

LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS
EN COLOMBIA

AUGUSTO LINO CORTES MARTINEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SAN JUAN DE PASTO
2006

LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS
EN COLOMBIA

AUGUSTO LINO CORTES MARTINEZ

Trabajo de Grado con el fin de obtener el título de
Abogado

Director
EMILIO ORTEGA DELGADO
Abogado.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SAN JUAN DE PASTO
2006

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1º del acuerdo N° 32 de Octubre 11 de 1966, emanando del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Firma del presidente del Jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Marzo de 2006

DEDICATORIA

Con inconmensurable amor, a mi esposa Lucia López Gómez, por su constante apoyo, paciencia y amor.

A mis hijos Diego Fernando y Andrés Felipe, quienes por su cariño y ternura me han comprometido a ser, día tras día, una mejor persona, esposo y padre.

Fue por ustedes y para Ustedes que emprendí los estudios Universitarios y hoy al culminarlos les prometo que seré un abogado integro, responsable y socialmente justo, del cual podrán sentirse totalmente orgullosos.

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor José Antonio Alava Viteri, quién con la aprobación del proyecto, compartió mi idea de la importancia de difundir en la comunidad Universitaria este tema que, además de su constante actualidad, genera posiciones tan encontradas como respetables.

A mi asesor de tesis: Doctor Emilio Ortega, catedrático penal de nuestra Alma Mater, por sus valiosos aportes en el desarrollo del presente trabajo y sobre todo por su incondicional disponibilidad, que fue fundamental para culminar con éxito el mismo.

Al Doctor Juan Carlos Lagos, quien con sus observaciones enriqueció el tema tratado.

A todos mis profesores y compañeros, quienes de una u otra manera, contribuyeron a formar el criterio Jurídico que ha de regir mi vida profesional.

A todos aquellos que contribuyeron a que hoy, después de muchas vicisitudes, culminara, con gran satisfacción, mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION	18
CAPITULO I	20
RESEÑA HISTORICA	20
1 CONCEPTO	22
2 ACTUALIDAD MUNDIAL SOBRE EL TEMA DEL ABORTO.	24
2.1 EL ABORTO EN EUROPA	24
a) ITALIA	24
b) ESPAÑA	25
c) ALEMANIA	25
d) GRAN BRETAÑA	25
e) RUSIA	25
f) IRLANDA	26
g) PORTUGAL	26
h) HOLANDA	26
i) DINAMARCA	26
2.2 EL ABORTO EN AMÉRICA	26
a) ARGENTINA	26
b) ESTADOS UNIDOS	27
c) MÉXICO	27
d) BOLIVIA	28
e) BRASIL	28
f) COSTA RICA	28
g) CUBA	28
h) ECUADOR	29
2.3 EL CASO COLOMBIANO	29
2.4 EL ABORTO UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA.	30
CAPITULO II	31
3 CLASIFICACIÓN DEL ABORTO	31
3.1 ESPONTANEO	31
3.2 PROVOCADO	31
a) INDIRECTO	31
b) DIRECTO	31
3.3 ABORTO COMPLETO E INCOMPLETO	31
3.4 ABORTO HABITUAL	31
3.5 ABORTO EUGENÉSICO	31
3.6 ABORTO HONORIS CAUSA	32
3.7 ABORTO ÉTICO SOCIAL	32
3.8 ABORTO SOCIO ECONÓMICO	32
3.9 ABORTO TERAPÉUTICO	32

4	METODOS PARA PRACTICAR EL ABORTO.	33
4.1	POR ENVENENAMIENTO SALINO	33
4.2	POR SUCCIÓN	33
4.3	POR DILATACIÓN Y CURETAJE	33
4.4	POR "D & X" A LAS 32 SEMANA	33
4.5	MEDIANTE PROSTAGLANDINAS	34
4.6	RU-486	34
	CAPITULO III	35
5	ASPECTOS JURÍDICOS DEL ABORTO	35
5.1	MUERTE DEL EMBRION O FETO	35
5.2	NEXO CAUSAL	35
6	ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO	35
6.1	ELEMENTOS TÍPICOS DEL ABORTO	36
a)	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	36
b)	OBJETO JURÍDICO	36
c)	OBJETO MATERIAL	36
d)	SUJETO ACTIVO	36
e)	CONDUCTA	36
f)	MOMENTO CONSUMATIVO	36
g)	SUJETO PASIVO	37
7	EL ABORTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL	38
7.1	ABORTO SIMPLE	38
7.2	ABORTO AGRAVADO	38
7.3	ABORTO ATENUADO	39
8	ABORTO EN PRESENCIA DE EXTRAORDINARIAS CONDICIONES DE MOTIVACIÓN	40
	CAPITULO IV	42
9	DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTICULOS QUE PENALIZAN EL ABORTO.	42
9.1	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 343 DEL DECRETO 100 DE 1980	43
9.1.1	ARGUMENTOS DE LA DEMANDA	43
9.1.2	TRAMITE Y SENTENCIA	45
9.1.3	ARGUMENTOS PARA DESESTIMAR LOS CARGOS.	45
a)	EL NACITURUS AUN CUANDO NO ES PERSONA, TIENE DERECHO A LA VIDA	45
b)	LA PENALIZACION DEL ABORTO NO VULNERA EL DERECHO DE LA PAREJA A DECIDIR LIBRE Y RESPONSABLEMENTE EL NUMERO DE SUS HIJOS, NI LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y CULTO.	45
9.1.4	SALVAMENTO DE VOTO	46
9.2	DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL.	48
9.2.1	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 124 DEL	

	CODIGO PENAL POR VICIOS DE FORMA.	48
9.2.2	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 124 POR SU CONTENIDO MATERIAL	48
9.2.2.1	ARGUMENTOS DE LA DEMANDA	49
9.2.2.2	TRAMITE Y SENTENCIA	49
9.2.3	ARGUMENTOS PARA DESESTIMAR LOS CARGOS	50
9.3	DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 122 DEL CODIGO PENAL DE 2000	53
9.3.1	ARGUMENTOS DE LA DEMANDA	53
9.3.2	CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO	53
10	PROYECTOS DE LEY PARA LA DESPENALIZACION DEL ABORTO	56
10.1	PROYECTO DE LEY 58 DEL 2002	56
10.2	PROYECTO DE LEY 236 DE 2003	57
10.3	PROYECTO DE LEY DE 2005	58
10.3.1	EXPOSICION DE MOTIVOS	59
I	ANTECEDENTES	59
II	NECESIDAD DEL PROYECTO DE LEY	59
III	PROPUESTA	60
11	EXAMEN CRITICO Y TESIS JURIDICA, PROPUESTA FRENTE A LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTICULOS QUE PENALIZAN EL ABORTO Y PROYECTOS DE LEY PARA REFORMAR EL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL.	61
a)	RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS, ENCARGADO DE MONITOREAR EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.	63
b)	RECOMENDACIONES DEL COMITE DE VIGILANCIA DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC).	64
c)	LA RECOMENDACION GENERAL N° 24 SOBRE MUJER Y SALUD, DE LA COMISION ENCARGADA DE LA VIGILANCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW),	64
d)	RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, ENCARGADO DE MONITOREAR LA CEDAW	64
e)	RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE DE DERECHOS DEL NIÑO, ENCARGADO DE MONITOREAR LA CONVENCION POR LOS DERECHOS DEL NIÑO.	65
f)	RECOMENDACIONES DEL COMITE DE MONITOREO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION	

RACIAL (CCDR).	65
g) RECOMENDACIONES DEL COMITE DE MONITOREO DE LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O CASTIGOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES	65
h) RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS FALLO CONTRA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 122 DEL CODIGO PENAL.	65
12. RAZONES DE POLITICA CRIMINAL A FAVOR DE LADESPENALIZACION DEL ABORTO EN CASOS ESPECIFICOS	68
13 OTRAS RAZONES EN DEFENSA DE LA DESPENALIZACION	71
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFIA	74
ANEXOS	79

ANEXOS

ANEXO N° 1	78
ANEXO N° 2	79
ANEXO N° 3	83
ANEXO N° 4	89

RESUMEN

El tema de la despenalización del aborto en circunstancias específicas en Colombia es de gran actualidad y despierta diferentes reacciones en los estamentos sociales, es así como al respecto se han pronunciado los jerarcas de la iglesia católica en contra, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo a favor y se avizora una mayor aceptación por parte de la sociedad en la medida que se conocen los motivos y las razones sociales y jurídicas por las cuales se debe despenalizar el aborto.

Un tema tan espinoso no se puede tomar a la ligera pues no se trata de despenalizar la conducta en cualquier circunstancia y de implantar un sistema de plazos que autoriza el procedimiento a pedido teniendo como único requisito que se practique el aborto en los primeros meses de embarazo que normalmente coincide con las primeras doce semanas de gestación, más bien se trata de determinar en que eventos se puede y se debe autorizar dar por terminado un embarazo que lejos de traer, tanto a la mujer en estado de gravidez y su familia, el bienestar y la ilusión aneja al embarazo, por el contrario trae dolor, angustia y rechazo.

Es indudable que un hijo deseado tendrá mayores posibilidades de logra la vida digna que la constitución dice proteger, y por el contrario el hijo no deseado, como podría ser el que es producto de una violación, es vulnerable, por la falta de cariño y la apatía hacia él, a caer en problemas de drogadicción, alcoholismo, estados depresivos, vandalismo y delincuencia.

Las diferentes demandas de inconstitucionalidad presentadas contra los artículos que penalizan el aborto y los proyectos de ley tendientes a lograr la despenalización en determinados casos, coinciden en sus argumentos que el aborto no debe considerarse delito cuando el embarazo es producto de violación, transferencia de óvulos fecundados no consentida o inseminación artificial no consentida; cuando la vida y la salud de la madre este en peligro por causa del embarazo y cuando el producto de la concepción es inviable para la vida por tener malformaciones fetales graves, las cuales deberán certificarse por médicos especialistas.

CUANDO EL EMBARAZO ES PRODUCTO DE VIOLACIÓN, TRANSFERENCIA DE ÓVULOS FECUNDADOS NO CONSENTIDA O POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA: Se debe despenalizar el aborto por cuanto el

embarazo es causado a la fuerza sin autorización de la mujer, violando su libertad procreativa y la de su pareja si la tiene. Una norma penal no logrará que se adquiera un vínculo con el hijo no deseado, producto de un delito tan denigrante y humillante como es la violación que puede ocasionar, a la víctima, traumas físicos y psicológicos a veces incurables, aunado con el rechazo y la discriminación a que suelen ser sometidas las víctimas de este delito.

CUANDO EL EMBARAZO PONE EN RIESGO LA VIDA O LA SALUD DE LA MUJER: No se puede obligar a una mujer a que continúe con un embarazo que le puede ocasionar la muerte, ese riesgo debe asumirse libremente por la interesada, su decisión dependerá de varios aspectos p.e si no tiene hijos es muy probable que asumirá el riesgo, por el contrario si tiene hijos es comprensible que la mujer en estado de gravidez no asuma el riesgo pensando en sus hijos ya existentes.

CUANDO EL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN TIENE GRAVES MALFORMACIONES FETALES QUE LO HACEN INVIABLE PARA LA VIDA: Esta causa es la que genera más resistencia debido a argumentaciones que sostienen que todo ser tiene derecho a la vida y que escoger quien nace o no es negar la existencia del otro sobre la existencia del propio yo y que la persona no es libre de decidir si nace o no un ser por el hecho de no ser perfecto.

La despenalización del aborto debe ir de la mano con políticas de estado tendiente a garantizar que médicos idóneos presten el servicio requerido por la mujer en gravidez, igualmente se seleccionaran establecimientos hospitalarios donde se prestaran las asesorías medicas y sicologicas que requiere tanto la mujer que aborta como su núcleo familiar.

La norma que penaliza el aborto sin excepciones no cumple con los presupuestos de política criminal, y las penas impuestas no cumplen su finalidad, concretamente la de prevención especial y general, puesto que la mujer en embarazo prefiere asumir el riesgo de afrontar un proceso penal que continuar con un embarazo no deseado producto de un violación o por que su vida esta en peligro, tornándose la norma y la sanción ineficaz, y si es así, el estado no debe desplegar toda su poder para imponerla, máxime, cuando lo que se logra con la penalización, es que la mujer acuda a practicas clandestinas en sitios no adecuados y bajo supervisión de personal no idoneo lo que a futuro le puede producir efectos como la infertilidad permanente e incluso la muerte, no en vano el aborto es la segunda causa de muerte materna en el país.

RESEÑA HISTORICA: Se determinará el tratamiento jurídico o social que los pueblos primitivos daban al aborto y su evolución histórica.

ACTUALDAD MUNDIAL SOBRE EL ABORTO: Se describe la situación actual en el mundo occidental sobre el tema, tomando como referencia los países europeos y Americanos incluyendo a Colombia.

CLASIFICACION DEL ABORTO: Brevemente se hará una descripción de las clases de aborto, utilizando una terminología aceptada por la Jurisprudencia y la Doctrina.

METODOS PARA PRACTICARSE EL ABORTO: Se explicará cuales son los métodos utilizados con más frecuencia para interrumpir el embarazo.

ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO: Se abordara en este capitulo el trato jurídico que nuestro ordenamiento Penal da al aborto.

DEMANDAS DE INCOSNTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTICULOS QUE PENALIZAN EL ABORTO: Se aborda un estudio sobre las demandas, enfatizando en:

1. Las razones expuestas por los autores del porque los artículos demandados van en contravía de la constitución.
2. La posición del ministerio público y los entes estatales.
3. Los fallos y las posiciones de los magistrados que expresan su inconformismo mediante los salvamentos de voto.

PROYECTOS DE LEY PARA LA DESPENALIZACION DEL ABORTO: Igual que en el anterior se aborda un estudio sobre los proyectos, enfatizando en la exposición de motivos y las Circunstancias en que se debería despenalizar el aborto.

RAZONES EN DEFENSA DE LA DESPENALIZACION: Se exponen razones de política criminal como de género a favor de la despenalización del aborto en circunstancias específicas.

ABSTRACT

The subject of the legalization of the abortion in circumstances you specify in Colombia it is of the great present time and it wakes up different reactions in the social estates, is as well as on the matter they have pronounced bishops of the catholic church in against, the General Solicitor of the Nation and the Defender from the vigilant Town to favor and a greater acceptance on the part of the society in the measurement who know the reasons and the trade names and legal for which the abortion is due to legalize.

A so spiny subject cannot be taken lightly then is not to legalize the conduct in any circumstance and to implant a system of terms that authorizes the procedure to order having like only requirement that practices the abortion in the first months of pregnancy that normally agrees with the first twelve weeks of gestation, rather is to determine in that events can and it is due to authorize to give by finished a pregnancy that far from bringing, as much to the woman in state of pregnancy and its family, the well-being and the attached illusion to the pregnancy, on the contrary brings pain, distresses and rejection.

He is doubtless which a wished son will have greater possibilities of obtains the worthy life that the constitution says to protect, and on the contrary the son nonwished, like could be the one that is product of a violation, is vulnerable, by the lack of affection and the apathy towards him, to fall in problems of drug addiction, depressive alcoholism, states, vandalism and delinquency.

The different presented/displayed demands of unconstitutionality against the articles that penalize the abortion and the whom they look for projects of law to obtain the legalization in certain cases, agree in their arguments that the abortion does not have to consider crime when the pregnancy is violation product, fertilized ovum transference not allowed or not allowed artificial insemination; when the life and the health of the mother this in danger because of the pregnancy and when the product of the conception is nonviable for the life to have serious fetal malformations, which will have to be certified by specialistic doctors.

WHEN THE PREGNANCY IS VIOLATION PRODUCT, FERTILIZED OVUM TRANSFERENCE NOT ALLOWED Or BY NOT ALLOWED ARTIFICIAL INSEMINATION: The abortion is due to legalize inasmuch as the pregnancy is caused to the force without authorization of the woman, violating its procreative freedom and the one of its pair if it has it. A penal norm will not obtain that it is

acquired I tie with the son nonwished, product of a so degrading and humiliating crime as it is the violation who can cause, to the physical and psychological victim, sometimes incurables traumas, combined with the rejection and the discrimination to that usually they are put under the victims of this crime.

WHEN THE PREGNANCY PUTS IN RISK THE LIFE OR THE HEALTH OF THE WOMAN: A woman cannot be forced to that she continues with a pregnancy that him can cause the death, that risk must be assumed freely by interested, the its decision will depend on several aspects p.e if does not have children is very probable that it will assume the risk, on the contrary if it has children is comprehensible who the woman in pregnancy state does not assume the risk thinking about her already existing children.

WHEN THE PRODUCT OF THE CONCEPTION HAS SERIOUS FETAL MALFORMATIONS THAT MAKE IT NONVIABLE FOR THE LIFE: This cause is the one that generates more resistance due to argumentation's than they maintain that all being has right to the life and that to choose who is born or is not to deny the existence of the other on the existence of own I and who the person is not free to decide if she is born or not a being by the fact of not being perfect.

The legalization of the abortion must go of the hand with policies of state to guarantee that suitable doctors serve required by the woman in pregnancy, also selected hospitable establishments where the medical and psicologicas consultant's offices were lent that so much requires the woman who aborts like her familiar nucleus.

The norm that penalizes the abortion without exceptions does not fulfill the budgets of criminal policy, and the imposed punishments do not fulfill their purpose, the one of special and general prevention concretely, since the woman in pregnancy prefers to assume the risk of confronting a penal process that to continue with a pregnancy nonwished product of a violation or so that its life this in danger, becoming the norm and the ineffective sanction, and if it is thus, the state does not have to unfold all its power to impose it, especially, when what it is obtained with the penalty, it is that the woman goes to you practice clandestine in nonsuitable sites and low supervision of nonidoneo personnel what to future effects like the permanent infertility can even produce him and the death, not in vain the abortion is the second cause of maternal death in the country.

REVIEW HISTORICAL: The legal or social treatment will be determined that the primitive towns gave to the abortion and their historical evolution.

WORLD-wide PRESENT SITUATION ON THE ABORTION: One describes to the present situation in the western world on the subject, taking like reference the European and American countries including a Colombia.

CLASSIFICATION OF THE ABORTION: Briefly a description will be made of the abortion classes, using a terminology accepted by the Jurisprudence and the doctrinal.

METHODS TO PRACTICE THE ABORTION: It will be explained as they are the methods used with more frequency to interrupt the pregnancy.

ASPECTS LEGAL OF THE ABORTION: It was approached in this I capitulate the legal treatment that our Penal ordering gives the abortion.

DEMANDS OF UNCONSTITUTIONALITY AGAINST THE ARTICLES THAT PENALIZE THE ABORTION: A study is approached on the demands, emphasizing in:

1. The reasons exposed by the authors of because the demanded articles go in against of the constitution.
2. The state position of the public ministry and beings.
3. The failures and the positions of the magistrates who express their discord by means of the vote rescues.

PROJECTS OF LAW FOR THE LEGALIZATION OF THE ABORTION: Just as in the previous one a study is approached on the projects, emphasizing in the exhibition of reasons and the Circumstances in that the abortion would be due to legalize.

