acercamiento importante pues se le da un tratamiento especial al aborto en casos de delitos sexuales cometidos contra la mujer y no podría esperarse menos que eso en la medida en que atentan contra su libertad, integridad y formación sexuales y que dejan consecuencias muy graves tanto físicas como psicológicas.

En el año 1991 como consecuencia de la Asamblea Nacional Constituyente y la nueva Constitución Política del país, se estableció una protección a la mujer y a sus derechos (libre desarrollo de la personalidad, protección a la familia, a los jóvenes, niños y adolescentes) y con ello se permitió dar una mirada diferente para abordar el tema. En 1994 se designa el aborto inducido y clandestino como un tema de salud pública en América Latina (De la Rosa Guzmán, 2016, p. 10).

Que haya sido reconocido como un tema de importancia para la salud pública fue un avance de gran magnitud porque implica que la interrupción voluntaria del embarazo se integra dentro de las políticas de cuidado, protección y prevención de la salud dirigidas a todas las personas de la comunidad.

En el año 1993 se presenta el proyecto de Ley del 19 de mayo de 1993 (Grabe, 1993) en el cual se proponía que durante los primeros 90 días del embarazo la mujer pudiera interrumpirlo cuando la concepción haya provenido del delito de acceso carnal o inseminación artificial no consentida, e igualmente cuando exista peligro que comprometa la vida de la madre o las graves malformaciones físicas o psicológicas para ello se hacía necesario el dictamen médico (Aldana, 2016, p. 6).

Desde este punto se venía observando lo que serían las causales de despenalización de la conducta de aborto para casos muy puntuales y que le

darían a la mujer una opción que pudiera elegir cuando estuviera ante estas situaciones.

Las causales de no punición de la figura consagradas en la sentencia C-355 de 2006, dan lugar a un menor grado de reproche de la conducta:

i) el peligro para la vida o la salud de la mujer, (ii) el embarazo resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, y (iii) la grave malformación del feto incompatible con la vida extrauterina (Corte Constitucional, C-355, 2006).

Tal decisión es un reconocimiento parcial de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en la medida en que con ello se observa la autodeterminación reproductiva de la mujer que cobija el derecho a la libre opción de la maternidad, este no solo se limita a la interrupción voluntaria del embarazo sino también al cumplimiento de ciertas garantías por parte del Estado (Cantillo, 2016, como se cita en Aldana, 2016, p. 11).

La Corte Constitucional al haber realizado un ejercicio de ponderación entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de una mujer embarazada, concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y por tanto el artículo 122 del Código Penal colombiano quedó exequible a condición de que se excluyeran de su ámbito las tres causales que fueron mencionadas. Igualmente, de acuerdo con la potestad del legislador, la Corte señaló que a pesar de que existan estos casos en los cuales es lícito abortar, este puede en cualquier momento estipular otros y, por último, que el hecho de que existan estas causales no significa que una mujer tenga necesariamente que acudir a ellas, pues en cualquier momento podrá optar por continuar con el embarazo (Jaramillo y Espinosa, 2019).

Esto implica que, si bien es cierto, que las causales de no punición de la conducta de aborto se encuentran establecidas para darle una garantía a la mujer de respeto de su autodeterminación reproductiva, no es una obligación cobijarse en ellas si no lo desea, porque lo que han permitido esas causales es dar una opción, de varias que existen, para decidir sobre su propio cuerpo.

Realizando un breve análisis de cada una de esas causales de no punición de la conducta. Respecto a la primera: *cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer.*

La corte ha dicho que es necesario que la interesada presente un certificado médico donde conste su estado de salud, este certificado también puede ser realizado por un psicólogo, según la ley 1090 de 2006, en caso de que el riesgo se derive de algún problema de salud mental. Aunque para una IVE por salud mental no debe exigirse la existencia de un diagnóstico psiquiátrico o una discapacidad psicosocial. La causal de salud mental es procedente cuando se presente dolor psicológico o sufrimiento mental, y se afecten cualquiera de las esferas de la salud de la mujer (Ministerio de salud, 2016).

