

POSADA MAYA, RICARDO, "Política criminal y derecho penal: un mecanismo de *ultima ratio* frente a la terminación voluntaria de la gestación", *Nuevo Foro Penal*, 94, (2020).

Política criminal y derecho penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación¹

Criminal policy and Criminal law: ultima ratio and the voluntary termination of pregnancy (abortion)

RICARDO POSADA MAYA*

Fecha de recepción: 05/02/2020 Fecha de aceptación: 07/05/2020

DOI: 10.17230/nfp16.94.1

Resumen

El presente texto analiza las condiciones históricas, jurídicas y de política criminal que han justificado la penalización del aborto, con el fin de plantear su relativa despenalización en el Código Penal colombiano de 2000. El argumento central plantea que el delito de aborto, no obstante que busca proteger la vida dependiente del

Nota: los conceptos que el lector encuentre en el presente escrito como, por ejemplo: anidación, feto, embrión, etc., son empleados dentro de la estricta lógica de la teoría del delito, el derecho penal especial y la política criminal; no necesariamente se avienen con definiciones científicas o médicas.

* Profesor de Derecho Penal y Constitución y Democracia. Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la *Universidad de Los Andes*, Bogotá-Colombia. Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Derecho penal por la Universidad de Antioquia. El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Quiero agradecer la asistencia de Manuela Jaramillo y María Lucía Mosquera como asistentes de investigación.

El presente texto se deriva del estudio realizado para la elaboración y presentación del concepto técnico que se envió el día 30 de enero de 2020 a la H. Corte Constitucional en el en el proceso núm. D-13255. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, actora: Natalia Bernal Cano. Quiero agradecer la colaboración de: María Lucía Mosquera, María Camila Serna, Juan Andrés Forero, Isabela Saavedra y Manuela Jaramillo

no nacido, en algunos supuestos representa un exceso de la intervención punitiva respecto a los derechos constitucionales de la mujer, toda vez que no se cumple los estándares que se derivan del postulado de *ultima ratio* para justificar su restricción proporcionada, eficaz y preventiva. Los derechos de la mujer y la vida del no nacido pueden ser regulados de manera adecuada, implementando un sistema de plazos adicional a las condiciones dispuestas por la Corte Constitucional que los proteja a ambos. Se trata, sin duda, de un debate profundo y difícil que plantea serios debates político-criminales.

Abstract

This text analyzes the historical, legal and criminal policy conditions that have justified the criminalization of abortion, in order to propose its relative decriminalization in the Colombian Penal Code of 2000. The central argument states that the crime of abortion, despite the fact that seeks to protect the dependent life of the unborn, in some cases it represents an excess of punitive intervention with respect to the constitutional rights of women, since the standards derived from the postulate of *ultima ratio* are not met to justify their proportionate restriction, effective and preventive. The rights of women and the life of the unborn can be adequately regulated, implementing a system of deadlines in addition to the conditions established by the Constitutional Court that protects them both. It is, without a doubt, a deep and difficult debate that raises serious political-criminal debates.

Palabras clave

Aborto con consentimiento, despenalización, sistema de condiciones y plazos, *ultima ratio*, revictimización de las mujeres, vida dependiente.

Keywords

Abortion with consent, decriminalization, system of conditions and deadlines, *ultima ratio*, revictimization of women, dependent life.

Sumario

1. Cuestiones preliminares; **2.** Política criminal y aborto; **3.** El aborto y su criminalización en Colombia. **4.** Bibliografía

1. Cuestiones preliminares

El derecho penal colombiano protege bienes jurídicos (Constitución Política, artículo 2 y Código Penal, artículo 11¹), entendidos como aquellas condiciones fundamentales para el desarrollo de los derechos humanos y la adecuada convivencia en una sociedad democrática. Así, se protege, por una parte, la realidad biológica de la vida humana prenatal, potencial, en formación, gestación o dependiente de la mujer y, por la otra, la vida humana independiente de las personas². El primer bien jurídico tutela la expectativa de la vida como interés tutelado a partir de la anidación en el útero materno, castigando la aniquilación provocada del feto con viabilidad extrauterina y vitalidad intrauterina³; mientras que el segundo interés está vinculado con el derecho fundamental a la vida digna de las personas, a partir del comienzo del nacimiento. En algunos supuestos de aborto más graves, el legislador también considera la especial protección penal de la mujer y sus derechos humanos a la integridad personal y a la autonomía sexual y reproductiva. El C. P. colombiano de 2000 añade a la vida dependiente la protección de la integridad del sujeto en gestación, castigando los delitos de lesiones dolosas o culposas al feto (C. P., artículo 125 y ss.).

Dentro de este contexto, se pueden hacer dos precisiones, a saber: en primer lugar, es un sofisma asimilar a la persona individual con el feto, para luego equiparar sus derechos con los de la mujer y exhibir un falso dilema al estudiar su protección constitucional y legal⁴. El derecho penal colombiano ha estimado de forma pacífica

1 En adelante Const. Pol. y C. P., respectivamente.

2 MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale I*, págs. 4 y ss. CConst., Sent. C-445 de 2009. Según PÉREZ, *Derecho penal*, pág. 256, es cuestionable que el delito de aborto proteja la familia o los intereses políticos demográficos. De otra opinión: PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, pág. 482.

3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, Fondo de Reparaciones y Costas, Sent. del 28 de noviembre del 2012, Serie C, núm. 257, párr. 264. Para ilustrar mejor el asunto, se entiende como aborto punible la terminación provocada de la vida del feto hasta el comienzo del proceso de nacimiento, sin incluir el pre embrión antes de la anidación en el útero materno. En este sentido, véase BUOMPADRE, *Tratado*, págs. 192 y ss.; DONNA, *Derecho Penal, Parte especial*, págs. 176 y 177; DUQUE RUIZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, pág. 354; FELIP I SABORIT, "El aborto", En Silva Sánchez, *Lecciones*, pág. 58; GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. ii, pág. 412; GÓMEZ PAVAJEAU Y URBANO MARTÍNEZ, "Delitos contra la vida y la integridad personal", págs. 551, 553 y 557; POSADA MAYA, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, págs. 161 y ss.; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, págs. 158-160; TOCORA, *Derecho penal especial*, pág. 92; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, págs. 218 y 219.

4 Sobre el tema: La CConst, Sent. C-355 de 2006, advierte que solo la persona humana tiene derecho a la vida. V. DWORKIN, *El dominio de la vida*, págs. 9 y ss.; FERRAJOLI, "La cuestión del embrión entre derecho y moral", pág. 156; IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario en*

que la vida dependiente del concebido es un bien jurídico de menor jerarquía que la vida y la libertad independientes del ser humano⁵. La diferencia radica en que los bienes jurídicos mencionados protegen intereses y titulares diferentes, sin que ello niegue la protección de la vida humana, frente a comportamientos abusivos o violentos realizados por terceros o por la mujer en gestación.

Tal asimilación haría equivalentes conductas punibles como el homicidio y el aborto, o las lesiones simples y las lesiones al feto, cuestión que resulta discutible en el derecho penal vigente. En efecto, históricamente el legislador colombiano ha distinguido las figuras delictivas mencionadas y, atendiendo a los principios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (C. P., artículos 3, 11 y 12), le ha establecido una pena más grave a la lesión de la vida individual (homicidio) que a la lesión de la vida en formación (aborto)⁶. Igualmente, es más lesivo un delito de aborto consumado que uno en grado de tentativa, o la lesión de la vida dependiente cuando se lesiona al feto en etapas intermedias de la gestación, que cuando se lesiona al embrión, cerca de la anidación. Estos aspectos deben ser valorados por el juez penal en la sentencia condenatoria, al momento de individualizar la pena (C. P., artículo 61, incisos 3 y 4).

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

En segundo lugar, si bien es cierto que la vida humana comienza con la concepción, también lo es que el derecho penal colombiano no la protege de igual

el ocaso del siglo XX, pág. 253; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, pág. 65 y ss. La mayor parte de los tratados e instrumentos jurídicos de derechos humanos protegen el derecho de la mujer de proseguir con garantías su embarazo, y guardan silencio sobre el pretendido "derecho a la vida" del nasciturus. Fiscalía General de la Nación, Directiva 0006 de 2006, "Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y el juzgamiento del delito de aborto", pág. 102. Esta idea ha sido reconocida desde el C. P. de 1837, al haberse previsto la indicación terapéutica en el ordenamiento nacional.

5 En la doctrina extranjera: HOPP, "La penalización del aborto: un tipo penal injusto", pág. 120.

6 Así las cosas, la pena prevista en el C. P. para el homicidio simple es de prisión de 208 a 450 meses, mientras que la pena prevista para el aborto es de prisión de 16 a 54 meses; con una diferencia de 192 meses de prisión en su mínimo (16 años). QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, pág. 66.

manera o con la misma intensidad punitiva en sus diversas etapas⁷. Esta protección exige tener en cuenta dos aspectos:

Primero, no existe ninguna consideración político-criminal⁸ en la evolución del derecho penal colombiano, que apoye una protección absoluta de la vida dependiente o que promueva el castigo del aborto sin excepciones o atenuantes punitivas considerables⁹. Todo lo contrario, el legislador penal siempre ha protegido la vida humana en gestación de manera relativa¹⁰, pues ha reglado una amplia variedad de excepciones que limitan o atenúan el castigo del aborto, incluso rigiendo Constituciones ampliamente confesionales como, por ejemplo, la Carta Política de 1886.