REASONS IN DEFENSE OF THE LEGALIZATION: Reasons of criminal policy like of sort are exposed.

INTRODUCCION

Las solicitudes de inconstitucionalidad presentadas en el mes de abril de 2005 contra los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000, que castiga el aborto con penas de uno a tres años, han despertado un gran debate en la Corte Constitucional sobre “La Despenalización del Aborto en Casos Específicos en Colombia”, tema que se ha estudiado desde hace más de 168 años en nuestro país. El argumento principal de las demandas, que han provocado más de 500 intervenciones ciudadanas, se basa en que esta conducta no puede ser penalizada cuando se produzca en circunstancias especiales: cuando se encuentre en peligro la salud y la vida de la madre, cuando el resultado sea producto de una violación, acceso carnal abusivo, inseminación artificial no consentida, Transferencia de óvulo fecundado no consentido o la malformación (severa) del feto. Además, se expone como argumentos, que al discriminar a quien se practique el aborto, se desconoce la obligación del estado de cumplir con los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia. Se vulnera los derechos a la vida, la integridad personal, a la salud, a la igualdad, a la no - discriminación, al principio de dignidad humana, a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad.

Lo trascendente del tema hace que diferentes estamentos sociales hayan sido invitados por la misma Corte Constitucional a participar en el debate en el cual intervendrán el Presidente de La República, El Congreso, Las facultades de derechos de las universidades, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Procurador general de la nación quien solicitó que se acogieran las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad y pidió al congreso que “cambie la filosofía punitiva por una actitud preventiva que privilegie la salud y la educación”

En un tema como el aborto la posición de la Iglesia católica no solo se ha limitado a argumentaciones de tipo religioso, que condenan a infierno a quien desconoce que el único dueño de la vida es Dios, sino que se ha pronunciado política y jurídicamente. Según su pronunciamiento al argumentarse el derecho a la libertad como fundamento de la despenalización del aborto en casos específicos, “la convivencia social se deteriora y se llega a la promoción del propio yo, negando al otro.

En el campo jurídico se ha debatido sobre la efectividad de la represión penal de esta conducta, la obligación social y penal impuesta de traer hijos no deseados al mundo, o de proseguir con un embarazo que pone en peligro la vida o la salud de la mujer o cuando el embarazo es producto de una violación, inseminación

artificial no consentida, Transferencia de óvulo fecundado no consentido o cuando se detecta una malformación grave del feto.

Es fundamental identificar, si la represión de la conducta en nuestro medio teológicamente ha cumplido con las expectativas del legislador especialmente lo relacionado con la prevención, tanto general como especial¹ ya que lejos de haberse controlado la conducta por el contrario, se ha convertido en un problema que desconoce o amenaza el bien jurídico que tradicionalmente ha sostenido proteger. Lo cierto es que si se realiza un estudio estadístico día a día las cifras de abortos han tenido un crecimiento constante, otra cosa es que la manera de actuar de la propia madre, los métodos utilizados y la falta de denuncia, no permiten registrar realmente la cantidad de casos en que se presenta la conducta, convirtiéndose en un problema de salud pública.

Actualmente en la cámara de representantes se estudia un proyecto de ley para la despenalización del aborto en casos específicos, se ha conocido un amplio pronunciamiento favorable del procurador general al respecto, de las comunidades religiosas en contra, de los movimientos feministas en uno y otro sentido lo que demuestra el interés y preocupación que el tema genera por ser el aborto ilegal y clandestino.

Según el Ministerio de Protección Social, el practicarse un aborto en la clandestinidad, como lo obligan las leyes existentes, puede ocasionar complicaciones a las embarazadas que van desde hemorragias incontrolables, infertilidad futura y hasta la muerte, constituyéndose esta práctica como la segunda causa de mortalidad materna en el país. Del total de gestaciones esperadas, el 24% termina en aborto y el 26% en nacimientos no deseados lo que equivale aproximadamente a una cifra 250.000 niños².

La gravedad de la situación anterior demanda que se reflexione muy seriamente sobre esta compleja realidad y que se comience a hacer un estudio sobre su inmediato futuro, por que la verdad es que de su solución, su manejo controlado o su fracaso, dentro de los esquemas controlados de represión, o la definitiva despenalización en casos específicos depende, en gran parte el futuro de las mujeres embarazadas, de la niñez, de su vida y más aun su calidad de vida.

¹ Según FERNANDO VELASQUEZ V, (Derecho penal Parte General, Págs. 116 y 117), puede hablarse de la prevención general positiva cuando se le asigna a la pena la función de asegurar la fidelidad de los asociados al orden constituido y a las instituciones (G. Jakobs), y prevención general Negativa, si se le atribuye a la pena la función de disuadir a los ciudadanos mediante la amenaza de la misma o su utilización. La prevención Especial tenía como cometido corregir al delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella; intimidar al delincuente no necesitado de corrección; e inocular no susceptible de corrección.

² Informe que el Ministerio de la Protección Social envió a la Corte Constitucional. En: El Espectador, Bogotá: (Semana del 17 al 23 de julio de 2003), P- 4 A.

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA

El aborto como tal ha sido practicado desde tiempos inmemoriales, su condena, en un principio ha dependido de las ideas religiosas, morales, filosóficas, políticas y jurídicas predominantes de la época.

Históricamente el tema ha estado atravesado por cuestiones metafísicas, propias del misterio de la vida humana, como por ejemplo cuándo entra el alma al cuerpo; fisiológicas, como cuando se pretende establecer cuándo se adquiere figura humana o a partir de qué momento es viable el feto con independencia de la madre o desde cuándo se comprueba Actividad cerebral; jurídicas como cuando establecemos como decisión política cuál es el momento en que jurídicamente se da inicio a la personalidad y en consecuencia el pleno disfrute de los derechos o desde cuándo se protege jurídicamente la vida o cómo ponderamos los derechos en tensión, que es la cuestión que nos ocupa³.

En los pueblos primitivos, el aborto no se consideraba una violación a los principios básicos sociales.

El aborto existía como práctica corriente entre los Coreanos, los Senegaleses, los Esquimales y en los pueblos “atrasados” de los diversos continentes.

Lo que difiere de un pueblo a otro es el motivo del aborto. Entre los Griegos y los Romanos, la causa del aborto era la conservación de la belleza de la mujer, el mantenimiento de sus formas esculturales y también a veces, la venganza de la mujer contra su marido. En los pueblos primitivos una de las principales causas por las cuales se practicaban abortos era el hambre y la falta de recursos materiales.

En la época del Renacimiento, era una práctica común, sin embargo, la mujer que abortaba corría el riesgo de ser condenada a la pena de muerte⁴

³ CABANELLAS, Guillermo. “El aborto, su problema social, médico y jurídico” Editorial Atalaya, Buenos Aires 1945.

⁴ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia. Bogotá: Ed. Temis. P. 34 –45.

En Egipto el aborto no era considerado un delito y en los pueblos orientales lo fue sólo después de la legislación mosaica.

Los griegos lo consideraban delito sólo en el caso de que el feto estuviese animado con vida pero se admitía en algunos casos⁵.

El derecho Romano en su estado primitivo admitía el aborto pero con el transcurso del tiempo se lo empieza a castigar ya que la fiebre expansiva y colonizadora del imperio exigía un aumento de la población.

En España la ley del Fuero Juzgo, castigaba el aborto con la muerte si quien lo practicaría provocaba el fallecimiento de la madre; se hacía una distinción en los casos que el feto estuviera con vida o no, para el primer caso la pena era la muerte y para el segundo el destierro por cinco años y se imponga a la madre multa en dinero en caso de ser exitoso el procedimiento.

En Francia son famosos los edictos de Enrique II y los de Luis XIV que castigaban con la pena de muerte el aborto. En el siglo XVII se rebaja la pena a 20 años de presidio para el sujeto que practicara el aborto y se ofrece la impunidad para la mujer que lo denuncie.

La posición de la iglesia cristiana, sobre el tema, no ha sido permanente⁶, si bien siempre ha condenado el aborto, se planteó que éste ocurría desde el momento de la animación del feto lo que generaba sanciones diversas según el momento en que se realizara y en algunos momentos, se condenó totalmente el aborto llegando incluso a condenarse como homicidio cualquier maniobra encaminada a evitar la concepción. Condena general que se extendió en todos los pueblos cristianos y que ha venido siendo replanteada en el proceso de laicización del Estado moderno.

Puede afirmarse que hasta el siglo XX y, especialmente, hasta después de la segunda Guerra Mundial, las legislaciones de todos los países castigaban el aborto. El movimiento despenalizador comienza realmente con la sentencia del Tribunal Supremo Estadounidense de 1973. Después vinieron reformas legales que admitían, con mayor o menor amplitud, este ataque a la vida: Francia (1975), Alemania (1976), Italia (1978). En la actualidad el aborto se acepta en todo el mundo occidental con las señeras excepciones de Irlanda y Bélgica.⁷

⁵ Para Aristoteles, en el libro 7 de su "Política" lo primordial es la felicidad de los habitantes de su ciudad ideal y es el aborto, como medio de control de natalidad, una forma a contribuir que la densidad no se desborde y asegure esa felicidad.

⁶ CABANELLAS, Guillermo. "El aborto, su problema social, médico y jurídico" Editorial Atalaya, Buenos Aires 1945. Pág. 23 y SS.

⁷ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid. España .1999 P. 7.

1 CONCEPTO

Consiste en la muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematuramente provocada⁸

En un sentido vulgar aborto es “parir antes de tiempo, en que el feto pueda vivir.” Este es su significado natural y obvio, según el uso general de la misma palabra.

Nuestro Código Penal, como ocurre con la mayor parte de los delitos, no define lo que es el aborto, en su artículo 122 se limita a decir “ la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años...”. En esto se encuentra en concordancia con la generalidad de los Códigos Penales del mundo que suelen no definir y emplean expresiones similares a la nuestra.

El concepto de aborto al igual que el concepto de otros delitos no es único ya que el Código Penal, tipifica el delito pero no lo define. En otros países aborto es sinónimo de Feticidio, que consiste en dar muerte al feto sea que haya extracción o expulsión sea dentro o fuera del vientre materno, definición que el profesor de derecho penal Luis Fernando Tocora⁹ no considera acertada, pues puede expresa que la conducta puede configurarse también sobre el embrión, que es la primera etapa del óvulo fecundado, a la cual sigue la fetal, que aparece más o menos al final del tercer mes, con el advenimiento de cierta evolución biológica, en la que se destaca básicamente la fetocardia.

Carrara la define como La muerte dolosa del feto en el útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto

Los médicos legistas, están de acuerdo en que médicamente por aborto ha de entenderse “ La interrupción del embarazo en aquel período en que el producto de la concepción no es todavía capaz de vivir fuera del claustro materno, por no ser aún viable, esto es en los primeros seis meses de la preñez.”

Médicamente el aborto es Embrionario antes de los noventa días, Fetal hasta el séptimo mes; a partir de esa fecha ya no se trata de aborto, sino de parto prematuro, considerándose entonces al niño viable desde el punto de vista legal.

⁸ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid. Espasa .1999 P. 7.

⁹ TOCORA, Luis Fernando, Derecho penal Especial, 8ª edición Bogotá. 2002.p. 91

Para la medicina el aborto es sólo un fenómeno que interrumpe el proceso fisiológico del embarazo y carece totalmente de importancia que sea producida debido a causas naturales o patológicas, o se deba a un acto humano intencional lo que es trascendente para el derecho penal.

En conclusión debemos decir que el delito de aborto se lo puede definir como la interrupción provocada del embarazo, en los casos previstos por la ley, es decir, la muerte del embrión o del feto y puede verificarse tanto dentro como fuera del útero, en este caso la muerte se debe ocasionar por lo prematuro del embarazo, pues si la criatura nace viva y viable, y luego se le ocasiona la muerte estaremos frente a otro tipo penal, homicidio.

2. ACTUALIDAD MUNIDAL SOBRE EL TEMA DEL ABORTO

En la actualidad hay gran cantidad de países que no permiten el aborto, por ejemplo los países Sudamericanos. Sin embargo en otros países le esta permitido al médico ejecutar dicha operación, bajo condiciones y requisitos diferentes en cada uno de sus ordenamientos. (Anexo1)

Las estadísticas mundiales son difíciles de conseguir dada la ilegalidad de la practica en muchos países. Pero en países donde es una práctica legal, como Japón, en 1965 las cifras eran de 843 mil abortos, o sea 46 abortos por cada 100 embarazos. En Hungría, el año 1978 hubo 180 mil abortos, cifra muy elevada teniendo en cuenta que hubo tan sólo 133 mil nacimientos.

En la conferencia sobre Población Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en 1965, se concluyó que el número total de abortos, en el mundo por año, tanto legales como ilegales era cerca de 30 millones, es decir, unos 85 mil abortos por día o 50 abortos por minuto.

2.1 EL ABORTO EN EUROPA

a) ITALIA

La ley del aborto en Italia cumplió más 20 años de aplicación. Se han reducido en un 70% las prácticas clandestinas y predomina una clara tendencia descendente en las cifras relativas a la interrupción del embarazo legal: 230.000 casos en 1983, frente a 129.000 registrados el año 2004. La famosa Ley 194, aprobada bajo el mandato de Andreotti, permite el aborto durante los 90 primeros días de gestación y exige que se produzca con todas las garantías sanitarias y legales. Transcurrido este periodo, la interrupción del embarazo sólo se considera posible si existen graves trastornos físicos o psíquicos. Las menores de edad (por debajo de 18 años) sólo podrán abortar bajo la explícita autorización de los progenitores o tutores.

b) ESPAÑA

España se unió al movimiento despenalizador en 1985, después que se aprobó la ley sobre el aborto en casos de violación, subnormalidad o por estado de salud de la madre, unas 50.000 mujeres al año se acogen a la posibilidad de interrumpir su embarazo legalmente, lo cual no ha evitado que se sigan produciendo abortos clandestinos, cuyo número puede alcanzar entre 100 mil y 300 mil abortos

c) ALEMANIA

En Alemania, el aborto es libre, gratuito y no está penalizado en las 12 primeras semanas de embarazo, siempre que la paciente se haya sometido a lo que se denomina Strep tease psicológico. Es decir, que debe haber pasado por dos centros de asesoría, en su mayoría dirigidos por las iglesias católica o protestante, que teóricamente deben ejercer un papel disuasorio en la mujer que desea practicarse el aborto.

La última gran polémica nacional al respecto la desató a principios del 2004 una carta de Juan Pablo II, que instaba a los obispos alemanes a no extender más «licencias de muerte» o certificados que atestiguaran que se había pasado por la asesoría. La iglesia alemana hizo amagos de rebelión y al final sucumbió formalmente a la formulación papal, aunque en la práctica sigue al frente de las asesorías.

d) GRAN BRETAÑA

La interrupción voluntaria del embarazo fue despenalizada por una ley de 1967 que exige el visto bueno de dos médicos. El plazo máximo para practicarla es de 24 semanas cuando este en riesgo la salud física o mental de la madre o para los hijos ya existentes. Otros supuestos, por los que la ley británica permite el aborto son: cuando el aborto se efectúe para prevenir un daño grave y permanente a la salud física o mental de la madre, cuando exista un riesgo sustancial de malformaciones en el feto o cuando la continuación del embarazo suponga un peligro mayor que la interrupción de éste para la madre; para los últimos supuestos la ley no condiciona plazos para practicarse el aborto.

e) RUSIA

En este país la interrupción del embarazo es libre y gratuita hasta las 12 semanas de iniciada la gestación, y sólo está «sujeta a la voluntad de la mujer». En caso de enfermedad grave, viudedad, minoría de edad, pérdida de trabajo o vivienda, falta de recursos económicos para mantener al niño, violación y otra media docena de supuestos de carácter social, material y físico, la interrupción del embarazo puede prolongarse hasta las 22 semanas. Por prescripción médica, el aborto se realiza

en cualquier momento de la gestación. El Estado se hace cargo de todos los gastos derivados de la interrupción del embarazo por mandato constitucional.

f) IRLANDA

En este país el aborto está prohibido por la Ley de Faltas contra los Actos de las Personas, de 1871, reforzada por una enmienda constitucional de 1983 que impide a las irlandesas viajar al exterior para interrumpir su embarazo. Un referéndum ratificó en 1993 este precepto. En febrero de 1992, no obstante, el Tribunal Supremo autorizó, en medio de una fuerte polémica, a una joven de 14 años que había sido violada a acudir a Inglaterra para abortar.

g) PORTUGAL

Desde 1984, la interrupción voluntaria del embarazo es legal en Portugal en determinados supuestos: cuando el embarazo es fruto de una violación, cuando el feto presenta malformaciones o cuando un médico certifica que el embarazo pone en riesgo la salud física o psíquica de la madre

h) HOLANDA

Igual que en Suecia, en Holanda impera un sistema de plazos puro. La mujer debe manifestar dos veces su intención en un espacio de cinco días, periodo mínimo que debe transcurrir entre la primera visita al facultativo y el momento del aborto. La mujer embarazada está exenta de responsabilidad social en todo caso. El aborto legal lo costea la Seguridad Social.

i) DINAMARCA

Cuenta con un sistema de plazos que establece algunos requisitos. La interrupción ha de realizarse en las primeras 12 semanas de embarazo y la mujer debe insistir en su intención. Después de la duodécima semana se necesita autorización de un comité especial integrado por cuatro personas. Los hospitales públicos tienen obligación de recibir a las mujeres que quieran abortar hasta el primer trimestre. Después se ocupan de ello los centros privados.

2.2. EL ABORTO EN AMERICA

a) ARGENTINA

El aborto es un delito contra las personas consagrado en el Código Penal de este país, sin embargo, la legislación Argentina contempla el aborto terapéutico que es

lícito siempre que el peligro a la vida de la madre no pueda ser evitado de ninguna otra forma, además reconoce la licitud del aborto eugenésico, que incluye situaciones como la violación a una mujer demente o idiota. Se estima que el aborto no es una decisión que una mujer tome con ligereza. Las secuelas psicológicas son graves y son agudizadas por el sentimiento de cometer un delito. Concebir un hijo no deseado también acarrea frustraciones, y muchas mujeres optan por no terminar con un embarazo por el temor a ser descubiertas, por el peligro de salud que ello implica y por sentimientos de culpabilidad.

b) ESTADOS UNIDOS

Una histórica y polémica decisión del Tribunal Supremo legalizó el aborto en 1973. El fallo del caso Wade contra Roe obligó a todos los Estados a garantizar la libertad, sin excepción, para interrumpir el embarazo en el primer trimestre. También dio amplios márgenes para practicar el aborto en el segundo trimestre. Sin embargo, desde 1976, el Gobierno no se responsabiliza de los gastos. Tan sólo 17 de los 50 Estados llegan a financiar algunas intervenciones. Esta ley ha convertido a EEUU en el país con el mayor número de abortos del mundo industrializado. Sin embargo, desde los 80, con la emergencia de los grupos anti - abortistas, se ha ido recortando la autonomía de las mujeres. En la mitad de los Estados se exige a las adolescentes que obtengan el permiso de sus progenitores, y en otros nueve se aplica el aviso de 24 horas.