Es suficiente entonces que exista un riesgo para la vida o salud de la mujer, no se requiere un daño materializado y en cuanto al peligro, le compete valorar este es a la mujer y solo a ella pues se trata de su cuerpo que es el que puede llegarse a ver afectado si decide continuar con el embarazo.

El médico debe tener en cuenta diversos factores al momento de valorar a la mujer para verificar que si haya una afectación a su salud mental, por ejemplo, debe mirar la solvencia económica, la estabilidad laboral, nivel de escolaridad, entre otras situaciones de índole personal.

La Organización Mundial de la Salud define el derecho a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia”.

Esta es considerada como la causal más amplia en donde pareciera ser que se podrían incluir muchos de los casos de mujeres que se encuentran gestando un embarazo no deseado, porque en el tema de peligro para la vida o la salud de la madre, determinar si hay peligrosidad o no es un ejercicio complejo y no se podría dejar al azar el hecho de señalar a la mujer que debe llevar a término un embarazo-que por sí mismo trae unos riesgos comunes/habituales- que podría resultar perjudicial para su integridad física y/o psicológica.

Algunas personas han argumentado que dada la existencia de esta no sería necesaria la despenalización total de la conducta de aborto porque se pueden incluir gran cantidad de hipótesis. Y sí, de acuerdo con las estadísticas, la mayoría de abortos que se han practicado en los últimos años han sido bajo el amparo de esta causal, sin embargo, al ser tan imprecisa corre el riesgo de verse cuestionada por las entidades prestadoras del servicio de salud, los médicos y demás miembros del personal de salud, quienes en muchas ocasiones tratan de disuadir a la mujer de no realizarse el procedimiento por tratar de imponer sus creencias o su opinión respecto al tema.

En cuanto a la segunda causal, *cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida*, es muy complicado que durante los primeros exámenes se encuentren esas malformaciones fetales y eso hace que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sea más difícil, así que se hace necesario que la mujer tenga una certificación médica en la cual se ponga de presente que el feto no va a poder sobrevivir luego de que nazca por lo que resulta mucho más factible y menos traumático para la mujer no llevar a término el embarazo.

El problema radica en que el sistema de salud colombiano en muchas ocasiones no cuenta con los recursos tecnológicos para detectar a tiempo esas

malformaciones fetales y muchas veces se vislumbran en una etapa muy avanzada de la gestación, lo que dificulta la práctica del aborto (Pradilla, 2014).

La tercera causal se subdivide en varios supuestos:

Si el embarazo es resultado de un acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, la víctima del delito deberá haber realizado una denuncia ante la Fiscalía con anticipación al procedimiento y no se le pueden exigir documentos adicionales a tal denuncia y en caso de que no haya esta, el fiscal debe iniciar una noticia criminal de oficio. Esto con el fin de evitar que la situación sea mucho más traumática y lenta para la víctima de tales delitos.

Si el embarazo fue producto de un incesto, la Corte Constitucional le da la libertad a la mujer de abortar, ya que esta conducta no solo genera una afectación en el núcleo familiar, sino también en la autonomía de la mujer.

Finalmente, *cuando la mujer es víctima de un procedimiento forzado, como la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido*, se presenta un atropello a sus derechos fundamentales, como lo son la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la libertad de conciencia. Por este motivo, no se le puede obligar a procrear, ni sancionar solo por el hecho de haber ejercido sus derechos. Igualmente, en este supuesto, la Corte Constitucional manifestó que se hace exigible la interposición de una denuncia penal.

Capítulo II: Derechos sexuales y reproductivos de la mujer y derecho a la salud en Colombia.

En este segundo capítulo, se propone analizar cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a los derechos sexuales y reproductivos así como el derecho a la salud en Colombia. Este tema ha sido novedoso y no ha habido gran regulación al respecto antes de la sentencia C-355 de 2006, en la cual se establecieron las causales de no punición de la conducta de aborto.