Conviene recordar que los Códigos Penales desde 1837 hasta 1873¹¹ reglaron en la parte especial la figura del aborto terapéutico (como modalidad del estado de necesidad defensivo), cuando el procedimiento fuere un medio necesario para salvar la vida de la mujer del peligro que suponía la continuidad del embarazo. Dicha indicación clínica eximía de pena a la mujer y al médico, cirujano, boticario o partero que lo llevaran a cabo. A su turno, el C. P. de 1890, artículo 640, incisos 3 y 4, contempló esta exención de pena y la extendió, de acuerdo “con los sanos principios de la ciencia médica”, a aquellos eventos en los que fuera indispensable el parto prematuro artificial para preservar la vida de la mujer.

No obstante lo anterior, muchos estudiosos olvidan que a partir del C. P. de 1936 y hasta el C. P. de 2000, el estado de necesidad defensivo propio o de terceros¹² y otras situaciones de ausencia de responsabilidad penal fueron previstas en la parte general del Código -no en la parte especial como era la tradición- bien como

7 Sobre el debate ético: DWORKIN, *El dominio de la vida*, págs. 9 y ss.; FARRELL, *La ética del aborto y la eutanasia*, págs. 13 y ss.; KAMM, *Creation and Abortion*, págs. 20 y ss.

8 Sobre el concepto de política criminal, v. BINDER, *Análisis político criminal*, págs. 201 y ss.

9 Por el contrario, de un estudio de la vida dependiente prevista en la CADH, art. 4.1, se desprende la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991. Tal y como lo afirma la CConst., Sent. C-355 de 2006.

10 BERNATE OCHOA, “A propósito de una nueva reforma”, afirma que “(...) la legislación colombiana siempre ha sido un sistema *relativo*, al penalizar de manera más benigna el aborto que el homicidio, estableciendo la irresponsabilidad de quien comete el delito de aborto para salvar la vida de la mujer –sistema por indicación–”.

11 C. P. de 1837, art. 644, inc. 2: “Más no incurrirán en pena alguna el médico o cirujano que procuren el aborto, cuando no hay otro medio de salvar la vida de la mujer”; C. P. de 1858, art. 492, inc. 2; C. P. de 1873, art. 489, inc. 2.

12 GUTIÉRREZ ANZOLA, “Aborto y estado de necesidad”, págs. 27 y 35.

causales de justificación, inculpabilidad o, en general, como causales de ausencia de responsabilidad, con la posibilidad de ser aplicadas a múltiples supuestos de aborto o a otros bienes jurídicos tutelados como, por ejemplo, la integridad personal, la dignidad humana, el honor o la libertad personal, etc. En dichos estatutos se reiteró la posibilidad de aplicarle al aborto figuras jurídicas como la insuperable coacción ajena (violencia o amenazas), el miedo insuperable o el error de tipo o prohibición, entre otras¹³.

Las legislaciones penales colombianas también han permitido aplicarle al delito de aborto instituciones jurídicas o circunstancias atenuantes que modifican sustancialmente la pena prevista en la ley. Por ejemplo, desde el C. P. de 1837 hasta fue posible atenuar la pena en los casos de tentativa¹⁴, y se han contemplado atenuantes históricas como el móvil de ocultar la “fragilidad de la mujer” para cometer el delito¹⁵, la defensa del honor de la mujer o la familia, o el exceso en el estado de necesidad. Así mismo, se han reconocido atenuantes genéricas como la ira o el intenso dolor y la marginalidad o pobreza extremas; y circunstancias de menor punibilidad referidas a las emociones o pasiones excusables, el miedo intenso, la violencia, imperantes razones personales o familiares, las amenazas y la seducción no exculpantes, o por ser el embarazo de la mujer el producto de delitos de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, entre otras¹⁶.

Algunas legislaciones como el C. P. de 1936, incluso consintieron la aplicación del perdón judicial a la mujer que causare o permitiere la realización del aborto¹⁷. Además, el C. P. de 2000 (original – Ley 599 de 2000) previó la posibilidad de que el juez penal prescindiera de la pena en el aborto cuando ella no resultase necesaria en el caso concreto, siempre y cuando el procedimiento fuese practicado a embarazos

13 C. P. de 1936, art. 23, 24 y 25; C. P. de 1980, arts. 29, 30 y 40; y C. P. de 2000, art. 32.

14 C. P. de 1837, arts. 662 y 664; C. P. de 1858, arts. 490 y 492, inc. 1; C. P. de 1873, arts. 488, inc. 1; C. P., de 1890, art. 7 en concordancia con el (cc) art. 638; C. P. de 1936, art. 16 cc arts. 386 y ss.; C. P. de 1980, art. 22 cc arts. 343 y ss.; y C. P. de 2000, art. 27 cc arts. 122 y ss.

15 C. P. de 1837, art. 666; C. P. de 1858, art. 494; C. P. de 1873, art. 490, inc. 2; C. P., de 1890, art. 642.

16 A título de ejemplo, véase C. P. de 1837, art. 120, num. 3; C. P. de 1858, art. 114; C. P. de 1873, art. 87; C. P., de 1890, arts. 29 y 118; C. P. de 1936, arts. 27, 28, 29 y 38; C. P. de 1980, arts. 31, 64 y 345; y C. P. de 2000, arts. 55, 56, 57 y 124, entre otras normas penales aplicables.

17 Precisamente, el C. P. de 1936, art. 389 prevé que, “Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse (...) o concederse el perdón judicial”. Es decir, que la el art. 91 *ibíd.*, previó la posibilidad de que el juez penal prescindiese por completo de la imposición de la pena.

originados en delitos de acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, y la mujer hubiese actuado bajo “extraordinarias condiciones anormales de motivación”¹⁸. En consecuencia, el legislador permitió eximir a la mujer de la sanción por el aborto en los casos de “pena natural”, en los cuales los efectos de la conducta produzcan consecuencias tan difíciles de sobrellevar para la autora, que su castigo comporte una clara afrenta a la dignidad humana, desconozca los fines de la pena y produzca su revictimización, debido a la restricción innecesaria y desproporcionada de derechos fundamentales que ello significaría.

A partir de la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional reglamentó varias indicaciones como causales de justificación del aborto, cuando: a) la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud¹⁹ de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto²⁰. Indicaciones perfectamente ajustadas a la Constitución de 1991 que, de manera reciente, se han considerado en la teoría del delito como criterios que impiden la imputación objetiva de la muerte del nasciturus a la mujer, pues no comportan la creación de riesgos jurídicamente desaprobados para la vida en gestación. En otras palabras, se trataría de riesgos que surgen del ejercicio lícito de derechos fundamentales de la mujer²¹.

Todo lo anterior, sin perjuicio de aplicarle a la mujer otras instituciones previstas en el derecho procesal penal (Ley 906 de 2004) como, por ejemplo, el principio de

18 Precisamente, el art. 124 del C. P. de 2000 declarado primero exequible por la CConst., Sent. C-198 de 2001 y luego inexecutable por la Sent. C-355 de 2006, decía: “**Artículo 124.** *Circunstancias de atenuación 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. / **Parágrafo.** 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*” (énfasis agregado).

19 La CConst., Sent. T-841 de 2011, aclara que el riesgo para la salud mental de la mujer, es una razón suficiente para practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

20 CConst., Sent. C-355 de 2006; especial consideración merecen las mujeres en situación de discapacidad víctimas del delito de acceso carnal violento Sent. T-988 de 2007.

21 Otros autores se refieren a justificaciones procedimentales que excluyen la tipicidad. Así: Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, pág. 91.

oportunidad²² u otros mecanismos de justicia premial diseñados para humanizar la pena²³.

En síntesis, cualquier intento por implementar un sistema inmovilista o de prohibición absoluta del aborto en la legislación penal vigente implicaría una paradoja, un claro retroceso histórico en el derecho penal colombiano y un peligroso desconocimiento de las reglas constitucionales diseñadas para el aborto durante los últimos 15 años, que tendrían graves repercusiones respecto a los derechos fundamentales de la mujer; en particular frente a su vida, integridad personal -física y psíquica-, libertad personal y moral, libre desarrollo de la personalidad, autonomía personal y salud sexual y reproductiva²⁴.

Vale la pena señalar que en el C. P. de 1890, inciso 4 del artículo 640²⁵, el legislador ya anticipaba la necesidad de separar el fundamento de los procesos político-criminales y punitivos de otra clase de argumentos o consideraciones, con el fin de adecuar el sistema penal a las necesidades sociales. Es más, algún sector doctrinal que admite el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, afirma que estar en desacuerdo con la criminalización total o parcial del aborto, en estrictos términos jurídicos, no significa expresar ningún tipo de conformidad con su procedimiento biológico, desde otras perspectivas²⁶. Por ejemplo, Binder sostiene que

22 Código de Procedimiento Penal (en adelante C. P. P.) de 2004, arts. 321 y ss. Dicha figura permite, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Resultan particularmente interesantes, entre otras, las causales previstas en el artículo 324, num. 1 en la medida en que el máximo de la pena no supera los cincuenta y cuatro (54) meses de prisión; num. 12: "Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social"; num. 14: "Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito"; y num. 15: "Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad".

23 C. P. P., arts. 348 y ss., relativo a los preacuerdos, negociaciones y aceptación total o parcial de cargos.

24 Se trata, entonces, de un expansionismo punitivo regresivo, porque cosifica a las personas, desconociendo el núcleo basilar de la Constitución de 1991, que es de carácter personalista, es decir, es un modelo político basado en la dignidad humana (Const., Pol., artículo 1). CConst., Sent. C-355 de 2006, afirma que "(...) la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad".