Este procedimiento obliga a la abortista a observar un día de reflexión después de que el Estado le desaconseje deshacerse del hijo. El 22 de Enero de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que el derecho a la privacidad de una mujer es más apremiante que el derecho a la vida de su hijo que esta por nacer. Esa decisión introdujo una época de testimonio a la exterminación por aborto de más de un millón de niños por nacer, cada año.

c) MEXICO

En México, el derecho de las mujeres a decidir por sí mismas por la pertenencia de su cuerpo, se encuentra limitado por leyes que datan de 1931.

El aborto, independientemente de la postura política y religiosa, es un grave problema de salud pública, con ocho mil abortos anuales en México, aunque el sub - registro impide saber el número real de interrupciones del embarazo.

En México, aun se sigue con un Código no reformado sobre este apartado, a la espera de un nuevo siglo que traiga con él, el cumplimiento y aplicación del artículo cuarto constitucional en donde "Toda persona tiene derecho a decidir de

manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos". Sin embargo, se permite el aborto bajo determinadas circunstancias, como:

1. Para salvar la vida de la madre.
2. Por violación o incesto.

d) BOLIVIA

La ley permite el aborto en Bolivia por los siguientes motivos:

- 1 Para salvar la vida de la madre
- 2 Para preservar la salud física
- 3 Violación o incesto

Requisitos adicionales:

El aborto debe ser autorizado por un funcionario del gobierno y debe ser practicado por un médico con licencia.

e) BRASIL

Se permite el aborto sólo para salvar la vida de la madre. El aborto ilegal es castigado con por lo menos cuatro años de prisión para el médico; la pena es mayor si no se obtuvo el consentimiento, si la mujer sufre daños o muere, o si la mujer es menor de 14 años de edad. La mujer sufre la prisión durante por lo menos cuatro años; la pena es de 6 a 24 meses de cárcel si el aborto se provocó para evitar la pérdida del honor.

f) COSTA RICA

El aborto es permitido por la ley en este país por los siguientes motivos:

- 1 Para salvar la vida de la madre
- 2 Para preservar la salud física
- 3 Requisitos adicionales:

El aborto requiere la aprobación de dos médicos, incluyendo el médico que atiende en ese momento, y el consentimiento por escrito de la mujer, de su esposo o de su representante legal. El procedimiento debe ser realizado por un médico, y si no hay un médico disponible, por una comadrona autorizada.

g) CUBA

El aborto está legalmente permitido en este país por los siguientes motivos:

- 1 Para salvar la vida de la mujer
- 2 Para preservar la salud física
- 3 Para preservar la salud mental

- 4 Violación o incesto
- 5 Daño fetal
- 6 Razones económicas o sociales
- 7 Disponible a petición

Requisitos:

El aborto requiere el consentimiento de la mujer embarazada. Si es soltera y menor de 16 años, se requiere el consentimiento paterno. Si la gestación sobrepasa las 10 semanas, se requiere la autorización de las autoridades sanitarias. El aborto debe ser practicado por un médico en un centro de salud oficial.

h) ECUADOR

La ley permite el aborto por los siguientes motivos:

- 1 Para salvar la vida de la mujer
- 2 Para preservar la salud física
- 3 Violación o incesto

Se requiere el consentimiento del representante legal de la mujer si ella padece retraso mental o demencia. El aborto debe ser practicado por un médico con el consentimiento de la mujer o el de su esposo si ella está incapacitada.

2.3 EL CASO COLOMBIANO

Colombia, Chile y el Salvador son los únicos países de América Latina y el Caribe que no permiten el aborto bajo ninguna circunstancia.

En Colombia el aborto siempre ha sido considerado como un delito, el código de 1837, sancionaba el aborto consentido y no consentido, pero lo admitía a nivel terapéutico es decir, cuando lo practicaba un médico como único medio de salvar la vida de la madre. El Código penal de 1890 recogía la disposición anterior en su art. 640. No se penalizaba el aborto cuando se efectuaba como medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer, ni cuando, en conformidad con los principios de la medicina, era indispensable el parto prematuro artificial. La ley 109 de 1922 pretendió reformar el Código Penal de 1890, pero nunca entro a regir, eliminaba el aborto terapéutico; sin embargo, conservó el aborto honoris causa.

El Código penal de 1936, en su art. 389, autorizaba conceder hasta el perdón judicial cuando el aborto se practicaba para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana.

En el Decreto 100 de 1980, desaparece el aborto honoris causa, aunque en el tipo penal atenuado se extendió no sólo a la mujer, sino a quien lo realice cuando el embarazo es el resultado de acceso carnal violento, abusivo o con inseminación artificial no consentida.

El actual Código sanciona con penas de uno a tres años a la mujer que cause su aborto o que permita que otro se lo cause, se establece circunstancias de atenuación punitiva y permite que el juez al analizar si la conducta se ha cometido en presencia de circunstancias anormales de motivación, prescinda de la pena, incluso se podrían presentar casos en que el juicio de exigibilidad no se podría realizar habiendo, en consecuencia, ausencia de responsabilidad o culpabilidad.

2.4 EL ABORTO UN PROBLEMA DE SALUD PUBLICA

El aborto es un problema de Salud pública con un elevado índice de mortalidad y complicaciones. El delito de aborto es quizás el delito que presenta las mayores cifras de clandestinidad. Se calcula que en Colombia se practican cerca de 300 mil abortos al año¹⁰, sugiriendo que por cada diez niños nacidos vivos se registran cuatro abortos y por cada cien mujeres entre los 15 y 49 años, tres ha practicado un aborto. El aborto es la segunda causa de muerte materna en el país y representa el 16% del total de las muertes ocurridas por causa de embarazo.¹¹

La mayoría de los países cuenta hoy con una legislación que lo permite en ciertas circunstancias y las pacientes que tienen que acudir a esta opción para conservar su salud y su vida, pueden acceder a los centros de salud y ser tratadas por personal idóneo. En nuestro país, por el contrario, el aborto se califica como un hecho pecaminoso y se aplican medidas punitivas con base en el Código Penal, obligando a las mujeres a buscar recursos clandestinos con grave peligro para sus vidas y su integridad física¹².

¹⁰ CORDOBA ANGULO, Miguel: Aspectos jurídicos del delito de aborto. Revista Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. XII. Nº 40, Enero-Abril 1990, Universidad Externado de Colombia, pág. 14.

¹¹ RIVAS, Enrique. El aborto polariza al país. En. El Espectador. Semana del 17 al 23 de julio. 2005.

¹² OCHOA ARISMENDY, Bernardo. El aborto y la universidad. Medellín. Universidad de Antioquía. 2005.

CAPITULO II

3 CLASIFICACION DEL ABORTO

En general el aborto puede clasificarse en:

3.1 ESPONTANEO

Es el aborto producido por causas patológicas o accidentales, independientes de la voluntad de la madre o de un tercero.¹³

3.2 PROVOCADO

Este tipo de aborto encuentra su origen en la intervención del hombre.¹⁴

El aborto provocado puede ser:

a) **INDIRECTO:** Cuando se produce sin intención, como consecuencia de un hecho tendiente a otro objetivo.

b) **DIRECTO:** Cuando se ha perseguido directamente la expulsión del feto. Este tipo de aborto puede ser a su vez;

3.3 ABORTO COMPLETO O INCOMPLETO

En el aborto completo el huevo sale integro del interior de la mujer; en el segundo quedan restos o partes del feto en el interior.

3.4 ABORTO HABITUAL

Cuando se producen tres o más abortos espontáneos consecutivos, debidos a enfermedades, alteraciones hormonales, incompatibilidad de la sangre entre madre y feto, problemas al útero u otras causas.

Dos son los sistemas seguidos para la legalización del aborto: El sistema de plazos y El sistema de las indicaciones, donde el aborto, teóricamente esta prohibido, pero se despenaliza en los siguientes eventos.

3.5 ABORTO EUGENESICO.

¹³ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario de legislación y jurisprudencia. Bogotá: Ed. Temis 1977. P 45- 58

¹⁴ Ibidem.

Se produce el aborto por el riesgo de anomalías o malformaciones congénitas en el hijo.

3.6 ABORTO HONORIS CAUSA

Es el aborto producido para salvar el honor, la honra de la mujer soltera como casada, que tienen sexualmente una reputación honesta. El privilegio es de carácter personal e implica exclusivamente un momento de la culpabilidad, sólo beneficia a la mujer que ha causado su aborto o consentido que otra persona se lo cause y no se extiende a los copartícipes, aunque ellos concurren con el fin de ocultar la deshonra de la mujer. El ocultar la deshonra debe haber sido el motivo fundamental o predominante, sin el cual no se hubiera obrado.

3.7 ABORTO ETICO-SOCIAL.

Intervención abortiva que tiene por objeto la eliminación del producto de la concepción que proviene de un hecho delictivo, como violación o incesto.

3.8 ABORTO SOCIOECONOMICO (aborto miserable)

Interrupción del embarazo por razones económicas; evita el aumento de la población y la miseria. Es admitido en países como Australia, Bulgaria o Japón.

3.9 ABORTO TERAPEUTICO - MEDICO O NECESARIO

Es que se realiza para salvar la vida de la madre o proteger la salud, tanto física o mental puestas en peligro por el embarazo, es la modalidad del aborto más reconocida en las legislaciones que lo criminalizan, como excluyente de responsabilidad.

En el sistema de plazos se acepta la provocación del aborto, sin causa o por simple decisión de la madre, con tal que se practique en el plazo fijado por la ley que coincide con los primeros meses de embarazo.

4 METODOS PARA PRACTICAR EL ABORTO

Existen varios métodos para practicar un aborto, que van desde métodos caseros hasta cirugías entre las prácticas más comunes tenemos:

4.1 POR ENVENENAMIENTO SALINO

Se extrae el líquido amniótico dentro de la bolsa que protege al bebé. Se introduce una larga aguja a través del abdomen de la madre, hasta la bolsa amniótica y se inyecta en su lugar una solución salina concentrada. El bebé ingiere esta solución que le producirá la muerte 12 horas más tarde por envenenamiento, deshidratación, hemorragia del cerebro y de otros órganos. Este método se utiliza después de las 16 semanas de embarazo.

4.2 POR SUCCION

Se inserta en el útero un tubo hueco que tiene un borde afilado. Una fuerte succión (28 veces más fuerte que la de una aspiradora casera) despedaza el cuerpo del bebé que se está desarrollando, así como la placenta y absorbe "el producto del embarazo" (osea, el bebé), depositándolo después en un balde. El abortista introduce luego una pinza para extraer el cráneo, que suele no salir por el tubo de succión. Algunas veces las partes más pequeñas del cuerpo del bebé pueden identificarse. Casi el 95% de los abortos en los países desarrollados se realizan de esta forma.

4.3 POR DILATACION Y CURETAJE

En este método se utiliza un cuchillo provisto de una cucharilla filosa en la punta con la cual se va cortando al bebé en pedazos con el fin de facilitar su extracción por el cuello de la matriz. Durante el segundo y el tercer trimestre del embarazo el bebé es ya demasiado grande para extraerlo por succión; entonces se utiliza el método llamado por dilatación y curetaje.

4.4 POR "D & X" A LAS 32 SEMANAS

Este es el método más espantoso de todos, también es conocido como nacimiento parcial. Suele hacerse cuando el bebé se encuentra muy próximo de su nacimiento. Después de haber dilatado el cuello uterino durante tres días y guiándose por la ecografía, el abortista introduce unas pinzas y agarra con ellas una piernecita, después la otra, seguida del cuerpo, hasta llegar a los hombros y brazos del bebé. así extrae parcialmente el cuerpo del bebé, como si éste fuera

nacer, salvo que deja la cabeza dentro del útero. Como la cabeza es demasiado grande para ser extraída intacta; el abortista, entierra unas tijeras en la base del cráneo del bebé que está vivo, y las abre para ampliar el orificio. Entonces inserta un catéter y extrae el cerebro mediante succión. Este procedimiento hace que el bebé muera y que su cabeza se desplome. A continuación extrae a la criatura y le corta la placenta.

4.5 MEDIANTE PROSTAGLANDINAS

Este fármaco provoca un parto prematuro durante cualquier etapa del embarazo. Se usa para llevar a cabo el aborto a la mitad del embarazo y en las últimas etapas de éste. Su principal "complicación" es que el bebé a veces sale vivo. También puede causarle graves daños a la madre. Recientemente las prostaglandinas se han usado con la RU-486 para aumentar la "efectividad" de éstas.

4.6 RU-486

Se trata de un fármaco abortivo empleado conjuntamente con una prostaglandina, que es eficiente si se la emplea entre la primera y la tercera semana después de faltarle la primera menstruación a la madre. Actúa matando de hambre al diminuto bebé, al privarlo de un elemento vital, la hormona progesterona. El aborto se produce luego de varios días de dolorosas contracciones.

CAPITULO III

5 ASPECTOS JURIDICOS DEL ABORTO

Los elementos objetivos que caracterizan el tipos son:

5.1 MUERTE DEL EMBRION O DEL FETO

Este es el resultado del delito. Puede verificarse tanto dentro del útero como fuera, después de su expulsión. En este caso, debe ocasionarse la muerte por lo prematuro de la expulsión, pues si resulta que la criatura nace viva y viable, y una vez afuera se le procura la muerte, estaremos frente al delito de homicidio¹⁵.

5.2 NEXO CAUSAL

El nexo causal en el aborto es idéntico al de todos los delitos penales de resultado y lo debemos entender como la relación de causa a efecto que debe existir entre la acción y el resultado, para el delito de aborto es indispensable que se verifique por la conducta del agente, es decir, que el aborto sea el resultado de la conducta humana.

6 ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO

Para distinguir los elementos de este delito es necesario diferenciar si el aborto fue causado por la propia madre, o si por el contrario fue un tercero quien realizó la conductas pero con el consentimiento de la madre.

Para el primer evento, es decir que la mujer embarazada se produzca el aborto, los elementos serian:

1. Existencia del embarazo que es un fenómeno fisiológico que admite su diagnóstico con certeza, sin embargo, el error es posible especialmente en los llamados embarazos nerviosos. No existe delito cuando se trata de la extracción de fetos imperfectos incapaces de vida.

¹⁵ TOCORA, Luis. Derecho Penal Especial. 8ª edición Bogotá. Librería el profesional, 2002. P.91

2. Interrupción provocada del embarazo en cualquier época de la vida intrauterina; igualmente punible es el aborto del embrión de pocas semanas como el feto maduro próximo al parto.

3 Voluntad de producir el aborto; la intención criminal supone el conocimiento del estado de gravidez de la mujer y de la eficiencia abortiva del medio empleado.

Para el segundo evento, si es otra persona quien ejecuta la conducta pero con el consentimiento de la mujer se agregarían los siguientes elementos:

1 Consentimiento de la embarazada para que otra persona le cause el aborto.

2 Suspensión del embarazo por persona distinta a al embarazada.

6.1 ELEMENTOS TIPICOS DEL ABORTO

a) BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

El bien jurídico protegido es la vida y la integridad personal, la vida del ser que esta por nacer.

b) OBJETO JURIDICO

La vida del feto o producto de la concepción.

c) OBJETO MATERIAL

El feto, producto de la concepción a través de todas las fases de desarrollo.

d) SUJETO ACTIVO

Puede ser la mujer que cause el aborto, siendo en este caso, un sujeto activo calificado, o cualquier persona que cause el aborto sea con consentimiento de la embarazada o sin el.

e) CONDUCTA.

El aborto se comete por acción; no se puede cometer aborto por omisión dado que en nuestra legislación se deben seguir los verbos rectores y el Código Penal señala “ La mujer que causare Art. 122 Código Penal o El que causare art. 123 ibidem,” que implica una actividad, así como el consentimiento que debe ser expreso.

f) MOMENTO CONSUMATIVO

Lo decisivo para que el delito se consume es la muerte del feto, sea dentro o fuera del útero materno, siempre que en este caso la muerte sea consecuencia de la interrupción de la gravidez.

g) SUJETO PASIVO

Se debe determinar quién es el titular del bien jurídico protegido. Existe discrepancia en este sentido que van desde reconocer como sujeto pasivo a la comunidad, por tener el interés jurídico en la preservación de la estirpe¹⁶; otros consideran como sujeto pasivo al feto, como producto de la concepción¹⁷, ya que la Constitución y el Código Civil le reconocen derechos al que esta por nacer. Por tanto, mientras dure la calidad de feto se puede ser sujeto pasivo del delito de aborto; una vez nacido comienza a ser persona y sujeto pasivo idóneo de otros delitos como el homicidio en cualquiera de sus variedades. Para los efectos legales se es feto desde el instante de la concepción, y solamente deja de serlo cuando se produce su muerte o se produce la vida, “el parto.” Como el aborto es un delito de resultado, se consuma cuando se produce la muerte del feto.

La Madre embarazada a la que se le practique el aborto sin su consentimiento será reconocida como sujeto pasivo secundario de este delito de aborto.

¹⁶ Apoyan esta tesis Jiménez de Asúa, Buccellati, Merkel, Von Litz.

¹⁷ Apoyan esta tesis Cuello Calón, Carrara, Puig Peña, Quintano Ripolles, Mezger, Soler, Mesa Velásquez.

7 EL ABORTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL

Los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal describen al aborto como un delito contra la Vida y la Integridad Personal de la siguiente manera:

ARTICULO 122. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.
A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.¹⁸

ARTICULO 123. ABORTO SIN CONSENTIMIENTO. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ARTICULO 124. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PARAGRAFO. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.¹⁹

Para el legislador No existe diferencia alguna entre la mujer que se cause su propio aborto y aquella que permita que otra persona se lo cause, aún cuando esta colaboración se limite simplemente al consentimiento.

7.1 ABORTO SIMPLE

De la redacción del art.122 definimos el aborto simple, el cual no tiene ni agravantes ni atenuante para la pena y consiste en provocarse el aborto o permitir que otro se lo cause, evento en el cual la pena será idéntica para el otro y la madre.

¹⁸ Este artículo corresponde al texto del artículo 343 del Decreto ley 100 de 1980, fue declarado exequible mediante sentencia C- 133-94 de 17 de marzo de 1994.

¹⁹ Parágrafo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 647-01 de Junio de 2001.

7.2 ABORTO AGRAVADO

El art. 123, describe el aborto sin consentimiento

Ubicándonos en una modalidad de aborto agravado, ya que el agente no es la propia mujer embarazada sino un tercero que ejecuta la conducta sin el consentimiento de esta.

Para que se presente esta figura delictiva deben estar presentes los siguientes elementos:

- a) Existencia del embarazo
- b) Suspensión del embarazo causado por un tercero, no por la mujer embarazada.
- c) No debe mediar consentimiento de la mujer embarazada para que se le practique el aborto.
- d) Intención de causar el aborto.
- e) Empleo de maniobras encaminadas a la suspensión del embarazo.
- f) Nexos causales entre estas maniobras y el resultado.