Sin embargo, cabe anotar que aún la sociedad colombiana es muy conservadora y tradicional para poner en práctica y aplicar todo lo relacionado con los DDSSRR y más si estos se imponen por favorecer a una minoría, que son quienes han promovido este tipo de derechos bajo el discurso de los Derechos Humanos, debido a que según la última encuesta de Ipsos-Napoleón Franco, para la Revista Credencial, “la clase media rechaza el aborto y el “matrimonio” homosexual”, teniendo en cuenta una población de la cual de 3 de 10 colombianos hacen parte de esta selección de la población (Garzón, 2013, p. 45).

Lo anterior ha hecho que la regulación y el tratamiento que se le da a estos derechos sea un poco más deficiente, pues es evidente la gran influencia que tienen las creencias tradicionales y religiosas en la manera de pensar de una gran cantidad de personas que creen que el aborto es un pecado que debe ser castigado y enteramente prohibido, pero estas cuestiones deberían dejarse de lado, en la medida en que esto no es discurso que busca imponer un ideal, sino que busca la protección para las mujeres, seres humanos conscientes y libres que quieren tener la posibilidad de decidir sobre su propio cuerpo sin ser víctimas de señalamientos.

En la misma sentencia del año 2006, la Corte se pronunció sobre este tema, manifestando que:

Éstos derechos constituyen el amparo de otros derechos fundamentales como lo es el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad y no discriminación, a la salud y al estar libre de cualquier forma de violencia, y se ven igualmente vulnerados cuando se afectan los derechos sexuales y reproductivos. Este derecho está compuesto de un factor muy importante como lo es la capacidad que tienen las mujeres de elegir con libertad el número de hijos que anhela tener y la autodeterminación reproductiva, como ha sido reconocido en el ámbito internacional (Duque, 2018, p. 23).

Lo anterior arroja una luz y da a entender que el derecho que tienen las personas a disponer sobre su cuerpo y sobre su sexualidad de la manera en que les plazca está directamente relacionado con la autodeterminación reproductiva. Pero en ese entonces no se explicó con exactitud lo que se entendía como tal y fue en el año 2009 que finalmente se trató de manera más explícita el tema:

En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos (Corte Constitucional, T-732, 2009).

A juicio de la autora, la autodeterminación reproductiva se vería vulnerada en el caso en que se presente un embarazo no deseado y la mujer no pueda optar por la IVE en la medida en que no se encuentre dentro de las causales de despenalización establecidas; podría decirse entonces que este derecho no es absoluto como se ha tratado de mostrar y encuentra límites en este sentido.

También se argumenta que:

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 y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación. [...] Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser 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 (Corte Constitucional, T-732, 2009).

En razón de lo antes expuesto, los derechos sexuales y reproductivos, que han de ser reconocidos para todas las personas, son de vital importancia para las mujeres, pues, pese a que también se incluye el tema de la salud sexual y reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual, el uso de anticonceptivos, entre otras cosas, es al momento de enfrentarse a un embarazo que este tema se torna tan importante para la mujer, pues ella es la que debe soportar el feto dentro de sí misma, es ella la que sufre por todos los cambios que ocurren en su cuerpo y en su mente.

La corte en la misma sentencia que consagra las causales de despenalización, indica que se debería realizar un juicio de proporcionalidad para establecer en qué situaciones se terminan vulnerando los derechos de las mujeres con el fin de proteger la vida del nasciturus. Y entiende que hay situaciones que desde su punto de vista encuentran una justificación para ponerle fin al embarazo, pero, ¿por qué sólo consagra tres casos?, ¿qué ocurre con las demás situaciones?

Con respecto a las motivaciones subjetivas, además de las trayectorias de vida, tras la decisión de abortar se manifiesta una visión normativa de la maternidad, un deber ser detenido por condiciones que son consideradas necesarias para seguir o no adelante con un embarazo. Para las mujeres, esas condiciones necesarias se definen por los recursos materiales, la estabilidad económica y/o laboral, el tiempo disponible para maternar y la situación de pareja. No contar con esas condiciones es lo que motiva el aborto (Ramos y Fernández, 2020, p. 8).

Sumado a ello, también están las situaciones en las que hay un bajo nivel de escolaridad y un desconocimiento o poca utilización de métodos de planificación familiar en lugares poco desarrollados y con difícil o nulo acceso a servicios de salud.