25 El inc. 4 del C. P. de 1890, señalaba que "No por eso debe creerse que la ley aconseje el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la Iglesia. Únicamente se invita á eximir de pena al que, con rectitud y pureza de intenciones, se cree autorizado para ocurrir á dichos medios".

26 Así, LANDROVE DÍAZ, "La tímida despenalización del aborto en España", pág. 193. Además, subraya:

Hablar de la despenalización del aborto, en este contexto, no implica dejar de tener una fuerte postura de rechazo moral frente al aborto y menos aún significa debilitar la obligación del Estado de promover medidas de protección para la vida por nacer. Sólo nos dice que la PC es inútil para intervenir este fenómeno. Y no solo eso, sino que es contraproducente, porque una confianza ficcional en la intervención penal nos parecería eximir de explorar la eficacia de otras formas de intervención y, lo que es más grave aún, de explorar otras formas de rechazo de ese fenómeno. El esfuerzo social por proteger al máximo la vida se ve, entonces, debilitado por la PC, antes que fortalecido²⁷.

Finalmente, se puede afirmar que, mientras más evoluciona el reconocimiento constitucional y legal de los derechos fundamentales de la mujer, en particular su libertad y autonomía sexual y reproductiva, menos razonable es el castigo del aborto cuando resulta dudosa la prevalencia de la vida humana en gestación frente a la protección del bien jurídico libertad personal.

2. Política criminal y aborto

La vida humana en formación solo debe ser objeto de protección jurídico penal cuando el Estado verifique el cumplimiento de diversos criterios de política criminal²⁸ que permiten gestionar, por una parte, la tensión constitucional entre esta y la autonomía reproductiva de la mujer; y, por otra, se garantice la auto restricción de la fuerza estatal. Justamente, una de las fallas de la intervención -mínima- del derecho penal en materia de aborto es que se ha eludido el necesario equilibrio que debe

1) La dimensión criminógena de la criminalización a ultranza; 2) Los riesgos del aborto clandestino e inseguro; 3) que la despenalización no supone la obligación de abortar para nadie; 4) que esta no cubre los supuestos de aborto sin consentimiento de la mujer; y 5) que la pena de prisión para la mujer nada resuelve, sin contar con la enorme cifra oscura de criminalidad.

27 BINDER, *Análisis político criminal*, pág. 257.

28 En general, la CConst., Sent. T-762 de 2015, ha dicho que la política criminal en Colombia debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) tener un carácter preventivo; (ii) respetar el uso del derecho penal como ultima ratio; (iii) respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada; (iv) buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados; (v) las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales; (vi) ser coherente; (vii) estar sustentada en elementos empíricos; (viii) ser sostenible; (ix) hacer una medición de costos en derechos económicos; y, finalmente, (x) proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. A lo largo de este informe se observará cómo estos deberes han sido altamente ignorados a la hora de proponer la prisión perpetua como política criminal.

existir entre las demandas democráticas de protección de los derechos involucrados (*el qué*) y las técnicas democráticas de criminalización (*el cómo*).

Para un sector importante de la doctrina, la legislación de aborto encuentra este equilibrio con la implementación de un sistema político-criminal flexible que combine diversas indicaciones terapéuticas, éticas, embriopáticas y sociales, con un sistema de plazos que le permita a la mujer decidir, de manera informada y asistida, la continuidad o la interrupción voluntaria del proceso de gestación; naturalmente, sin que ello implique cargas excesivas para ella o restricciones intolerables de sus derechos²⁹. Si se pierde el equilibrio entre la protección de la vida humana en gestación y el reconocimiento de la autonomía reproductiva de la mujer, la fundamentación democrática del delito de aborto o de sus extremos tiende a desaparecer, cuestión que debe favorecer la búsqueda de otros mecanismos menos violentos para proteger la vida prenatal³⁰. Por tal motivo, hay que tener mucho cuidado con aquellos procesos de criminalización profundamente ideologizados o que responden a tendencias sociales o coyunturas políticas.

Precisamente, luego de verificar el carácter reactivo y selectivo del sistema penal frente al aborto, la ausencia de estudios empíricos e interdisciplinarios sobre este fenómeno y la ambivalencia de la política criminal colombiana frente a los derechos humanos de la mujer, la COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL de Colombia propuso en el año 2012 una ampliación de la despenalización del delito de aborto. En tal sentido, afirmó que esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren

29 Recuérdese que la CConst., Sent. T-009 de 2009, reiteró que solo las mujeres tienen el derecho de decidir si continúan o interrumpen el embarazo.

30 De igual opinión: Hopp, "La penalización del aborto: un tipo penal injusto", págs. 120 y 121.

más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad³¹.

La legitimidad de esta propuesta político criminal³² se puede avalar analizando si la protección penal de la vida humana en gestación cumple actualmente con los principios de las sanciones penales, esto es, los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (C. P., artículo 3)³³. En todo caso, si bien la doctrina mayoritaria sostiene que en los supuestos más graves de aborto (cercanos al nacimiento) existen poderosas razones de política criminal que demuestran el interés de toda la comunidad en proteger a las personas no nacidas de los actos deliberados de la mujer, cuando no existan motivos constitucionalmente válidos para la práctica del aborto, ello resulta muy dudoso en los casos menos graves, particularmente en aquellos cercanos al comienzo de la gestación, cuando la restricción de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer resulta extraordinariamente severa.

Así las cosas, en primer lugar, la intervención punitiva del Estado debe cumplir con cuatro exigencias: Primera, como se ha dicho, se debe acreditar la necesidad de recurrir al derecho penal y castigar los supuestos menos graves de aborto con consentimiento de la mujer (C. P. artículo 122³⁴). Recuérdese que la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho tiene como propósito fundamental prevenir la realización de ataques graves contra la vida humana en gestación, sin anular los derechos de la mujer.

31 COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, pág. 75. Una opinión similar en: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Directiva 0006 de 2006*, "Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y el juzgamiento del delito de aborto", pág. 13, señala que "El aborto es un problema de salud pública que tiene importantes consecuencias en la mortalidad materna y en los derechos de las mujeres con menos recursos económicos. Eso implica que la I.V.E. no puede traducirse en la criminalización de los grupos marginados, por lo cual es indispensable abordarla como un tema de derechos humanos que involucra la intimidad y libertad de las mujeres, así como la garantía de sus derechos reproductivos".

32 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 33, recuerda que "La legitimidad de la actuación política y, por tanto, de una determinada Política Criminal reside, entonces, no en su capacidad para organizar las respuestas que la Sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino es preservar dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos".

33 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, págs. 58 y ss.

34 C. P., artículo 122: "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años (hoy (16) meses a cincuenta y cuatro (54) meses. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior"; C. P. artículo 123: "El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años (hoy sesenta y cuatro (64) meses a ciento ochenta (180) meses".

Por ello, si la pena de prisión prevista en la ley o su amenaza no han disminuido, contenido o desestimulado la comisión del delito de aborto hasta ahora, ello indica que la intervención punitiva formal de la vida en gestación es ineficaz en los casos más graves, y puede ser innecesaria o inadecuada en los menos graves³⁵. Los efectos deseados con una represión penal simbólica y selectiva³⁶ se podrían conseguir por el legislador utilizando otras medidas de comunicación, política social y salud pública (... educación, sobre todo), más efectivas y menos lesivas para la población³⁷. Ello podría ser particularmente apropiado para prevenir las innumerables interrupciones del embarazo efectuadas en la clandestinidad, que ponen en grave y sistemático peligro la vida, la seguridad y la salud de la mujer³⁸. Abortos que además tienen grandes costos para el sistema de salud, en particular en los tratamientos médicos del post-aborto³⁹.

En efecto, según Prada; Singh; Remez y Villarreal, aunque la cifra es incierta, durante el año 2008 se estima que se produjeron 400,400 abortos inducidos, de los

35 BINDER, *Análisis político criminal*, pág. 257.

36 TOCORA, *Derecho penal especial*, pág. 93; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, pág. 208.

37 Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, págs. 11 y 15, en la última de las cuales afirma que "Los estudios empíricos demuestran que la disminución de la criminalidad está en correlación con las mayores posibilidades que tienen las personas de ser detenidos, condenados y encarcelados, más que por el miedo a un hipotético castigo. Los conocimientos criminológicos ponen énfasis en la prevención más en las circunstancias previas a la comisión del delito (factores ambientales) y en las circunstancias consecutivas al mismo (certeza y prontitud de la intervención penal), no en la etapa de comunicación entre la norma primaria y autor del delito que es la base de la intimidación penal. Además, si la criminalidad es un fenómeno social, la prevención también tiene que entenderse en clave social: preventiva *ante delictum* y no proactivo *post delictum*. Por tanto, el modelo es uno más dentro de los diversos modelos de prevención del delito, no es el único, ni el mejor".

38 Así lo ha indicado el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*. De hecho, siguen existiendo graves problemas con la aplicación y reconocimiento de las indicaciones previstas en la Sent. C-355 de 2006, cuestión que, pág. 32, "(...) ha puesto en riesgo la garantía de los derechos sexuales y reproductivos". En respuesta a ello, la Corte ha proferido varias decisiones para garantizar los derechos de las mujeres, por ejemplo, impidiendo que las E.P.S. exijan requisitos extra o se abstengan de dilatar los procedimientos de I.V.E. Algunas cifras de obstaculización y aborto clandestino en: DÍAZ AMADO, CALDERÓN GARCÍA, ROMERO CRISTANCHO, PRADA SALAS Y BARRETO HAUZEUR, "Obstacles and challenges following the partial decriminalization of abortion in Colombia", pág. 120; MIER CORPAS "Reflexiones sobre el aborto en Colombia", págs. 67 y ss.