En varias legislaciones del mundo, Verbigracia la chilena, se habla del aborto agravado por la ocurrencia de la muerte de la mujer en embarazo, nuestro ordenamiento penal acogió esta figura en el Código de 1936 art. 387, esta agravante desapareció para los Códigos del 80 y el actual (2000), por considerar que, por el resultado, estaríamos frente al delito de homicidio preterintencional. Cuando se presenta la muerte de la mujer en embarazo al practicársele el aborto, la acción del agente determina un doble resultado el aborto con un dolo directo y la muerte de la mujer con un dolo eventual, puesto que este, segundo resultado no era el buscado por el agente, pero si lo aceptó de manera tácita al comprometerse a efectuar el aborto.

7.3 ABORTO ATENUADO.

Estipula el art. 124 del Código Penal que la pena señalada se disminuirá en las tres cuartas partes Cuando el embarazo sea el resultado de:

- a) Acceso Carnal violento.
- b) Acceso carnal abusivo
- c) Acto sexual sin consentimiento
- d) Inseminación artificial no consentida.
- e) Transferencia de óvulos fecundados no consentidas.

El legislador consideró que el embarazo no deseado y producido por los hechos anteriormente descritos, merecen un menor castigo incluso prescindir de él, pues quien es tomado como autora del delito, ha sido la víctima de la vulneración

de derechos fundamentales y se ve obligada a afrontar una situación no querida, no buscada, sino abocada a ella por el hecho de un tercero.²⁰

Estos argumentos que estudiaremos y ampliaremos en el próximo Capítulo, son los mismos que se expresan para solicitar la despenalización del aborto por embarazo no consentido.

8. ABORTO EN PRESENCIA DE EXTRAORDINARIAS CONDICIONES DE MOTIVACION.

El Parágrafo del art. 124 establece que “..... cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

Este parágrafo faculta al juez para que si la conducta se realiza en esas circunstancias se tomen como atenuante al momento de imponer la pena, rebajándola a las tres cuartas partes o, que el juez facultativamente le conceda el “*perdón judicial*” prescindiendo de la pena, según sus criterios personales cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el aborto se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación de la pena art. 55, 56 y 57 del Código penal.
- Que se efectúe en extraordinarias condiciones anormales de motivación; y,
- Que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto.

Entonces, el juez queda autorizado para eximir de la pena a la mujer o de la medida correspondiente si se trata de una menor, que realiza un aborto en las circunstancias descritas.

Por tanto, en los casos previstos en el artículo 124 son mucho más que excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también llamadas causales personales de exclusión de la punibilidad y constituyen excepciones constitucionalmente obligatorias para el legislador pues si bien el fin que se busca con la penalización del aborto es proteger el principio de la vida humana, no justifica el sacrificio de la vida, la salud física y mental, la libertad de la mujer, por lo menos en las circunstancias que se estudian, es decir, la afectación de estos derechos no resulta necesaria, útil y proporcionada y por tanto no se cumple con el requisito de que el beneficio constitucional obtenido sea superior al sacrificio que impone la restricción.²¹

²⁰ MAYA, villazon Concepto a la corte Constitucional, sobre demandas de inconstitucionalidad del art.122 y 124 del Código Penal.

²¹ MAYA, villazon Concepto a la corte Constitucional, sobre demandas de inconstitucionalidad del art.122 y 124 del Código Penal

Debemos analizar que sucede cuando el aborto se comete en presencia de extraordinarias condiciones de motivación según lo establecido en los artículos 56 y 57 del Código Penal.

Para todo delito es cuestión probatoria determinar si el agente, al perpetrar la conducta, actuó en presencia de presupuestos que pueden disminuir la pena, prescindir de ella o incluso eximir de responsabilidad, estamos frente a las circunstancias contemplada en el art. 32 del Código Penal, que de estar presente tendrían la suficiente entidad para eximir de responsabilidad al agente por que no se le podría exigir que actúe de manera diferente a como actuó, por que como lo estipula el art. 12 Ibidem, "Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

Anteriormente para el derecho Penal, la culpabilidad siempre estaba relacionada con la conciencia, había culpabilidad cuando quería realizar la conducta. Esta posición cambió radicalmente con el concepto finalista que la culpabilidad es la exigencia de un comportamiento diferente a autor del injusto penal por cuanto pudo acatar la norma, es decir, actuar de acuerdo a sus preceptos.

Para el delito en estudio será culpable la mujer que provoque su aborto, si actúa con los presupuestos de la culpabilidad.

- Capacidad de responder culpablemente.
- Capacidad de comprender la ilicitud.
- Que sea posible exigir conducta diferente.

Por lo tanto si la mujer actúa en presencia de extraordinarias condiciones de motivación que tendrían la capacidad de anular la libertad de la mujer embarazada, afectaría la culpabilidad y a la mujer no se le podría exigir que actúe de manera diferente a como actuó, verbigracia, Cuando hay insuperable coacción ajena art. 32 N° 8 Código Penal, Miedo Insuperable art.32 N° 9 Ibidem.

CAPITULO IV

9 DEMANDAS DE INCOSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTICULOS QUE PENALIZAN EL ABORTO

En el mundo hay una marcada tendencia a despenalizar el aborto en casos específicos, sólo el 0,4 % de los países del mundo penaliza el aborto sin ninguna excepción²² en el resto de los países esta despenalizado cuando se presenta en determinadas circunstancias, entre las circunstancias más comunes por las cuales se permite el aborto están: Para salvar la vida, la salud física, la salud mental de la madre, en caso que la concepción sea producto de violación o incesto o cuando se presenta malformación fetal. (Anexo 1).

En Colombia el tema no es nuevo es así como en los últimos años se han presentado diferentes proyectos de ley para despenalizar el aborto y varias demandas de inconstitucionalidad contra los artículos que lo penalizan, por estar estas demandas y proyectos ligados directamente con este trabajo presento los puntos más importantes de los mismos, para luego analizar sus argumentos coincidentes, sus diferencias y los salvamentos de voto que nos llevará a concluir sobre la tendencia jurisprudencial sobre el tema.

9.1 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 343 DEL DECRETO 100 DE 1980.

El artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal Anterior) fue objeto de demanda de inconstitucionalidad la cual se resolvió desfavorablemente al actor mediante sentencia C – 133 –94 del 17 de Marzo de 1994.

El actor de la demanda fue el señor Alexander Sochandamandou, y el magistrado ponente el Doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL.
El texto de la norma acusada, que es el mismo del art. 122 del Código Penal de 2000, es el siguiente:

²² RIVAS, G. Enrique, El aborto polariza al país. En: El espectador, Santafé de Bogotá (17 de Julio de 2005); p.4 A.

*"ARTICULO 343. ABORTO. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.
A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior".*

9.1.1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

Según el actor, la norma acusada es inconstitucional, con fundamento en las siguientes consideraciones:

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

"Ante la ley, persona es el ente físico nacido de la especie humana, que viva tan siquiera un minuto. El sujeto nacido es persona porque desempeña un papel, se impone una misión o da un sentido a su vida".

"Las no personas no son jurídicamente capaces de derechos ni de obligaciones ni están dotados de representación propia en el derecho y en consecuencia, el aborto o expulsión de vientre materno de las no personas, no puede ser penalizado legalmente".

b) "Porque las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus creencias y no todas las personas sustentan la misma creencia sobre las cualidades de las no personas, en las diferentes etapas de su gestación: la etapa celular que se sucede durante las primeras seis semanas del embarazo, la etapa embrionaria que se sucede entre las seis semanas y el cuarto mes del embarazo y la etapa fetal que se sucede del cuarto mes en adelante".

c) "Porque el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana y existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito y comúnmente lo practican por motivos eugenésicos, de malformación congénita, terapéuticos, quirúrgicos, sentimentales, sociales, económicos o como recurso destinado a mantener el equilibrio de la población dentro de la familia, en armonía con sus medios de subsistencia".

d) "Porque todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad o sea al libre desarrollo del conjunto de caracteres intelectuales, afectivos y de acción que la distinguen desde el punto de vista psíquico y le dan una peculiaridad sin limitaciones impuestas por el orden jurídico".

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

"e) "Porque nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia o, cualidad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales, en las modificaciones que en sí mismo experimenta y en los distintos hechos de su vida, en el conocimiento del bien que desea hacer y del mal que desea evitar juzgando espontáneamente e inmediatamente sobre el valor moral (conciencia moral) de sus actos individuales y determinados".

"Al garantizar la libertad de conciencia, la Constitución garantiza que es un acto potestativo de la mujer el poder determinar si se somete voluntariamente a un aborto, invocando para ello la certidumbre que se origina en las íntimas razones de su propia conciencia. Es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer que el producto de la concepción que no sea persona concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término".

"Porque la Constitución garantiza la libertad de cultos y no todos los colombianos practican el culto Católico, Apostólico, Romano. Fue la iglesia cristiana la que primero condenó el aborto, fundándose en la creencia de que el feto, hombre o mujer, es un ser dotado de alma y la muerte lo priva de la gracia del bautismo...".

"El derecho vigente en diversos países de moralidad religiosa diferente al cristianismo no penaliza por no considerar el aborto como un delito...".

f) "Porque nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido por obrar bajo los dictámenes de su conciencia. Sean estos de carácter filosófico, político o de simple creencia".

"La conciencia es un producto del hábito formado por la evolución de las costumbres, la moral y las circunstancias históricas. En consecuencia y debido a que constitucionalmente las no personas carecen de derechos y de protección legal, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer, de conformidad con la religión o la filosofía que profesen, el que el producto de la concepción que no es persona concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término".

g) "Porque si la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y no todas las concepciones o embarazos son el producto de la voluntad de la pareja, es a la mujer sin compañero o marido o a la pareja a quienes compete decidir y disponer en aras de su responsabilidad para con la sociedad, el que el producto de la concepción que no es persona, concluya o no el proceso de gestación hasta llegar a su término...".

9.1.2 TRAMITE Y SENTENCIA

La intervención del defensor del pueblo, del ministerio de Justicia y procurador general de la Nación, fue la de impugnar la demanda que originó el presente proceso, desestimar los cargos y solicitar que se declare la exequibilidad de la norma acusada, ante lo cual la corte decidió declarar **EXEQUIBLE** el artículo 343 del Decreto 100 DE 1980, “por el cual se expidió el Código Penal Colombiano”.

9.1.3 ARGUMENTOS PARA DESESTIMAR LOS CARGOS

Los argumentos principales para desestimar los cargos fueron:

a) EL NASCITURUS AUN CUANDO NO ES PERSONA, TIENE DERECHO A LA VIDA

Aunque la constitución reconoce el derecho a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano, no se debe entender que la vida del que esta por nacer o nasciturus, no goce de la misma protección constitucional, se protege la vida humana y por ello debe entenderse que donde haya vida, debe existir el amparo estatal. De lo anterior debemos concluir, necesariamente, que el estado ampara la vida no solo desde el momento del nacimiento del ser humano sino desde el momento mismo de la concepción, por ello está facultado para penalizar los actos destinados a causar la muerte del nasciturus.

b) LA PENALIZACION DEL ABORTO NO VULNERA EL DERECHO DE LA PAREJA A DECIDIR LIBRE Y RESPONSABLEMENTE EL NUMERO DE SUS HIJOS, NI LAS LIBERTADES DE CONCIENCIA Y CULTO.

Para analizar los restantes cargos de la demanda de inconstitucionalidad, la corte admitió que cuando se toca el tema del aborto “entran en juego ideas, creencias y convicciones morales; por estas circunstancias, y para garantizar la imparcialidad en el juicio inherente a la función jurisdiccional, hace abstracción de todo elemento o patrón de interpretación que no sea el estrictamente jurídico”²³

En cuanto al argumento que la pareja tiene el derecho de escoger por mutuo acuerdo cuantos hijos procrearán, es indudable que es así, ningún ente estatal, privado o persona natural tiene la facultad para decidir por otros sobre el tema, el estado a través de los diferentes medios de comunicaciones lanza campañas para que las parejas tomen conciencia y ejerzan su vida sexual con

²³ TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial. Librería del profesional. Octava edición, p 367

responsabilidad y seguridad para prevenir embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual, pero si los métodos fallan no otorga patente para terminar con la vida del nasciturus con el pretexto que era un hijo no planeado, la libertad de decisión de la pareja termina al momento del embarazo, por que como se dijo anteriormente, la constitución protege la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Por lo tanto la penalización del aborto “No implica desconocimiento de la autonomía o autodeterminación de la mujer o de la pareja para decidir sobre tan trascendente aspecto de sus vidas, a través de las prácticas anticonceptivas, o que se ignoren los derechos a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, honor e intimidad personal y familiar, pues dicha autonomía y el ejercicio de los referidos derechos, debe compatibilizarse con la protección de la vida humana”.²⁴

La corte manifestó que “bajo el amparo de las libertades de conciencia y de cultos, no es procedente legitimar conductas que conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de su gestación”.

La constitución Política en los artículos 18 y 19 dice.

ART. 18 Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado contra su conciencia.

ART. 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

El ejercicio de los derechos que nacen de las libertades otorgadas en la constitución tienen como límites el derecho de los demás a disfrutar de las libertades públicas y derechos fundamentales, como en el caso del derecho a la vida del nasciturus.

9.1.4 SALVAMENTOS DE VOTO

A pesar de la tesis mayoritaria, los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Expusieron sus salvamentos de voto con base en las siguientes argumentaciones:

1. Se debe diferenciar la protección a la vida del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la constitución Política el cual dice: “ El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Del derecho fundamental a la vida sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto

²⁴ Sentencia C- 133-94 de 17 de Marzo de 1994.

es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones, pero ello no implica que el nasciturus no merezca protección, debe ser protegido pero no atribuirle derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio puesto que esto presupone que el estado puede restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho, para el caso concreto conceder derechos fundamentales al nasciturus implica un obstáculo, en particular a la mujer embarazada, para ejercer sus derechos constitucionales.

2. "Una interpretación de la constitucionalidad de la norma acusada con base en la legalidad - Códigos Civil y del Menor - o del derecho internacional - Convención Americana de Derechos Humanos -, como la que hace la mayoría, para concluir que el nasciturus tiene derechos, es invertir la jerarquía normativa, mediante la fijación del alcance del texto constitucional a partir de los dictámenes del legislador."²⁵
3. La mujer embarazada goza de especial asistencia y protección del estado, la corte no esta en libertad de conceder un status al nasciturus concediéndole derechos que no tiene y que entrarían en conflicto con los derechos de la mujer embarazada.
4. Para dar cumplimiento al ART. 19 de la Constitución, El Estado puede exigir que las decisiones acerca del aborto se adopten reflexivamente, en atención a la importancia del asunto, dejando un espacio de libertad para tomar decisiones morales de manera que las personas asuman individualmente su responsabilidad.
5. "El derecho a la autonomía procreativa se desprende directamente del derecho de los padres a determinar el número de hijos que desean tener y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es igualmente artificioso afirmar que este derecho puede ejercitarse en unas circunstancias - antes de la concepción - más no en otras -, luego de la concepción -, sin fundamento constitucional que justifique dicha distinción"
6. La penalización del aborto exige a la mujer continuar con un embarazo que es producto de una violación, o teniendo que afrontar una extrema pobreza o a sabiendas que el hijo futuro viene con graves deformaciones físicas o mentales, obligando a traer al mundo un hijo que de antemano condena a los dos, madre e hijo, a una vida de sufrimientos, de infelicidad, siendo imposible conseguir la calidad de vida que la constitución dice proteger.

²⁵ Salvamentos de voto sentencia C- 133-94 de 17 de marzo de 1994

9.2 DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL.

El párrafo del ART. 124 del Código Penal ha sido atacado, por inconstitucionalidad, en dos ocasiones; la primera en el año 2000 y la segunda en el 2001. En la demanda de inconstitucionalidad, presentada en el 2001 por el ciudadano Fernando Sabogal Viana, se solicitó a la Corte que declare la inconstitucionalidad del párrafo del artículo 124 del Código Penal por vicios de forma, por ello are una breve referencia de esta demanda para posteriormente analizar, por estar íntimamente ligada al tema de este Trabajo de Grado, la que fue presentada en el 2000, donde se solicita la declaración de inconstitucionalidad por el contenido material del párrafo.

9.2.1 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL POR VICIOS DE FORMA.

Para el actor señor Fernando Sabogal Viana, el párrafo del artículo 124 del Código Penal, debió ser declarado inconstitucional por cuanto acaece de vicios de trámite para su formación, afirma que existen discrepancias en los textos debatidos y aprobados en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes.

Para una mayor comprensión de los argumentos es indispensable comentar que Hubo necesidad de nombrar una Comisión de Conciliación para que resuelva, la divergencia que se circunscribía a la inclusión o no de una causal de atenuación punitiva para el delito de aborto eugenésico. El Senado descartaba esta causal como diminuyente de la punibilidad, y la Cámara la aceptaba. Así, la competencia de la Comisión de Conciliación se restringía a definir si tal causal resultaría incluida o excluida del texto del artículo. No obstante lo anterior, la Comisión de Conciliación, a instancias del Ministro de Justicia, introdujo el párrafo relativo a la causal excluyente de la pena para el caso del delito de aborto en caso de violación.

Mediante Sentencia C- 198/02 y después del trámite de rigor la corte resolvió declarar exequible el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

9.2.2 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARAGRAFO DEL ART.124 DEL CODIGO PENAL POR SU CONTENIDO MATERIAL

El demandante fue el señor Carlos Humberto Gómez Arámbula y el Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, la demanda fue admitida el 11 de diciembre de 2000.

9.2.2.1 ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

- a) “El demandante considera que el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 desconoce el más importante de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida. Considera que la norma demandada al despenalizar el delito de aborto en condiciones anormales y extraordinarias de motivación, fomentará la comisión del mismo porque elimina una barrera existente en la mente humana, pues aunque sea prohibido por la “*Ley Divina*” el delito es permitido por la ley del hombre, porque no otorga ninguna consecuencia jurídica al hecho punible del aborto”²⁶
- b) Que el párrafo demandado viola los artículos 1 y 11 de la Constitución, por que deja impunes crímenes cometidos contra un ser humano indefenso.
- c) A juicio del demandante la norma consiente que la madre violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, tenga la posibilidad de cometer un delito y que esta siempre buscará excusas para calificar como condiciones anormales de motivación, las razones que la indujeron a abortar.
- d) Considera que si el niño no es querido no existe justificación para matarlo, pues el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha creado instituciones en donde pueden ser entregados en adopción, así mismo, señala que existen muchas entidades privadas con ese fin.