Podría entenderse que en estos casos la autodeterminación reproductiva, en virtud de lo establecido por la Corte en el fallo, no tiene ningún tipo de razón de ser, pues no los consagra como posibilidades válidas para practicarse el aborto. Incluso dejando de lado el hecho de no haber la amplitud suficiente en cuanto a los casos de no punición, sigue habiendo distintas barreras de acceso a la IVE, como es el caso de la objeción de conciencia. “Otros ejemplos comunes de barreras a los que se enfrentan las mujeres son la falta de información sobre el derecho fundamental a la IVE, la exigencia de requisitos adicionales a los ya

establecidos en cada una de las causales, dilaciones en las diferentes etapas del procedimiento” (Corredor, J, 2019, p. 28).

Mier Corpas (2014), concluyó que:

Ha sido insuficiente la implementación que se la ha dado a la sentencia C-355 del 2006 hasta la fecha, se generan obstáculos al momento de acceder a los servicios de salud, en algunos casos las mujeres han recurrido por vía de tutela para amparar sus derechos, y es cierto que muchas mujeres no conocen del tema e ignoran que tienen derechos, por lo que se debe generar más publicidad al tema por parte de quienes están encargados, así mismo deben propender para que las condiciones de acceso sean más sencillas, sin obstáculos para acceder a la interrupción legal y voluntaria del embarazo (p. 18).

Falla (2015), indicó que luego de la sentencia C-355 de 2006, fueron 322 abortos los que fueron llevados a cabo por instituciones en salud por alguna de las causales de despenalización consagradas y ese número tan bajo se debe a las barreras de acceso a la IVE con la que se ven enfrentadas las mujeres embarazadas que no tienen el deseo de continuar con la gestación. Lo anterior implica que, necesariamente, el resto de las mujeres tuvieron que acudir a las prácticas clandestinas de aborto.

En Colombia, la IVE está definida como: La terminación de una gestación por personal idóneo, usando técnicas asépticas y criterios de calidad que garanticen la seguridad del procedimiento, en instituciones habilitadas conforme al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que cuenta con la voluntad de la mujer, cuando no se incurre en delito de aborto correspondiendo a las situaciones despenalizadas en la Sentencia C-355 del 2006 (Laza y Castiblanco, 2013).

El derecho a la IVE no solo se protege con la no punición de la conducta, sino con el hecho de brindar las mejores condiciones para la mujer que ha tomado la decisión de abortar. No serviría de nada el hecho de despenalizar la conducta si no se le da el seguimiento adecuado al procedimiento en sí, pues la mujer seguiría expuesta a los mismos riesgos que si se practicara un aborto clandestino.

Cuando las mujeres se someten a abortos inseguros, de forma clandestina y sin las condiciones adecuadas para el procedimiento ponen en riesgo su salud y de paso su vida. Cerca del 20 al 30% de las mujeres que eligen un aborto inseguro presentan infección de los órganos pélvicos, 8 millones sufren complicaciones que requieren tratamiento médico –pero solo 5 millones tienen acceso al mismo–, y 47.000 mueren a consecuencia de complicaciones relacionadas con el aborto (Como se cita en Corredor, 2017, p. 25).

Se trata entonces, visto desde esta perspectiva, de brindar una opción a la mujer que se encuentre en estado de embarazo de poder decidir sobre si quiere convertirse en madre y continuar con el embarazo o si por el contrario, no lo desea por cualquier motivo, pues se trata de un derecho que tiene en virtud de la autonomía reproductiva.

Capítulo III: Despenalización del aborto por protección a los derechos de las mujeres en Colombia.

Para lograr establecer la relación existente entre el aborto y la protección de los derechos sexuales, reproductivos y de la salud de las mujeres en Colombia, se hace necesario referirse al denominado estado de necesidad.

En el estado de necesidad, hay una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse sacrificando otro, pero el titular de ese otro bien jurídico que se sacrifica no creó la situación de peligro para el bien jurídico que se salva con una agresión injusta. El estado de necesidad justificante establecido en el numeral 7 del artículo 32 del Código penal se refiere a una situación en la que no es posible salvaguardar un bien jurídico, si no a costa del sacrificio de otro.