39 Sobre el tema, v. PRADA; SINGH; REMEZ Y VILLARREAL, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*, págs. 14 y ss. sobre el costo del aborto no seguro y, págs. 17 y ss. sobre las complicaciones posteriores al aborto.

cuales solo el cero coma ocho % (0,8) -322 abortos- fueron practicados conforme al modelo de indicaciones previsto en la Sent. C-355 de 2006. Así mismo, indican que el 44 % de los embarazos no planificados terminan en abortos ilegales, lo que supone, para dicha época, que en Colombia 33 de cada 1000 mujeres abortaron, y de 66 de cada 1000 lo hicieron en Bogotá. Ello comporta una tasa de 52 abortos por cada 100 sujetos nacidos vivos. Además, Colombia tiene una de las tasas de aborto clandestino e ilegal más altas de América Latina, cercana al 33 %⁴⁰.

Asimismo, la inexistencia de datos relevantes y ciertos sobre la judicialización de la mujer o los coautores del aborto, demuestra que esta es ineficaz. En la práctica, la impunidad de la interrupción voluntaria del embarazo es tolerada en muchos casos y oculta, al tiempo que el castigo carece de legitimación social, salvo en casos mediáticos o de extrema gravedad. Muchos detractores del aborto concuerdan en que las mujeres no deberían ser castigadas con penas en espacios carcelarios, sino que, más bien, tendrían derecho a medidas de asistencia social, técnicas y educativas formalizadas que mitiguen los efectos causados por este. Desde esta perspectiva, la ausencia actual de criminalización secundaria justifica disminuir la profunda limitación de los derechos de la mujer en el C. P. colombiano.

En definitiva, se puede afirmar que la norma penal vigente es poco funcional como medio de prevención social. En términos político-criminales: de ella no se deriva un bien social mayor⁴¹. Ello se demuestra con la incontable reiteración de supuestos incógnitos de aborto ilegal que hacen parte de la cifra oscura de criminalidad. Al respecto, Pérez señalaba que “La ‘enorme cifra oscura de este delito’ obliga a indagar la conveniencia de eliminarlo, como se ha propuesto en muchas naciones y se ha logrado en algunas. Sería una rectificación fundamental de las aberraciones del pasado, aunque no sirva para corregir las injusticias cometidas”⁴².

40 *Ibíd.*, págs. 4 y 5. Sobre las cifras de aborto en América Latina y el Caribe, v. <https://www.guttmacher.org/geography/latin-america-caribbean/colombia>

41 Precisamente, los datos estadísticos a nivel mundial señalan que eliminar la prohibición radical del aborto no comporta un incremento sustancial de la terminación voluntaria del embarazo. Todo lo contrario, según el GUTTMACHER INSTITUTE, 2018, “Las tasas de aborto son similares en los países donde el aborto está fuertemente restringido y donde está permitido en términos legales amplios. La tasa de aborto es de 37 por 1,000 mujeres en países que prohíben el aborto totalmente o que lo permiten solamente para salvar la vida de la mujer, y de 34 por 1,000 en países que permiten el aborto sin restricciones en cuanto a la razón, una diferencia que no es significativa”. En: <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-inducido-nivel-mundial>).

42 PÉREZ, *Derecho penal*, pág. 256. También Ferrajoli, “Libertades en el tiempo del neoliberalismo”, págs. 119 y 120, ha dicho que: “...el cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los varones, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos públicos –jurídicos, éticos, políticos– así como de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha sido, y se

Sin duda, el desconocimiento científico de las fuentes, las condiciones y el contexto del aborto en Colombia determina un alejamiento insuperable entre la norma penal y la realidad social; una discrepancia entre la retórica de los derechos, los alardes de punición y la protección real de la vida humana en gestación. Esa falta de coherencia determina que el C. P. no pueda cumplir satisfactoriamente con los fines para los cuales fue creado el delito. Es más, la amenaza de prisión contra el aborto resulta muchas veces indiferente o marginal para las mujeres y no produce una disuasión eficaz antes del hecho o su resocialización con posterioridad a él. Los estudios de política criminal han demostrado que erigir la eficacia preventiva de la pena exclusivamente en el miedo, tiende a desgastar la finalidad disuasoria del derecho penal, extiende la delincuencia, inhibe a la población de participar en la justicia, acrecienta la sensación de inseguridad y produce extensas frustraciones en sectores sociales que, al final, vista la ineficacia del derecho, promueven discursos para fortalecer la criminalización del aborto y limitar de manera progresiva los derechos de la mujer⁴³. ¡Todo un círculo vicioso que alimenta el populismo punitivo!

Finalmente, añádase que la necesidad de la intervención penal en materia de aborto no se acredita afirmando que este delito equivale técnicamente a otros delitos más graves como, por ejemplo, el genocidio o la tortura; o aseverando sin evidencia criminológica que su comisión favorece la ejecución de otros crímenes como la violación. Esa clase de opiniones efectistas y equivocadas confunden a las personas, y le restan seriedad al debate sobre la necesidad y razonabilidad político-criminal de criminalizar o no estos comportamientos sociales. Ninguna política criminal logrará eliminar la comisión de este delito, y sería una ingenuidad pensar que la pena lo hará en el futuro próximo.

Segundo, la prohibición del aborto debe ser mínima y proporcional. La justicia criminal no debe crear cargas jurídicas, económicas, políticas, administrativas y sociales excesivas o irrazonables para la mujer. Resulta inaceptable que, luego de décadas de interminables y enconadas discusiones sobre la “definición y valoración” como delito del fenómeno social del aborto, la carga fundamental de proteger la vida humana en gestación siga recayendo principalmente en la limitación de los derechos humanos de la mujer y de su libertad reproductiva, sin que al tiempo se hayan implementado y garantizado precauciones sociales más rigurosas para evitar su revictimización.

pretende que vuelva a serlo, objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios”. Sobre el concepto de cifra oscura de criminalidad v. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 143.

43 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 41.

Es cierto que la prevención primaria de este delito es costosa (es más barato mantener la sanción penal), pero también lo es que las instituciones responsables de políticas públicas no están haciendo lo suficiente para lograr su disminución a corto y largo plazo, o para garantizar la aplicación de los casos legalizados por la CConst., Sent. C-355 de 2006 y ss.⁴⁴. A ello se añade la vergonzosa indiferencia legislativa para regular la interrupción legal del embarazo⁴⁵, la falta de actividades de prevención policial respecto de las organizaciones criminales que practican el aborto clandestino, de políticas de asistencia social o educativa que instruyan sobre los riesgos reales de esta práctica para la mujer y de sus posibles alternativas jurídicas y sociales, la falta de oportunidades profesionales o técnicas, la proliferación de barreras y requisitos adicionales para los casos de abortos permitidos por la jurisprudencia⁴⁶ y la ausencia de políticas públicas anticonceptivas que mitiguen las situaciones de riesgo para la mujer⁴⁷. (Const. Pol., artículos 43 y 67). Siendo ello así, es evidente que el efecto de la prohibición penal sobre la mujer que aborta es que resulta excluida y desarraigada de su núcleo social. Igualmente, la ‘estigmatización por el crimen de aborto’ (acompañada por los efectos del procesamiento penal y el escarnio público o privado) impiden comúnmente la reintegración familiar de la mujer etiquetada como ‘criminal’, particularmente cuando hace parte de sociedades pobres o desestructuradas.

Tercero, el Estado debe garantizar que la penalización del aborto no estimule a las mujeres a recurrir a prácticas que ponen en peligro sistemático su vida o salud. Confirmada esta tendencia en Colombia, la tensión constitucional entre la protección del principio a la vida humana en gestación y la autonomía reproductiva de la mujer, no se debe construir con fundamento en limitaciones adicionales a sus derechos,

44 Situación también estudiada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*, págs. 26 y ss.

45 Recientemente la CConst., Sent. SU-096 de 2018 reitera la necesidad de que el Congreso y el Ministerio de Salud regulen de forma explícita lo atinente al aborto en los casos en los cuales hay despenalización.

46 Sobre los requisitos que deben exigirse para terminar la investigación criminal, v. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Directiva 0006 de 2006*, “Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y el juzgamiento del delito de aborto”.

47 Según el GUTTMACHER INSTITUTE, 2018, “En los países en desarrollo, el 84% de los embarazos no planeados ocurre entre mujeres que tienen una necesidad insatisfecha de anticoncepción moderna. Por lo tanto, satisfacer esa necesidad es una estrategia importante para reducir los embarazos no planeados, así como los abortos o nacimientos no planeados que generalmente ocurren como consecuencia”, En: <https://www.guttmacher.org/es/fact-sheet/aborto-inducido-nivel-mundial>.

sino con base en un ejercicio más responsable de la libertad para decidir sobre su cuerpo y su reproducción sexual. El derecho penal debe ser, como medio de control social, una estrategia excepcional y subsidiaria de políticas públicas estructuradas a corto y largo plazo para mitigar las causas económicas y sociales que producen el aborto, para mejorar las condiciones materiales de la mujer y para modificar su ambiente social.

De igual manera, no es aceptable asumir en términos político criminales un sistema de prohibición absoluta del aborto, bajo el pretexto paternalista de que la pena resulta la mejor forma o la más eficiente de evitar que la mujer se someta a autolesiones traumáticas que afecten su equilibrio psicofísico, es decir, para “protegerlas de sí mismas” frente a las consecuencias de la interrupción del embarazo. Tampoco es razonable una fundamentación o validación de la pena basada en la “sospecha de irresponsabilidad ética”, los prejuicios o en la tuición injustificada de la mujer para limitar su autonomía sexual y reproductiva al momento de diseñar su plan de vida⁴⁸. En el derecho penal colombiano, la integridad personal y la libertad son bienes jurídicos por esencia disponibles por parte de su titular, por lo cual, castigar el aborto para protegerlos respecto de su propio titular implicaría sancionar penalmente, de modo indirecto, comportamientos de autolesiones, autopuestas en peligro consentidas de la vida o restricciones propias de la libertad o la autonomía, cuestión que resultaría claramente inconstitucional⁴⁹.