9.2.2.2 TRAMITE Y SENTENCIA

El Fiscal general de la nación consideró que los cargos debían ser desestimados, ya que el párrafo del ART. 124 recoge el concepto de culpabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual dispone que no puede existir pena sin culpabilidad, al encontrarse ésta disminuida se pierde el fundamento para aplicar la pena. Así las cosas, a su juicio, la norma demandada no afecta el derecho a la vida porque el elemento antijuridicidad permanece incólume y, sólo se contempla la no imposición de la pena ante la ausencia de culpabilidad por las circunstancias extraordinarias de motivación que llevaron a la persona al aborto, por otra parte, el Procurador General de La Nación, considero impertinente introducir en el debate sub examine aspectos de carácter teológico como se propone en la demanda, pues se iría en contravía con el fundamento pluralista del Estado Colombiano y mal podría la Corte utilizar en sus fallos

²⁶ GOMEZ ARAMBULA, Humberto. Expediente D – 3292. Demanda de inconstitucionalidad párrafo del art. 124 Código penal.

concepciones religiosas para avalar o excluir del ordenamiento jurídico normas legales por encontrarse o no de conformidad con esa concepción. “Por ende, el análisis de constitucionalidad se debe realizar a la luz de los lineamientos consagrados en el Estatuto Fundamental y no “de los documentos emitidos por quien es la cabeza visible de una determinada religión”.

“Ahora bien, aduce el Ministerio Público que con el fin de determinar si la facultad que otorga la norma legal demandada al juez penal para prescindir de la pena en las circunstancias que describe el legislador para el aborto atenuado, se encuentra en contravía de la función preventiva del delito, se debe observar una doble perspectiva. En primer lugar, el punto de vista de la vida futura del embrión, y, en segundo lugar, la vida de la mujer que lo ha concebido como resultado de un hecho criminal”.

“En el primero de los casos, considera contradictoria la tesis que defiende la continuidad del embarazo producto de hechos violentos o abusivos hasta la consumación del parto, pues a su juicio, mientras esa continuidad es defendida aduciendo presuntos derechos del embrión, se hace caso omiso de los derechos del menor que muy probablemente le serán negados *“habida cuenta de su condición futura de criatura no deseada”*. Y, en el segundo, esto es, en relación con la vida de la mujer, el legislador desconocería el principio de la dignidad humana, si penalizara a la mujer que embarazada en contra de su voluntad, aborta llevada a eso por unas motivaciones cuya magnitud le harían imposible el disfrute de bienes jurídicos que conforman valores constitutivos de la dignidad humana”.²⁷

9.2.3 ARGUMENTOS PARA DESESTIMAR LOS CARGOS

La corte decidió declarar exequible el parágrafo demandado, entre otros, por los siguientes argumentos:

a) Al Estado le corresponde definir las conductas que considere como hechos punibles y, así mismo, la de establecer las penas correspondientes, para dar cumplimiento al principio de legalidad que reza que no hay delito sin ley que lo defina *“nullum crimen sine lege”*, ni pena sin ley que la determine *“nullum poena sine lege”*.

Corresponde, al Juez, realizar un juicio de tipicidad, y determinar si la conducta es típica, antijurídica y culpable para concluir luego en la responsabilidad del agente e imponerle la pena correspondiente, así se da cabal cumplimiento con el artículo 29 de la Constitución que obliga que a nadie pueda juzgarse sino conforme a

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 647 – 2001.

leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia plena de las formalidades legales “*nemo iudex sine lege*”, “*nulla poena sine iudicio legali*”.

Mediante la pena y en virtud de la definición legal, el Estado le impone a una persona determinada la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalen la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos.

Si bien es verdad que la sociedad en el estado actual de su desarrollo acude a las penas como medio de control social, también lo es que a ella sólo puede acudir como último recurso, pues el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la *ultima ratio* que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

De lo expuesto deviene entonces, como obligado corolario que la pena, para tener legitimidad en un Estado democrático, además de ser definida por la ley, ha de ser necesariamente justa, lo que indica que, en ningún caso puede el Estado imponer penas desproporcionadas, innecesarias o inútiles, asunto éste que encuentra en Colombia apoyo constitucional en el artículo 2 de la Carta que entre otros fines asigna al Estado el de asegurar la “*convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”.

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas.

Sin embargo, en casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.

b) La Ley 599 de 2000 *“Por la cual se expide el Código Penal”*, tipifica en el artículo 122 el delito de aborto, ya sea que la mujer se lo cause a si misma, o permita que otro se lo cause y, en el artículo 123, tipifica el aborto sin consentimiento de la mujer, o el causado en mujer menor de catorce años.

A continuación el artículo 124 del mismo código establece como circunstancias de atenuación punitiva el embarazo que fuere resultado de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de transferencia de óvulo fecundado no consentida o de inseminación artificial sin consentimiento de la mujer, casos estos en los cuales la pena puede disminuirse en las tres cuartas partes.

Ahora bien, el párrafo del citado artículo 124 establece que en los eventos que autorizan la atenuación de la pena, cuando el aborto se realice en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el juez podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto, párrafo cuya constitucionalidad es el objeto de análisis por la Corte en la presente sentencia.

De la lectura misma del artículo 124 del nuevo Código Penal queda claro que regula dos asuntos diversos: el primero, las circunstancias de atenuación de la pena, la cual opera en los cuatro casos específicos allí señalados; y el segundo, al que se refiere su párrafo, en el cual se autoriza al juzgador para prescindir de la pena cuando se cumplan los requisitos que contempla ese precepto. Ellos son:

- a) Que el aborto se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación de la pena
- b) Que se efectúe en extraordinarias condiciones anormales de motivación y
- c) Que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto.

Obsérvese como el legislador en el párrafo acusado instituye lo que en la doctrina se ha denominado como una excusa absolutoria, una verdadera causal de impunidad legal, abandona el rigor ciego que a la comisión del delito y la declaración de responsabilidad impone como consecuencia necesaria la pena a su autor, para que el juez, analizadas las circunstancias del caso

concreto, pueda concluir en la prescindencia de la imposición de la pena, si se reúnen unos requisitos determinados²⁸.

No resulta inconstitucional el párrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo código penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado Social, pluralista y democrático de Derecho. Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales establecer una causal personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa, que fue precisamente lo sucedido al incluir como disposición legal el párrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que en manera alguna viola la Carta Política.

9.3. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 122 DEL CODIGO PENAL DE 2000

La más reciente demanda de inconstitucionalidad contra el artículo que penaliza el aborto fue presentada fue la abogada MONICA DEL PILAR ROA LÓPEZ, demanda que se radico en la Corte bajo el expediente N°. D – 5764.

9.3.1 ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

1. La norma acusada contraviene la Constitución al tipificar la conducta del aborto con una sanción de uno (1) a tres (3) años de prisión, para la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause y para quien lo realice, de manera general sin establecer ninguna excepción. La actual legislación sobre la materia, al no contemplar ninguna excepción, vulnera los artículos 1°, 11, 12, 13, 16, y 43 de la Carta, por cuanto en circunstancias tales como los embarazos producto de la violencia o que implican grave riesgo físico o psicológico para la mujer, deben excluirse del tipo penal y no solamente considerarlas como atenuantes o como exonerantes de la pena.
2. El precepto demandado vulnera el artículo 93 Superior al desconocer los tratados internacionales de derechos humanos, por cuanto éstos obligan al Estado Colombiano a proteger la autonomía, la vida y la salud de la mujer, y el

²⁸ En Colombia en el artículo 640 del Código Penal de 1890 se autorizó el aborto terapéutico cuando apareciera como necesario para salvar la vida de la mujer, lo mismo que se hizo en el artículo 389 del Código Penal de 1936, en cual se autorizó al juez para conceder el perdón judicial en el caso de haberse cometido el aborto “*honoris causa*”, “*para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer descendiente, hija adoptiva o hermana*”.

Estado incumple estas obligaciones al no atender el problema de salud pública que ocasionan los abortos inseguros y por el contrario, estimula la ocurrencia de éstos al mantener una legislación restrictiva que contraria las nociones de derecho a la salud y derechos sexuales y reproductivos de la mujeres, que han sido desarrollada por documentos internacionales y por las autoridades encargadas de la vigilancia de cumplimiento de esos tratados. Incumple así el Estado colombiano con su obligación de adoptar una legislación que favorezca la efectiva protección de tales derechos.

3. La demandante aduce que el Comité de Derechos Humanos en varias ocasiones ha señalado su preocupación frente a países como Perú o Colombia, que tienen legislaciones totalmente restrictivas en donde “el aborto da lugar a castigos penales incluso si una mujer queda embarazada por violación y que los abortos clandestinos son la principal causa de muerte materna”, regulación que como tal, en concepto del Comité, somete a las mujeres a tratos crueles, degradantes e inhumanos.

En consecuencia, la demandante pide que se declare la inconstitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 y en subsidio, que se declare su constitucionalidad condicionada en el sentido de que la penalización del aborto no cobije las siguientes circunstancias:

- a) Que se encuentre en peligro la vida o la salud de la mujer.
- b) Que el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Y
- c) Que exista una grave enfermedad o malformación en el feto incompatible con la vida extrauterina.

9.3.2 CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Procurador General de la nación, el 1 de agosto de 2005, se pronunció a favor de los argumentos de la demanda, lo que de inmediato genero un malestar de los altos jefes de la iglesia católica que le hicieron llegar su voz de protesta.(Anexo 2).

“El Ministerio Público considera que la demanda presentada por la ciudadana Roa López, amerita el estudio por parte de la Corte Constitucional, a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha producido entre la sentencia C-133 de 1994 en la que se analizó una norma de igual contenido normativo al que ahora se acusa, dado que entre el año 1994 y el año 2005, es decir, casi una década después, hay una amplia jurisprudencia en lo que hace al bloque de constitucionalidad y a la

interpretación de la Corte frente a derechos tales como la vida, la salud, la libertad, la seguridad social, en el contexto del Estado Social y Democrático de derecho, que pueden hacer que se modifiquen las conclusiones a las que en 1994 arribó la Corte, al analizar el tipo del aborto”.

Por lo anteriormente expuesto, el procurador concluye, que se amerita el estudio de la demanda además por que:

a) No hay cosa juzgada formal pues es la primera vez que se demanda la norma como tal. Tampoco existe cosa juzgada material, a pesar de haberse demandado por inconstitucionalidad el ART. 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal Anterior) que corresponde al mismo texto del ART. 122 del Nuevo Código, ya que “la Corte declaró la constitucionalidad de ese precepto, teniendo como fundamento argumentos relativos al derecho a la vida, a la salud y a la protección del feto como límite a la libertad reproductiva de la mujer. Es decir, no se analizó el texto acusado en esa oportunidad con la integralidad de la Constitución, es decir, con los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad ni con otras normas expresamente consagradas en el texto fundamental”²⁹. El fallo de la corte (sentencia C -133 -94) dejó las puertas abiertas a la posibilidad de que la norma se volviera a analizar si se presentaban argumentos distintos a los analizados en esa oportunidad. De lo anterior se colige que con relación al tema ha operado sólo la cosa juzgada relativa.

b) La determinación de la constitucionalidad de una norma, resulta de la confrontación de ésta con el ordenamiento superior y los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y no de la confrontación con determinadas creencias religiosas.

c) La dignidad humana como parámetro para resolver la tensión que se presenta en la norma acusada,

d) El bloque de constitucionalidad: La obligatoriedad de los tratados internacionales y las recomendaciones de los organismos internacionales con relación a los derechos humanos y en particular, con respecto a la penalización general del aborto.

En conclusión el Procurador solicitó a la Corte Constitucional Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, bajo la condición de que

²⁹ MAYA, Villazón Egardo José, Bogotá, D.C., agosto 1 de 2005 concepto N°. 3880.

no sea incluida como conducta objeto de penalización la interrupción voluntaria del embarazo en los casos de:

- a) Concepción no consentida por la mujer.
- b) En embarazos con grave riesgo para la vida o la salud física o mental de la mujer.
- c) Establecimiento médico de la existencia de enfermedades o disfuncionalidades del feto que le hagan inviable.

Como consecuencia derivada de lo anterior, solicita se declare la INEXEQUIBILIDAD del artículo 124 de la Ley 599 de 2000, e insta al Congreso a desarrollar una legislación sobre los derechos reproductivos de la mujer, con observancia de los tratados y las recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, que incluya políticas preventivas de educación, orientación y asistencia especialmente dirigidas a la población más vulnerable.

10 PROYECTOS DE LEY PARA DESPENALIZAR EL ABORTO

10.1 PROYECTO DE LEY 58 DEL 2002

La senadora Piedad Córdoba, presentó este proyecto de ley “ por el cual se dictan normas sobre salud sexual y reproductiva y se modifica el artículo 124 de la ley 599 de 2000” Este proyecto contemplaba circunstancias específicas de exención de la pena a la mujer que causare su aborto o permitiese que otro se lo cause en tres circunstancias: Acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulos fecundados no consentidas, que el aborto fuese causado para evitar un riesgo inminente para la vida, e integridad personal o la salud de la madre, y que se establezcan en el feto patologías médicas o genéticas de gravedad tal que sean incompatibles con la vida humana.

Este proyecto de ley, que fue retirado por su autora, además de lo anteriormente mencionado tenía los siguientes objetivos:

- a) Propender porque las personas y las parejas logren sus objetivos de desarrollo personal y procreación en un marco que favorezca el respeto a los derechos sexuales.
- b) Propiciar condiciones de igualdad y de equidad entre hombres y mujeres en relación con el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos sexuales y reproductivos.

- c) Prevenir la gestación no deseada y reducir la incidencia de los procesos de gestación de alto riesgo, la morbilidad y mortalidad maternas.
- d) Regular la prestación de servicios de salud para el control de la fecundidad y planificación de la familia, prevención de infecciones de transmisión sexual, infecciones de transmisión materno-perinatal, detección y atención de cáncer de cuello uterino, seno, testículo y próstata, y ponerlos a disposición de quienes los necesitan, con equidad y calidad.
- e) Propiciar que los hombres asuman las responsabilidades que les competen en relación con el ejercicio de su sexualidad y sus funciones paternas.
- f) Fomentar la salud sexual de la población y prevenir las infecciones de transmisión sexual, incluido el VIH-SIDA, e infecciones de transmisión materno-perinatal.
- g) Reducir la violencia y el abuso sexual de mujeres, niños y minorías sexuales.
- h) Ofrecer educación sexual a todos los sectores de la población.
- i) Promover y auspiciar la investigación y evaluación en materia de salud sexual y salud reproductiva, y la difusión del conocimiento.

10.2 PROYECTO DE LEY 236 DE 2003.

Presentado por Luis Carlos Delgado Peñón, Representante a la Cámara; Alba Esther Ramírez Barón, Senadora; Musa Besaile Fayad, Representante. Este proyecto buscó que se modifique el artículo 124 del Código Penal y fue presentado de la siguiente manera:

Proyecto de ley 236 de 2003.

Por la cual se modifica el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 124 de la Ley 599 de 2000, quedará así:

Artículo 124. Causales eximentes de punibilidad. El aborto practicado por un médico diplomado, con consentimiento de la mujer embarazada, no es punible:

1. Cuando obedezca a causas económicas graves y justificadas y siempre que la mujer embarazada tenga cuando menos tres (3) hijos.
2. Cuando se practique con el consentimiento de la madre y del padre en su caso, y a juicio de dos (2) médicos, exista razón suficiente para suponer que el

producto padece alteraciones genéticas y congénitas, que den por resultado el nacimiento de un ser con trastornos físicos o mentales graves.

3. Cuando sea causado por acto culposo de la mujer embarazada.
4. Si el embarazo proviene de un acceso carnal violento o acto sexual violento.
5. Cuando a juicio del médico el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer.
6. Cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no deseada.

Parágrafo. El aborto requiere el consentimiento de la mujer embarazada. Si es soltera y menor de 18 años, se requiere el consentimiento paterno. Si la gestación sobrepasa las 10 semanas, se requiere la autorización de las autoridades sanitarias. El aborto debe ser practicado por un médico en un centro de salud oficial autorizado para tal efecto.

Artículo 2º. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

10.3 PROYECTO DE LEY DE 2005

El ultimo proyecto de ley sobre la despenalización del aborto, fue presentado en este año (2005) por el Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca, JOSE LUIS ARCILA CORDOBA. El proyecto es el siguiente.

“Por medio de la cual se permite el Aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 124 de la ley 599 de 2000, quedará así:

No se incurrirá en la pena señalada para el delito de aborto cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Artículo 2º. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su

promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

10.3.1 EXPOSICION DE MOTIVOS.

I. ANTECEDENTES:

La LEY 599 DE 2000 “Por la cual se expide el Código Penal” promulgada en julio 24 del año 2000, por medio del Diario Oficial No 44.097, consagró en el LIBRO II. De la PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS EN PARTICULAR, TITULO I. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL el capítulo IV dedicado a penalizar la conducta del Aborto en Colombia, en donde con la intención de realzar la protección al bien jurídico de la vida, se desconoció el derecho de las mujeres de la libre determinación, situación que se ha agudizado con hechos noticiosos de los últimos días en los que se reclama una acción concreta por parte del Congreso de la República, razón que motiva tomar medidas inmediatas, como la que estamos poniendo a consideración de los H. Representantes a la Cámara y medidas a largo plazo, en las que deberá trabajar el Congreso en asocio con la rama ejecutiva del poder público, medidas que procedemos a explicar a reglón seguido.

II. NECESIDAD DEL PROYECTO DE LEY:

La ley debe estar dirigida a la generalidad de la ciudadanía, sin embargo en esta ocasión existe un grupo poblacional muy vulnerable y que requiere de especial protección, como son las mujeres embarazadas y concretamente aquellas cuyo embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, circunstancias que son causantes de un sinnúmero de consecuencias psicológicas que deterioran gravemente la salud de la mujer, por lo cual no es razonable dirigir la voluntad de las mismas para obligarlas a continuar hasta el alumbramiento de un embarazo no consentido.

Igualmente es cierto que el legislador consideró al momento de la expedición de la ley 599 que el bien jurídico que debía prevalecer era el de la vida, sin embargo al protegerlo vulnera la integridad personal que igualmente hace parte del bien jurídico de la vida, situación que ante una ponderación de derechos se obtiene por resultado argumentos, tanto en contra como a favor de la protección de ambos derechos y ante dicha situación mal haría el legislador decidir por dicho grupo poblacional, o en el peor de los casos, convertir a la mujer como sujeto pasivo de una conducta penal, en sujeto activo de otra y endilgarle responsabilidad penal.

En consecuencia, presentamos a consideración de los H. Congresistas un

proyecto de ley que permite a la mujer que se encuentra en embarazo en virtud de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, decidir si desea continuar con su embarazo o si por el contrario, se encuentra tan menoscabado el bien jurídico a la integridad personal, tornándose dicha situación incontrolable desde su naturaleza humana, que pueda optar por el aborto en condiciones seguras, evitando así una de las mayores causas de mortalidad materna en Colombia, según la Organización Mundial de la Salud.

Por último, debemos destacar que la norma que se pretende modificar se encuentra al momento de la presentación de la iniciativa que nos ocupa, demandada ante la Corte Constitucional con fundamento en las razones que motivan el proyecto de ley de la referencia, sin embargo consideramos que no es la vía constitucional la que debe determinar como debe quedar la norma en el sistema de derecho positivo colombiano, en razón a que el legislador del año 2000, determinó ajustándose a la Constitución de 1991 cual era el derecho que debía prevalecer, si el derecho a la vida de la criatura, o el derecho a la vida y la integridad física de la madre, optando por proteger el primero y desmedro de la protección del segundo y peor aún, en contra de la posibilidad que tienen las madres de decidir sobre su cuerpo.