En los términos de esta investigación, se está hablando de bienes jurídicos contrapuestos: el bien jurídico vida dependiente del feto y los bienes jurídicos de libertad, integridad y formación sexual dentro del marco de los derechos sexuales y reproductivos, además del derecho a la salud de la mujer en estado de embarazo. “El derecho penal colombiano ha estimado de forma pacífica que la vida dependiente del concebido es un bien jurídico de menor jerarquía que la vida y la libertad independientes del ser humano. La diferencia radica en que los bienes jurídicos mencionados protegen intereses y titulares diferentes” (Posada, 2020, p. 15).

No se pretende decir que no hay bienes jurídicos en contradicción, porque efectivamente los hay, sino que hay que dar una mirada al aborto desde la perspectiva de las ventajas que representaría para la mujer y para la protección de sus derechos, pues la vida humana independiente es la que debería primar en los casos de embarazos no deseados.

Al despenalizar el aborto, no se estaría desconociendo la existencia del derecho a la vida del feto, porque con la despenalización lo que se busca es eliminar la prohibición consagrada en el código penal, lo cual no hace que en consecuencia de esa despenalización, el 100% de los embarazos terminen en un aborto, pues cada mujer decidiría lo que es mejor para ella, para su vida y su cuerpo, ello en virtud de su autonomía.

Según Dalén (2011), existen diversos argumentos en contra de la despenalización total del aborto que se refieren principalmente al concepto de vida, pues esta se plantea como un derecho desde la concepción, dándole una categoría humana al feto desde ese momento. Además, se le confiere a la mujer la categoría de madre, lo cual hace que se vean afectados los derechos de la mujer a decidir sobre su cuerpo, pues se le otorga la función de una incubadora sin tener autonomía sobre ello.

“La Corte expuso en su momento, que en consecuencia las mujeres no pueden ser tratadas como un instrumento reproductivo para la raza humana, sino que se les debe garantizar respeto como agentes independientes de su propio destino” (Arboleda, 2012, p. 56).

La gestación, el parto, la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino le corresponde solo a la mujer, caso contrario se desvaloriza a estas personas reduciéndolas a instrumentos de procreación, si la decisión de su cuerpo depende de otra persona se estaría subordinando y por lo tanto ejerciendo un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas (Andrade y Correa, 2019, p. 32).

En Colombia se ha acogido el criterio obstétrico para establecer desde qué momento existe vida humana independiente y se ha dicho que es desde el momento en que empieza el nacimiento.

Los estudios ginecológicos indican que el parto se compone de tres fases, periodo de dilatación, periodo de expulsión y periodo de alumbramiento: el criterio decisivo que determina el comienzo del nacimiento es las contracciones de dilatación. Por lo tanto, el inicio se da con las contracciones uterinas, concretamente con las dilatantes y seguidas por las del parto en vía de expulsión. Las contracciones dilatantes son aquellas que permiten abrir el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto, este proceso involucra las siguientes secuencias: la dilatación del cuello primero y el borramiento después, continúa con la ruptura de la bolsa de las aguas (saco amniótico), la progresión y rotación del feto y por fin la expulsión fetal (Villavicencio, s.f, p. 7).

Habría que aclarar que no todos los procesos de nacimiento se dan a través de parto natural, pues en muchos casos se da a través de procedimientos quirúrgicos, conocidos como cesáreas, de ahí que según este criterio, tratándose de estos últimos, el nacimiento empieza cuando se da la incisión inicial del procedimiento.

Es entonces desde el momento del nacimiento que empezaría una protección más amplia para la persona que acaba de llegar al mundo, ya es otro ser humano, otra vida independiente diferente a la mujer.

El derecho de las mujeres a decidir independientemente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos sólo puede ser plenamente realizado cuando las mujeres tienen el derecho a decidir de manera autónoma si quieren llevar a término su embarazo sin interferencia del

Estado. Para que este derecho se cumpla, las mujeres también deben tener acceso a todos los métodos efectivos y seguros para controlar el tamaño de su familia, incluyendo el aborto como parte de una gama completa de servicios de salud reproductiva (Lamm, 2008, p. 67).