Para terminar este punto, se puede afirmar que el principio de dignidad debe impedir que el derecho penal sea empleado como un simple factor de contención social, mediante normas penales ineficaces y simbólicas que en realidad instrumentalicen a

48 HOPP, “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”, págs. 119 y 120, señala con razón que “El Derecho no necesariamente debe obligar a la mujer a aceptar las consecuencias de tener relaciones sexuales sin cuidarse de no resultar embarazada, como si hubiera firmado un contrato imaginario. (...) Tener relaciones sexuales o estar embarazada son hechos de la naturaleza; el embarazo no es una consecuencia normativa de tener relaciones sexuales; de modo que el Estado no tiene ninguna necesidad de refirmar esa consecuencia, el embarazo no es una sanción”. Recuerda Nino, “Derecho penal y democracia”, pág. 22, que “Cualesquiera que sean los criterios de validación de modelos de virtudes humanas, no tienen directa relación con la consideración equitativa de los intereses de diferentes personas dado que no son estándares intersubjetivos. Por lo tanto, a pesar de que la discusión sobre ellos sea siempre útil, ya que podría ayudar a superar defectos de conocimiento o racionalidad, no incrementa significativamente las oportunidades de alcanzar los estándares correctos, en comparación con la reflexión individual. Además, la discusión de estos ideales puede estar dirigida a conseguir un razonamiento más claro que lleve a la aceptación de alguno de ellos, pero no está dirigida al logro del consenso, ya que la aceptación de diferentes ideales por diferentes personas no necesariamente produce conflictos”.

49 NINO, “Derecho penal y democracia”, pág. 23.

la mujer con el propósito de favorecer intereses colectivos, mantener privilegios de género para otros sectores de la población o limitar concepciones diferentes de la vida y la libertad personal. Por ello, Pérez señalaba que “La mujer no es una incubadora ni su vientre es foro para resolver intereses ajenos (...) Es una persona con los atributos de libertad y dignidad ya estudiados y con todos los derechos complementarios. Rindiéndose ante estos atributos y derechos la ley debe concederle capacidad de escoger entre la continuación del proceso embrionario o la suspensión cuando así lo resuelva ella misma, sin coerciones ni tratamientos especiales”⁵⁰.

Cuarto, tampoco es lógico mantener un modelo de criminalización del aborto que, restringiendo los derechos fundamentales de la mujer en la práctica, en realidad promueva y cotice mercados macro criminales como el aborto clandestino. Este tipo de prácticas ilícitas propician organizaciones criminales con ánimo de lucro, que se aprovechan de la necesidad y la exclusión social de las mujeres para ofrecerles servicios de aborto en condiciones que ponen en grave peligro sus derechos a la vida y la salud⁵¹. Servicios que aumentan de valor según la severidad de la prohibición penal, la desregulación y las fisuras del sistema social. La advertida ineficacia del sistema penal colombiano en materia de prevención del aborto y el poco control policial en la materia, les ofrecen a estas organizaciones ventajas comparativas que inciden en las ganancias sustanciales que producen⁵².

No tener en cuenta estas consecuencias colaterales, producto de la prohibición penal, supone replicar los ciclos de violencia a los cuales han sido sometidas tradicionalmente las mujeres en Colombia: tratar a las mujeres consumidoras del aborto ilegal como mercancías.

Así mismo, demuestra que el diseño del sistema penal colombiano roza el clasismo y favorece la desigualdad. Como lo señala Velásquez, ello “(...) pone en evidencia los conflictos de clase que se presentan al interior de esta problemática, en la medida en que las madres privilegiadas por su posición social pueden practicarse abortos en condiciones de asepsia mayores, incluso en el extranjero, en desmedro de las mujeres provenientes de los estratos más pobres de la población. La ley penal, pues, castiga un comportamiento que el tejido social fomenta y legitima, llegándose a

50 PÉREZ, *Derecho penal*, pág. 259. En igual sentido, Hopp, “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”, pág. 119, debate ampliamente la instrumentalización de la mujer.

51 COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, pág. 75.

52 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, págs. 116-119. Sobre los elementos de la criminalidad organizada, v. págs. 126 y ss.

lo que algún autor denomina “una esquizofrenia en las relaciones jurídico-sociales”⁵³.

Ahora, en segundo lugar, para que la intervención punitiva en materia de aborto sea legítima, debe cumplir con los tres caracteres del derecho penal⁵⁴. Primero, la intervención debe ser subsidiaria a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Si el Estado no agota otros instrumentos jurídicos alternativos para resolver el conflicto social que suscita el aborto o la vulneración de la autonomía de la mujer, entonces se dirá que los demás ordenamientos han fracasado (principio de eficacia)⁵⁵.

Segundo, de acuerdo con el carácter fragmentario del derecho penal, la intervención punitiva solo puede castigar los casos más graves que afecten la vida humana en gestación. Es obligación del legislador buscar tratamientos alternativos para los casos menos graves. Por ejemplo, la fragmentariedad del derecho penal ha llevado a un sector de la doctrina extranjera a deslegitimar el castigo de aquellos hechos que solo pongan en peligro la vida prenatal, como sucede en los casos de tentativa (de auto aborto), en los que la muerte del feto no se produce por causas ajenas a la voluntad de la mujer⁵⁶.

Y tercero, el Estado solo debe utilizar el derecho penal como el último recurso

53 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 209. En igual sentido, COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, pág. 75.

54 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 178 y ss.

55 LAMARCA PÉREZ, “Los límites constitucionales del legislador penal”, pág. 374 y ss. En general, sobre la exigencia de implementabilidad administrativa de la ley penal y su eficacia en términos preventivo generales y especiales, v. Baratta, “Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos, como objeto y límite de la ley penal”, págs. 327 y 328, afirma que “El desigual funcionamiento de la justicia penal encuentra, pues, en la discrepancia entre los recursos administrativos y el programa legislativo, una causa estructural (la solución implicaría llegar a la militarización de la justicia penal y del Estado). El principio de especificación de los conflictos y de los problemas toma en consideración el hecho de que el sistema puede ser interpretado sociológicamente como un aglomerado arbitrario de objetos heterogéneos (comportamientos punibles) que no tiene otro elemento en común más que el de estar sujetos a la respuesta punitiva. ¿Qué tienen en común, más allá del hecho de estar sujetos a una respuesta punitiva, “delitos” tan diferentes entre sí como, por ejemplo, el aborto y el funcionamiento ilegal de las instituciones del Estado?... ¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema como el penal, de responder, con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad?”. “(...) la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representa mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la única alternativa democrática a la política criminal”.

56 V. FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal, parte especial*, pág. 86. Así sucede, por ejemplo, en la Ley 11.179 (T. O. 1984 actualizado) Código Penal de la Nación Argentina, art. 88 y En el Decreto 1.030 de 1997 de El Salvador.

de control social disponible para castigar el aborto (ultima ratio)⁵⁷. Lo más complejo del asunto es que el Estado colombiano, al carecer de una verdadera política criminal en materia de interrupción voluntaria del embarazo -pues esta se dirige a castigar a la mujer- y de pocas políticas públicas dirigidas a la prevención del aborto ilegal y clandestino, sigue acudiendo al derecho penal como la primera y más importante medida simbólica de protección de la vida humana en gestación, lo que supone confesar un estruendoso fracaso del sistema jurídico para prevenir estos fenómenos de salud pública.

En fin, los caracteres del derecho penal son criterios materiales que permiten garantizar el uso razonable del mismo, y conectar los programas sectoriales de política criminal, la realidad y los principios del Estado Social y Democrático de derecho, en situaciones que, como el aborto, afectan profundamente el tejido social. Se debe insistir entonces en que la intervención punitiva del Estado no es el instrumento preventivo natural y obvio para proteger la vida prenatal y ni para resolver los problemas sociales que conlleva. El delito no es un fenómeno natural, es una creación político criminal que debe ser justificada en tales términos, pues supone huir a la pena para resolver conflictos sociales.

3. El aborto y su criminalización en Colombia

Naturalmente, existen diversas propuestas para adecuar la regulación legal del aborto de manera racional y crear espacios más amplios de libertad, ajustados a las demandas político-criminales⁵⁸.

En primer lugar, se advierten las propuestas de naturaleza dogmática. En efecto, no obstante que la doctrina históricamente haya asimilado al embrión y al feto como sujetos pasivos del aborto con consentimiento de la mujer (C. P., artículo 122), con el fin de aplicar el delito a todas las etapas de gestación, recientemente un sector

57 Ampliamente, v. ALCALÉ SÁNCHEZ, "La ambivalencia del principio de intervención mínima del derecho penal", pág. 382 y ss.; COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, pág. 63.