Por lo anteriormente expuesto, encontramos el artículo 124 de la ley 599 de 2000 ajustado a la constitución de 1991 y consideramos que lo planteado es una decisión que debe tomar el legislador y es por ello que se atiende el llamado que el Procurador General de la Nación, Dr. Edgardo Maya Villazón hizo al Congreso de la República el pasado mes de agosto, para estudiar alternativas para despenalizar el aborto en las circunstancias consideradas y coincidimos con el mismo cuando señala: *“Es degradante que un Juez someta a una mujer a un juicio por aborto, la condene como delincuente y, luego, de manera benevolente, le conceda el perdón judicial según sus criterios personales”*. (Diario el País de la ciudad de Cali, 3 agosto de 2005)

III PROPUESTA:

Para obtener la finalidad propuesta, consideramos oportuno despenalizar la conducta prevista en el artículo 124 de la ley 599 de 2000, en donde actualmente se encuentra consagrada una atenuación punitiva de la conducta principal que se está prevista a su turno en el artículo 122 *Ibídem*.

En el artículo 124 del Código Penal vigente que se pretende modificar, el legislador evidenció parte del profundo drama que deben afrontar las mujeres que sufren las causas de embarazos no deseados y que tienen su origen en el acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o

transferencia de óvulo fecundado no consentidas, al consagrar un párrafo que reza de la siguiente manera:

“En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”

Del texto anterior se infiere el siguiente interrogante: ¿el Congreso de la República debe permanecer ajeno a una problemática social evidenciada y sancionar penalmente a unas mujeres que antes que autoras de un delito, son víctimas de la descomposición de la sociedad?, consideramos que no y es por ello que para el caso concreto, en mi calidad de Representante a la Cámara escucho el clamor de la población que es trasmitada a sus representantes a través de los medios de comunicación, como el diario “EL TIEMPO” y “EL PAÍS”, éste último de la ciudad de Santiago de Cali.

De los H. Representantes,

José Luíz Arcila Córdoba.

Representante a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca.

11 EXAMEN CRITICO Y TESIS JURIDICA PROPUESTA FRENTE A LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTICULOS QUE PENALIZAN EL ABORTO Y PROYECTOS DE LEY PARA REFORMAR EL ARTICULO 124 DEL CODIGO PENAL.

Son muchos los argumentos comunes presentes en las demandas de inconstitucionalidad contra los artículos que penalizan el aborto, pero también existen argumentos únicos, es así como vemos que en la demanda de 1993, el actor considera que el artículo 343 del Antiguo Código Penal debe ser declarado inconstitucional por cuanto las autoridades de la república solamente están instituidas para proteger a todas las personas en su vida y los no nacidos no son personas, por que al penalizar el aborto se violan la diversidad de creencias, la diversidad étnica y cultural ya que existen grupos nacionales que por su origen y cultura no consideran el aborto como un delito, se viola también el libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos y la autonomía de decir libremente el número de hijos que se desea concebir.

e) La demanda de 2000, sobre el párrafo del artículo 124 argumenta que es inconstitucional por cuanto viola el derecho a la vida, porque no otorga ninguna consecuencia jurídica al hecho punible del aborto, que la madre violada o inseminada artificialmente contra su voluntad, tenga la posibilidad de

cometer un delito y que esta siempre buscará excusas para calificar como condiciones anormales de motivación, las razones que la indujeron a abortar y que el no querer un hijo no es suficiente razón para inducir el aborto, que se puede dar adopción.

Esta argumentación considera, menos costosa y perjudicial para todos los involucrados, la entrega en adopción del hijo no deseado. “No obstante, este argumento parte de una afirmación discutible en la teoría y en la práctica. El presunto menor costo - entendido éste como el daño y el dolor causados - de la adopción, en contraste con el del aborto, parece quedar desvirtuado, y torna irreal la alternativa lícita de la adopción, cuando se toman en cuenta los sentimientos de pérdida y frustración de la madre. En la práctica, un alto porcentaje de los niños no deseados no se entrega en adopción, pero es rechazado por la madre biológica y por su entorno, y sometido a abandono y violencia en todas sus formas. La protección de la vida mediante la penalización del aborto, a lo sumo protege cuantitativamente la vida, no así su calidad y dignidad, a ella asociadas en el estado social de derecho”.³⁰

Esta argumentación deja palpable la doble moral de la sociedad, que permite que una madre tenga un hijo y lo regale, pero la juzga cuando toma la decisión de no tener un hijo producto de un delito.

La última demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122 y 124 del Código Penal, argumenta como motivos para que las normas sean declaradas inconstitucionales que las mismas, al no contemplar ninguna excepción, vulnera los artículos 1º, 11, 12, 13, 16, y 43 de la Carta, por cuanto en circunstancias tales como los embarazos producto de la violencia o que implican grave riesgo físico o psicológico para la mujer, deben excluirse del tipo penal y no solamente considerarlas como atenuantes o como exonerantes de la pena.

El precepto demandado vulnera el artículo 93 Superior al desconocer los tratados internacionales de derechos humanos y las recomendaciones internacionales.

A pesar del apoyo a la propuesta que esta demanda presenta, considero que en la forma que esta planteada, los artículos 122 Y 124 deben ser declarados exequible ya los mismos no van en contravía de constitución ya que el estado esta facultado para determinar cuales conductas son punibles y cuales son las consecuencia penales que acarrean esas conductas, igualmente esta facultado para determinar las causales de justificación y las causales de inculpabilidad, entendiendo por las primeras como el aspecto negativo de la antijuridicidad, y las segundas como el aspecto negativo de la culpabilidad, estas causales están determinadas para todos los delitos incluso para el aborto.

³⁰ Sentencia C 133- 1994, Salvamentos de Voto.

Al estudiar los diferentes tipos penales del Código, en ninguno se plantean excepciones sustanciales, pero si se determinan circunstancias de agravación y disminución de la pena, Para el delito del aborto en el artículo 124 se mencionan las condiciones anormales de motivación que reducen la culpabilidad en la autora. El legislador con fundamento en la facultad constitucional de libre configuración y, atendiendo la naturaleza garantista de la Constitución, puede “modular” el poder sancionatorio del Estado, permitiendo al juez penal no aplicar al aborto atenuado la misma sanción que se aplica al tipo penal básico, con fundamento en las circunstancias que anteceden la conducta delictiva y tiene en cuenta para imponer la sanción las circunstancias y los factores exteriores e interiores que condicionan esas conductas con el fin de determinar el grado de responsabilidad.

Por ello estos argumentos no es de la suficiente entidad para que la Corte Considere su inexecutableidad.

En esta demanda de inconstitucionalidad, como argumento secundario, aduce que el estado al penalizar el aborto sin excepciones esta violando Recomendaciones y tratados internacionales y por ello el artículo 93 de la Constitución Política que consagra la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y señala que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, en síntesis, el cumplimiento de los tratados internacionales y las recomendaciones de los organismos internacionales con relación a los derechos humanos y en particular, con respecto a la penalización del aborto sin excepciones, son de obligatorio cumplimiento para el estado ya que forman parte del llamado “Bloque de Constitucionalidad” que debe ser entendido como todas aquellas manifestaciones que sin estar formalmente transcritas en la Carta, hacen parte de ella por orden del mismo Constituyente, o sea que tienen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus artículos. Son muchas la recomendaciones de organismos internacionales a Colombia sobre el tema de derechos humanos y el aborto, entre las cuales destacamos las siguientes:³¹

- a) RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS, ENCARGADO DE MONITOREAR EL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS ” Mayo 5 de 1997.

“ El comité observa que la violencia contra las mujeres sigue siendo una amenaza grave contra su derecho a la vida y que es preciso ocuparse seriamente de esta

³¹ ROA LÓPEZ, Mónica del Pilar. Demanda de inconstitucionalidad Contra el artículo 122 del Código penal de 2000. Expediente N° D- - 5764.

cuestión. Así mismo expresa su preocupación por la alta tasa de moralidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos”

“El comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido a tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal”. Mayo 26 de 2004.

b) RECOMENDACIONES DEL COMITE DE VIGILANCIA DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC). RATIFICADO POR COLOMBIA EL 29 DE OCTUBRE DE 1969

El Comité ha pedido a los Estados que incluyan la educación en salud sexual y reproductiva en los programas de estudios de las escuelas para que los adolescentes puedan contribuir a protegerse del VIH/SIDA y otras infecciones transmisibles sexualmente (ITS), reducir las tasas de embarazo adolescente y de aborto, y tener libre acceso a servicios de atención a la salud reproductiva.

c) LA RECOMENDACION GENERAL N° 24 SOBRE MUJER Y SALUD, DE LA COMISION ENCARGADA DE LA VIGILANCIA DE LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW), RATIFICADA POR COLOMBIA EL 19 DE ENERO DE 1982.

El Comité que monitorea la CEDAW, estableció que la criminalización de prácticas médicas que sólo requieren las mujeres, como el aborto, constituye una violación del derecho a la igualdad.

d) RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, ENCARGADO DE MONITOREAR LA CEDAW

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

e) RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE DE DERECHOS DEL NIÑO, ENCARGADO DE MONITOREAR LA CONVENCION POR LOS DERECHOS DEL NIÑO

“... Preocupan también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de éstas a los servicios de asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, es inquietante que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna (véase la preocupación expresada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en el párrafo 393 de A/54/38)”
Octubre 16 de 2000.

f) RECOMENDACIONES DEL COMITE DE MONITOREO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL (CCDR). RATIFICADA POR COLOMBIA EL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1981

El Comité ha señalado que son consecuencia de la múltiple discriminación contra la mujer, el embarazo resultante de violación motivada por prejuicio racial, la esterilización forzada y la incapacidad de las mujeres para tener acceso a servicios de atención a la salud reproductiva por razón de la raza, etnia u origen nacional de las mujeres, situaciones que constituyen violaciones del tratado cuando se ocasionan por acción u omisión de los Estados Partes.

g) RECOMENDACIONES DEL COMITÉ DE MONITOREO DE LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O CASTIGOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. (convención contra la tortura) (cct). ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987

El Comité contra la Tortura considera que la violencia contra las mujeres, especialmente la violación y otras formas de violencia sexual, son actos de tortura basados en el género. La CCT codifica el compromiso actual de erradicar y garantizar la protección de todas las personas contra las formas de tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la violencia de género.

h) RECOMENDACIONES A COLOMBIA DEL COMITE INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

“ El Código Penal vigente en Colombia, en su capítulo III tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal –

“circunstancias específicas”). Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año, la criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia. Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de aborto mal practicados “

Las anteriores recomendaciones de los organismos internacionales, y que se transcriben de la demanda, harían parte de la constitución, por orden del mismo Constituyente y tienen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus artículos. De un estudio minucioso podemos concluir, que este segundo argumento de la demanda, de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 122 y 124 del Código Penal, apoyado por las presiones internacionales, por el concepto del Procurador, el concepto del defensor del Pueblo y la realidad social, tiene la suficiente fuerza argumentativa para que la decisión de la Corte sea favorable a las pretensiones de la misma.

Los proyectos de ley para la despenalización del aborto en casos específicos contienen una argumentación más o menos uniforme, es así como en todos coinciden que el aborto no debe considerarse como delito cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, este argumento se encuentra presente en los proyectos de ley N° 58 de 2002, 236 del 2003 y el de 2005.

En el proyecto de ley N° 58 del 2002 aparecen, además de las anteriores, otras causas por las cuales no se debe penalizar el aborto: cuando es causado para evitar un riesgo inminente para la vida, e integridad personal o la salud de la madre, y que se establezcan en el feto patologías médicas o genéticas de gravedad tal que sean incompatibles con la vida humana.

El proyecto de ley 236 del 2003, va más allá, agrega dentro de su listado como causal para la despenalización, el llamado aborto miserable o aborto por indicación económica Social y que es motivada por la pobreza de los padres para mantener al hijo que esta por nacer, además de las causas económicas graves y justificadas, exige que la mujer embarazada tenga cuando menos tres (3) hijos. Este argumento, a mi juicio, fue el que resto apoyo a esta iniciativa ya que hasta procurador rindió un concepto negativo, no de otra manera se puede explicar que después de dos años el mismo Procurador manifieste su apoyo a una iniciativa muy similar a la que critico en el pasado, tal ves por la doble moral que caracteriza al pueblo Colombiano que critica la practica del aborto pero no el hecho de traer hijos al mundo para regalarlos o verlos morir de hambre.

12 FALLO CONTRA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART.122 DEL CODIGO PENAL.

Después del trámite correspondiente la corte constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por la señora MONICA DEL PILAR ROA LOPEZ, sobre el artículo 122 del Código Penal, decidió la no procedencia para proferir una sentencia de fondo sobre de las pretensiones de la demanda, sino que profirió un fallo inhibitorio (Anexo 3) por considerar que la misma tenía vicios insubsanable que impedían su estudio. Adujo la corte que una demanda de inconstitucionalidad debe pretender que se verifique si una norma, ley o artículo va en contravía a la constitución, de presentarse esa situación, necesariamente, la norma será declarada inexecutable y saldrá del ordenamiento jurídico. En la demanda presentada contra el artículo 122, no se solicita, de manera específica, que el artículo sea declarado inexecutable, sino que se demanda como inconstitucional el hecho que el aborto se penalice sin excepciones, y se solicita que se adicione a dicho artículo unas excepciones para que el aborto no sea calificado como delito. La corte consideró “ después de estudiar si las demandas pueden tener esa pretensión esencial, denominada de exequibilidad condicionada, que una demanda de inconstitucionalidad no puede pedir que la norma sea convalidada con condicionamientos. La Corte ha establecido en las sentencias C-621 de 1998, C-362 de 2001 y C-621 de 2001, entre otras, que cuando se solicita la exequibilidad condicionada de una norma *“la sugerencia ciudadana de condicionamiento de normas que se estiman executable no implica demanda de ellas y, por lo tanto, no da lugar al proceso”*³²

Este pronunciamiento implica, que la norma puede volver a demandarse por inconstitucionalidad, es decir corregirla y volverla a presentar o presentarse una nueva, ya que el fallo no da transito a cosa juzgada material o formal.

Lo que si esta claro, y se observa de los salvamentos de Votos anejos a estos fallos y sentencias, se aprecia el inconformismo por considerar que las demandas reunían los requisitos constitucionales y legales para que la Corte hiciera un pronunciamiento de fondo y además sugieren, que se debió declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, que al hacerlo el art. 124 correría la misma suerte del art. 122, pero que continuaría vigente el art. 123 del Código Penal y era cuestión de Política Criminal tapar el hueco que dejaría la norma.

Por ultimo en aclaración de voto, se manifestó que de haberse pronunciado de fondo, después de haberse estudiado la demanda en estas circunstancias, el fallo necesariamente sería de exequibilidad de la norma, por ello el fallo inhibitorio.

³² Corte Constitucional. comunicado de prensa Diciembre 7 de 2005.

13 RAZONES DE POLITICA CRIMINAL A FAVOR DE LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN CASOS ESPECIFICOS.

Cuando hablamos de política criminal hablamos del conjunto de medidas de que se vale el estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización³³ especialmente su prevención, represión y control para cumplir con su tarea de protección de la sociedad.

En este orden de ideas y con respecto al tema que nos ocupa es necesario determinar si la penalización del aborto, sin ninguna excepción, cumple con ese cometido, examinando las causas del delito e intentando comprobar la eficacia de las sanciones penales y los límites hasta donde puede extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas³⁴ y cuidar que ley no viole los derechos fundamentales de la persona humana.

En cuanto al primer punto, causas del delito, durante el desarrollo de este trabajo se ha mencionado las causales específicas por las cuales el aborto debería ser despenalizado en Colombia, puesto que no se trata de despenalizarlo totalmente permitiendo que a su arbitrio la mujer se lo cause o permita que otro se lo cause convirtiéndolo en un medio de control de la natalidad o de planificación familiar. Estas causales son comunes en la mayoría de los países que despenalizaron el aborto y son:

- Que a causa del embarazo la madre se encuentre en Peligro de Muerte.
- Que se encuentre en peligro su salud física o mental.
- Que el embarazo sea el producto de una violación, de una inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida.
- Que el producto de la concepción sea inviable por presentar graves malformaciones congénitas.

Analizando estas causa de manera grupal, debemos decir que a veces el embarazo afecta seriamente los bienes jurídicos de la madre, planteándose un conflicto de intereses que debe resolverse conforme al principio general de salvaguarda del interés preponderante.

El problema se plantea porque existen criterios, como el de nuestros legisladores, que consideran que el interés preponderante es el dependiente (embrión o feto) convirtiéndolo a la mujer embarazada en simple receptáculo de

³³ PEREZ PIZON, Alvaro O. Curso de Criminología. 5ª edición ibagué, ed. Forum Pacis, 1997. Pag 177

³⁴ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte general. 3ª edición, Bogotá. Ed. Temis. Pag 33.

un ser superior al que deben rendirse los intereses jurídicos de la madre. V. Gr. Salud, vida, dignidad. Otros, defienden la tesis que el interés preponderante es siempre el de la mujer en embarazo, argumentando que el feto se considera una simple prolongación del vientre materno, carente por completo de protección diferente al que merece la mujer.

La primera posición, aceptada por nuestro código penal, es apoyada por la iglesia católica quien defiende una penalización total del aborto provocado sin ningún tipo de excepciones. Art. 122 del Código Penal. La segunda postura conduce hasta una despenalización total del aborto realizado con el consentimiento de la embarazada que tiene el derecho a disponer de su propio cuerpo.

Una posición ecléctica ha sido asumida en las legislaciones del mundo, que de una u otra manera, parte de la protección jurídica que merece la vida del producto de la concepción y, por tanto, de la punibilidad de toda interrupción voluntaria del embarazo, admitiendo, mediante la creación de instrumentos legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad del aborto.

Sintetizando, las razones de política criminal a favor de la despenalización del aborto en las circunstancias analizadas las podemos resumir así:

a) El delito de aborto es quizás el delito que presenta las mayores cifras de clandestinidad. Se calcula que en Colombia se practican cerca de 300 mil abortos al año⁴, esta clandestinidad hace que su practica se lleve a cabo por personal no capacitado para ello y puede conducir a la muerte de un elevado número de mujeres o a causar lesiones irreversibles en su salud y en la del futuro niño, cuando “el resultado no es exitoso”.

“La prohibición absoluta del aborto en el país contribuye a su práctica oculta apelando a métodos que ponen en grave peligro la vida de la mujer, víctima de una clara discriminación. En efecto, las mujeres con recursos económicos y con acceso a la educación pueden proveerse adecuadamente de métodos anticonceptivos y están en posibilidad, en último caso, de viajar al exterior con miras a realizar un aborto en un país que lo permita, mientras que las mujeres de pocos recursos se encuentran ante la disyuntiva de infringir la ley y someterse a un aborto en condiciones higiénicas y médicas deplorables, o de soportar, la mayoría de la veces solas, la carga que implica el embarazo y la maternidad, ante la irresponsabilidad paterna y la desprotección del Estado”.³⁵

⁴ Córdoba Angulo, Miguel: Aspectos jurídicos del delito de aborto. Revista Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. XII. N° 40, Enero-Abril 1990, Universidad Externado de Colombia, pág. 14.