La maternidad por tanto, no puede ni debe ser una especie de imposición por parte del legislador, del Estado y mucho menos de la sociedad, porque se trata de una decisión que le compete única y exclusivamente a la mujer que se encuentre en estado de embarazo el decidir si efectivamente desea convertirse en madre.

Con respecto al derecho a la salud y su relación con la despenalización total del aborto, Posada (2020) se refirió al tema diciendo que:

La penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad.

Bello et al. (2020) ha estimado que en Colombia, hay una menor cantidad de muertes relacionadas con abortos, pero, como se siguen presentando abortos clandestinos e inseguros, sigue habiendo gran cantidad de complicaciones para la salud de las mujeres. Cada año son cerca de 132,000 entre las que se encuentran: infección, perforación uterina, aborto incompleto, 93,000 de ellas requieren de atención por parte del personal de salud. Lo cierto es que el 20% de las mujeres que presentan tales complicaciones, no recibe la ayuda necesaria por falta de acceso a los servicios o por miedo a las consecuencias legales.

El acceso libre a procedimientos seguros y oportunos, dentro del sistema de salud, garantiza el cuidado y la protección de quienes deciden ejercer su derecho al aborto. De igual manera, se ha comprobado que la oportuna y correcta implementación de la ruta de aborto en las instituciones prestadoras de salud, a través de la ejecución de las guías y protocolos para el aborto seguro, han demostrado no dejar ningún tipo de secuela física que pueda afectar la futura salud sexual y reproductiva de la mujer (Profamilia, 2020).

La penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (La prohibición absoluta del aborto como violatoria de los derechos humanos de las mujeres. Documento del Instituto de Investigaciones Jurídicas).

En la sentencia C-022 de 1996, la Corte constitucional señala que: “El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”

Bajo este entendido, no se verían afectados de ninguna manera los intereses jurídicos de otras personas con la despenalización del aborto, porque este sería practicado en la mujer que no desee continuar con su embarazo únicamente, no sobre una colectividad de mujeres que efectivamente desean continuar con la gestación.

El embarazo, de acuerdo con Lorenzo (2011), es una consecuencia de que las mujeres fértiles sostengan relaciones sexuales y esto no en todos los casos tiene

relación directa con el deseo de convertirse en madre, pues es esto último lo que se piensa, que al momento de enfrentarse a un embarazo, surge en la mujer un deseo de tener hijos. Es por ello que, si la mujer decide interrumpir el embarazo acaba siendo culpabilizada, dado al asocio que se hace del hecho de tener relaciones sexuales con el de convertirse en madre.

En este sentido se puede visualizar la relación existente entre la IVE y los derechos a la salud sexual y reproductiva de la mujer, no significando que se vaya a tomar como un anticonceptivo o método de planificación familiar, pero si se presenta un embarazo no deseado la mujer pueda optar por practicarse el aborto y decidir por sí misma el hecho de ser madre o no.

CELS (s.f), ha señalado que penalizar el aborto trae como consecuencia que estos sean practicados de manera clandestina, insegura y que por consiguiente haga que se incurra en una mayor tasa de muertes de las mujeres. Así que existe una gran cantidad de abortos que se practican cada día lo que demuestra que el penalizar la conducta no genera ningún efecto disuasorio en las mujeres.

Habría que tener muy presente que a través de los derechos sexuales y reproductivos se exalta el protagonismo de la vida y de la salud —aunque estas no resulten más garantizadas necesariamente— y, al mismo tiempo, que a través de ellos se realiza un control sobre la vida, sobre los procesos reproductivos, como lo ilustra el hecho de que la categoría de los derechos sexuales y reproductivos abarque decididamente la opción por la procreación, que es la que se quiere potenciar, y no así, o al menos no en toda su extensión, la opción por la no procreación (González, J, 2017, p. 24).