58 Bien dice ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, págs. 21 y 22, que "incidir más en la prevención que en la represión es propio de una opción epistemológica a favor de un derecho penal orientado a las consecuencias, en el que la política criminal adquiere centralidad por comprender el fenómeno criminal como fenómeno social, en el que compromete toda la sociedad. En cambio, *la opción represiva, maximalista de la retribución penal* es expresión de una política de exclusión social de los sectores más desfavorecidos en la globalización, en clara coincidencia con las transformaciones sociales y económicas producidas en los últimos decenios" (énfasis agregado).

de la doctrina ha propuesto distinguirlos para reducir la protección del delito solo a los fetos maduros y no a los embriones, limitando de esta forma el castigo del delito de aborto a las intervenciones intermedias y tardías de la gestación (más graves)⁵⁹. Una diferencia que, a pesar de ser debatida en la ciencia médica, es posible hacer en estrictos términos jurídicos, por dos razones:

Primera, porque la Ley 1385 del 2010, artículo 3°, justamente dice que el *El producto de la concepción humana, se llama feto a partir del tercer mes de vida intrauterina. En esta etapa ya el feto ha pasado el momento de la concepción.* Las células madre que en este punto ya se han dividido en 3 capas, comienzan el proceso de creación de la masa encefálica, el corazón y los pulmones, también se van formando las cavidades auditivas, para finalmente formar las extremidades y los músculos y órganos restantes aunque el feto no está completamente formado ya empieza a dar esbozos de percepción del mundo que lo rodea, alrededor de la semana 24 ya puede escuchar con claridad sonidos y puede incluso reconocer la voz de su madre y recordar sonidos⁶⁰ (Énfasis agregado).

Segunda, porque otras conductas punibles también hacen la distinción. Por ejemplo, los delitos de lesiones solo resultan aplicables al feto maduro (C. P., artículo 125 y ss.), mientras que los delitos de manipulación genética solo sancionan la manipulación o el tráfico de embriones humanos (C. P., artículo 134).

Así las cosas, no parece coherente que el C. P. solo proteja la integridad del feto en las lesiones dependientes, mientras que protege la vida del embrión y del feto en el aborto, bajo un concepto amplio o extensivo. El tema no solo es de coherencia sino también de proporcionalidad, pues en caso de considerar las lesiones al feto como un delito más grave que el aborto (ya que afectaría el normal desarrollo del feto y tendría efectos durante toda la vida independiente de la persona), no tiene sentido que estas desprotejan la integridad embrionaria mientras que el aborto (menos grave) sí castiga la muerte del embrión. Tampoco parece proporcionado castigar la tentativa de aborto de un embrión (que incluso no tiene que implicar

59 BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política criminal*, pág. 139.

60 GÓMEZ VELÁSQUEZ, *El aborto*, pág. 14, afirma: "Dígase de una vez, que se alude a feto inmaduro, hasta las 28 semanas, feto prematuro, de la 28 a 36 semanas, embarazo a término, entre las 37 y 40 semanas contadas a partir de la última menstruación, aborto temprano, antes de 12 semanas y aborto tardío entre las 12 y 22 semanas"; PABÓN PARRA, *Derecho Penal, Parte especial*, pág. 85; ROMEO CASABONA, "La protección jurídica del concebido. El feto como paciente", pág. 329; TOCORA, *Derecho penal especial*, pág. 107.

resultados intermedios para el feto, pero puede suponerlos para la propia mujer), pero no sancionar las lesiones consumadas que se le causen, es decir, sancionar el peligro pero no la lesión que los afecta.

Dicho lo anterior, una homologación del titular de los bienes jurídicos de la vida y la integridad en gestación bajo la figura del feto, permitiría afirmar que el aborto, tal y como sucede en los delitos de lesiones, solo resulta punible a partir del tercer mes o las doce semanas de la gestación, luego de la anidación. Esta interpretación, además, resulta favorable para el posible autor de la conducta y satisface la exigencia del carácter fragmentario del derecho penal, en la medida en que solo se castigarían los ataques más graves a la vida humana en gestación.

Y, en segundo lugar, es posible mencionar las propuestas de corte político criminal, como refuerzo social, para matizar la criminalización del aborto con consentimiento de la mujer. El punto de partida es comprender que cualquier intento por proteger la vida humana prenatal sin la participación activa de la mujer embarazada no puede ser nunca exitoso.

La iniciativa consiste en diseñar e implementar un modelo de plazos con información en salud calificada, complementado con asesorías voluntarias y las indicaciones para la terminación voluntaria de la gestación, previstas en la actual jurisprudencia constitucional luego del plazo. En estas hipótesis, la mujer debe cumplir además con los protocolos que diseñe para el efecto el Ministerio de Salud, con el fin de brindarle información en salud especializada y objetiva para que ella decida si continua con el embarazo o aborta de manera responsable dentro de las primeras doce o catorce semanas de la gestación, sin afectar sus derechos constitucionales; decisión que hoy no se le reconoce a la mujer en la ley vigente, pues generalmente la aprobación de las indicaciones depende de terceros⁶¹. Naturalmente, no se trata de obligar, manipular, intimidar, humillar, confesar o constreñir a la mujer para continuar con la gestación, porque al final siempre debe prevalecer su decisión libre y voluntaria, incluso privada y anónima, dentro del plazo estipulado (CConst., Sent. T-388 de 2009). De este modo, la información constituye una acción importante del Estado para proteger la vida humana en gestación; aunque el riesgo es que se convierta en un mecanismo de disuasión, en una imposición o en una simple medida burocrática.

61 Precisamente, Hopp, "Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate", pág. 143, señala que "La penalización del aborto medicaliza el cuerpo de las mujeres, quienes deben declarar su sexualidad, someterla a debate, para prevenir embarazos, y sacrifica cuerpos de quienes no lo someten a tales inspecciones".

Precisamente, países como España⁶², EE. UU.⁶³ y Alemania⁶⁴, entre otros⁶⁵, han implementado sistemas consensuados de interrupción del embarazo basados en modelos de libertad o asesoramiento para la mujer, con el fin de armonizar sus derechos fundamentales con la protección estatal de la vida en gestación, atendiendo a criterios de salud pública y seguridad⁶⁶. Así, Salinero Alonso estima que “(...) el modelo del plazo es el único que respeta el equilibrio entre tutela del nasciturus y la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer y el que mejor se identifica con el reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos como derechos

62 V. Ley Orgánica 2 de 2010 sobre Salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, artículos 13 a 15, que regula un sistema mixto de plazo hasta la semana 14 extensible por indicaciones hasta la semana 22. L. O. 11 de 2015 para la interrupción del embarazo de menores de edad. GONZÁLEZ CUSSAC; LAURENZO COPELLO; DURAN I FEBRER, et al. *Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación*, pág. 40 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, págs. 90 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, págs. 74 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR Y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, et al. *Derecho penal, Parte especial*, págs. 75-82.

63 JURISPRUDENCIA FEDERAL: 410 U.S. 113. 93 S.Ct. 705. 35 L.Ed.2d 147. Jane ROE, et al., Appellants, v. Henry WADE. No. 70-18.

64 StGB §§ 218a. y 219 *No punibilidad de la interrupción del embarazo*. Dicha norma señala que el aborto no será punible en un plazo de hasta doce (12) semanas, siempre y cuando la mujer que lo solicita certifique que ella se ha asesorado por expertos para proteger la vida dependiente, al menos tres días antes de la intervención, con el fin de que tome una decisión necesaria, responsable y concienzuda, y comprenda que la interrupción del embarazo es una decisión excepcional frente a los derechos del no nacido y su posible vida con el feto. La ausencia de punibilidad tiene sentido en que la decisión de la mujer se da voluntariamente, porque para ella la gestación “resulta una carga que es tan difícil y extraordinaria que sobrepase el límite exigible de sacrificio”. Si no han transcurrido 22 semanas desde la concepción y la mujer ha sido asesorada, no será castigada penalmente. En la jurisprudencia v. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 28 mayo de 1993, 2 BvF2/90, para. (1-434). Dicha asesoría debe contener: asesoramiento de las circunstancias que la han llevado a considerar la I.V.E.; Prestación de información médica, asesoría sobre los derechos de la mujer gestante y del nasciturus y asistencia práctica (legal, emocional, social y médica) por si la mujer decide continuar el embarazo. La mujer puede incluir familiares y tiene derecho a permanecer en el anonimato. Su historia de abortos será confidencial. La asesoría nunca puede ser forzada y su resultado no debe ser manipulado, intimidante, humillante o adoctrinante. En la doctrina, v. EISELE, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, pág. 98; KREY, HELLMANN Y HEINRICH, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, pág. 60; RENGIER, *Strafrecht Besonderer Teil II*, págs. 88 y ss.; WESSELS Y HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, págs. 70 y ss.

65 Asumen el sistema de plazos, los siguientes países: Ley 62 de 1987 de Cuba, arts. 267-271; Decreto que reforma el C. P. de 2002 para el Distrito Federal de México y se adiciona la ley de salud, art. 144; Ley 18987 de 2012 de Uruguay sobre interrupción voluntaria del embarazo, acoge un sistema mixto de plazos las primeras 12 semanas y luego mediante indicaciones. Sobre esta clase de regulaciones: HORVITZ L. Y SOTO P., “Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del Ministerio de justicia”, pág. 89.

66 ZUGALDÍA ESPINAR Y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, et al. *Derecho penal, Parte especial*, pág. 75 y ss.

humanos universales”⁶⁷.

Además, luego de las doce semanas de gestación se podrá continuar aplicando la interrupción voluntaria del embarazo, sin consecuencias jurídico penales, empleando el modelo de indicaciones (no exentas de inconvenientes⁶⁸) acogido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sent. C-355 de 2006 y ss.)⁶⁹.