³⁵ Salvamento de voto Sentencia C 133 de 1994.

b) La penalización del aborto sin excepciones, obliga a la mujer a continuar un embarazo que es producto de una violación, o pese al conocimiento de graves malformaciones físicas o mentales del futuro hijo. “En estas condiciones, es difícil entender o aceptar el hecho de que la mujer que aborta sea considerada una delincuente.

La protección de la vida mediante la penalización del aborto, a lo sumo protege cuantitativamente la vida, no así su calidad y dignidad, a ella asociadas en el estado social de derecho”³⁶

Es innegable que los hijos nacidos bajo adversas condiciones afectivas, sociales o económicas son propensos a no alcanzar la felicidad que se predica con el principio de la dignidad humana que la constitución dice proteger y estudios sociológicos sugieren que los niños que han sido fruto de un embarazo indeseado presentan mayores problemas de adaptación social que los hijos deseados estos problemas psicosociales se traducen en delincuencia, bajo rendimiento académico, timidez, desordenes de orden nervioso y psicosomáticos.

c) En un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe ser acorde con el principio de mínima injerencia en la vida de los asociados. A la luz de esta concepción, el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación.

Un criterio moral útil para determinar las acciones inmorales ilícitas es el del daño a terceros, sugerido por el filósofo John Stuart Mill³⁷. Según esta teoría, no cabe imponer pautas morales externas a adultos que pueden autodeterminarse cuando su conducta no daña a terceras personas, como sería el caso del aborto dentro del primer trimestre, en el que el nasciturus no es víctima de dolor o daño. Bajo esta perspectiva, el aborto sería equiparable a otras prácticas relacionadas con el fuero interno de las personas. Un argumento adicional en defensa de esta tesis se refiere a que el aborto, en determinadas circunstancias temporales o modales, tendría por objeto evitar daños similares o mayores a la vida y a la autonomía de la mujer embarazada.

En realidad el aborto desde hace ya mucho tiempo ha dejado de ser un problema jurídicopenal, la participación de la mujer en la vida social en condiciones similares a la del hombre, los problemas sociales y económicos que conlleva una familia numerosa y la cada vez más fuerte conciencia de la mujer de sus propios

³⁶ Sentencia C –133 de 1994

³⁷ Cita Sentencia C133 de 1994.

derechos y autonomía, han convertido la norma que penaliza el aborto en una norma obsoleta, inútil y disfuncional, no de otra forma se explican los 300.000 abortos que se practican clandestinamente a causa de la prohibición, el código penal queda como un símbolo que se aplica alguna vez aislada a alguna mujer o su colaborador que de manera desafortunada cae en las redes de la justicia. Las sentencias por ese delito son aisladas

d) La eficacia de la sanción penal en este caso esta en entre dicho ya que la mujer en embarazo, al determinar que su vida esta en peligro puede tomar las medidas necesarias para proteger su integridad física y si no existe otro medio para hacerlo, el aborto es el medio idóneo para lograrlo. Esta conducta no debería ser reprochable penalmente pues no se le puede exigir a la mujer que actúe de manera diferente y si los miembros de la sociedad así lo aceptan, la prevención general de la pena tampoco cumpliría con su finalidad ya que la decisión de abortar o no, trascendería al código penal, y estaría ligada a las circunstancias específicas de la mujer en embarazo. En síntesis, el penalizar el aborto en las circunstancias estudiadas no cumple con la prevención especial ni general tornándose, por ende, ineficaz la sanción penal y si una sanción penal es ineficaz no se entiende el porque el desgaste estatal para su aplicación.

El número de personas procesadas por este delito³⁸ es insignificante comparado con la cifra de mujeres que acuden a practicarse un aborto. En la realidad no existe una política criminal del Estado que persiga esta conducta debido, posiblemente, a la aceptación de su práctica por diversos sectores sociales y la voluntad de la mujer a elegir el riesgo de la pena antes que las consecuencias del embarazo no deseado, la falta de política criminal para perseguir la conducta se ve reflejada en la proliferación de clínicas que ofrecen veladamente “los servicios” médicos para solucionar el problema del retraso menstrual a las mujeres que así lo desean, de existir una política clara en contra del delito estas clínicas no podrían anunciarse en los clasificados de los diarios donde aparece la dirección y el teléfono para su ubicación. La prohibición de abortar no se obedece y eludir la persecución penal es factible debido a la falta de conocimiento del hecho por terceros que estén interesados que se aplique la sanción penal.

14 OTRAS RAZONES EN DEFENSA DE LA DESPENALIZACION.

La penalización del aborto no es solo un asunto de inequidad de género, también es de salud pública y de justicia social. Específicamente, con el tema de inequidad de género, la primera razón es que solo las mujeres se embarazan y en ese sentido son quienes asumen todos los costos biológicos y fisiológicos que este estado trae consigo. En el caso del aborto, son quienes tienen que poner en riesgo

³⁸En 1980 el número de procesos iniciados por el delito de aborto fue 4.215; en 1981, 1.598; en 1985, 1.192; en 1990, 486 y en 1991, 324. Fuente: DANE - Estadísticas de Justicia 1971-1991.

su integridad y su vida cuando ven obligadas a someterse a un procedimiento clandestino, por que no existe la posibilidad de hacerlo legalmente.³⁹

La norma que penaliza el aborto sin excepciones discrimina a la mujer por que la obliga a poner en riesgo su vida, su salud y su dignidad. Su vida y su salud por que la obligan a continuar con un embarazo que pone en riesgo estos bienes jurídicos que se le están desconociendo por la penalización y su dignidad se ve violentada por que la norma no tiene en cuenta la decisión que esta tome en cuanto a su libertad procreativa, pues si el embarazo es producto de una violación, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, se esta coartando su libertad y, aún así, esta obligada a continuar con el embarazo, imponiendo una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado vulnerando, además, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que el derecho a la igualdad de oportunidades. Negarles la libertad de decidir, mediante la tipificación penal absoluta, es causarles un perjuicio grave y desconocer su derecho a una vida digna y autónoma.

Varios son los tratados firmados por Colombia tendientes a garantizar el derecho a la salud de la mujer, a la igualdad y a la autonomía de genero, al ejercicio de sus derechos y de sus libertades. Entre los convenios más conocidos podemos citar la convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer. En la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Colombia en 1982), se estableció que la criminalización de prácticas médicas que sólo requieran las mujeres, como el aborto, constituye una violación del derecho a la igualdad y que la actual normatividad sobre el aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres.

³⁹ ROA, Mónica. Entrevista a Nota uniandina. Universidad de Los Andes. Octubre 14 de 2005.

CONCLUSIONES

La actual legislación sobre el tema del aborto, Artículos 122, 123 y 124 del Código Penal obliga a la mujer a continuar con un embarazo, aún, cuando la concepción sea el fruto de un delito degradante y humillante para la mujer y la sociedad como es la violación, no es posible obligar a una mujer a continuar con una gestación que sea producto de acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial no consentida, o cuando corre peligro la vida o la salud de la madre sin vulnerar sus derechos fundamentales.

Al respecto, es necesario recordar cómo muchos países de América Latina y de otras latitudes han despenalizado el aborto en circunstancias específicas, reconociendo por ende causales de justificación, Colombia, entonces, no puede negarse a reconocer una realidad admitida por la mayoría de los Estados.

La despenalización del aborto en circunstancias específicas, armoniza con el aumento de penas para todos los delitos sexuales consagrado en el código penal (ley 599 de 2000), el cual recogía lo establecido al respecto por la ley 306 de 1996. Así, el legislador, para los casos en que la mujer queda embarazada como consecuencia de una violación o una inseminación artificial no consentida, no puede, por el hecho del aborto, convertirla en delincuente además de víctima. Igual ocurre para los casos en que corra peligro su vida o su salud, puesto que a nadie se le puede obligar a lo imposible, es decir a renunciar a su propia vida por el hecho de cumplir una función heroica, por estar prohibida la interrupción de la gestación aún a costa de la vida misma.

El embarazo puede evolucionar de tal manera que pueda poner en peligro la vida física, la integridad personal o la salud de la mujer embarazada, al ser obligada por la ley a continuar ese embarazo la mujer, que desea interrumpirlo, recurre a la clandestinidad a practicarse un aborto que aumenta el riesgo de complicaciones y de muerte materna, ya que es practicado, generalmente, sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las más elementales reglas de higiene.

Considero que por el momento y las circunstancias por las que atraviesa el país, el amplio apoyo del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo, de senadores, representante, de ciertos miembros de la comunidad católica (anexo Nº 4) a la iniciativa de despenalización del Aborto y Los salvamentos de voto de los magistrados en la sentencia C-133-94 en donde expresan. "en la retórica de signo sexista y patriarcal, de asignar a la mujer violada el destino manifiesto y sublime de ser madre, lo cual no hace más que revivir un mito para compensar de

manera trágica la irremisible pérdida de un destino existencial, sobre el que la ley, con posterioridad al violador, pretende hacer sentir todo el peso de la coacción pública. Incluso, respecto de la represión penal, se queja la sentencia de su benignidad. Si a los ojos de la Corte, la mujer violada no es la víctima, sino acaso la beneficiaria final de una misión hermosa y trascendental -dar a luz el fruto de la violación e inseminación criminales- cómo podía esperarse que la sentencia se ocupara de la dignidad de la mujer y de hacer escuchar su voz en un asunto que como ninguno otro determina su destino?..." todo esta dado para que en Colombia, de manera justa, se despenalice el aborto cuando se realice en presencia de circunstancias específicas.

Es justo que no se penalice a la víctima de una violación que no desea tener el fruto de ese acto delictivo que le genera sufrimientos físicos y morales a veces insuperables. Obligar a una mujer a llevar un embarazo para que luego entreguen su hijo en adopción, es ocasionar traumas y dolores mayores tanto a las mujeres como a los hijos que tendrán que entender que fueron dados en adopción por que su padre era un delincuente violador y que su madre no deseaba tener un hijo fruto de un delito.

El embarazo es una decisión libre de la mujer por ello todo acto que viole esta autonomía, es penalizado, pero de igual manera no se entiende por que la ley penal obliga a la mujer a que prosiga con un embarazo producto de la violación de esta autonomía, llámese acceso carnal violento, fecundación artificial no consentida, implantación de óvulo fecundado no consentido o cualquier otra forma de violación a la autodeterminación y libertad reproductiva, que objeto tiene que el bloque de constitucionalidad conceda esa libertad y autodeterminación si esta obligada por la ley penal a continuar un embarazo producto de la fuerza y violando sus mas elementales derechos constitucionales, a caso la constitución no es la norma fundamental, la norma de normas, la norma de obligatorio cumplimiento para el país. Un estado que se precia de ser garantista no puede seguir aplicando un artículo de un Código Sustantivo cuando esta abiertamente en contravía de la norma fundamental y del bloque de constitucionalidad.

Es importante mencionar que al presentar el proyecto de este trabajo de grado, la Corte no se había pronunciado sobre la última demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos que penalizan en aborto, y que mientras me encontraba en su desarrollo, la corte se pronunció con un fallo inhibitorio dejando las puertas abiertas para que la actora de dicha demanda la corrija y vuelva a presentarla o se presente una nueva, ya que por la naturaleza del fallo no se presenta cosa juzgada Constitucional y se puede debatir sobre el tema.

Por último y como conclusión del tema estudiado, redacto el siguiente proyecto de ley que a mi juicio contiene los argumentos esenciales para ser estudiado por el legislador en su escenario natural y no vía constitucional. Como no se trata de despenalizar el aborto de manera que se constituya en un método de planificación

familiar los arts. 122 y 123 continuaran rigiendo en el Código Penal, siendo necesario modificar sustancialmente el artículo 124 Así:

Proyecto de ley

“Por medio de la cual se permite el Aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; cuando el embarazo pone en grave riesgo la vida y la salud de la mujer y cuando el feto presenta defectos congénitos graves que lo hacen inviable”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 124 de la ley 599 de 2000, quedará así:

No se incurrirá en la pena señalada para el delito de aborto cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; cuando el embarazo pone en grave riesgo la vida y la salud de la mujer y cuando el feto presenta defectos congénitos graves que lo hacen inviable.

Artículo 2º. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Para el primer evento (Aborto ético – social), es decir, que el aborto se cause cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas el aborto se debe permitir en cualquier época del embarazo, y deberá ser realizado en institución médica legalmente autorizado para ello, en donde además de la asistencia médica necesaria se prestara asistencia psicológica al núcleo familiar de la paciente.

En el segundo y tercer evento, cuando el embarazo pone en peligro la salud o la vida de la mujer (Aborto terapéutico) o cuando el feto tenga graves

malformaciones congénitas (Eugenésico), se hace necesario la certificación de un médico y se deberá autorizar el aborto en cualquier época de la gestación ya que por lo complejo del tema, en algunos casos, las malformaciones o los peligros no se podrán detectar sino cerca de la fecha del alumbramiento. Igual que en el caso anterior el aborto se deberá practicar por personal idóneo y en instituciones reglamentadas para ello, sin excluir la ayuda psicológica que se requiera.

BIBLIOGRAFIA

ARCILA CORDOBA, José Luis. Proyecto de Ley para modificar el artículo 124 del Código Penal. 2005.

CABALLERO Alejandro., CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo; GAVIRIA DIAZ, Carlos; MARTINEZ Salvamentos de voto sentencia C- 133-94 de 17 de marzo de 1994.

CORDOBA, Piedad. Proyecto de ley N° 58 DEL 2002 “ por el cual se dictan normas sobre salud sexual y reproductiva y se modifica el artículo 124 de la ley 599 de 2000”.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 133 - del 17 de Marzo de 1994
----- Sentencia C- 647 – 2001
----- Sentencia C - 198 de 2002
----- Comunicado de prensa diciembre 7 de 2005.

DELGADO PEÑON, Luis Carlos; RAMIREZ BARON, Alba Esther; FAYAD, Musa Besaile. Proyecto de ley 236 de 2003 Por el cual se modifica el artículo 124 del Código Penal.
DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Madrid. 1999

ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia. Bogotá, Ed. Temis. 1977.

GOMEZ ARAMBULA, Humberto. Expediente D – 3292. Demanda de inconstitucionalidad parágrafo del art. 124 Código penal.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. Concepto N°. 3880, Agosto 1 DE 2005

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Principios rectores de la ley penal Colombiana. Medellín: Jurídicas Dike 1995.

OCHOA ARISMENDY, Bernardo. El aborto y la Universidad, Medellín, Universidad de Antioquía 2005.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis s.a. 1998.

RIVAS, G. Enrique, El aborto polariza al país. En : El espectador, Santafé de Bogotá. Semana del 17 al 23 de julio de 2005.

ROA LÓPEZ, Mónica del Pilar. Demanda de inconstitucionalidad Contra el artículo 122 del Código penal de 2000. Expediente N° D- - 5764.

SOCHANDAMANDOU, Alexander. Demanda de Inconstitucionalidad artículo 343 decreto 100 de 1980. Expediente D – 386. 1993.

TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial. Bogotá. Librería del profesional. 2002.

UMAÑA LUNA, Eduardo. La Familia: Núcleo fundamental de la sociedad. Bogotá: Ed. Jurídicas Wilches. 1993.

VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal parte General. Editorial Temis S.A. 1997

ANEXO Nº 1

Cuadro comparativo de países en el que el aborto esta despenalizado en circunstancias específicas⁴⁰

CIRCUNSTANCIAS BAJO LAS CUALES SE DESPENALIZA LA INTERRUPCIÓN DEL ABORTO	43 PAÍSES MÁS DESARROLLADOS	145 PAÍSES MENOS DESARROLLADOS	TOTAL PAÍSES
SALVAR LA VIDA DE LA MUJER	46	143	189
PRESERVAR LA SALUD FÍSICA	42	80	122
PRESERVAR LA SALUD MENTAL	41	79	120
VIOLACIÓN O INCESTO	39	44	83
MALFORMACIÓN FETAL	39	37	76
RAZONES SOCIOECONÓMICAS	36	27	63
APEDIDO	31	21	52

⁴⁰ MAYA VILLAZON, Edgardo. Concepto 3880. Agosto de 2005.

ANEXO N° 2

Oficio de Monseñor Pedro Rubiano, dirigido al Procurador por su pronunciamiento sobre la demanda de inconstitucionalidad del art. 122 de Código Penal.

Bogotá, 6 de Agosto de 2005

A. 209/05

Doctor
Edgardo MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación
Bogotá, D.C.

Señor Procurador:

Reciba mi cordial saludo.

Sin perjuicio de que a mi regreso al país pueda dialogar con Usted sobre el concepto que ha presentado a la Corte Constitucional en relación con la demanda del artículo 122 del Código Penal, me permito presentarle algunas reflexiones sobre las tesis por Usted defendidas.

En estas primeras reflexiones, Señor Procurador, no puedo dejarle de manifestar mi preocupación por la forma como el Ministerio Público ha entendido en el mencionado concepto el mandato de velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, así como de proteger los derechos humanos y de asegurar su efectividad.

Me preocupa que su concepto acepte la tesis de que quienes defendemos la vida humana lo hacemos sólo desde una perspectiva moral y religiosa. Reconozco que

el debate ante la Corte Constitucional es de orden jurídico, pero considero que el Ministerio Público, que defiende los derechos e intereses de la sociedad, no puede dar la impresión de que sólo hay argumentos jurídicos para defender la despenalización del aborto y no para defender la vida humana, porque el artículo 11 constitucional reconoce de manera categórica que “el derecho a la vida es inviolable”. Precepto que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica aceptar la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción.

Me preocupa también que su concepto defiende implícitamente la tesis de que quienes propugnamos por la defensa de la vida humana desconocemos la libertad de la mujer para realizar su proyecto de vida y ejercer sus derechos. Quienes nos oponemos al aborto seguiremos en la promoción de la dignidad y del pleno reconocimiento de los legítimos derechos de la mujer.

Me preocupa de su concepto que sólo parezca razonable, desde la perspectiva en la que conceptúa la Procuraduría, hablar del aborto con el eufemismo “*interrupción voluntaria del embarazo*” y no de la acción de matar a un ser humano que se encuentra en el vientre materno.

Me preocupa de su concepto la relativización del principio de la dignidad humana, que parece centrar la excelencia del ser personal al ejercicio de la libertad o de la autonomía. Comparto con Usted la idea de que la dignidad tiene una íntima relación con la libertad, pero me aparto de la tesis, también expresada en su concepto, de que hay vidas humanas más dignas de ser vividas. Con este argumento tendría que afirmarse que es falaz la igualdad de todos los seres humanos y que el principio y el derecho a la igualdad reconocidos en el artículo 13 constitucional son conceptos sin ningún contenido.