Conclusiones

En primer lugar, dada la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido el delito de aborto, surgieron las causales de despenalización consagradas en la sentencia C-355 de 2006, lo cual supuso un avance en materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer en el sentido en que la Corte en ese momento realizó un juicio de ponderación entre la protección a la vida en gestación (vida dependiente del feto) y los derechos fundamentales de la mujer dándole a esta última un reconocimiento de su autonomía reproductiva.

Se ha afirmado que dentro de la causal de peligro para la vida y la salud de la madre se podría incluir un gran porcentaje de los casos, pues es una causal muy amplia, pero eso supone un inconveniente en cuanto a la aplicación de la misma por las diversas barreras de acceso a la IVE que existen.

En materia de derechos sexuales y reproductivos, la regulación ha sido deficiente, siendo en el año 2009 cuando surgió el tema de la autodeterminación reproductiva, la cual es una garantía para que todas las personas, no solo las mujeres, puedan decidir sobre si quieren o no reproducirse, de qué manera y en qué tiempo hacerlo. Es por ello que, la despenalización del aborto supone el respeto de esta, pues no se estaría condicionando a la mujer que tenga relaciones sexuales y que éstas terminen en un embarazo a que necesariamente tenga que convertirse en madre porque el delito lo que hace es castigar de manera selectiva a las mujeres y no disminuye la práctica del aborto.

Y es que la aplicación de la sentencia en la cotidianidad no ha sido suficiente, porque siguen existiendo diversas barreras de acceso a la IVE legal y segura por parte de los prestadores de los servicios de salud del país, porque hay falta de información o a las mujeres les exigen una serie de requisitos adicionales que no

existen para demorar el procedimiento, además de la gran cantidad de objeciones de conciencia presentadas por parte de los médicos.

Con la IVE no solo se buscó que se consagraran las causales de no punición de la conducta, sino que le garantizara a las mujeres el acceso a un aborto practicado por personal idóneo en lugares con las mejores condiciones de salubridad, para evitar tener que acudir a clínicas ilegales a practicarse el procedimiento.

Entre la despenalización del aborto y la protección de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a la salud hay una relación consistente en que, si se elimina el delito del código penal se protege a la mujer en esos derechos sin dejar de brindar la protección que tiene el feto como vida dependiente, porque no todas las mujeres optarían por acudir a la IVE, no todos los embarazos terminarían en un aborto. En virtud de ello, se habla de un estado de necesidad en el que se encuentra la mujer al practicarse el aborto, porque la vida dependiente del feto no puede primar sobre la vida independiente de la mujer que no desea convertirse en madre; la mujer no puede ser tratada como un instrumento para la concepción, no puede desconocerse su voluntad para que lleve a término un embarazo que no desea.

Finalmente, si el aborto es despenalizado en Colombia y se distribuye más información sobre educación sexual, métodos de planificación familiar, atención en salud sexual, en todos los rincones del país a todas las personas sin excepciones, se verá, como se ha presentado en países donde el aborto es completamente legal, una disminución en la tasa de mortalidad materna y en las prácticas de abortos.

Referencias.

Aldana, L. P. (2016). *Panorama de la despenalización parcial del aborto en Colombia a raíz de la sentencia C-355 de 2006*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/14744>

Andrade-Figueroa, M. S., & Correa-Figueroa, M. P. (2019-09). *Tesis*. Recuperado a partir de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/43181>

Arboleda, M. (2012). *La despenalización del aborto en Colombia. Un aporte para concientizar a una sociedad justa y objetiva frente a este problema*. Universidad San Buenaventura, Colombia. Recuperado a partir de: <https://revistas.usb.edu.co/index.php/CienciasHumanas/article/view/1742/15>

16

Bello et al. (2020). *Aborto incompleto y su manejo médico en Colombia*.

Corporación Universitaria Rafael Núñez, Colombia. Recuperado de: <http://site.curn.edu.co:8080/jspui/handle/123456789/377>

CELS. (Sin fecha). Diez razones para despenalizar y legalizar el aborto temprano.