La doctrina penal mayoritaria considera que estos mecanismos político-criminales son viables en términos constitucionales⁷⁰, no solo porque comportan una verdadera intervención subsidiaria y fragmentaria del derecho penal, sino también, por tres argumentos: primero, porque la interrupción voluntaria del embarazo en las etapas tempranas de gestación implica menos riesgos para la vida y la integridad psicofísica de la mujer, que aquella que ocurre en etapas de gestación avanzada⁷¹;

67 SALINERO ALONSO, “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre”, págs. 24 y 26 y ss.

68 SALINERO ALONSO, “El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna- respuesta a una incertidumbre”, págs. 15 y 16, señala como críticas del sistema de indicaciones, que permiten acoger un sistema de plazos, las siguientes: “a) La inseguridad jurídica, derivada del margen de interpretación de la redacción dada a los supuestos de indicaciones, y que afectaba tanto a las mujeres como a los profesionales que emitían los previos dictámenes y a los que llevaban a cabo las intervenciones. b) La inequidad territorial en el acceso al aborto debido a la falta de centros, públicos o privados, en las distintas Comunidades Autónomas, sin olvidar las diversas políticas autonómicas a la hora de su financiación pública. c) Las carencias en la preservación de la confidencialidad y protección de datos de las mujeres que se sometían a una interrupción voluntaria de su embarazo. d) La ausencia desregulación de la objeción de conciencia de los facultativos, lo que en ocasiones daba lugar a su invocación por profesionales del área sanitaria que no intervenían en la práctica del aborto. e) La constatación de que la inmensa mayoría de los abortos se practicaban en centros privados y, por último. f) Las restricciones de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de mujeres menores de edad, como consecuencia de las excepciones en el consentimiento (...)”. Críticas que se pueden hacer al sistema colombiano.

69 Siguen un sistema de indicaciones los siguientes países: Ley 11.179 (T. O. 1984 actualizado) Código Penal de la Nación Argentina, art. 86; Decreto Ley 10.426 de 23 de agosto de 1972. Código Penal Boliviano. Elevado al Rango de Ley el 10 de marzo de 1997, Ley 1.768. Incluye Modificaciones según Ley 1.768 de modificaciones al Código Penal y actualización según Ley 2494 de 04 de agosto del 2003, art. 266; Decreto-Lei 2.848 de 1940, Código Penal del Brasil, art. 128; Ley 21.030 de 2017 de Chile, arts. 1 y ss.; Ley 4.573 de 1970 de Costa Rica, art. 121; Código Orgánico Integral Penal de 2014 del Ecuador, art. 150; Decreto 17 de 1973 de Guatemala, art. 137; Ley 14 de 2007 de Panamá, art. 144; Ley 1160 de 1997 del Paraguay, art. 352; Decreto Legislativo 635 de 1991 del Perú, art. 352; y Ley 146 de 2012 de Puerto Rico, arts. 98 y 99.

70 CARBONELL MATÉU, “Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo”, págs. 1 y ss.

71 BERMÚDEZ VALDIVIA, *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, pág. 36; Sobre las técnicas y prácticas recomendadas para la práctica del aborto antes de las 12 semanas, v. MINISTERIO DE SALUD, *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*, pág. 23.

segundo, porque dada la protección progresiva de la vida humana en gestación, todavía se puede admitir en esta fase que el bien jurídico libertad personal prevalece frente al interés de proteger al *nasciturus*, dado que la comunidad jurídica ha reconocido que, a efectos de la regulación jurídico penal, es a partir de las doce semanas de gestación que resulta mucho más grave la lesividad del ataque contra el bien jurídico vida prenatal⁷²; y tercero, porque disminuye el mercado de los abortos clandestinos, reforzando la protección estatal de las mujeres en términos de salud pública. Así lo ha reconocido la doctrina:

El sistema de plazos también representa un modelo que pretende tratar de una forma racional el conflicto del aborto consentido por la mujer embarazada. En esta opción político-criminal, se reconoce el conflicto existente entre la vida humana en formación y ciertos derechos y libertades de la mujer. Se parte del planteamiento según el cual, la vida humana es un proceso biológico y existencial que evoluciona constantemente, y que va adquiriendo un mayor valor social, y, por tanto, una mayor tutela jurídica, según la etapa de desarrollo que se tome en consideración. (...) El embrión fecundado, pero sin que se haya producido todavía la anidación, no encarnaría todavía supuesto alguno de vida humana en formación con necesidad de tutela penal. Y desde este momento, hasta las doce primeras semanas de gestación, la esperanza de vida que se halla en el *nasciturus*, constituirá un valor digno de protección por el ordenamiento jurídico. Pero, en caso del conflicto representado por el embarazo no deseado por la mujer, dicha vida prenatal cedería ante los derechos de ésta (libertad de disposición sobre su propio cuerpo, libre desarrollo de su personalidad, intimidad, etc.) hasta el tercer mes de embarazo. A partir de esos tres meses, sin embargo, ya estamos ante otro estadio valorativo, y aquí la vida humana en formación adquiere mayor relevancia, de tal forma que en la ponderación de bienes jurídicos que representa el aborto consentido por la mujer, la libertad y el resto de derechos de ésta, ceden⁷³.

El plazo bajo información en salud calificada y asesorías voluntarias tiene además otras ventajas: primero, se puede aplicar a todas las mujeres sin depender de factores económicos o políticos; segundo, promueve la autonomía reproductiva de la mujer (en especial el libre desarrollo de su personalidad y la maternidad deseada);

72 PÉREZ, *Derecho penal*, págs. 260 y ss.

73 BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política criminal*, pág. 138.

y, tercero fortalece la conciencia sobre el valor ético de la vida prenatal, reforzando el deber del Estado de proteger activamente la vida humana en gestación. Con ello se desvirtúa la objeción de que las soluciones abortivas -bajo esquemas parciales de indicaciones- y las soluciones ilegales comportan afectaciones a la igualdad de la mujer, pues, no todas pueden acceder a ellas en las mismas condiciones debido a los costes económicos. Este modelo mixto podría disminuir de manera eficaz el aborto clandestino y desarticular el mercado organizado del aborto ilegal propiciado por el prohibicionismo punitivo.

Como complemento de lo anterior, si se tiene en cuenta que el ordenamiento procesal vigente permite la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación le aplique a la mujer u otros autores del delito de aborto el principio de oportunidad, esto es, que suspenda, interrumpa o renuncie al ejercicio de la acción penal⁷⁴, por ejemplo, cuando la pena no supere los 72 meses de prisión (la pena máxima del aborto sin consentimiento de la mujer es de 54 meses); cuando exista una exigibilidad o "reproche de culpabilidad" disminuido para la mujer y haga que la pena sea una respuesta innecesaria y sin utilidad social; o cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, etc., no se advierte ningún impedimento político criminal para que dicha renuncia procesal a la persecución penal, sea prevista de antemano en la misma ley penal sustantiva, a través de un sistema de regulación del aborto como el sistema mixto enunciado. Se trataría de un modelo de criminalización mínimo orientado a las necesidades de la mujer, que restringe la fuerza estatal a los casos más graves de aborto, de conformidad con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

Para terminar, es preciso decir que una muestra real de nuestra madurez constitucional sería la promoción de una política criminal en materia de aborto que confíe en las mujeres y en su capacidad para hacer un uso responsable de la libertad reproductiva, esto es, para decidir luego de un examen maduro sobre su vida, salud y la integridad de su cuerpo, sin limitaciones arbitrarias, innecesarias o irrazonables. No se puede partir de la idea de que las mujeres son personas irresponsables y proclives a lesionar los bienes jurídicos a su cuidado.

La Corte Constitucional tiene entonces la inmensa responsabilidad de evitar que el derecho penal sea perpetuado como un instrumento inefectivo, simbólico y populista para intimidar, moralizar o avasallar ideológicamente a las mujeres y

74 Evidentemente, cualquier aplicación del principio de oportunidad y sus efectos quedan sometidos al control de legalidad que imparta el juez de garantías, C. P. P., art. 323, inc. 2. V. también Fiscalía General de la Nación, Resolución No. 4155 de 2016.

a sectores vulnerables de la población⁷⁵. No todo conflicto social requiere de la intervención del derecho penal o la imposición de penas, más aún cuando el tratamiento del aborto se ha caracterizado por la exclusión social de la pobreza, un Estado social estructuralmente débil y una clara anomia social, situaciones que alimentan una violencia colectiva creciente contra la mujer. A veces solo es necesario implementar políticas sociales que optimicen la salud pública y protejan de manera integral y consensuada los derechos de las mujeres y la vida humana en gestación, de forma organizada, eficiente y evaluable.

En conclusión: ante la realidad que rodea el conflicto entre la vida en gestación y la autonomía reproductiva de la mujer, y las dificultades jurídicas y sociales que este implica, se puede afirmar que no existe, a partir de los principios de política criminal vigentes en Colombia, ningún impedimento para favorecer un modelo de regulación mixto del aborto con consentimiento de la mujer o interrupción voluntaria del embarazo. Bien sea que ello se logre mediante una interpretación dogmática que distinga entre el embrión y el feto, o por razones de política criminal que permitan regular un sistema de plazos con información especializada y asesorías voluntarias durante las primeras doce (12) o catorce (14) semanas de gestación de la mujer, que le posibiliten recurrir a la interrupción voluntaria de la gestación, sin ninguna clase de sanción penal. Ello se complementaría después del plazo, con un sistema de despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo, mediante las indicaciones que han sido diseñadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la Sent. C-355 de 2006, que exigen de la pena por el delito al aborto cuando: “la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”. Naturalmente, estas indicaciones se podrían extender a los casos de marginalidad y pobreza extremas de la mujer, debidamente comprobadas, en las que la vulnerabilidad económica no suponga incrementar

75 Como lo señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, pág. 39, “Eso significa que no puede utilizarse la sanción penal para promocionar valores, sino que estos deben alcanzarse con el consenso y el convencimiento, a través de políticas destinadas a promover las condiciones para el desarrollo de tales derechos. Es decir, privilegiar la prevención a la represión, utilizar políticas criminales integrales y no solamente penales, utilizar la función promocional de la Política Criminal mas no pretender promocionar con la sanción penal”.