Me preocupa de su concepto la idea de que la titularidad de los derechos de la persona se configura con el nacimiento del concebido. Tesis que parece ir en contravía con la razón de ser de los derechos humanos, de algunos tratados internacionales que regulan la materia, tal es el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como de la legislación colombiana; instrumentos jurídicos según los cuales persona es “*todo ser humano*” o “*todo individuo de la especie humana*”.

Me preocupa de su concepto la idea de que el concebido pero no nacido no es ser humano, sino una simple potencialidad de llegar a ser. El Ministerio Público parece desconocer que los avances genéticos, así como los estudios sobre el genoma humano demuestran que desde la fusión de los gametos en el momento de la fecundación, el cigoto se comporta como un ser vivo individual, que tiene entidad

biológica y que está dotado de un original estructura de información que es la base para su desarrollo.

Me preocupa de su concepto la idea de que el supuesto conflicto entre los derechos del concebido y los derechos de la mujer deba solucionarse a partir de una ponderación en la que se permite la afectación absoluta de los derechos del no nacido cuando la libertad de la mujer, con la prohibición del aborto, sólo es limitada en forma menor. Además, existen otras opciones jurídicas que permitirían la armonización de los derechos en supuesto conflicto.

Me preocupa que su concepto avale la tesis de que las recomendaciones de los comités de monitoreo de los tratados internacionales de derechos humanos “obligan a las autoridades nacionales a partir del concepto de bloque de constitucionalidad”, sin evaluar si el contenido de esas recomendaciones desconoce o vulnera normas de *ius cogens*, como la protección de la vida del inocente, o si van en contravía del tratado que monitorean o si afectan el orden constitucional.

Me preocupa de su concepto la idea varias veces reiterada de que el aborto es una de esas conductas “que no atentan contra la convivencia social”. Esta afirmación en cabeza del supremo Director del Ministerio Público me causa, además, extrañeza, porque sé que Usted compartirá conmigo la idea de que toda amenaza a la dignidad y a la vida del hombre repercute en la sociedad y afecta al núcleo mismo de los derechos humanos.

También me preocupa de su concepto la idea de que el aborto lejos de ser delito debe considerarse paradójicamente como derecho, hasta el punto de pretender, como Usted lo propone, que el aborto tenga un reconocimiento legal por parte del Estado y que sea desarrollada por el Congreso de la República una legislación que reconozca el aborto como parte de los derechos reproductivos de la mujer.

Éstas, Señor Procurador, son algunas de las preocupaciones que me ha suscitado la lectura de su concepto sobre el aborto. Mis reflexiones están encaminadas no sólo a iluminar la acción del católico que cumple funciones públicas, sino a reiterarle al Jefe del Ministerio Público algunas ideas sobre la necesidad de la protección jurídica a la vida naciente. Sé que Usted al leer esta comunicación, como yo al escribirla, recordará nuestra conversación en la mañana del pasado 20 de julio. En ese diálogo, como en este escrito, he tenido en cuenta los preceptos de la Constitución que nos rige, así como las creencias religiosas que profeso y defiendo. Creencias que profesan la mayoría de los colombianos y que están amparadas en el artículo 19 constitucional. Esos preceptos me obligan a defender la idea de que el ser humano concebido es digno y que la vida humana es derecho indisponible, porque la dignidad que reconoce la Constitución se predica de todo

ser humano y porque el derecho a la vida es inviolable. Esas creencias, a la vez, me aseguran en la fe que si toda vida humana es un don de Dios, la vida del no nato es sagrada.

Al defender la vida humana, Señor Procurador, la Iglesia admite que una sociedad no puede subsistir sin aceptar que todos los seres humanos merecen vivir. Sólo respetando y sirviendo a la vida puede encontrarse la justicia, la libertad y la verdadera paz.

Con sentimientos de toda mi consideración, me suscribo,

Afectísimo en Cristo,

+ Pedro Card. Rubiano Sáenz
Arzobispo de Bogotá

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

(Diciembre 07 de 2005)

**COMUNICADO DE PRENSA SOBRE LAS SENTENCIAS
RELATIVAS AL ABORTO**

En el día de hoy la Corte Constitucional concluyó el estudio de las dos demandas dirigidas contra el artículo 122 del Código Penal -Ley 599 de 2000- en el cual se describe el tipo básico del delito de aborto. Respecto de ambas demandas la Corte estimó que no procedía proferir sentencia de fondo, sino fallos inhibitorios. Advierte la Corte que éstos no impiden que se presenten en el futuro demandas contra este artículo del Código Penal por parte de cualquier ciudadano o ciudadana.

Las razones por las cuales se consideró que las demandas carecían de los requisitos para que la Corte, en su condición de juez decidiera sobre la materia, son las siguientes.

En cuanto a la primera demanda, la Corte constató que en ella se planteaban consideraciones importantes sobre la práctica clandestina de abortos y sus implicaciones tanto para la salud pública como para la vida y la integridad de las mujeres, así como otras consideraciones significativas sobre recomendaciones de organismos internacionales dirigidas al Gobierno para proteger los derechos de las mujeres embarazadas. Sin embargo, en el plano eminentemente jurídico, la demanda no reúne todos los requisitos esenciales para que la Corte pueda pronunciarse de fondo.

En primer lugar, en realidad las dos pretensiones de la demanda apuntan a la misma petición esencial: que la Corte adicione el artículo 122 para incluir tres

excepciones en las cuales el aborto no puede ser criminalizado. En esencia se pide que se declare la exequibilidad del artículo 122, pero con condicionamientos para que la Corte agregue las tres excepciones pedidas. Sin embargo, al respecto la Corte ha dicho después de estudiar si las demandas pueden tener esa pretensión esencial, denominada de exequibilidad condicionada, que una demanda de inconstitucionalidad no puede pedir que la norma sea convalidada con condicionamientos. La Corte ha establecido en las sentencias C-621 de 1998, C-362 de 2001 y C-621 de 2001, entre otras, que cuando se solicita la exequibilidad condicionada de una norma *“la sugerencia ciudadana de condicionamiento de normas que se estiman exequibles no implica demanda de ellas y, por lo tanto, no da lugar al proceso”*.

Si, por el contrario, se interpreta la demanda en el sentido de que ésta plantea dos pretensiones, se tiene lo siguiente.

Primero, en la demanda se pide como pretensión principal que se despenalice el aborto en general, o sea, declarar inconstitucional que la posibilidad jurídica de sancionar penalmente a la mujer que aborte. No obstante, la demanda sólo acusa una de las tres normas que se ocupan del tema, y no todas las que sancionan en distintas hipótesis a la mujer que aborte. En otras palabras, no existe correspondencia entre la petición -despenalizar totalmente el aborto- y la norma acusada – exclusivamente una de las tres que regulan expresamente el tema. De acoger la pretensión principal de la demanda, subsistiría en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el delito de aborto practicado en mujer menor de catorce años, sin importar si ésta ha dado su consentimiento, el cual está sancionado en el artículo 123 del Código Penal, dado que este artículo no fue acusado por la demanda. También continuaría surtiendo efectos, con múltiples dificultades interpretativas, el aborto con atenuación punitiva, es decir, el practicado por ejemplo por la mujer violada, hipótesis sancionada en el artículo 124 del Código Penal, dado que éste tampoco fue acusado en la demanda. La Corte estudió la posibilidad de efectuar, por iniciativa propia, la integración normativa, es decir, de extender de oficio su competencia a estos dos artículos no demandados. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia vigente, la Corte Constitucional esta sometida a las reglas que rigen los procedimientos judiciales y por ello no puede juzgar normas que no han sido demandadas por los ciudadanos. La Corte ha admitido extender su competencia a normas no acusadas cuando se reúnen condiciones excepcionalísimas, ausentes en este caso. Así se desprende, por ejemplo, de la sentencia C-229 de 2003 en la cual la Corte Constitucional se declaró inhibida de conocer de algunos de los cargos formulados por los accionantes por no existir coincidencia entre el aparte normativo demandado y los cargos que se formularon contra éste. Al respecto señaló que *“El juez constitucional no puede enmendar los errores que cometan los ciudadanos en aquellos casos en que, por error o descuido, los cargos formulados no coincidan con el aparte normativo demandado. Hacerlo, construyendo los cargos, o integrando a la demanda apartes normativos no demandados equivaldría a asumir*

*la doble condición de juez y parte, y por lo tanto, implicaría un desbordamiento de las competencias constitucionales atribuidas a la Corte Constitucional*⁴¹.

La Corte luego advirtió que en esta demanda se plantea una pretensión subsidiaria con autonomía propia consistente en pedirle a la Corte que introduzca un condicionamiento al tipo básico de aborto (artículo 122 del Código Penal) con miras a que éste sea declarado ajustado a la Carta, siempre y cuando se excluyan de sanción tres clases de aborto: el aborto terapéutico para salvar la vida o proteger la salud de la madre, el aborto en caso de embarazo fruto de una violación y el aborto en caso de graves malformaciones del feto que lo hagan inviable. Esta petición subsidiaria apunta a una despenalización parcial del aborto. No obstante, la Corte constató que la demanda no acusa las normas donde son sancionadas las clases de aborto cuya despenalización se pide mediante un condicionamiento. Por ejemplo, algunas modalidades de aborto terapéutico, en ciertas condiciones, cabrían cuando éste es practicado ante un estado de necesidad, o sea, cuando es necesario proteger los derechos de la madre frente a un peligro actual e inminente no evitable de otra manera, como lo prevé el artículo 32 numeral 7 del Código Penal sobre las causales de ausencia de responsabilidad. Sin embargo, en la demanda no se acusa esta norma ni se indica por qué es insuficiente para garantizar los derechos de la madre. Además, el aborto cometido por la mujer que ha sido violada es sancionado en el artículo 124 del Código Penal, el cual tampoco fue demandado.

Por consiguiente, no existe correspondencia entre la petición subsidiaria de despenalizar parcialmente el aborto y el contenido del artículo 122 acusado, ya que algunas de las hipótesis en las que se solicita que la Corte despenalice el aborto están contempladas expresamente en otras normas que no fueron acusadas. No podría la Corte, dado que su competencia se limita a la de un juez, introducir las excepciones pedidas, cuando las normas que sancionan a la mujer en tales casos no han sido acusadas porque ello conduciría a crear contradicciones insalvables al interior del Código Penal. La Corte estudió la posibilidad de extender su competencia oficiosamente a tales artículos no acusados, pero la jurisprudencia vigente se lo impide, como se anotó anteriormente.

En segundo lugar, la Corte constató que la premisa común de los argumentos esgrimidos en la demanda es que se configuró un cambio en los parámetros internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y que de dicho cambio se deriva un mandato para el Estado colombiano de despenalizar el aborto. Sin embargo, en la demanda no se demuestra que Colombia haya ratificado un nuevo tratado del cual se derive ese mandato o que éste haya sido interpretado con autoridad en ese sentido por el órgano internacional competente. En la demanda se citan algunas recomendaciones de alcance indeterminado que, además, no están dirigidas específicamente a imponer la despenalización por

⁴¹ Sentencia C-229 de 2003 (MP: Rodrigo Escobar Gil).

parte de los jueces. Ello es manifiestamente insuficiente y carente de especificidad para demostrar que el bloque de constitucionalidad ha cambiado para comprender un mandato de despenalización total o parcial por vía judicial.

Lo anterior no implica un pronunciamiento de la Corte sobre la fuerza jurídica y el alcance de tales recomendaciones, cuestión que solo puede ser resuelta cuando una nueva demanda en forma habilite a la Corte para emitir un fallo de fondo. Tampoco implica que se descarte que existan o vayan a existir cambios significativos en el bloque de constitucionalidad en esta materia, asunto también de fondo sobre el cual no toma posición la Corte en esta materia.

En cuanto a la segunda demanda, la Corte también concluyó que no reúne los requisitos mínimos para habilitar a la Corte para emitir un fallo de fondo. Como lo señala el señor Procurador General de la Nación, en esta segunda demanda no se esgrimen argumentos claros, pertinentes y específicos que muestren por qué la norma acusada – el artículo 122 del Código Penal- viola la Constitución. El demandante hace varias afirmaciones, pero no expone las razones específicas por las cuales la norma acusada es incompatible con la Carta. Advierte la Corte que el fallo inhibitorio resulta de que le está vedado al juez constitucional suplir tales razones porque ello conduciría a que la Corte se convirtiera, a la vez, en juez y demandante, lo cual es contrario a la imparcialidad con la cual la Corte ha de ejercer sus funciones.

Las dos sentencias inhibitorias fueron adoptadas con el voto de los siguientes magistrados: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. En la primera fue ponente el magistrado Álvaro Tafur Galvis y en la segunda el magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. Salvaron el voto los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Sierra Porto por considerar que las demandas sí reunía los requisitos mínimos para emitir pronunciamiento de fondo.

El magistrado Jaime Córdoba Triviño no participó por haberle sido aceptado el impedimento manifestado por él dado que intervino en la redacción de la norma acusada cuando ejerció el cargo de Vicefiscal General de la Nación.

Respecto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte por unanimidad concluyó que las recusaciones presentadas en su contra eran impertinentes porque los hechos que se le atribuían nada tenían que ver con el caso a resolver. Escribir un prólogo para una obra académica en el cual no se refiere al aborto, sino a la tutela y al papel de los jueces en la protección de los derechos de manera general, no guarda ninguna relación con las causales de impedimento previstas en las leyes aplicables. Por eso, las recusaciones carecen de pertinencia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

El magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA consideró que en ambas demandas existían cargos de inconstitucionalidad y no solamente ello, sino que debieron prosperar. Afirmó que no es cierto que si se hubiera caído el artículo 122 del Código Penal, todas las formas de aborto quedarían sin pena, porque hay una que el propio Código Penal la establece en el artículo 123 que es precisamente, el aborto sin el consentimiento de la mujer, de tal manera que este tipo debería quedar. Señaló que todas las demás formas que coarten la libertad de la mujer, es decir, donde ella tenga la voluntad de abortar, deben ser despenalizadas. Solo la mujer tiene el derecho de decidir sobre su cuerpo, no otra persona, ni siquiera el marido. Lo que cree que se deduce de la demanda es que se debe garantizar la libertad en todas las direcciones: de las mujeres que quieran abortar y de las que no lo quieran. Si se hubiera caído el artículo 122, nada hubiera pasado, pues todas las mujeres que no quisieran abortar seguirían disfrutando su libertad. Darles la libertad, no es obligarlas a abortar. Reiteró que la inconstitucionalidad del artículo 122, implicaría dejar viva la norma que penaliza el aborto contra el consentimiento de la mujer. En consecuencia, considera que todos los cargos debieron prosperar.

SALVAMENTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRAN SIERRA

El magistrado ALFREDO BELTRAN SIERRA considera que las dos demandas sí tienen cargos de inconstitucionalidad, como también, las razones en que se fundamentan. Expresó que la demanda cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA, aunque es una demanda escueta, con el análisis expuesto en la ponencia, principalmente en las páginas 81 y 82, se cumplía el mínimo de la carga de argumentación para entrar en un estudio de fondo. Sostuvo que si se hubiera adelantado el debate y llegado a la inexecutable del artículo 122 del Código Penal, es claro que el artículo 124 hubiera seguido la suerte del tipo básico, como quiera que no podría subsistir porque no hay pena que atenuar, aun cuando no se hubiera demandado. Por el contrario, el artículo 123 sí se hubiera mantenido, el aborto sería punible solo si practicara sin el consentimiento de la mujer y así hubiera permanecido hasta que el legislador decidiera sobre la materia, lo cual es un asunto de política criminal.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Esencialmente, el magistrado HUMBERTO A. SIERRA PORTO salvó el voto, por considerar que las demandas reunían los requisitos constitucionales y legales para que la Corte hiciera un pronunciamiento de fondo.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

El magistrado MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA se reservó una aclaración de voto sobre el alcance del artículo 123 y su relevancia desde el punto de vista de la congruencia de la demanda.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO MARCO GERARDO MONROY CABRA

El magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA, ponente en el proceso D-5807, aclaró el voto en el sentido que en la etapa procesal inicial admitió la demanda presentada contra el artículo 122 del Código Penal y presentó un proyecto de sentencia a la Sala Plena. Sin embargo, al analizar si se reunían a cabalidad los requisitos del Decreto 2067 de 1991, estuvo de acuerdo con la decisión mayoritaria en el sentido de que tales requisitos no se cumplían. Por consiguiente, no existía competencia de la Corte para entrar a analizar el mérito de la demanda.

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS

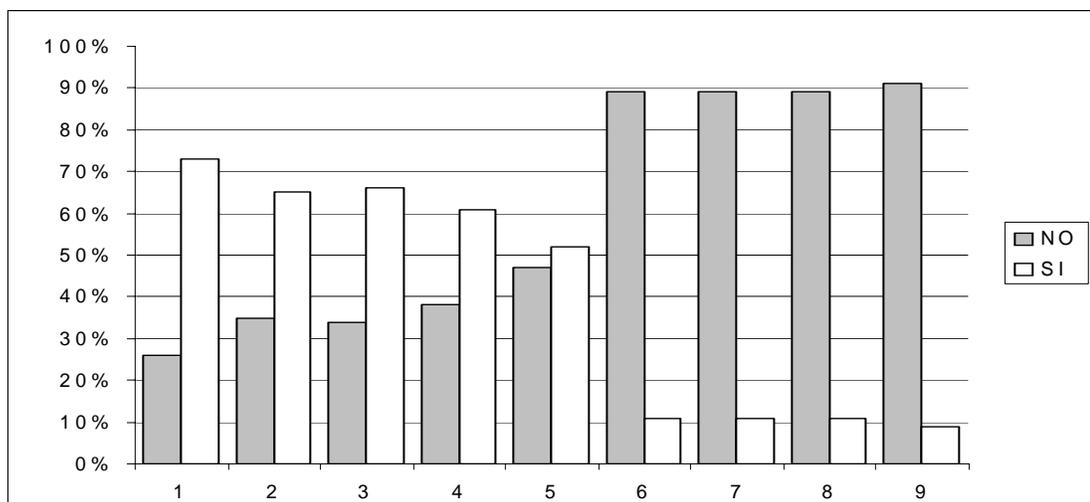
El magistrado ALVARO TAFUR GALVIS, ponente en el expediente D-5764, precisó que al admitir la demanda presentada por la ciudadana Mónica del Pilar Roa López contra el artículo 122 del Código Penal, se había hecho el análisis que correspondía a ese momento procesal sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos de admisión de la demanda. Aclaró que de haberse entrado a un estudio de fondo su formulación habría sido de exequibilidad de la norma acusada.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

ANEXO Nº 4

Encuesta de opinión a católicos realizada por la firma Napoleon Franco & Cia en el año 2003.



Acepta el aborto cuando.

1. La mujer esta en peligro
2. La mujer tiene sida.
3. Esta en peligro la salud de la mujer.
4. Malformaciones fetales graves.
5. El embarazo es producto de una violación.
6. La mujer se siente incapaz de cuidar al hijo.
7. La mujer así lo decide.
8. Por falta de recursos económicos.
9. Cuando falla el método anticonceptivo.

Fuente: El Espectador semana del 17 al 23 de Julio de 2005