Recuperado de:

<https://www.cels.org.ar/common/Diez%20razones%20para%20despenalizar.pdf>

Corredor, J. (2019). Derechos sexuales y reproductivos de las colombianas en los medios de comunicación: Interrupción voluntaria del embarazo, una mirada desde la opinión pública 2006-2017). Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, Colombia. Recuperado a partir de: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/12361/Derechos_sexuales_reproductivos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-022.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-355.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-732.

Dalén, A. (2011). El aborto en Colombia. Cambios legales y transformaciones sociales. Recuperado de: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/8294/annikadalen.2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

De la Rosa Guzmán, C. (2016). Reflexiones Sobre el Aborto: Eficacia de las Normas que lo Regulan en Colombia. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 7(1), 1-25. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2012.0001.01>

Duque, C. (2018). Derechos sexuales y reproductivos de la mujer: su enfoque como derecho humano. Universidad Libre, Colombia. Recuperado de: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11795/DERECHOS%20SEXUALES%20Y%20REPRODUCTIVOS%20DE%20LA%20MUJER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

El derecho a la salud. (Sin fecha). Recuperado de: <https://www.escribidos.org/es/derechos/salud>

Falla, J. (2015). *Aborto, delito y utilidad social*. Universidad de los Andes, Colombia. Recuperado de:

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/17522/u713772.pdf?sequence=1>

Garzón, A. (2013). Estudio de caso: análisis de la influencia del movimiento pro-choice estadounidense en la promoción de los derechos sexuales y reproductivos en Colombia en el periodo de 2001 – 2011. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

<https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8693>

González, J. (2017). Los derechos sexuales y reproductivos como categoría jurídico internacional revisable. Universidad de los Andes, Colombia.

Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6331698>

Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Recuperado de:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/dialogo-jurisprudencial/article/download/6428/8364>

Jaramillo, M y Espinosa, L. (2019). Análisis de las causales del aborto en el ordenamiento jurídico colombiano. Universidad Eafit, Colombia. Recuperado de:

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/15683/Mariana_JaramilloMuriel_Laura_EspinosaContreras_2019.pdf;jsessionid=7B1C70333B11DD68F490191BABC58D48?sequence=2

Lamm, E., "Las restricciones de acceso a un aborto legal y seguro como violación de los derechos humanos de las mujeres", Tesina de fin de Master, Máster en Bioética y Derecho 9ª Promoción 2006-2008. 2008, Barcelona. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/11421>

Laurenzo, P. (2011). Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: un nuevo paradigma para la regulación del aborto. Recuperado de: <https://clio.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/16999/20526>

Laza-Vásquez, C y Castiblanco, R. (2013). *Experiencias y opiniones de los profesionales de la salud frente a la despenalización del aborto*. Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud (FUCS), Colombia. Recuperado de:

<https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=47553>

Ley 599 de 2000. Código penal.

Ministerio de salud (2016). Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>

Posada, R. (2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación. *Nuevo Foro Penal*, 16(94), 13-44. <https://doi.org/10.17230/nfp16.94.1>

Pradilla, S. (2014). Dificultades en la aplicación de la causal para interrumpir voluntariamente el embarazo referente a que exista “grave malformación del feto que haga inviable su vida”. Recuperado de: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/1217/1109>

Profamilia. (2020). Recuperado de: <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/01/La-despenalizacion-del-aborto-es-el-camino-Comunicado-Profamilia.pdf>

Ramos, S y Fernández, S. (2020). ¿Por qué abortan las mujeres? Contexto y biografía en las experiencias de aborto. Serie Documentos REDAAS, Argentina. Recuperado de: <http://www.redaas.org.ar/archivos-actividades/183-N12%20-%20Porque%20abortan%20las%20mujeres%20-%20SR%20y%20SFV.pdf>

Salgado, J. (2017). Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto. Foro, Revista De Derecho, (9), 219-236. Recuperado a partir de: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/351>

Villavicencio, F. (Sin fecha). Protección del derecho a la vida. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150708_02.pdf

Women's link worldwide. (2020) Cifras-aborto en Colombia. Recuperado de:

<https://www.womenslinkworldwide.org/files/3132/cifras-aborto-en-colombia.pdf>