Por el contrario, resulta ampliamente inconstitucional y un arcaísmo volver a un sistema de prohibición absoluta del aborto que no tenga en cuenta las expectativas de la mujer, no solo por las graves limitaciones que este sistema produce en sus derechos fundamentales y humanos, sino también, por comportar un retroceso histórico en nuestro medio. La idea es seguir construyendo un derecho penal respetuoso de las reglas democráticas, más liberal, tolerante y humano, que en materia de aborto promueva una regulación basada en derechos fundamentales, en el desarrollo social, el bienestar y la seguridad de las mujeres, por supuesto, con el respeto debido a la vida humana en gestación.

Bibliografía

- AA. VV. *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., t. 2., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- ALCALÉ SÁNCHEZ, MARÍA. “La ambivalencia del principio de intervención mínima del derecho penal”, En: *Un juez para la democracia*, L. H. A Perfecto Andrés Ibáñez, Guillermo Portilla Contreras y Fernando Velásquez Velásquez (Dir.), Madrid, Dykinson, 2020, págs. 379-395.
- BARATTA, ALESSANDRO. “Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos, como objeto y límite de la ley penal”, En: *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Montevideo-Buenos Aires, DdeF, 2004, págs. 299-333.
- BERMÚDEZ VALDIVIA, VIOLETA. *La regulación jurídica del aborto en América Latina y el Caribe*, Lima, Cladem, 1998.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- BUOMPADRE, JORGE EDUARDO. *Tratado de derecho penal. Parte especial*, vol. 1, 3.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2009.
- CARBONELL MATÉU, JUAN CARLOS. “Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo”, En: *Revista General de Derecho Penal*, núm. 17, 2012, pág. 1 y ss.
- COMISIÓN ASESORA EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, Ministerio de Justicia, 2012:
https://www.dropbox.com/h?preview=INFO+POLI+CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*,

Excepciones preliminares, Fondo de Reparaciones y Costas, Sent. del 28 de noviembre del 2012, Serie C, núm. 257

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

DÍAZ AMADO, EDUARDO; CALDERÓN GARCÍA, MARÍA CRISTINA; ROMERO CRISTANCHO, KATHERINE; PRADA SALAS, ELENA; y BARRETO HAUZEUR, ELIANE. "Obstacles and challenges following the partial decriminalization of abortion in Colombia", En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 18, No. 36, Privatization (November 2010), pp. 118-126, <https://www.jstor.org/stable/25767367>

DONNA, EDGARDO ALBERTO. *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 3.^a ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.

DUQUE RUIZ, GUILLERMO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Unaula, 2013.

DWORKIN, RONALD. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres (trads.), Barcelona, Ariel, 1994.

EISELE, JÖRG. *Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 2. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, 2012.

FARRELL, MARTÍN DIEGO. *La ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.

FERRAJOLI, LUIGI. "La cuestión del embrión entre derecho y moral", En: *Democracia y garantismo*, Ed. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010.

———. "Libertades en el tiempo del neoliberalismo", En: *Democracia y garantismo*, Ed. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2010.

Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho penal especial*, vol. I, Bogotá, Temis, 2006.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Directiva 0006 de 2006*, "Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y el juzgamiento del delito de aborto".

<https://data.miraquetemiro.org/sites/default/files/documentos/Directiva%2006%20de%20la%20Fiscalia%20General%20de%20la%20Nación.pdf>

Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Gómez López, Jesús Orlando. *El homicidio*, t. II, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Urbano Martínez, José Joaquín. "Delitos contra la vida y la integridad personal", en AA. VV. *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., t. 2., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

- GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO. *El aborto*, Uniacademia, Leyer, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS; LAURENZO COPELLO, PATRICIA; DURAN I FEBRER, MARÍA; DONAT COLOMER, FRANCISCO; ARNEDO SORIA, ELENA; BEDOYA BERGUA, JOSÉ MARÍA; MARTÍNEZ SALMEAN, JAVIER; CATALÁ PÉREZ, CONSUELO y COLOMER REVUELTA, CONCEPCIÓN. *Informe del Comité de personas expertas sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación*, de 5 de marzo de 2009.
- www.mujeresenred.net/IMG/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf
- GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE. "Aborto y estado de necesidad", en *Nuevo Foro Penal*, num. 2, Bogotá, Temis, 1979, págs. 27 a 35.
- GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952.
- HOPP, CECILIA M. "La penalización del aborto: un tipo penal injusto", En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/06-ensayo-hopp.pdf>
- HOPP, CECILIA M. "Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate", En: *Revista Derecho Penal*, Año I, N° 2 Ediciones Infojus, 2012, págs. 135-159. Id SAIJ: DACF120115
- http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120115-hopp-politica_criminal_sobre_aborto.htm
- HORVITZ L, MARÍA INÉS y SOTO P., MIGUEL. "Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del Ministerio de justicia", En: *Revista de Estudios de Justicia*, No. 9, 2007, Universidad de Chile, págs. 75-120:
- https://www.researchgate.net/publication/277847040_Consideraciones_criticas_sobre_la_regulacion_del_delito_de_aborto_en_el_anteproyecto_de_nuevo_codigo_penal_elaborado_por_el_foro_del_ministerio_de_justicia
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, J. L. *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1992.
- JURISPRUDENCIA FEDERAL: 410 U.S. 113. 93 S.Ct. 705. 35 L.Ed.2d 147. Jane ROE, et al., Appellants, v. Henry WADE. No. 70-18., en:
- <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=1935&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=AUTONOMÍA%20PERSONAL>
- KAMM, F. M. *Creation and Abortion. A study in moral and legal Philosophy*, New York-

Oxford, Oxford University Press, 1992.

KREY, VOLKER, HELLMANN, UWE y HEINRICH, MANFRED. *Strafrecht Besonderer Teil*. Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 15. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, 2012.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN. "Los límites constitucionales del legislador penal", En: *Un juez para la democracia*, L. H. A Perfecto Andrés Ibáñez, Guillermo Portilla Contreras y Fernando Velásquez (Dir.), Madrid, Dykinson, 2020, págs. 365-377.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO. "La tímida despenalización del aborto en España", en: https://www.dropbox.com/h?preview=7_LA-TIMIDA-DESPENALIZACION.pdf

MANTOVANI, FERRANDO. *Diritto Penale, Parte Speciale I*, Delitti contro la persona, 3ª ed., Cedam, Padova, 2008.

MIER CORPAS, EVER DAVID. "Reflexiones y datos sobre el aborto en Colombia", En *Criterio Jurídico*, v. 14, No. 2, Cali, 2014, págs. 65-84.

[https://www.dropbox.com/h?preview=1407-Texto+del+art%C3%ADculo-4054-1-10-20160406+\(2\).pdf](https://www.dropbox.com/h?preview=1407-Texto+del+art%C3%ADculo-4054-1-10-20160406+(2).pdf)

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*, Bogotá, Ministerio de Salud y Protección Social, 2014:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf>

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal, Parte especial*, 22ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

NINO, CARLOS SANTIAGO. "Derecho penal y democracia", En: *Fundamentos de derecho penal*, Los escritos de Carlos S. Nino, Gustavo Maurino (ed.), Buenos Aires, Gedisa, 2007, págs. 13-24.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Manual de derecho penal. Parte especial*. t. II, 9.ª ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2013.

PACHECO OSORIO, PEDRO. *Derecho penal especial*, t. III, Bogotá, Temis, 1972.

PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho penal. Partes general y especial*, t. III, vol. V, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1990-1991.

POSADA MAYA, RICARDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. De las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación. 2 Ed., Tomo II. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2019.

- PRADA, ELENA; SINGH, SUSHEELA; REMEZ, LISA y VILLARREAL, CRISTINA. *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*, Nueva York, Guttmacher Institute, 2011.
- https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a ed., Barcelona, Atelier, 2010.
- RENGIER, RUDOLF. *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 12 Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2011.
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, GREGORIO. *Derecho penal especial. De los delitos en particular*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. "La protección jurídica del concebido. El feto como paciente", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 45, julio-septiembre, Bogotá, Temis, 1989, págs. 329-340.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Estudios de derecho penal n.º 52, Granada, Comares, 2004.
- SALINERO ALONSO, CARMEN. "El aborto no punible en el ordenamiento jurídico español: la -casi eterna-respuesta a una incertidumbre", En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-31, pp. 1-34.
- <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-31.pdf> RECPC 20-31(2018).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 5.^a ed., Barcelona, Atelier-Iuscimbcn, 2018.
- TOCORA, LUIS FERNANDO. *Derecho penal especial. Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico, delitos sexuales*, 11.^a ed., Bogotá, librería Ediciones del Profesional, 2009.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Andrés Morales, 2013.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Medellín, Comlibros, 2009.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Bogotá, Andrés Morales, 2018.
- WESSELS, JOHANNES y HETTINGER, MICHAEL. *Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, 35 Auflage, Heidelberg-München, C.

F. Müller, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL y MARÍN DE ESPINOZA CEBALLOS, ELENA B, et al. *Derecho penal, Parte especial*, T. I, Delitos contra las personas, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", En: *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, Universidad EAFIT, Medellín, pp. 62-114.*

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. *Política criminal*, Madrid, Colex, 2001.